AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti

Rivista AIC

Trimestrale di diritto costituzionale

Anno 2019 / Fascicolo I

Contributi di E. Aureli, S. Bartole, G. Ferraiuolo, G.M. Flick, D. Gallo, S. Lieto, M. Magistà, G. Maniaci, P. Mezzanotte, D. Mone, C. Morselli, F. Paruzzo, R.G. Rodio, S. Rossi, R. Russo, C. Tomba

L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è iscritta al Registro degli Operatori della Comunicazione a far data dal 09.10.2013 con n. 23897.

Codice ISSN 2039-8298 (Online). La Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è inoltre registrata presso il Tribunale di Roma - n.339 del 05.08.2010.

Rivista trimestrale inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche

Direttore Responsabile della Rivista AIC: Prof. Gaetano Silvestri - Direttori della Rivista AIC: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

Comitato di Redazione: Dott. Luca Giacomelli, Dott.ssa Sara Lieto, Prof. Luca Longhi, Dott. Giuseppe Mobilio, Dott.ssa Daniela Mone, Dott. Fabio Francesco Pagano, Prof. Francesco Paterniti, Prof. Edoardo Raffiotta, Dott.ssa Chiara Sagone, Dott.ssa Palmina Tanzarella.

Indice del fascicolo

Attualità

Elia	Aureli	L'USO DEL DECRETO-LEGGE NELLA XVII LEGISLATURA	1
Sergio	Bartole	CONSIDERAZIONI IN TEMA DI MODIFICAZIONI COSTITUZIONALI E COSTITUZIONE VIVENTE	34
Gennaro	Ferraiuolo	LA PETITA PÀTRIA CATALANA NELLO SCONTRO TRA UNILATERALISMI	43
Giovanni Maria	Flick	VERSO LA CONVIVENZA: LEGGI RAZZIALI, EGUAGLIANZA E PARI DIGNITÀ SOCIALE	72
Mariateresa	Magistà	PUBLIC INTEREST LITIGATION: ORIGINI E PROSPETTIVE	83
Francesca	Paruzzo	DIRITTO E DIRITTI DI FRONTE ALLA DECISIONE DI MORIRE	96
Raffaele Guido	Rodio	ALCUNE RIFLESSIONI SU ANOMIE, LACUNE E LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE	136

Giurisprudenza

Daniele	Gallo	EFFICACIA DIRETTA DEL DIRITTO UE, PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE E CORTE COSTITUZIONALE: UNA LETTURA CONGIUNTA DELLE SENTENZE N. 269/2017 E 115/2018	159
Sara	Lieto	CONFLITTO TRA POTERI E «SOGLIA DI EVIDENZA». NOTAZIONI A MARGINE DELL'ORDINANZA N. 17 DEL 2019	185

Stefano	Rossi	RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E LIBERTÀ PERSONALE. IL MONITO DELLA CORTE E LE SCELTE DEL LEGISLATORE	201
Caterina	Tomba	LA PREGIUDIZIALITÀ DELLE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI	230

Commenti normativi

Giorgio	Maniaci	PERCHÉ ABBIAMO UN DIRITTO COSTITUZIONALMENTE GARANTITO ALL'EUTANASIA E AL SUICIDIO ASSISTITO	262
Paolo	Mezzanotte	BASE REGIONALE E RAPPRESENTANZA TERRITORIALE	300
Daniela	Mone	AUTONOMIA DIFFERENZIATA COME MEZZO DI UNITÀ STATALE: LA LETTURA DELL'ART. 116, COMMA 3 COST., CONFORME A COSTITUZIONE	329
Carlo	Morselli	È TEMPO DI DARE LA PAROLA ALLA PERSONA OFFESA DAL REATO NELLA DISCUSSIONE FINALE EX ART. 523 C. P. P. (RICONOSCIUTA ALL'IMPUTATO MA NON ALLA SUA VITTIMA NON COSTITUITA PARTE CIVILE), PASSIBILE DI UNA CENSURA DI INCOSTITUZIONALITÀ NELLA FORMULAZIONE ATTUALE	351
Roberto	Russo	QUANDO UNA LEGGE DI DELEGA PUÒ DEFINIRSI "IN BIANCO"?	375

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 17/03/2019

AUTORE: Elia Aureli*

L'USO DEL DECRETO-LEGGE NELLA XVII LEGISLATURA

Sommario: 1. Obiettivo dell'articolo e modalità seguite. – 2. Analisi dei dati normativi. – 3. Come è utilizzato oggi il decreto-legge. – 3.1. Decreti sempre più ampi. – 3.2. Eterogeneità dei temi trattati. – 3.3. Problematiche nell'attività dell'esecutivo. – 3.4. Utilizzo della questione di fiducia. – 4. Decreto-legge come un disegno di legge con procedura privilegiata. – 5. Sintomo di un cambiamento nella forma di governo sostanziale? – 6. Quali possibili prospettive?

1. Obiettivo dell'articolo e modalità seguite.

Il tema della decretazione d'urgenza è senza dubbio tra i più frequentati dalla dottrina gius-pubblicistica. Studiarne l'andamento da un punto di vista strettamente legato ai dati sulla produzione normativa potrebbe, tuttavia, consentire di giungere a formulare qualche ipotesi con riferimento all'evoluzione del suo utilizzo.

In questo scritto si cercherà, dunque, di esaminare il ricorso al decreto-legge nella XVII legislatura, tanto dal punto di vista del suo utilizzo quantitativo (in rapporto alle altre fonti normative di rango primario), quanto da quello qualitativo, con riferimento ai temi trattati ed alle procedure seguite. Riuscire ad individuare i punti di continuità e quelli che differiscono dall'esperienza delle legislature precedenti potrebbe consentire di inquadrare le tendenze in atto e, quindi, l'evoluzione del concreto utilizzo dell'istituto, mettendo talvolta in discussione alcuni luoghi comuni che ricorrono nella pubblicistica.

Il fine perseguito è quello di poter comprendere il ruolo che questo strumento ha assunto nel panorama delle fonti normative, mettendo in luce le ragioni del fenomeno e le criticità emergenti.

Le considerazioni che seguiranno saranno costantemente legate alle statistiche e ai dati sulla produzione normativa. Attraverso il puntuale riferimento ad elementi fattuali o statistici si proverà a fornire considerazioni in merito all'evoluzione delle fonti normative ed alla loro incidenza nell'ordinamento per quanto possibile scevre da opinioni preesistenti sui fenomeni analizzati.

---

* Dottore in Giurisprudenza nell'Università di Milano Bicocca.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

Ciò non intende significare che l'elemento quantitativo, ossia il dato statistico, sia sufficiente per giungere a delle conclusioni in merito all'evoluzione del ricorso al decreto-legge; una tale affermazione si presterebbe a critiche per almeno due ordini di fattori. La prima è che l'elaborazione dei dati comporta una loro interpretazione, e questa per sua natura racchiude elementi di soggettività: se i dati possono essere oggettivi, non si può dire altrettanto delle loro interpretazioni. La seconda riguarda il fatto che all'elemento quantitativo, fornito dalle statistiche, va necessariamente affiancato quello qualitativo, ugualmente se non più rilevante[1].
Il dato statistico, quindi, non può essere considerato condizione sufficiente[2], ma è condizione necessaria per dipingere un quadro completo dell'uso del decreto-legge e per provare a giungere a qualche conclusione con riferimento all'evoluzione dello strumento in parola.

2. Analisi dei dati normativi.

Il primo dato rilevante riguarda l'incidenza della decretazione d'urgenza nell'ambito della produzione normativa generale.
Questo elemento è stato a lungo sottoposto all'attenzione della dottrina gius-pubblicistica, in quanto a partire dalla VI e fino alla fine della XII legislatura si è assistito ad un continuo ed inarrestabile aumento della decretazione d'urgenza, utilizzata spesso con finalità e modalità non del tutto coerenti con quelle previste dalla Costituzione[3] . Il decreto-legge aveva assunto il ruolo di fonte normativa privilegiata, utilizzata per tutti gli ambiti di competenza della legge ordinaria e con tale frequenza da superarla per numero di atti adottati. Molte voci dottrinali si sono espresse contro *"l'utilizzo del tutto sconsiderato"* [4] dell'istituto da parte degli esecutivi.

---

[1] Si pensi alla diversa importanza che può assumere un voto di fiducia con riferimento alla norma cui si riferisce, al rilievo di un decreto legislativo in base all'ambito della delega e alla sua realizzazione, o ancora alla portata innovativa di un decreto-legge a seconda che si tratti di un intervento legislativo puntuale o di una vera e propria riforma normativa.

[2] V. DI PORTO, *I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane*, in V. LIPPOLIS (a cura di), *Il Parlamento del bipolarismo. Un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere, Il Filangieri, quaderno 2007*, Napoli, Jovene, 2008, p. 184.

[3] *"E' evidente la distanza dall'impianto costituzionale, sia per la frequenza nel ricorso al decreto-legge sia per l'eterogeneità dei contenuti",* C. TUCCIARELLI, *Il rapporto Parlamento-Governo, tra attività legislativa e funzione di controllo nella prassi della XII e XIII legislatura*, in S. TRAVERSA, A. CASU (a cura di), *Il parlamento nella transizione, Quaderni della rassegna parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 190-191.

[4] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 3. Tra le moltissime riflessioni dottrinali che hanno fatto riferimento all'abuso dello strumento in esame, cfr. F. CAZZOLA, M. MORISI, *L'alluvione dei decreti. Il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 29; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 8 ss.; L. PALADIN, *Atti legislativi del governo e rapporti tra i poteri*, in Quaderni costituzionali, 1996, pp. 7 ss.; G. COLAVITTI, *Decretazione d'urgenza e forma di governo*, in Diritto e Società, 1999, pp. 317 ss.; C. TUCCIARELLI, *Il rapporto Parlamento-Governo, tra attività legislativa e funzione di controllo nella prassi della XII e XIII legislatura,* in S. TRAVERSA, A, CASU (a cura di), *cit.*, pp. 184 ss.; A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto-legge*, vol. I, Padova, Cedam, 1997, p. 279; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, n. 1, p. 12- 13; V. DI PORTO, *I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane*, in V. LIPPOLIS (a cura di), *cit.*, pp. 191-192; G. SAVINI, *L'attività legislativa tra governo e parlamento: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti*, Padova, Cedam, 2014, pp. 5-6;

Il fenomeno più allarmante in assoluto riguardava il meccanismo della cd. 'reiterazione' dei decreti[5], in uso fino all'intervento del giudice costituzionale, che con la celebre sentenza n. 360 del 1996 vi ha posto fine.

L'effetto più immediatamente misurabile della sentenza è stato la drastica riduzione dei decreti-legge approvati, che sono scesi da quasi uno al giorno a poco più di 3 al mese. Successivamente, dalla XV legislatura in poi, la produzione normativa per decreto si è stabilizzata, attestandosi intorno ai 2 decreti al mese e rappresentando circa il 15% della produzione normativa totale[6].

La XVII legislatura presenta una leggera flessione nell'utilizzo della decretazione d'urgenza, seppur sostanzialmente in linea con i dati delle precedenti: a fronte di una media del 14,95% (dato aggregato delle legislature XIV-XVI), nella XVII il decreto-legge ha inciso per il 12,92% sulla produzione normativa primaria.

A questo fenomeno si accompagna una crescita del decreto legislativo, che supera il terzo dei provvedimenti totali.

Legislatura	**XIV**	**XV**	**XVI**	**XVII**
Atti normativi	1323	340	820	774
%	100%	100%	100%	100%

[5] Tale prassi ha causato criticità rilevanti dal punto di vista della certezza delle norme, in quanto, in diversi ambiti, risultava difficoltoso individuare quale fosse la normativa effettivamente vigente in quel momento, ma soprattutto se essa potesse esserlo ancora al termine del procedimento di conversione.

La criticità più rilevante riguardava, tuttavia, la violazione della potestà legislativa del Parlamento, impossibilitato ad intervenire sui decreti-legge in sede di conversione, dato che essi venivano lasciati decadere per essere poi reiterati. Utilizzando tale espediente il Governo ha potuto, sostanzialmente, attribuirsi il potere di legiferare attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza senza rispettare i vincoli sanciti dal secondo comma dell'art. 77 Cost., ed ha al tempo stesso aggirato gli effetti della decadenza del decreto non convertito entro il termine previsto. Il risultato di questo processo si è risolto nell'aumento considerevole della potestà legislativa del Governo, a discapito del Parlamento nel suo insieme, ed in particolare delle opposizioni, totalmente estromesse dall'intero procedimento. Considerazioni critiche sull'utilizzo della decretazione d'urgenza finalizzato al rafforzamento del ruolo dell'esecutivo nell'ordinamento in: F. CAZZOLA, M. MORISI, *L'alluvione dei decreti. Il processo legislativo tra settima e ottava legislatura*, *cit.*; R. MOTTA, *L'attività legislativa dei governi* (1948-1983), in *Rivista italiana di scienza politica,* 15, n.2, pp. 255-292; *"probabilmente in nessun'altra democrazia consolidata l'uso dei decreti-legge da parte del Governo è pari a quello realizzatosi in Italia"* A. KREPPEL, V. DELLA SALA, *Dancing without a Lead: Legislative Decrees in Italy*, in J.M. CAREY, M.S. SHUGART, (a cura di), *Executive Decree Authority*, New York, Cambiridge University Press, 1998, pp. 175-196, spec. p. 175; G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni,* Milano, Franco Angeli, 2014, p. 69.

[6] Si è quindi evidenziato come vi sia una quota fisiologica di decretazione d'urgenza, che accomuna legislature diverse e governi differenti sia dal punto di vista dell'appartenenza politica che da quello dell'entità della maggioranza. Andrea Simoncini parla di "*Tasso strutturale":* A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale, cit.,* p. 308. Sullo stesso tema F. MUSELLA, *Il premier diviso. Italia tra presidenzialismo e parlamentarismo*, Milano, Università Bocconi Editore, 2012, p. 77; A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia. Linee per una nuova riflessione*, in A. SIMONCINI (a cura di) *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, EUM, 2006, p. 32; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 40 ss.; A. DEFFENU, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo,* Torino, Giappichelli, 2006, p. 209; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, *cit.*, p. 14.

Leggi ordinarie	686	112	391	379
%	51,85%	32,94%	47,68%	48,97%
Decreti legislativi	288	114	230	260
%	21,77%	33,53%	28,05%	33,59%
Decreti-legge	216	48	118	100
%	16,33%	14,12%	14,39%	12,92%
R. delegificazione	133	66	81	35
%	10,05%	19,41%	9,88%	4,52%

Rielaborazione di dati contenuti in: *Rapporto 2005 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 293 ss.; *Rapporto 2008 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 343 ss.; *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 464 ss.; *Rapporto 2015-2016 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 334 ss.; *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, pp. 3 ss.

La fase della conversione in legge dei decreti approvati dal Governo rappresenta il momento più delicato dell'intero iter considerato, tanto dal punto di vista procedurale, quanto per i risvolti politici che ne derivano. La quantità di decreti che vengono convertiti in legge e l'entità degli emendamenti presentati ed approvati dalle Camere sono un importante indicatore dei rapporti intercorrenti tra il Governo, la maggioranza e l'opposizione, e consentono di individuare elementi preziosi per comprendere la funzione che il decreto-legge svolge nel sistema delle fonti. Nel corso delle ultime legislature la percentuale di decreti-legge convertiti si è mantenuta assai elevata, intorno al 90% del totale[7]. La XVII legislatura mostra una contrazione di questo elemento, in quanto i decreti convertiti sono stati 83 su 100 presentati. Ciò potrebbe suggerire l'esistenza di una maggioranza meno coesa sulle posizioni degli esecutivi rispetto alle prece-

[7] Si segnala l'eccezione della XV legislatura, in cui l'entità dei decreti non convertiti è stata assai superiore alla media. Le ragioni di questo fenomeno vanno ricercate nella debolezza dell'esecutivo, sostenuto da una maggioranza estremamente risicata, che ha portato allo scioglimento delle Camere dopo soli due anni dalle elezioni.

denti legislature, aumentando il rischio di una mancata conversione dei decreti-legge. Va tuttavia sottolineato come quasi sempre il contenuto dei decreti respinti o decaduti sia stato ripreso da successive norme di legge, togliendo almeno in parte fondatezza a tale argomentazione[8].
La trasposizione in legge ordinaria dei contenuti dei decreti-legge respinti o decaduti può, tuttavia, essere sintomatica della crescente interscambiabilità tra questi ed i disegni di legge di iniziativa governativa.

Legislatura	XIV	XV	XVI	XVII
Decreti-legge	216	48	118	100
%	100%	100%	100%	100%
D. L. convertiti	200	32	106	83
%	92,59%	66,67%	89,83%	83,00%
D. L. respinti o decaduti	16	16	12	17
%	7,41%	33,33%	10,17%	17,00%

Rielaborazione di dati contenuti in: *Rapporto 2005 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 324 ss.; *Rapporto 2008 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 374 ss.; *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 482 ss.; *Rapporto 2015-2016 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 346 ss.; *Appunti*

[8] Il contenuto dei decreti-legge decaduti è stato sistematicamente inserito all'interno delle leggi di conversione di altri decreti o in leggi ordinarie. Con riferimento alla XVII legislatura: il contenuto del decreto-legge 24 giugno 2013, n. 72, è stato inserito nella legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69; il contenuto del decreto-legge 9 giugno 2014, n. 88, è stato inserito nella legge 23 giugno 2014, n. 89, di conversione del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66; il contenuto del decreto-legge 16 luglio 2014, n. 100, è stato inserito nella legge 11 agosto 2014, n. 116, di conversione del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91; il contenuto dei decreti-legge 11 novembre 2014, n. 165,11 novembre 2014, n. 168 e 16 dicembre 2014, n. 185, è stato inserito nella legge 23 dicembre 2014, n. 190 (la 'legge di stabilità' del 2015); il contenuto del decreto-legge 1 luglio 2015, n. 85, e 4 luglio 2015, n. 92, è stato inserito nella legge 6 agosto 2015, n. 125, di conversione del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78; il contenuto del decreto-legge 13 novembre 2015, n. 179 e del decreto-legge 22 novembre 2015, n. 183, è stato inserito nella legge 28 dicembre 2015, n. 208 (la 'legge di stabilità' del 2016); il contenuto del decreto-legge 11 novembre 2016, n. 205, è stato inserito, in parte, nella legge 15 dicembre 2016, n. 229, di conversione del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189; il contenuto del decreto-legge 27 marzo 2017, n. 36, è stato inserito nella legge 7 aprile 2017, n. 45, di conversione del decreto-legge 9 febbraio 2017, n. 8; il contenuto dei decreti-legge 29 aprile 2017, n. 54 e 2 maggio 2017, n. 55 è stato inserito nella legge 21 giugno 2017, n. 96, di conversione del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, che li ha contestualmente abrogati.

del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione, Camera dei Deputati, 2017, pp. 8-9.

Tra i dati relativi alla fase di conversione dei decreti-legge, quello riguardante la frequenza l'entità delle modifiche assembleari al testo di riferimento ha un ruolo di primaria importanza. Innanzitutto, consente di mettere in dubbio la tesi secondo cui l'esecutivo, attraverso il ricorso alla decretazione d'urgenza in ambiti importanti e con decreti ampi, sia in grado di aggirare la discussione parlamentare e riesca ad imporre acriticamente alle Camere il proprio indirizzo politico.
L'entità dei decreti convertiti con modifiche parlamentari è sempre stata estremamente elevata, intorno al 90% del totale, ma nella XVII legislatura il fenomeno è cresciuto ulteriormente, arrivando ad interessare oltre il 96% dei decreti convertiti. Solamente in 3 casi, nel corso della legislatura, un decreto-legge è stato convertito senza modifiche.

Legislatura	**XIV**	**XV**	**XVI**	**XVII**
D. L. convertiti	200	32	106	83
Convertiti con modifiche	180	28	96	80
%	90,00%	87,50%	90,57%	96,39%
Convertiti senza modifiche	20	4	10	3
%	10,00%	12,50%	9,43%	3,61%
Una sola lettura per Camera	146	27	86	73
%	81,11%	96,43%	89,58%	87,95%

Rielaborazione di dati contenuti in: *Rapporto 2005 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 326-327; *Rapporto 2008 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 375-378; *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, p. 482; *Rapporto 2015-2016 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, p. 346; *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, p.8.
A fronte dei dati riportati, dunque, è possibile affermare che il caso di conversione senza modifiche di un decreto sia ormai un'eventualità del tutto residuale.

Assume grande valore, dunque, l'analisi degli interventi emendativi in sede di conversione, sia dal punto di vista dell'aumento dimensionale del provvedimento, sia da quello dell'introduzione di argomenti nuovi e diversi nel testo di legge. I temi delle dimensioni e dell'eterogeneità delle leggi di conversione rivestono, infatti, un ruolo di primo piano nello studio della decretazione d'urgenza.
Risulta parimenti importante indagare il comportamento dell'esecutivo, così da comprendere, in primo luogo, quali siano gli ambiti normativi sui quali si interviene con maggiore frequenza mediante lo strumento in esame, ed in secondo quale sia il legame con il ricorso alla questione di fiducia.
Sono inoltre particolarmente interessanti, dal punto di vista del concreto funzionamento della forma di governo, i dati relativi al numero di letture per Camera. Essi indicano che, nell'ampia maggioranza dei casi, la conversione dei decreti-legge avviene attraverso un solo passaggio parlamentare. In questa casistica sono compresi tanto i decreti approvati senza alcuna modifica, quanto quelli in cui l'attività emendativa è stata limitata alla Camera in cui il disegno di legge di conversione è stato presentato. Tuttavia, data l'esiguità dei decreti convertiti in assenza di modifiche, appare evidente che la quota più rilevante di queste riguarda il secondo caso.
Esaminando i dati relativi alla XVII legislatura risulta che su 80 decreti-legge convertiti con modifiche, in ben 70 casi esse hanno riguardato solo la Camera di presentazione del disegno di legge.
Da ciò è possibile desumere che, a livello sostanziale, nella conversione dei decreti-legge il Parlamento si comporta in modo simile ad un sistema monocamerale, in quanto la seconda Camera si limita, nella larga maggioranza dei casi, a ratificare quanto approvato dalla prima[9].

3. Come è utilizzato oggi il decreto-legge.

A fronte dei dati riportati è ora possibile provare ad inquadrare le concrete modalità e finalità nel ricorso alla decretazione d'urgenza.

[9] In quest'ottica assume importanza la decisione, da parte dell'esecutivo, del ramo parlamentare in cui cominciare il procedimento di conversione del decreto, in quanto sarà l'unica, realisticamente, ad apportare modifiche al testo del decreto. Nella XVII legislatura (dati aggiornati al 31 dicembre 2017) l'iter di conversione è cominciato 46 volte alla camera e 36 volte al Senato. Cfr. *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, p. 42.

Da un punto di vista strettamente legato al dettato costituzionale, è innanzitutto possibile affermare che non sembra vengano rispettate le disposizioni contenute all'art. 77 della Costituzione, e quindi che la decretazione d'urgenza non sia utilizzata in relazione alla normativa emergenziale e straordinaria[10], se non in misura minoritaria[11].
Si tratta di una tendenza in essere da molti decenni, e che si manifesta in una pluralità di fenomeni, riconducibili alla *"trasformazione genetica"*[12] della decretazione d'urgenza[13].
In questa prospettiva, vi è chi ha suggestivamente parlato di "*defunzionalizzazione*"[14] del decreto-legge, in quanto esso sta sempre più assumendo un ruolo sostitutivo, o concorrenziale, rispetto alla legge ordinaria. Esso va dunque a coprire tutti gli argomenti sui quali la legge ordinaria ha il potere di intervenire, facendo sì che si vada a perdere ogni carattere di specificità dello stesso[15].

---

[10] Secondo i dati raccolti da Simoncini in relazione alla XIII e XIV legislatura, solo una quota estremamente minoritaria dei decreti-legge, tra il 10 ed il 20%, sarebbe assimilabile alla funzione di intervento legislativo emergenziale. Cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit.,* 345 ss.; sullo stesso tema M. CALISE, *Il partito personale*, Roma, Laterza, 2000, p. 94. Con riferimento alla medesima tematica, si può ragionevolmente sostenere che non sia avvenuta, un'inversione di tendenza nel corso delle legislature successive. Su questo tema, con un'analisi riguardante le legislature X-XV cfr. V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei Deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo,* in *Il Parlamento del bipolarismo, un decennio di riforme dei regolamento delle camere, Il Filangeri, quaderno 2007,* p. 15; ampia dottrina ha infine analizzato l'evoluzione della decretazione d'urgenza, con riferimento alla XVI legislatura, quando è stata utilizzata massicciamente dal Governo Monti per importanti interventi in materia economica e per la realizzazione di riforme organiche. Cfr. F. MUSELLA, *Governare senza il Parlamento? L'uso dei decreti-legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, in *Rivista italiana di scienza politica*, XLII, n.3, 2012, pp. 459 ss.; M. FRANCAVIGLIA, *La decretazione d'urgenza nell'esperienza del Governo Monti*, in *Rivistaaic.it,* n.4, 2012; A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la 'seconda svolta'*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 3 ss.; F. PACINI, *L'uso del decreto-legge ai fini della semplificazione normativa*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2011; C. REDI, *Decreto-legge: strumento di legislazione "straordinariamente ordinario?", Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2011; G. DELLEDONNE, *Decretazione d'urgenza, indirizzo politico e programma di governo nella XVI legislatura,* in R. ZACCARIA, (a cura di), *Fuga dalla legge?, Seminari sulla qualità della legislazione,* Brescia, Grafo, 2011, pp. 74ss.; M. MAZZARELLA, *Decretazione d'urgenza e atti "post-legislativi" del Governo: spunti dall'esperienza della XVI legislatura*, *Osservatorio sulle fonti.it*, 2011, n. 3.

[11] Tra i casi, relativi alla XVII legislatura, in cui la decretazione d'urgenza è stata utilizzata in maniera conforme a quanto previsto dalla Costituzione, si possono citare il decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, "*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016*", convertito con la legge 15 dicembre 2016, n. 229 e il decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, "*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci*", convertito con la legge 31 luglio 2017, n. 119.

[12] Cfr. F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali*, Roma, Eurilink, 2016, p. 50.

[13] Capita sovente che tali criticità vadano a sovrapporsi all'interno del medesimo decreto: si pensi ad esempio ad un decreto eterogeneo, con effetti sulla legge di bilancio ed espressione dell'indirizzo politico del Governo, quale ad esempio il D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, *"interventi urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici"*, cd. *Salva Italia*.

[14] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit.,* p. 344; Perini lo definisce "*normale strumento di normazione*", M. PERINI, Le *regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?,* Torino, Giappichelli, 2009, p. 147; Lupo parla addirittura di "*banalizzazione*" e di "*vanificazione*" dei requisiti costituzionali, N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, *cit.*, p. 88.

[15] Da fonte normativa prevista dalla Costituzione per risolvere situazioni tanto gravi ed urgenti da render indifferibile l'intervento del Governo in deroga al principio della potestà legislativa parlamentare, ad atto sostanzialmente fungibile con la legge ordinaria, con la sola differenza di essere una via più agevole e più veloce per l'esecutivo rispetto ad essa. Sul tema Cfr. C. REDI, *Decreto-legge: strumento "straordinariamente ordinario"?,* in R. ZACCARIA, (a cura di),

3.1 Decreti sempre più ampi.

Tra le problematiche emerse nel corso delle ultime legislature, una delle più evidenti è certamente quella relativa alla dimensione assunta dai decreti (così come della loro eterogeneità)[16]. Se è vero, infatti, che il loro numero è sensibilmente diminuito a seguito della sentenza n.360/1996, è altrettanto vero che sono divenuti sempre più corposi, includendo spesso al loro interno una pluralità di interventi normativi su materie del tutto differenti[17]. Si è parlato in tal senso di "*gigantismo"*[18] della decretazione d'urgenza.
All'interno dei 100 decreti-legge emanati nella XVII legislatura si contano 5.127 commi, con una media di 51,3 commi. Il dato si pone in calo rispetto a quanto avvenuto nella legislatura precedente (6.865 commi per 118 decreti-legge, per una media di 58,18), che si era distinta per un ricorso assai frequente ai decreti-legge di ampie dimensioni[19]. Nella XV legislatura, al

---

Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione, Brescia, Grafo, 2011, pp. 77ss.; F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit.,* pp. 50 ss.

[16] I due aspetti sono, come facilmente intuibile, sovente collegati. Se infatti un decreto lungo può riguardare un solo tema, se trattato fin nella disciplina di dettaglio, un decreto che, al contrario, intervenga su una pluralità di argomenti sarà con ogni probabilità assai corposo.

[17] L'osservatorio sulla legislazione istituto presso la Camera dei deputati, nel rapporto 2012 relativo alla produzione legislativa, ha evidenziato in maniera chiara questo fenomeno: ha posto in luce l'aumento delle dimensioni dei decreti-legge, facendo un raffronto tra l'anno 1997 e l'anno 2011, in cui sono stati emanati rispettivamente 44 (30 convertiti) e 16 (15 convertiti) decreti-legge. Tuttavia la dimensione totale in termini di spazio utilizzato in Gazzetta ufficiale risulta simile, denotando la forte crescita dimensionale dei singoli provvedimenti A tal proposito risulta interessante la conclusione che il rapporto esprime a termine del confronto tra la decretazione di fine anni '90 e quella del 2011: *"Il confronto evidenzia una sorta di mutazione genetica del decreto-legge, da strumento essenzialmente di manutenzione normativa e di portata generalmente modesta (salvo eccezioni, legate al alcune specifiche tipologie, come i decreti volti alla proroga dei termini) a strumento con il quale impostare politiche di medio-lungo termine, anche in relazione alla situazione economica e finanziaria"* , *Rapporto 2012 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 386 ss., spec. p. 387.

[18] G. SAVINI, *L'attività legislativa tra governo e parlamento: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti, cit.,* p. 101; sul tema della crescita dimensionale dei decreti-legge Cfr. *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 488 ss.; veda anche la relazione del Presidente del comitato per la legislazione, Duilio, nel corso della XVI legislatura: L. DUILIO, T*endenze e problemi della decretazione d'urgenza*, relazione presentata al Comitato per la legislazione dal presidente Duilio, aggiornamento al 31 dicembre 2009, spec. p. 15.

[19] In particolare, durante l'esecutivo guidato da Mario Monti sono stati adottati una serie di decreti-legge estremamente vasti ed eterogenei. A titolo esemplificativo: Il decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, *"interventi urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici"*, cd. Salva Italia, contava 50 articoli, 418 commi e quasi 300.000 caratteri, arrivando poi al termine della procedura di conversine a 58 articoli e 514 commi. Il suo contenuto era estremamente eterogeneo: al suo interno di trovano norme riguardanti l'innalzamento dei requisiti di età pensionabile (art. 24), la razionalizzazione della spesa pubblica, l'introduzione di imposte (IMU e TARSU, artt. 13 e 14) e la soppressione di enti (tra i quali, ad esempio, l'INPDAP, art. 21). In sede di conversione sono state aggiunte ulteriori disposizioni.
Dello stesso calibro il decreto-legge 24 gennaio 2012, n.1, "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, per lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività"*, cd. Cresci Italia, contenente 98 articoli, 295 commi e oltre 235.000 caratteri (dopo la conversione 118 articoli e 377 commi). Esso ha disciplinato interventi relativi ad opere infrastrutturali, al finanziamento delle imprese, alla liberalizzazione di alcune attività economiche e alla promozione degli investimenti; ha introdotto altresì riforme in ambito assicurativo e bancario. Ancora, il decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, "*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo",* cd. Semplifica Italia, era composto da 63 articoli e 183 commi, mentre la relativa legge di conversione è arrivata a 75 articoli e 243 commi. Con questo intervento il

contrario, la loro dimensione era stata più modesta, con 28,48 commi di media (1.367 commi e 48 decreti-legge).
L'esecutivo, dunque, ha continuato ad utilizzare la decretazione d'urgenza per inserire nell'ordinamento norme di lunghezza considerevole[20], pur non arrivando ai livelli raggiunti nella XVI legislatura.
Il tema del 'gigantismo' dei decreti-legge e della loro cronica mancanza di omogeneità contenutistica assume ulteriore rilevanza se si considera la procedura di conversione dei decreti.
Si assiste infatti al fenomeno dell'approvazione di emendamenti notevolmente ampliativi rispetto al testo approvato dal Consiglio dei Ministri, tanto nella dimensione del decreto quanto in quello degli argomenti da esso disciplinati[21].
Nella legislatura conclusasi nel marzo 2018 i testi dei decreti-legge sono cresciuti, nel passaggio parlamentare, del 58,5% in termini di caratteri (22.834 caratteri in più) e del 58,3% in termini di commi (34,4 commi). Un incremento considerevole, con ogni probabilità incompatibile con la prospettiva di una modifica legata ai soli temi del decreto originale[22].
La tendenza all'incremento dimensionale dei decreti-legge nella loro fase di conversione appare in ascesa[23]: nella XVII legislatura, infatti, il fenomeno è stato ancor più marcato che nelle

---

Governo ha introdotto riforme in materia di segnalazione certificata di inizio attività, di semplificazioni negli adempimenti nel diritto del lavoro e nei procedimenti amministrativi riguardanti l'attività imprenditoriale. In sede di conversione è stata introdotta la normativa in materia di digitalizzazione della pubblica amministrazione. Sul tema cfr. G. SAVINI, *L'attività legislativa tra governo e parlamento: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti, cit.,* pp. 91 ss.

[20] Tra i decreti più ampi si segnalano il Decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, "*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma del 24 agosto 2016*", contenente 263 commi, ed il Decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, "*Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*", con 249 commi.

[21] La critica al grande aumento delle dimensioni e dell'eterogeneità dei decreti a seguito della procedura di conversione è ampiamente diffusa. Sul tema, sottolineando come tale fenomeno infici la qualità della legislazione, la razionalità dei provvedimenti e, non da ultimo, il legame ontologico tra il decreto-legge e la legge di conversione, cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 358; N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, *cit.*, pp. 111 ss.; Q. CAMERLENGO, *Il decreto-legge e le disposizioni "eccentriche" introdotte in sede di conversione*, in *Rassegna Parlamentare, vol.1,* 2011, pp. 91 ss., spec. pp. 115 ss. per una serie di casi esemplari; G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista,* in *Rivistaaic.it*, n. 4, 2012, pp. 29 ss.; G. DI COSIMO, *il governo pigliatutto: la decretazione d'urgenza nella XVI legislatura*, in *Rassegna Parlamentare*, n.2, 2013, pp. 411-413; B. CIMINO, S. MORETTINI, G. PICCIRILLI, *La decretazione d'urgenza in parlamento* in L. DUILIO (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 61 ss.;

[22] Cfr. 4.2.

[23] Risulta in questo senso interessante riportare quanto elaborato nel Rapporto sulla legislazione del 2012, redatto dall'Osservatorio sulla Legislazione della Camera dei Deputati. È stato infatti redatto un confronto tra la decretazione d'urgenza relativa al 1997 e quella relativa al 2011. Ciò ha consentito di evidenziare in modo chiaro l'entità del fenomeno emendativo dei decreti-legge: nel 1997 i commi inseriti nei decreti in fase di conversione erano stati solamente 92, mentre nel 2011 addirittura 1692, causando con un incremento della loro dimensione nel passaggio parlamentare del 45,2%. Cfr. *Rapporto 2012 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 386 ss.
Il rapporto dell'anno successivo ha esposto in maniera ancor più evidente l'entità della crescita dei decreti-legge, in particolare a seguito della conversione parlamentare. Ha elaborato infatti un confronto tra il numero di caratteri contenuti nei testi dei decreti-legge convertiti, prendendo come riferimento il 1962, il 1978, il 1991 e il 2012. La scelta non è stata causale, avendo interessato quattro anni appartenenti a periodi diversi per quanto riguarda l'utilizzo dello strumento in esame. Nel 1962 aveva ancora un utilizzo marginale, sostanzialmente legato ad effettivi casi d'urgenza, nel 1978 incominciava il fenomeno della reiterazione, mentre nel 1991 era in pieno svolgimento. Il 2012 rappresenta, chiaramente, l'ultimo anno i cui dati erano al tempo disponibili. I dati raccolti testimoniano un incremento esponenziale delle dimensioni dei decreti: a partire dai 6.000 caratteri del 1962 si sale a 180.000 nel

precedenti (nella XVI l'aumento medio era stato del 42,3% per quanto riguarda i commi, e del 42,9% in termini di caratteri; nella XV del 52,6% per quanto riguarda i commi)[24].
Anche la mera analisi dimensionale delle leggi di conversione consente dunque di evidenziare come lo strumento in esame non sia affatto concepito come una fonte normativa per interventi puntuali, volti a disciplinare situazioni d'emergenza. Anticipando quanto sarà esposto in sede di conclusioni, la grande ampiezza dei decreti, e soprattutto delle leggi di conversione, allontana l'istituto dalla sua interpretazione tradizionale (per cui il Governo approva un provvedimento in deroga alle prerogative parlamentari per ragioni d'urgenza, e successivamente il Parlamento decide se approvare o meno il suo operato) e lo avvicina sempre più ad uno strumento per riforme normative anche di ampio respiro, di iniziativa governativa e diffusamente rimaneggiate ed ampliate in sede di discussione assembleare. Ciò comporta, come già accennato, una certa fungibilità con lo strumento della legge ordinaria.

3.2 Eterogeneità dei temi trattati.

Il fatto che i decreti-legge siano divenuti una fonte di produzione normativa *"dai contenuti fortemente disorganici ed eterogenei"*[25] è stato fortemente criticato in sede dottrinale[26] per via

1978 e a ben 230.000 nel 1991. Il dato relativo al 2012, tuttavia, li supera tutti, dimostrando come ad oggi i decreti-legge contengano al loro interno una enorme quantità di disposizioni: nonostante nel 1991 il numero totale di decreti fosse molto più alto, per via della prassi della reiterazione, nel 2012 i caratteri utilizzati dai decreti convertiti sono stati 1.300.000, oltre cinque volte maggiori. Cfr. *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 448 ss.

[24] Durante la XVI legislatura i decreti-legge sono stati 118 (106 convertiti), i cui testi originari erano strutturati complessivamente in 6.865 commi. A seguito della procedura di conversione i 106 provvedimenti contavano 9658 commi. Ne sono stati inseriti in fase di conversione ben 2872, con un incremento del 42,9% in termini di spazi legislativi Nella legislatura precedente, la XV, a comporre i 48 decreti-legge erano stati 1367 commi, 1229 per i 35 convertiti. A seguito della procedura di conversione i commi sono arrivati a 1875; sono stati quindi introdotti ulteriori 646 commi, che hanno rappresentato un incremento del 52,6% in termini di spazi legislativi.

[25] G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in A. MANZELLA (a cura di), *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Bologna, Il Mulino, 2012. p. 193.

[26] Tra i numerosi interventi dottrinali sul tema della perdita del carattere di omogeneità dei decreti-legge: N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit.,* p. 111; A. GHIRIBELLI, *L'istruttoria degli atti normativi del Governo*, in P. COSTANZO (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI Legislatura, Quaderni della rassegna parlamentare*, Napoli, Jovene, 2011, p. 92; B. CIMINO, S. MORETTINI, G. PICCIRILLI, *La decretazione d'urgenza in parlamento* in L. DUILIO (a cura di), *cit.*, p. 69.; N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un modo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa,* in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 419-458; S. DI MARIA, *I 'nuovi' limiti alla decretazione d'urgenza: verso un pieno riconoscimento costituzionale?,* in *Forumcostituzionale.it*, 17 gennaio 2015, p. 4;

della violazione dei requisiti costituzionali[27] e di legge[28] imposti al loro utilizzo, così come per le difficoltà che le Camere affrontano nella fase di conversione degli stessi.
La Corte costituzionale ha per lungo tempo evitato di esprimersi sull'argomento. Con le sentenze nn. 171 del 2007 e 128 del 2008, tuttavia, la ha infine dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute in un decreto-legge mancanti dei presupposti di necessità ed urgenza, nonostante fosse intervenuta la legge di conversione[29].
Il giudice costituzionale, negli interventi citati, ha avuto modo di esprimersi anche sul tema della mancanza di omogeneità del contenuto dei decreti-legge. Tanto la loro dimensione quanto la loro eterogeneità non costituiscono in quanto tali una prova della mancanza dei presupposti costituzionali, ma rappresentano un importante indicatore di essa. Risulta infatti assai difficile immaginare come un decreto-legge relativo ad un evento di straordinaria necessità ed urgenza possa assumere dimensioni così ampie e coinvolgere una tale varietà di tematiche[30]. L'eterogeneità di una norma rispetto al resto del decreto-legge le impedisce di riferirsi agli stessi presupposti giustificativi del decreto e, quindi, ne indica una possibile incostituzionalità[31].
Gli interventi richiamati hanno fatto presagire, in un primo momento, una possibile inversione di tendenza, con la riduzione del numero di decreti-legge eterogenei o comunque mancanti dei requisiti di costituzionalità[32].

---

[27] Le ampie dimensioni dei decreti, così come la loro mancanza di omogeneità, non costituiscono, in quanto tali, una prova della mancanza dei presupposti costituzionali, ma sono senza dubbio un importante indicatore di essa. Questa è la linea interpretativa seguita dal giudice costituzionale nelle sentenze n. 171 del 2007 e n. 128 del 2008. Si tratta tuttavia di un requisito difficile da valutare in modo univoco nel caso concreto, salvo violazioni evidenti. Lupo parla di *"seria difficoltà a porre in essere sanzioni efficaci nei confronti della disomogeneità"*, N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit*., p. 113; Cfr. anche P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivistaaic.it*, 19 aprile 2011, pp. 7 ss.

[28] Si pensi a quanto disposto dall'art. 15, comma 3, della L. 400 /1988 riguardante il contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo del decreto-legge.

[29] La tesi sostenuta fino ad allora dal giudice delle leggi si basava sul fatto che la legge di conversione, votata dal Parlamento, sanasse sostanzialmente la mancanza di requisiti formali del decreto convertito. La legge di conversione, dunque, per la sua sola esistenza avrebbe confermato il manifestarsi della potestà legislativa delle Camere, e quindi non vi sarebbe stata una violazione della separazione dei poteri tra l'organo legislativo e quello esecutivo, in fondo la vera *ratio* delle limitazioni previste dall'art. 77 alla decretazione d'urgenza. Sul tema Cfr. M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della «necessità ed urgenza» dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I, pp. 1433 ss.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1989, pp. 34 ss.; A. CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 24 ss.

[30] "*La brevità dei decreti-legge, e quindi la loro omogeneità, appare del resto un carattere implicito dell'istituto per come è configurato dall'articolo 77 della costituzione, poiché solo la presenza di tale requisito può consentire alle camere una congrua valutazione dei presupposti costituzionali di necessità ed urgenza e la conversione in legge entro il termine costituzionale"* D. CABRAS, *La decretazione d'urgenza, cit.,* p. 71.

[31] Sul tema si vedano i commenti alla sentenza n. 128 del 2008: A. RUGGERI, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge*, in *Il foro italiano*, n. 133, 2008, p. 3048-3052; D. CHINNI, *Un passo avanti (con salto dell'ostacolo) nel sindacato della Corte costituzionale sui presupposti della decretazione d'urgenza*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 160, 2008, p. 2670-2677.

[32] Cfr. A. CELOTTO, *La 'seconda rondine': ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto-legge,* in *Giurisprudenza Amministrativa*, n. 2, 2008; con analisi più recenti cfr. V. LIPPOLIS, *La centralità del Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano*, in S. FABBRINI, V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide. Il Filangieri, Quaderno 2010*, Napoli, Jovene, 2011, p. 28; F. MUSELLA, *Il premier diviso. Italia tra presidenzi-*

Le legislature successive, tuttavia, hanno mostrato come tali ipotesi non abbiano trovato riscontro fattuale. Una delle ragioni che potrebbero spiegare il limitato impatto sulla produzione normativa delle pronunce della Corte costituzionale risiede nella difficoltà applicativa del principio di omogeneità di contenuto del decreto. Esso rappresenta, infatti, un requisito difficile da valutare in modo univoco nel caso concreto, salvo violazioni evidenti[33]; si è parlato in tal senso di *"seria difficoltà a porre in essere sanzioni efficaci nei confronti della disomogeneità"* [34].
Il giudice costituzionale è intervenuto nuovamente sul tema della decretazione d'urgenza tra la fine della XVI e l'inizio della XVII legislatura: con le sentenze n. 22 del 2012, n. 220 del 2013 e n. 32 del 2014 la Corte ha infatti sanzionato la mancanza di omogeneità tra le disposizioni della legge di conversione e quelle del decreto-legge di partenza. Le sentenze n. 22 del 2012[35] e n. 32 del 2014[36] indicano la necessità di un nesso "*di interrelazione funzionale*" tra il contenuto del decreto-legge e quanto disposto dalla legge di conversione, e sostengono che tale legame sia di importanza fondamentale per il mantenimento dei rapporti tra le istituzioni all'interno della cornice costituzionale.
Accanto a questi interventi della Corte costituzionale si segnalano inoltre gli appelli del Presidente della Repubblica, anch'essi relativi ad un utilizzo della decretazione d'urgenza in modo più consono al dettato costituzionale. In particolare, il 23 febbraio 2012, a soli dieci giorni dalla sentenza 22/2012, il Presidente della Repubblica ha inviato una Lettera, indirizzata ai presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, in cui ha ribadito la necessità di mantenere l'omogeneità di contenuto tra il decreto-legge e la legge di conversione[37].
Nonostante i numerosi interventi degli organi di garanzia la problematica in esame non sembra essere stata ridimensionata. Nicola Lupo arriva a definire il carattere eterogeneo della decretazione d'urgenza come *"il punto più critico"*[38] tra quelli che accompagnano l'utilizzo di questo strumento.

---

alismo e parlamentarismo, cit., p. 88; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali, cit.*, pp. 24-25; S. DI MARIA, *I 'nuovi' limiti alla decretazione d'urgenza: verso un pieno riconoscimento costituzionale?, cit.,* p. 7;

[33] Cfr. N. MACCABIANI, *La conversione dei decreti-legge davanti alla Camera dei deputati. La prassi del Comitato per la legislazione*, Brescia, Promodis, 2001, p. 38 s. P. CARNEVALE, D. CHINNI, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del Presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in *Rivistaaic.it*, 19 aprile 2011, pp. 7 ss.

[34] N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit*., p. 113.

[35] *Considerato in diritto, n. 4.2.*

[36] *Considerato in diritto, n. 1, 3, 4.*

[37] Sui precedenti, numerosi interventi dei Presidenti della Repubblica in merito alla questione in esame e alle altre problematiche relative alla decretazione d'urgenza, rimasti in larga parte inascoltati, cfr. A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la 'seconda svolta'*, *cit.*, pp. 11 ss.; G. PICCIRILLI, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto dalla corte costituzionale: l' 'omogeneità' della legge di conversione*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 437-450.; A. SIMONCINI, *Il potere legislativo del governo tra forma di governo e forma di stato*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *cit.*, pp. 509 ss.; p. 525 lega gli interventi del Capo dello Stato in merito all'omogeneità della legge di conversione ai diritti delle minoranze parlamentari, poiché una fungibilità tra legge di conversione e legge ordinaria provocherebbe una netta contrazione dei loro poteri.

[38] N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit.,* p. 111.

Le difficoltà relative alla fase di conversione riguardano il fatto che interventi ampi ed eterogenei sono assai difficoltosi da analizzare per le commissioni: in primo luogo per la mole di disposizioni da esaminare in un tempo tanto breve, ed in secondo luogo per il fatto che i decreti vengono assegnati a molteplici commissioni, in relazione alle molte materie trattate, con conseguenti problemi di coordinamento tra le stesse. Ciò rende difficoltosa una proficua discussione parlamentare nel merito del provvedimento.

Una valutazione dell'eterogeneità dei decreti approvati nel corso della XVII legislatura, ed un confronto con le precedenti, non può essere eseguita solo sulla base di statistiche o dati oggettivi, in quanto il tema in questione è soprattutto di tipo qualitativo. Vi sono, tuttavia, alcuni fattori che possono fornire indizi in tal senso: in primo luogo, la lunghezza media dei decreti e delle relative leggi di conversione; in secondo luogo, l'analisi della loro assegnazione alle commissioni della Camera. Tanto più un decreto è ampio, infatti, quanto più sarà probabile che vada a disciplinare una pluralità di argomenti[39]. Allo stesso modo, se un decreto-legge viene assegnato a molteplici commissioni parlamentari, vi sarà un'alta probabilità che riguardi più materie[40].

I dati relativi alla XVII legislatura[41] mostrano come, nell'ampia maggioranza, dei casi, il procedimento di conversione coinvolga un alto numero di commissioni. In oltre il 50% dei casi[42] sono state dieci o più, mentre in 12 casi (14,6%) dei casi il decreto è stato assegnato a tutte le commissioni. In appena 4 occasioni sono state interpellate meno di 5 commissioni[43].

Commissioni	N. decreti assegnati
1	0
2	1

[39] La lunghezza di un decreto è indice, ma non prova, della sua disomogeneità, in quanto esiste la possibilità che esso disciplini una determinata materia in maniera dettagliata (come avviene, ad esempio, con determinati decreti-legge in ambito economico). Ciò comporta, nondimeno, elementi di criticità, in quanto stride in maniera evidente con quanto disposto dal dettato costituzionale, ma rappresenta una problematica differente.

[40] Anche in questo caso non si tratta che di un indice di eterogeneità: è infatti possibile che un intervento normativo in un determinato ambito affronti tematiche tra loro interconnesse, di competenza di differenti commissioni, e che quindi sia opportuna l'assegnazione a due o più di esse (basti pensare al fatto che quasi ogni intervento normativo va analizzato dalla commissione bilancio per una valutazione dell'impatto del provvedimento sui fondi pubblici). Va tuttavia sottolineato come l'assegnazione ad un elevato numero di commissioni, anche più di 10, difficilmente potrà riguardare un decreto omogeneo nei suoi contenuti.

[41] I dati di seguito presentati sono estrapolati dagli Appunti del comitato per la legislazione del 2017, dal titolo *"La produzione normativa nella XVII legislatura*" i cui dati sono aggiornati all'ottobre dello stesso anno. Essi non sono dunque relativi all'intera legislatura; va tuttavia sottolineato come, nel computo totale dei decreti-legge approvati, ne manchi solamente uno: il documento prende in considerazione 82 decreti convertiti, a fronte di un totale di 83. È quindi possibile considerare i dati in questa sede analizzati come sufficientemente rappresentativi dell'intera XVII legislatura. Gli appunti del comitato per la legislazione sono consultabili all'indirizzo *camera.it.*

[42] 42 volte su 82 decreti-legge.

[43] I dati appaiono superiori a quelli relativi alla legislatura precedente. Nella XVI, infatti, i casi in cui il decreto è stato affidato a più di 10 commissioni sono stati il 44,12%, e in 10 casi sono state interpellate meno di 5 commissioni. La casistica completa è contenuta nel rapporto Rapporto 2013 sulla legislazione elaborato dall'Osservatorio sulla legislazione: *Rapporto 2014 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, p. 490.

3	1
4	2
5	5
6	6
7	8
8	11
9	6
10	8
11	7
12	8
13	7
14	12

Cfr. *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, p. 45.

È dunque possibile affermare che la tendenza all'eterogeneità dei temi trattati dai decreti-legge non abbia incontrato alcuna battuta d'arresto nel corso dell'ultima legislatura. A titolo esemplificativo si possono evidenziare alcuni decreti mancanti in modo evidente di omogeneità contenutistica.

a) Decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, *"Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale",* convertito con modificazioni con la legge 23 giugno 2014, n. 89. Esso contiene disposizioni riguardanti la riduzione delle imposte (tra cui la misura definita come "bonus 80 euro"), il contrasto all'evasione fiscale, la riduzione della spesa pubblica, i debiti delle pubbliche amministrazioni.
b) Decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, *"Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali"* convertito con la legge 6 agosto 2015, n. 125. In questo caso è evidente fin dal titolo del provvedimento il suo carattere estremamente eterogeneo.
c) Decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, *"Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo"* convertito con la legge 21 giugno 2017, n. 96. Nel provvedimento in esame sono contenuto sia interventi in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016 e 2017 (ambito, questo, compatibile con i requisiti costituzionali del decreto) che riforme di tutt'altro genere, quali finanza pubblica, contenimento della spesa pubblica, investimenti per eventi sportivi.

Anche con riferimento alla XVII legislatura, quindi, pare non abbiano sortito particolare effetto gli appelli istituzionali del Capo dello Stato ed i moniti della Corte costituzionale. Non sono, in effetti, rimasti del tutto inascoltati: tra i pochi casi in cui si è dato seguito a dette indicazioni si

segnala il caso dei decreti-legge 24 giugno 2014, nn. 90 e 91. Il Consiglio dei Ministri aveva disposto la presentazione di un decreto-legge assai eterogeneo denominato "semplificazione e crescita". Su invito del Presidente della Repubblica questo è stato invece scisso in due decreti distinti: i decreti-legge nn. 90[44] e 91[45] del 24 giugno 2014. Si tratta, tuttavia, di un episodio rimasto relativamente isolato.
In conclusione, i dati normativi confermano che i decreti-legge e le relative leggi di conversione continuano ad essere caratterizzati da un notevole livello di eterogeneità.

3.3 Problematiche nell'attività dell'esecutivo.

Considerando le finalità perseguite dai governi mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza emergono ulteriori criticità.
Si pensi, ad esempio, agli interventi di '*manutenzione normativa*[46]', il cui contenuto va a modificare, integrare o innovare discipline già previste da leggi precedentemente adottate[47]. In tal senso assumono particolare rilievo i decreti emanati con l'obiettivo di disporre il differimento dei termini previsti, in determinati ambiti, dalla legislazione vigente. Questo genere di decreti ha preso il nome, nella prassi politica, di *'decreto milleproroghe'*[48] per via della sua eterogeneità, mentre ad accomunare le materie trattate è proprio la proroga dei termini di legge. La maggioranza dei decreti convertiti nel corso delle legislature rientra in queste categorie, cd. *"norme relative ad altre norme"*[49].

---

[44] *"Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari",* cd. Decreto P.A.

[45] *"Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché' per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea"*. cd. Decreto competitività.

[46] Sul tema cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit*., pp. 346 ss.; N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit*., p. 88.

[47] Sul tema, con posizioni critiche nei confronti del fenomeno, cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit*., p. 346; M. COTTA, F. MARANGONI, *Il Governo*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 219-224; F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit*., pp. 55-56.

[48] Cfr. N. LUPO, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i c.d. decreti-legge «milleproroghe»*, in A. SIMONCINI (a cura di) *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, EUM, 2006, p. 173; P. L. PETRILLO, *Forma di governo apparente e «sostanza» parlamentare: il caso del milleproroghe*, in R. ZACCARIA (a cura di) *Aspetti problematici nella evoluzione delle fonti normative*, *atti dei seminari promossi dal Comitato per la legislazione e dalle Università di Firenze, Genova, Perugia e LUISS di Roma, Roma, Camera dei deputati*, 2008, pp. 43 ss.

[49] A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit.*, p. 348. Tra gli esempi relativi alla XVII legislatura si possono citare: il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133; il decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66; il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91.

Vi sono stati casi, inoltre, di decreti-legge ad efficacia differita o condizionata. Ciò è stato definito come un "*ossimoro giuridico-legislativo*"[50], in quanto viene meno il requisito dell'immediatezza del decreto[51], che ne giustifica l'esistenza nel sistema delle fonti: uno strumento finalizzato alla soluzione di casi di straordinaria urgenza non può, realisticamente, iniziare a produrre effetti giuridici solo a seguito dell'adozione di altri atti normativi[52].

La problematica che appare di maggiore rilevanza, tuttavia, è quella che riguarda il ricorso al decreto-legge in funzione del perseguimento dell'indirizzo politico del Governo, o in relazione a specifiche materie.

Nel corso delle ultime legislature, infatti, è divenuto uno degli strumenti privilegiati dagli esecutivi per introdurre nell'ordinamento norme legate al loro programma politico[53]. Si tratta di una prassi pericolosa, che tende a concedere un ampio spazio normativo al Governo proprio in quegli ambiti in cui la discussione politica tra maggioranza ed opposizione (e, sovente, all'interno della maggioranza stessa) è più accesa.

Ciò è avvenuto con particolare frequenza nel corso della XVI legislatura, e segnatamente durante l'esecutivo presieduto da Mario Monti[54], in cui sono stati adottati decreti estremamente ampi, funzionali alla realizzazione degli *"obiettivi strutturali"*[55] del Governo. In particolare, si evidenziano provvedimenti in tema di conti pubblici[56], di riforma della pubblica amministrazione[57] e di incentivo alla crescita economica[58].

Nella XVII legislatura gli esecutivi hanno continuato ad utilizzare i decreti-legge con l'intento di perseguire i propri obiettivi politici. Ciò è avvenuto in particolar modo nel corso del Governo

---

[50] Sul tema cfr. N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit.,* p. 89; S. DI MARIA, *I 'nuovi' limiti alla decretazione d'urgenza: verso un pieno riconoscimento costituzionale?, cit.,* pp. 4 ss., F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit.,* pp. 56-57.

[51] Concetto ribadito anche all'art. 15 della legge n.400/1988, secondo cui i decreti *"devono contenere misure di immediata applicazione"*.

[52]In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale, che nella sentenza n. 220 del 2013 afferma che *"i decreti-legge traggono la loro legittimazione generale da casi straordinari e sono destinati ad operare immediatamente, allo scopo di dare risposte normative rapide a situazioni bisognose di essere regolate in modo adatto a fronteggiare le sopravvenute e urgenti necessità".* Sul tema cfr. G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto legge*, in *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2013; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale si pronuncia sul modo d'uso del decreto-legge*, in Consulta online - periodico telematico, 2013, p. 1-6

[53] Sul tema cfr. F. MUSELLA, *Governare senza Parlamento? L'uso dei decreti-legge nella lunga transizione italiana (1996-2012*), *cit.,* pp. 479 ss.; G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni, cit.,* p. 62 ss.

[54] Si è trattato, invero, di un esecutivo dalle molte peculiarità, che ha operato all'interno di una congiuntura politica, economica ed internazionale assai instabile, e quindi i dati relativi ad esso vanno ritenuti, sotto questo aspetto, poco indicativi della tendenza consolidata.

[55] G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni, cit.,* p. 63; Sul tema, cfr. l'ampio contributo di Savini sull'attività legislativa del Governo Monti: G. SAVINI, *L'attività legislativa tra governo e parlamento: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti, cit*.,

[56] D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, *"Interventi urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici*", convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

[57] D.l. 9 febbraio 2012, n. 5, "*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo",* convertito con modificazioni dalla legge 4 aprile 2012, n. 35.

[58] D.l. 24 gennaio 2012, n.1, "*Disposizioni urgenti per la concorrenza, per lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività",* convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

Renzi, il più longevo della legislatura e quello caratterizzato dalla più evidente spinta innovativa[59].

Non tutti i provvedimenti relativi all'indirizzo politico del Governo, tuttavia, sono stati approvati con lo strumento della decretazione d'urgenza: molte delle riforme adottate dagli esecutivi nell'ultima legislatura sono state introdotte per mezzo della legge ordinaria[60].

In sintesi, il numero di riforme adottate tramite decreto-legge nel corso della passata legislatura consente di asserire che la decretazione d'urgenza sia rimasto uno degli strumenti privilegiati nella disponibilità dell'esecutivo per raggiungere i propri obiettivi programmatici.

Si segnala inoltre la diffusa tendenza a demandare, nell'ambito dei decreti leggi, a ulteriori interventi normativi del governo, attraverso la previsione di deleghe legislative o regolamentari[61]. Tale pratica solleva molte perplessità, in quanto arriva a consentire al Governo di attribuire a sé stesso un autonomo potere normativo, salvo l'intervento successivo della legge di conversione del decreto. Appare, inoltre, difficile sostenere la sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza di una norma che disponga una delega normativa per un futuro intervento dell'esecutivo[62].

---

[59] Tra i casi più notevoli è possibile menzionare: il decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, *"Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale",* convertito con modificazioni con la legge 23 giugno 2014, n. 89, contenente all'art.1 la modifica dell'Irpef denominata "Bonus 80 euro"; il decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34 *"Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese"*, convertito con modificazioni con la legge 16 maggio 2014, n. 78, si tratta del primo di una serie di intervento legislativi, il cui insieme sarà chiamato giornalisticamente *"Jobs Act"*; decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, *"Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili*", convertito con modificazioni dalla legge 1 dicembre 2016, n. 225, contenente all'art. 1 la cd. "soppressione di Equitalia".

[60] Si pensi ad esempio alla riforma elettorale contenuta nella legge 6 maggio 2015, n. 52 (cd. *Italicum*), alla legge 13 luglio 2015, n. 107, "*Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*", (cd. *La buona scuola*), alla legge 20 maggio 2016, n. 76, "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", o al tentativo, poi fallito, di introdurre nell'ordinamento il principio dello *ius soli* temperato con il DDL n. S. 2092, "*Modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 91, e altre disposizioni in materia di cittadinanza*".

[61] Sul tema cfr. G. SAVINI, *L'attività legislativa tra governo e parlamento: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti, cit*., pp. 94 ss.; E. TIRA, *L'attività normativa secondaria del Governo Monti, in Rivistaaic.it,* n.4, 2012, pp. 32 ss. Quest'ultimo sottolinea come il D.l. 6 dicembre 2011, n. 201 preveda ben 73 provvedimenti attuativi, mentre 53 sono quelli contenuti nel D.l. 24 gennaio 2012, n.1. Va detto che la maggior parte di questi sono rimasti inattuati: Cfr. *Monitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il Governo Monti*, a cura dell'Ufficio per l'attuazione del Programma di Governo, Presidenza del Consiglio, febbraio 2013.

[62] Il requisito dell'immediatezza non è esplicitato a livello costituzionale; viene invece previsto dall' dall'art. 15, comma 3, della legge 400 del 1988, che tuttavia non può, chiaramente, assurgere a parametro di costituzionalità del decreto. Le sentenze nn. 22 del 2012 e 220 del 2013 della Corte costituzionale, tuttavia, sottolineano come ciò possa essere indice dell'esistenza o meno dei requisiti di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 della Costituzione. Nella sentenza 220 del 2013, al par. 12.1. delle considerazioni in diritto, infatti, la Corte dichiara che l'immediatezza *"esprime ed esplicita quello che deve ritenersi intrinseco nella natura stessa del decreto-legge"*, e ancora che il decreto *"entrerebbe in contraddizione con le sue stesse premesse, se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo".* Risulta particolarmente significativa l'espressione di Di Maria: *"non è in sé un vizio, ma la prova di un vizio":* S. DI MARIA, *I 'nuovi' limiti alla decretazione d'urgenza: verso un pieno riconoscimento costituzionale?, cit.,* p. 8;.

Merita infine uno specifico approfondimento un ulteriore fenomeno, assai rilevante dal punto di vista dell'incidenza del Governo nell'intero sistema istituzionale: nel corso degli ultimi decenni, infatti, il decreto-legge è divenuto lo strumento privilegiato dagli esecutivi per l'introduzione di norme su specifiche materie[63], ed in particolare in ambito economico e di bilancio[64].
Si tratta di una tendenza di grandissima importanza, in quanto le leggi legate alla manovra finanziaria e al bilancio *"ormai costituiscono momenti assolutamente centrali nella determinazione, attuazione e specificazione dell'indirizzo politico generale"*[65] . L'esecutivo si è sostanzialmente appropriato di questa disciplina[66] attraverso la prassi, ormai consolidata, di adottare una serie di decreti-legge che anticipano la legge di bilancio, in modo da introdurre capitoli di spesa o di investimento di capitali in anticipo rispetto alla discussione assembleare[67]; ciò inoltre avviene, relativamente spesso, attraverso l'utilizzo della questione di fiducia in sede di conversione del decreto[68]. In tal modo il Governo si assicura l'approvazione di una parte degli interventi economici che intende perseguire nel corso del periodo successivo[69].
Specialmente in materia economico-finanziaria, dunque, la decretazione d'urgenza ha assunto un carattere sistematico[70], causando una sostanziale esautorazione del Parlamento[71] da un ambito di importanza fondamentale.

---

[63] Autori particolarmente attenti sottolineano come vi siano ambiti in cui i Governi intervengono con tale frequenza ed incidenza da poter parlare di appropriazione della materia in questione. Le tematiche in cui ciò appare più evidente sono quelle economiche e di bilancio. Sul tema del massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza in determinati settori dell'ordinamento cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit.,* pp. 358-371; R. ZACCARIA E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forumcostituzionale.it*, 22 giugno 2009, pp. 7 ss.; N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo, cit*., p. 89.

[64] Sul tema, *ex pluribus*, cfr. G. ARCONZO, *Le scelte di finanza pubblica in una democrazia "decidente": alla ricerca di un nuovo ruolo per Governo e Parlamento*, in *Quaderni costituzionali,* 2008, pp. 813 ss.; C. BERGONZINI, *Teoria e pratica delle procedure di bilancio dopo la legge n. 196 del 2009*, in *Quaderni costituzionali,* 2011, pp. 39 ss.; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali, cit.,* p. 21; F. MUSELLA, *Governare senza Parlamento? L'uso dei decreti-legge nella lunga transizione italiana (1996-2012)*, *cit*., pp. 479 ss.; Legislazione di spesa 1 gennaio - 31 dicembre 2013, Servizio del bilancio del Senato, n.8, 2014.

[65] M. PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?, cit.,* p. 147-148

[66] La decretazione d'urgenza è divenuta ormai *"fonte tipica"* per questo settore dell'ordinamento. Cfr. F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit.,* p. 51-53; G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni, cit.,* p. 31.

[67] Nel gergo giornalistico questi interventi hanno preso il nome di "*Decreto fiscale"*. In ordine cronologico, gli ultimi due esempi sono quelli del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, e del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148.

[68] Ad esempio, i decreti-legge 25 giugno 2008, n. 112, 31 maggio 2010, n. 78, 6 luglio 2011, n. 98, 24 giugno 2016, 22 ottobre 2016, n. 193, 16 ottobre 2017, n. 148. Sul tema G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento,* in A. MANZELLA (a cura di), *cit*., pp. 166 ss.

[69] Gli esempi sono assai numerosi; con riferimento agli ultimi 10 anni: d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con la Legge 6 ottobre 2008, n. 133; d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con la Legge 15 luglio 2011, n. 111; d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con la Legge 7 agosto 2012, n. 135; d.l. 15 ottobre 2013, n. 120, convertito con la Legge 13 dicembre 2013, n. 137; d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito con la Legge 23 giugno 2014, n. 89; d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, convertito con la L. 1 dicembre 2016, n. 225; d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con la legge 4 dicembre 2017, n. 172.

[70] Secondo uno studio elaborato da Ugo Zampetti circa il 95% delle decisioni di spesa adottate in Parlamento dal 2006 al 2010 è stato adottato mediante disposizioni contenute in decreti-legge. Cfr., U. ZAMPETTI, *Evoluzione della legislazione e ruolo del Parlamento*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 2011, pp. 47 ss.

[71] Molti autori hanno evidenziato criticamente il ruolo predominante assunto dal Governo in ambito economico e di bilancio, tra i più rilevanti in assoluto nell'ordinamento. Cfr. G. CARBONI, *Il "potere di bilancio" fra processi decisionali*

3.4. Utilizzo della questione di fiducia

L'istituto della questione di fiducia è stato a lungo oggetto di discussione dottrinale. Se in periodo più risalente oggetto del confronto era l'opportunità stessa della sua esistenza[72], così come gli effetti procedurali che avrebbe comportato[73], nel corso degli ultimi decenni il dibattito si è concentrato soprattutto sull'uso che ne è stato fatto[74].

Tenendo in considerazione quest'ultimo tema, vene in luce come, nel corso delle ultime legislature, sia notevolmente cresciuta l'incidenza con cui l'esecutivo ha posto la questione di fiducia su progetti di legge in fase di approvazione[75].

---

interni e comunitari, in *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 38 ss.; G. ARCONZO, *Le scelte di finanza pubblica in una democrazia "decidente": alla ricerca di un nuovo ruolo per Governo e Parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 813; C. BERGONZINI, *Teoria e pratica delle procedure di bilancio dopo la legge n. 196 del 2009*, *cit.*, p. 39; G. PICCIRILLI (a cura di), *Sintesi dello studio Tendenze e problemi della decretazione d'urgenza, presentato al Comitato per la legislazione dal Pres. on. Duilio il 12 novembre 2009,* in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011 p. 109-110; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, *cit.*, p. 21; G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento,* in A. MANZELLA (a cura di), *cit*., p. 166.

[72] L'istituto in parola non è disciplinato dalla Costituzione, che all'art. 94 tratta solamente l'aspetto parlamentare della formazione e dello scioglimento del rapporto fiduciario, e, fino al 1971, non era citato nemmeno all'interno dei regolamenti parlamentari. Era tuttavia previsto dalla fonte statutaria. Rifacendosi all'esperienza precedente al ventennio fascista il Parlamento repubblicano ne ha avallato l'utilizzo, ma la discussione dottrinale in merito è stata accesa. Tra i critici cfr. R. ASTRALDI, *L'ostruzionismo parlamentare e la questione di fiducia*, in *Roma economica*, 1953, pp. 71 ss.; A. DE VALLES, *Limiti che pone la questione di fiducia da parte del Governo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 1954, pp. 615 ss. Tra i favorevoli cfr. E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 231 ss.; A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti fra maggioranza ed opposizione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 5-6, 1969, pp. 42 ss.; G. BOCCACCINI, *La questione di fiducia*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 30 ss.; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 319-320. Più recentemente, con analisi in merito, N. LUPO, *Emendamenti, maxiemendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *cit.,* p. 41 s., spec. 84 s.; G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 789 s.; C. F. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 2008, p. 587 ss.

[73] Fino alla sua introduzione nei regolamenti parlamentari, il dibattito di maggior rilievo, a livello dottrinale ed assembleare, riguardava gli effetti sostanziali e procedurali della posizione della questione di fiducia. Riguardo a questi ultimi la discussione verteva in particolare sulle questioni relative all'inemendabilità e all'indivisibilità dell'articolo sottoposto a votazione, all'eventualità di definire ambiti in cui ne sarebbe stato precluso il ricorso, all'ampiezza massima consentita (un comma, un articolo, un insieme di articoli, un intero progetto di legge), all'ordine di votazione, alla modalità di voto (la procedura ordinaria prevedeva lo scrutinio segreto, ma ogni altro voto incidente sul rapporto fiduciario era previsto avvenisse per appello nominale) e alla possibilità di prevedere, riprendendo quanto previsto per la mozione di sfiducia, un termine di tre giorni tra la posizione della questione di fiducia e la votazione. Per quanto riguarda invece gli effetti sostanziali del voto la discussione riguardava il fatto che comportasse effetti meramente politici, e quindi a seguito di un eventuale voto contrario l'esecutivo avrebbe potuto decidere se permanere in carica o meno, o se esso dovesse avere effetti giuridici vincolanti, oltre che politici, facendo discendere l'obbligo di dimissioni per il Governo. Sul tema, tra gli A. favorevoli alla costituzionalità della questione di fiducia, ma con opinioni dissimili in ambito procedurale cfr. E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, cit., pp. 231 ss.; A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti fra maggioranza ed opposizione*, cit., pp. 42 ss.; G. BOCCACCINI, *La questione di fiducia*, cit., pp. 30 ss.

[74] *Ex pluribus* L. GORI, *Problemi di «metodo» per una ricerca sulla decretazione d'urgenza ed il ruolo del Parlamento. A proposito di una ricerca in corso al Sant'Anna,* in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011, p. 95; S. DI MARIA, *I 'nuovi' limiti alla decretazione d'urgenza: verso un pieno riconoscimento costituzionale?, cit.,* pp. 6 ss.; M. COTTA, F. MARANGONI, *Il Governo*, *cit.*, pp. 226 ss.

[75] Sull'incremento dell'utilizzo della questione di fiducia a partire dalla fase finale della cd. 'prima Repubblica', ed in particolar modo negli ultimi anni cfr. C. F. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, *cit.,* pp. 587 ss.; G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, *cit.*,

LEGISLATURA	Q. DI FIDUCIA	MEDIA MENSILE
I	4	0,06
II	5	0,08
III	0	0
IV	13	0,2
V	3	0,06
VI	6	0,12
VII	1	0,03
VIII	30	0,61
IX	23	0,48
X	32	0,55
XI	26	1,08
XI	12	0,48
XIII	33	0,53
XIV	46	0,92
XV	29	1,21
XVI	96	1,64
XVII (al 31/12/2017)	107	2,38

Rielaborazione di dati contenuti in: n. lupo, *Il ruolo normativo del Governo*, *cit.,* pp. 81-134; *Rapporto 2015-2016 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, p. 353.; *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, pp. 43-44.

I dati riportati nella tabella che segue evidenziano un deciso incremento del suo utilizzo a partire dalla XV legislatura: viene ormai posta su oltre un quarto dei progetti di legge approvati dal Parlamento, ed il tasso d'incidenza è ancora più elevato se si considerano solo i disegni di legge[76].

p. 812; M. PERINI, Le *regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?, cit.*, p. 147; N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Le recenti evoluzioni della forma di governo italiana: una conferma della sua natura parlamentare*, in *Democrazia e diritto*, 2012, pp. 85- 109.

[76] Cfr. *Governo in Parlamento, XVI Legislatura, A cura dell'Ufficio di Gabinetto del Ministro e del Dipartimento per i rapporti con il Parlamento,* consultabile online all'indirizzo www.rapportiparlamento.it pp. 26 ss.; F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali*, *cit*., p. 62.

Legislatura	XIV	XV	XVI	XVII[77]
Leggi	686	112	391	354
Questioni di fiducia	46	29	96	107
Percentuale	6,71 %	25,89 %	24,55 %	30,23 %

Rielaborazione di dati contenuti in: n. lupo, *Il ruolo normativo del Governo*, cit., pp. 81-134; *Rapporto 2005 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 293 ss.; *Rapporto 2008 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 343 ss.; *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 464 ss.; *Rapporto 2015-2016 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, p. 353.; *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, pp. 43-44.

A fronte dei dati riportati non pare più possibile definirlo uno strumento eccezionale nella disponibilità dell'esecutivo, ma sembra essere divenuto a tutti gli effetti un dispositivo ordinario nelle dinamiche inter-istituzionali[78].
Prima di considerare la correlazione con la decretazione d'urgenza, sembra utile indagare quali siano le ragioni che hanno spinto i Governi a porre con tanta frequenza la questione di fiducia nel corso delle ultime tre legislature. Sono infatti individuabili due 'tipologie' di questione di fiducia, relative a differenti finalità perseguite.
La funzione primaria dello strumento in esame è relativa al mantenimento del rapporto fiduciario. Il suo utilizzo in riferimento ad una determinata disposizione di un progetto di legge consente al Governo di compattare la maggioranza, portando all'approvazione di un punto fondamentale del proprio indirizzo politico[79] (o sul quale la compagine governativa non si fosse dimostrata salda). Si potrebbe definire tale strumento come "fiducia ordinaria".

[77] Dati aggiornati al 31/12/2017.
[78] Taluni Governi, in particolar modo l'esecutivo guidato da Mario Monti nella XVI legislatura e quello con presieduto da Paolo Gentiloni, nella XVII, ne hanno fatto un uso talmente massiccio da spiccare tra tutti gli altri: in entrambi i casi, infatti, è stata ampiamente superata la soglia delle 2 questioni di fiducia al mese (2,58 nel caso del Governo Gentiloni, 3 in quello del Governo Monti). Sul tema, in particolar modo con riferimento alla XVI legislatura, cfr. M. COTTA, F. MARANGONI, *Il Governo*, cit., p. 229; G. SAVINI, *L'attività legislativa tra Parlamento e Governo: continuità e innovazioni nell'esperienza del Governo Monti*, cit, pp. 50 ss.; *Governo in Parlamento, XVI Legislatura,* a cura dell'Ufficio di Gabinetto del Ministro e del Dipartimento per i rapporti con il Parlamento*, cit.*, pp. 26 ss.
[79] Dottrina risalente metteva in chiaro come fosse questa la funzione primaria, e l'unica corretta, dell'istituto in parola. G. BOCCACCINI, *La questione di fiducia*, cit., pp. 37 ss.; S. TOSI, *Lezioni di diritto parlamentare*, Firenze, Facoltà di Scienze politiche dell'Università Cesare Alfieri, 1962, p. 236.

Accanto ad essa si è sviluppata, fin dalle prime legislature[80], la tendenza a porre la questione di fiducia con la finalità di trarre vantaggio dagli effetti procedurali che essa comporta[81]. Ciò vale tanto dal punto di vista del risparmio temporale per giungere all'approvazione del progetto di legge, quando da quello della cessazione del dibattito parlamentare, anche interno alla maggioranza, sul punto. Si è parlato in tal senso di *"fiducia tecnica"*[82].

È opportuno, nell'analisi del fenomeno, tener presente la differenza tra fiducia 'ordinaria' e fiducia 'tecnica', per evitare di considerare ogni ricorso all'istituto in esame come uno strappo politico del Governo nei confronti dell'Aula (e della maggioranza). Ciò potrebbe portare ad elaborare conclusioni errate per quanto riguarda la solidità della maggioranza e la 'prepotenza' dell'esecutivo nella presentazione di progetti di legge.

Tale distinzione assume ulteriore valore se viene considerato il fenomeno della questione di fiducia nell'ambito della conversione dei decreti-legge: in tal caso, infatti, a giustificare la fiducia 'tecnica' vi è l'importante fattore rappresentato dai termini stringenti per la conversione, superati i quali il decreto decade *ex tunc*.

Il cambiamento che ha interessato il sistema politico ed istituzionale a partire dalla metà degli anni '90 ha portato ad un progressivo incremento dell'incidenza di questo strumento, così come ad una rimodulazione del suo utilizzo.

Il Governo ha assunto il ruolo di protagonista nel panorama istituzionale, affermandosi come principale centro di produzione normativa[83]. L'istituto in questione consente di rispondere alla *"necessità di una migliore capacità decisionale e di un'azione maggiormente efficace"*[84] da parte degli esecutivi, sempre più necessitati ad agire con tempestività dall'evoluzione dell'ordinamento multilivello e del sistema mediatico[85].

Pertanto, nel corso delle ultime legislature, la questione di fiducia è stata utilizzata con minor frequenza per rendere coesa la maggioranza in riferimento a progetti di legge di particolare importanza per l'esecutivo, mentre è cresciuto moltissimo il ricorso alla 'fiducia tecnica'.

---

[80] La pratica della cd. fiducia tecnica viene fatta risalire alla legge di conversione del decreto-legge n. 625 del 1979, cd. Decreto antiterrorismo. A fronte della volontà espressa dalle opposizioni di far ricorso a pratiche ostruzionistiche, il Presidente del Consiglio Cossiga pose la questione di fiducia, dichiarando contestualmente che ciò veniva fatto con il solo fine di giungere all'approvazione della legge entro i termini di decadenza del decreto.

[81] Sugli effetti procedurali della questione di fiducia, molto ampiamente, seppur precedente rispetto alla riforma dei regolamenti del 1971: A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti tra maggioranza e opposizione*, *cit.*, pp. 39 ss.; più recentemente G. LASORELLA, *La programmazione dei lavori alla Camera ed i suoi protagonisti: Governo, gruppi e Presidente. Luci ed ombre*, in *Il Parlamento del bipolarismo, un decennio di riforme dei regolamenti delle camere, Il Filangieri, Quaderno 2007*, pp. 57 ss.; G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in A. MANZELLA (a cura di), *cit.,* p. 184.

[82] *Ex pluribus*, V. LIPPOLIS, *Il procedimento legislativo*, cit., p. 245; N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, cit., p. 119.

[83] Ad essere penalizzata dall'incremento del ricorso alla questione di fiducia non è solo l'opposizione, che non ha modo di intervenire con proposte emendative, anche di compromesso, ma anche, e forse soprattutto, la maggioranza, che non può far altro che adeguarsi acriticamente a quanto proposto dall'esecutivo. Su questo punto, parlando di un aumento della forza del 'ricatto' governativo, N. LUPO*, Il ruolo normativo del Governo*, *cit.,* p. 91.

[84] M. COTTA, F. MARANGONI, *Il Governo*, *cit.,* p. 231.

[85] Sul mutamento del sistema politico in relazione al cambiamento mediatico e internazionale cfr. M. PERINI, Le *regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?, cit.,* pp. 144 ss.; S. COLARIZZI, M. GERVASONI, *La tela di Penelope. Storia della Seconda Repubblica,* Roma-Bari, Laterza, 2012; M. CALISE, *Il presidente personale*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio,* Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 93 ss.

La questione di fiducia viene quindi spesso utilizzata strumentalmente all'approvazione più veloce di progetti di legge sui quali la maggioranza si dimostra unita, o, anche se controversi, sui quali non vi sarebbero realisticamente rischi di rottura del rapporto fiduciario. A fondare un così alto ricorso all'istituto sono quindi ragioni di carattere anti-ostruzionistico, o comunque di accelerazione dell'*iter legis*, e solo secondariamente legate alla volontà di evitare il voto su disposizioni del testo o emendamenti sui quali la maggioranza potrebbe dimostrarsi disunita.
In tal senso si segnala inoltre la tendenza a porre la questione di fiducia nell'ambito di leggi di grande importanza, quali quelle in ambito finanziario e le leggi di bilancio[86].
Talvolta, inoltre, viene utilizzata per incidere su provvedimenti di grande rilievo per l'indirizzo politico del Governo[87], seppur in mancanza, nella maggior parte dei casi, di un effettivo rischio per la tenuta della maggioranza.
In definitiva, non vi è dubbio che la questione di fiducia abbia rappresentato uno degli strumenti più importanti con cui il Governo ha rafforzato la propria posizione istituzionale, in particolare a discapito del Parlamento[88]. Attraverso il ricorso sempre più frequente ad essa l'esecutivo ha l'opportunità di veder approvate le proprie istanze con grande rapidità e senza modifiche emendative al testo proposto[89]. Ciò, tuttavia, provoca necessariamente uno svilimento del ruolo del legislatore, costantemente messo di fronte alle sole alternative dell'accoglimento del progetto di legge o della caduta del Governo.
Quanto esposto finora vale anche, in maniera ancor più marcata, per quanto riguarda la posizione della questione di fiducia nell'ambito della conversione di un decreto-legge. In tal caso, infatti, viene ulteriormente ridotto il margine di intervento assembleare, in quanto il testo di partenza è anch'esso espressione della volontà governativa. Ciò comporta un'eccezionale compressione delle prerogative parlamentari relative alla produzione legislativa. Al tempo stesso risultano amplificate le esigenze dell'esecutivo con riferimento alla certezza e celerità dell'approvazione del provvedimento, per via del termine perentorio di 60 giorni per la conversione in legge ordinaria del decreto-legge.

---

[86] In questi casi avviene sovente che all'apposizione della fiducia si accompagni la presentazione di un maxiemendamento o che il disegno di legge fosse già dalla sua origine formulato in modo da contenere pochissimi articoli estremamente ampi. Sul tema cfr. V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei Deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo*, *cit.*, p. 14; M. COTTA, F. MARANGONI, *Il Governo*, *cit.,* p 231.

[87] Tra la XVI e la XVII legislatura sono assai numerosi i casi di provvedimenti legislativi di primo piano approvati attraverso la posizione della questione di fiducia. Nel corso della XVI legislatura si ricordino, a titolo esemplificativo, il Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, cd. "Decreto salva Italia", o il Decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9 cd. "Decreto svuota carceri". Con riferimento alla XVII legislatura, invece, è possibile citare la legge 3 novembre 2017, n. 165, cd. "Rosatellum", la legge 22 dicembre 2017, n. 219, *"Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*" e la legge 20 maggio 2016, n. 76, "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*"**.** Sul tema cfr. G. MAZZOLA*, Esperienze di "fuga dalla legge" tratte dall'ultima legislatura nazionale e regionale,* in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2012, pp. 2-9; N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Le recenti evoluzioni della forma di governo italiana: una conferma della sua natura parlamentare*, cit., pp. 85- 109.

[88] L. GIANNITI, N. LUPO*, Il Governo in Parlamento: la fuga verso la decretazione delegata non basta*, in S. CECCANTI, S. VASSALLO (a cura di), *Come chiudere la transizione: cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 227 ss.; F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali*, cit., p. 64-65.

[89] G. MAZZOLA*, Esperienze di "fuga dalla legge" tratte dall'ultima legislatura nazionale e regionale,* cit. p. 2.

L'analisi dei dati relativi alla passata legislatura consente di prospettare alcune conclusioni.
In primo luogo, risulta evidente come la fiducia venga posta, nell'ambito della procedura di conversione, con estrema frequenza.
Complessivamente, la questione di fiducia è stata posta 69 volte[90], in relazione a 43 leggi di conversione. Ponendo questo dato in relazione con gli 83 decreti convertiti emerge come ben il 51,81% delle leggi di conversione sia stato approvato attraverso almeno un voto di fiducia.
Inoltre, in ben 20 casi la fiducia è stata posta presso entrambe le Camere, e per 3 volte in tre diverse letture[91]. In tali circostanze l'esecutivo ha imposto la propria volontà, relativamente ad un preciso articolo, ad entrambi i rami del Parlamento; si può probabilmente parlare, relativamente a questi episodi, di una *"pretesa del Governo di decidere in prima persona le politiche principali"*[92].
Nella XVII legislatura, dunque, la maggioranza assoluta dei decreti-legge convertiti con successo è divenuta legge ricorrendo in almeno una delle due Camere alla questione di fiducia: una quota eccezionalmente alta, che rappresenta un dato senza precedenti. La XVI legislatura, che pure si era distinta per l'ampio uso fatto dagli esecutivi degli strumenti del decreto-legge e della questione di fiducia, presenta dei dati notevolmente inferiori: 'solamente' 36 leggi di conversione su 106 sono state approvate attraverso un voto di fiducia (33,96%); in 22 casi la questione di fiducia è stata posta in entrambe le Camere[93].
Ciò mostra, da un lato, come il contenuto della decretazione d'urgenza sia sempre più legato all'attività normativa del Governo: il decreto viene infatti utilizzato in luogo della legge ordinaria, tanto per l'approvazione di provvedimenti di rilievo, quanto per il perseguimento dell'indirizzo politico. Per questo motivo l'esecutivo necessita della loro approvazione definitiva, e non ha intenzione di lasciar decadere il provvedimento[94].
In secondo luogo, la grande incidenza della cd. fiducia tecnica indica come la ragione per cui gli esecutivi ricorrono alla decretazione d'urgenza prima, e alla questione di fiducia poi, non risiede principalmente nella loro volontà di esautorare il Parlamento delle sue funzioni, o di voler eliminare qualunque forma di dibattito assembleare. Il motivo, *in primis*, va individuato nei grandi vantaggi procedurali che la combinazione tra decreto-legge e questione di fiducia consente di ottenere con riferimento alla celerità del provvedimento ed alla certezza della sua approvazione[95].

---

[90] 34 volte alla Camera e 35 al Senato

[91] Tra questi i disegni di legge di conversione del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, "*Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese"* e del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, *"Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"*, sono stati approvati mediante lo strumento in esame nelle due letture alla Camera, così come nella lettura al Senato.

[92] G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, *cit.* p. 65.

[93] Cfr. *Rapporto 2014 sulla legislazione tra Stato, Regioni ed Unione Europea Rapporto, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, pp. 490-492.

[94] Come evidenziato in precedenza, il contenuto del decreti-legge non convertiti viene in massima parte ripreso in altri provvedimenti.

[95] Sul fatto che questo uso del decreto-legge sia un fenomeno necessitato dalla mancanza di procedure idonee nell'ordinamento italiano, a fronte della necessità di adottare provvedimenti con sempre maggiore celerità:

Un elemento importante, per avvalorare quest'ipotesi, è dato dall'elaborazione del momento di posizione della fiducia in relazione ai giorni mancanti alla decadenza del decreto.
Considerando la totalità delle leggi di conversione, si evince che nella maggior parte dei casi la conversione è avvenuta in oltre 50 giorni (56 casi), a meno di dieci dalla decadenza. Se si analizzano le sole leggi di conversione sulle quali è stata posta la questione di fiducia ciò appare ancor più evidente[96]. A fronte di 43 casi, per ben 19 volte la conversione è avvenuta dopo il 55° giorno dalla presentazione del disegno di legge, 9 volte oltre il 50°, mentre in sole 15 occasioni il decreto è stato convertito in meno di 50 giorni. Inoltre, tra questi ultimi, in 12 vasi si è trattato di provvedimenti adottati in prossimità della sospensione estiva dei lavori parlamentari: i decreti sarebbero dunque con ogni probabilità decaduti se non fossero stati convertiti prontamente.
Nella larga maggioranza dei casi, quindi, i provvedimenti approvati mediante posizione della questione di fiducia erano prossimi alla decadenza, avvalorando l'ipotesi che essa non fosse stata posta con l'obiettivo di limitare dibattito assembleare, quanto più probabilmente per evitare la possibile decorrenza del termine costituzionale.
Un ultimo, importante tema da affrontare, con riferimento alla posizione della questione di fiducia, riguarda il fenomeno dei cd. "maxi emendamenti" in fase di conversione dei decreti.
Si tratta probabilmente del caso più evidente di compressione delle prerogative parlamentari: il Governo propone un emendamento estremamente ampio, che copre la maggior parte o la totalità di un disegno di legge di conversione, e sulla sua approvazione pone la questione di fiducia, in modo da eliminare ogni possibile intervento emendativo parlamentare[97]. Le Camere non hanno quindi modo di incidere né sul provvedimento di partenza, né sulla sua discussione assembleare; a determinare i tempi ed il contenuto della produzione legislativa, in questo caso, è quasi interamente il Governo[98].

A. SAITTA, *Distorsioni e fratture nell'uso degli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale,* in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", cit.*, p. 486; G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in A. MANZELLA (a cura di), *cit.,* p. 184; F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit.,* p. 63.

[96] Dati elaborati sulla base degli appunti del Comitato per la legislazione relativi alla XVII legislatura. Cfr. *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, pp. 43-44.

[97] Un'ulteriore fattore di problematicità riguarda la vanificazione dell'attività delle commissioni incaricate. Il disegno di legge di conversione viene infatti sottoposto all'esame delle commissioni competenti della camera di riferimento, che inizia ad elaborare una serie di possibili emendamenti al testo del decreto. Al momento della discussione assembleare, tuttavia, la presentazione del maxi emendamento, con la posizione della questione di fiducia, rende superfluo il lavoro delle commissioni incaricate, mettendo l'assemblea di fronte alla scelta di accettare quanto proposto o prendersi la responsabilità delle dimissioni del Governo. Parte della dottrina sottolinea criticamente questo aspetto: Cfr. E. GIANFRANCESCO, F. CLEMENTI, *L'adeguamento dei regolamenti parlamentari al sistema bipolare*, in A. MANZELLA, F. BASSANINI (a cura di), *Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 42; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, Cedam, 2008, p. 140.

[98] Parte della dottrina sottolinea, pur senza giustificare o sminuire la criticità del procedimento illustrato, come vi sia un intervento dei gruppi parlamentari in questo ambito. Avviene, infatti, un confronto in ambito strettamente politico tra i rappresentanti dell'esecutivo ed i gruppi parlamentari, che porta molto spesso all'accoglimento, nel testo del maxi emendamento, di istanze politiche dei gruppi di maggioranza (e talvolta anche di opposizione). In questo modo i parlamentari riescono ad incidere sulla produzione normativa e l'esecutivo evita il rischio di veder respinto

Ciò ha sollevato critiche pressoché unanimi in ambito dottrinale[99] e numerosi dubbi di incostituzionalità[100].

La produzione normativa della XVII legislatura mostra, sotto questo aspetto, un'importante inversione di tendenza: come sottolineato dall'Osservatorio sulla legislazione "*alla Camera la questione di fiducia è stata sempre posta sui testi licenziati dalle Commissioni di merito, con la rinuncia da parte del Governo alla presentazione di maxiemendamenti*"[101].

Al Senato la situazione appare differente: a palazzo Madama infatti l'Assemblea esamina separatamente il disegno di legge di conversione e gli eventuali emendamenti proposti dalle commissioni. Non si forma, quindi, un testo della Commissione relativo al disegno di legge. È quindi avvenuto che venissero presentati dei maxiemendamenti, ma anche in questo caso essi hanno, tendenzialmente, rispecchiato il contenuto degli emendamenti presentati dalle commissioni[102].

---

l'emendamento. Cfr. D. CODUTI, *I comitati interministeriali tra affermazione e crisi del "Governo maggioritario",* cit., p. 219; N. LUPO, *Presentazione. Alla ricerca di una nozione costituzionale di articolo*, *cit*., pp. 1 ss.; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, cit., pp. 16-17.

[99] La letteratura in tal senso è amplissima. Tra i molti autori che vi fanno riferimento cfr.: L. CUOCOLO, *I "maxi-emendamenti" tra opportunità e legittimità costituzionale*, cit., pp. 4753 ss.; E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, in. *Quaderni costituzionali,* 2005, p. 809; V. DI PORTO, *I numeri delle leggi. Un percorso tra le statistiche delle legislature repubblicane*, in V. LIPPOLIS (a cura di*), cit.*, p. 193; D. RAVENNA, *La patologia dei maxi emendamenti e i possibili rimedi*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo: atti del seminario svoltosi presso la LUISS Guido Carli il 1 ottobre 2009*, Padova, Cedam, 2010. p. 30-31; N. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un requisito sfuggente, ma assolutamente cruciale, cit.,* p. 84 ss.; G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

[100] Molte voci dottrinali si sono espresse in favore di una declaratoria di incostituzionalità del fenomeno. In particolare, ciò che viene contestato è la presunta violazione dell'art. 72, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui dispone che ogni disegno di legge vada approvato articolo per articolo e con votazione finale. Sul tema si segnala come lo stesso Presidente della Repubblica Napolitano si sia espresso criticamente: nel comunicato della presidenza del 14 marzo 2017 si legge che la prassi in esame *"non appare coerente con la* ratio *delle norme costituzionali che disciplinano il procedimento legislativo e, segnatamente, con l'articolo 72 della costituzione, secondo cui ogni legge deve essere approvata "articolo per articolo e con votazione finale"*. Nello stesso modo si era espresso il Presidente Ciampi nel messaggio alle Camere del 17 novembre 2004. A supporto della teoria della netta incostituzionalità, a titolo esemplificativo: G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, pp. 139 ss.; N. GIANNITI, N. LUPO, *Il Governo in Parlamento: la fuga verso la decretazione delegata non basta*, *cit*., pp. 225 ss.; E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in parlamento*, *cit.,* p. 818; S. LABRIOLA, *Editoriale*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2004, pp. 589 ss.; G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento,* in A. MANZELLA (a cura di), *cit*., pp. 187 ss. (in questo caso si parla anche di violazione della libertà di voto del singolo parlamentare. Secondo l'A. se il parlamentare deve esprimere un voto su un unico grande articolo a contenuto spesso eterogeneo allora viene violata la sua libertà di esprimere un voto libero da coartazioni), G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 321. Con posizioni critiche, relative alla possibile, o probabile, incostituzionalità del fenomeno: G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., pp. 291 ss.; P. CARETTI, *Maxi emendamenti e questione di fiducia: una grave prassi distorsiva di difficile contrasto*, cit., pp. 13 ss.; Opinione dissenziente, che non ritiene sussistano argomenti dirimenti sul piano della costituzionalità: V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei Deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo, cit.,* spec. p. 25.

[101] *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, p. 43.

[102] *Appunti del Comitato per la legislazione. La produzione normativa nella XVII legislatura, Osservatorio sulla Legislazione*, Camera dei Deputati, 2017, p. 43, spec. n. 13.

Sembra dunque che questo particolare elemento di criticità abbia subito un importante ridimensionamento, con effetti positivi dal punto di vista della partecipazione assembleare al procedimento di conversione dei decreti-legge.

4. Decreto-legge come un disegno di legge con procedura privilegiata.

Analizzati i dati quantitativi e qualitativi riguardanti la decretazione d'urgenza nell'ultima legislatura, è ora possibile provare ad elaborare qualche valutazione sul fenomeno.
Innanzitutto, il decreto-legge rimane uno strumento importante nella disponibilità dell'esecutivo e viene ampiamente utilizzato. Nella XVII legislatura ha infatti inciso per quasi il 13% sulla produzione normativa generale, e le leggi di conversione hanno rappresentato il 21,9%[103] del totale delle leggi ordinarie[104].
Permangono, inoltre, buona parte delle criticità relative al suo utilizzo, già evidenziate nel corso delle legislature precedenti. Tra di esse, si segnala la tendenza ad emanare decreti di carattere economico o finanziario, spesso in prossimità delle leggi di bilancio, in modo da introdurre capitoli di spesa o di investimento di capitali in anticipo rispetto alla discussione assembleare; ciò inoltre avviene, relativamente spesso, attraverso l'utilizzo della questione di fiducia. In tal modo il Governo si assicura con certezza l'approvazione di una parte degli interventi economici che intende perseguire nel corso del periodo successivo[105].
Un altro elemento di criticità riguarda l'utilizzo, sempre più ampio, della questione di fiducia nell'ambito della conversione in legge dei decreti. Come ricordato in precedenza, tale fenomeno rientra, nella maggioranza dei casi, nell'ambito della cd. 'fiducia tecnica', limitando le conseguenze negative sul rispetto della discussione assembleare. Rimangono tuttavia casi in cui l'esecutivo impone ai parlamentari la propria linea politica nella fase di conversione del decreto (si pensi, ad esempio, alla posizione della questione di fiducia in entrambe le camere).
In quest'ambito va indicato positivamente l'abbandono, almeno presso la Camera dei deputati, della prassi dei cd. 'maxi emendamenti' in fase di conversione. Tale procedura, fortemente lesiva delle prerogative parlamentari e dalla dubbia costituzionalità, sembra essere stata fortemente ridimensionata nel corso dell'ultima legislatura[106].
Un ulteriore fattore rilevante riguarda il ramo parlamentare in cui avvengono le modifiche in fase di conversione. Come evidenziato in precedenza, esse hanno luogo quasi sempre alla

---

[103] 83 leggi si conversione, 379 leggi ordinarie.
[104] La lieve flessione del suo utilizzo rispetto alle legislature immediatamente precedenti sembra troppo limitata per poter essere qualificata come un vero e proprio cambiamento; appare più probabile che si tratti di una fluttuazione fisiologica dei dati normativi.
[105] A titolo esemplificativo cfr. Legge 6 ottobre 2008, n. 133, conversione del d.l. del 25 giugno 2008, n. 112; Legge 15 luglio 2011, numero 111, conversione del d.l. del 6 luglio 2011, n. 98; Legge 7 agosto 2012, numero 135, conversione del d.l. 6 luglio 2012, numero 95; Legge 13 dicembre 2013, numero 137, conversione del d.l. 15 ottobre 2013, numero 120; Legge 23 giugno 2014, numero 89, conversione del d.l. del 34 aprile 2014, numero 66.
[106] Sul tema si segnala il recente contributo di Giovanna Pistorio: G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018,

camera in cui viene presentato il disegno di legge di conversione; molto spesso, infatti, la prossimità del termine di decadenza non consente l'instaurazione di un procedimento analogo presso l'altra camera. Ciò comporta, a livello sostanziale, che il secondo ramo parlamentare si limita ad una ratifica di quanto deciso nel primo, senza un'effettiva possibilità di incidere nel procedimento legislativo. In altre parole, nella fase di conversione dei decreti-legge le dinamiche istituzionali sembrano far tendere il sistema verso un sostanziale monocameralismo.
Ciò che si intende evidenziare maggiormente in questa sede, tuttavia, riguarda una tematica ulteriore: nei dati relativi alla XVII legislatura, infatti, sembrano trovare conferma le voci dottrinali che parlano di profondo mutamento della decretazione d'urgenza[107].
La tendenza in atto appare quella di una sua "*trasformazione genetica*"[108], che porta il decreto-legge ad essere sempre più fungibile con un disegno di legge 'ordinario', salvo importanti vantaggi a livello procedurale.
L'analisi della produzione normativa fornisce numerosi indizi in questo senso.
In primo luogo, rileva la quantità di leggi di conversione che presentano delle modifiche rispetto al testo del decreto originario[109]: nell'ampia maggioranza dei casi sono stati approvati emendamenti al testo originario del decreto[110]. Non è quindi possibile sostenere che il Parlamento si limiti ad approvare quanto già disposto precedentemente dal Governo; al contrario, vi è una intensa attività normativa in sede di conversione, tanto da parte della maggioranza che dell'opposizione[111]. La grande attività emendativa del Parlamento consente di ridimensionare i timori di un procedimento normativo completamente in mano al governo, rafforzando al contrario la tesi dell'uso del decreto-legge in sostituzione dell'iniziativa legislativa governativa.

---

[107] Simoncini parla di una sua "*defunzionalizzazione*", A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit.,* p. 344; analoghe considerazioni in: M. PERINI, Le *regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?, cit.*, p. 147; N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, *cit.,* p. 88; C. REDI, *Decreto-legge: strumento "straordinariamente ordinario"?*, in R. ZACCARIA (a cura di), *cit.*, pp. 77ss.

[108] F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit.,* p. 50.

[109] Non si tratta di un fenomeno recente: già dalla VII legislatura il numero di decreti-legge emendati in sede di conversione si è stabilmente mantenuto sopra il 70%; cfr. A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n.360/1996 della corte costituzionale, cit.,* pp. 306-307.

[110] Di norma, ciò è limitato al ramo del Parlamento in cui il disegno di legge viene presentato, in relazione al termine a cui la procedura è sottoposta; l'approvazione di emendamenti anche nell'altra Camera porterebbe ad un ulteriore passaggio assembleare, con il forte rischio non riuscire a convertire il decreto entro il termine di 60 giorni. Da ciò consegue che assume rilievo la scelta, da parte dell'esecutivo, del ramo parlamentare in cui presentare il disegno di legge di conversione. La prassi mostra come ciò avvenga più frequentemente al Senato. La ragione di questa scelta risiede nelle differenti discipline dei regolamenti parlamentari: alla Camera infatti la legge di conversione non può essere soggetta al regime del contingentamento dei tempi, mentre ciò non avviene al Senato. Il Governo, allora, per rendere più veloce ed agevole da procedura, tende a presentare il disegno di legge di conversione a Palazzo Madama, in modo da trasmetterlo alla Camera solo in un secondo momento, spesso in prossimità della scadenza dei termini di conversione. Sul tema U. ZAMPETTI, *Le riforme del regolamento della Camera dei deputati e i riflessi sull'amministrazione,* in A. MANZELLA (a cura di), *cit.,* p. 92; G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento,* in A. MANZELLA (a cura di), *cit.,* p. 192.

[111] Sebbene una quota considerevole degli emendamenti derivino dall'iniziativa del Governo stesso o dei parlamentari di maggioranza, accade con una certa frequenza che vengano approvati anche emendamenti provenienti dalle fila dell'opposizione. Sul tema cfr. G. DELLEDONNE, *Decretazione d'urgenza, indirizzo politico e programma di governo nella XVI legislatura,* in *osservatorio sulle fonti,* fascicolo 2, 2011; L. GORI, *Problemi di «metodo» per una ricerca sulla decretazione d'urgenza ed il ruolo del Parlamento. A proposito di una ricerca in corso al Sant'Anna*, in R. ZACCARIA (a cura di), *cit*.

In secondo luogo, lo stesso comportamento degli esecutivi offre argomenti in favore della tesi in esame. Si pensi ad esempio al fenomeno dell'annuncio, con largo anticipo, della predisposizione di un decreto-legge per risolvere una problematica sottoposta all'attenzione dell'opinione pubblica: vi è un'evidente contraddizione tra i 'casi straordinari di necessità ed urgenza' necessari per l'adozione del provvedimento e il suo annuncio con settimane o mesi di anticipo[112]. Tale comportamento ricorda più quello dell'annuncio di un disegno di legge per un intervento normativo relativo all'indirizzo politico del Governo, dando adito al sospetto che, anziché una vera e propria esigenza del provvedere, alla base del provvedimento vi siano ragioni di mero vantaggio politico e mediatico.

Ancora, si pensi al fatto che, per decreti di particolare rilevanza, fin dalla loro presentazione l'esecutivo si dimostra aperto all'accoglimento di futuri emendamenti, assumendo che quello contenuto nei decreti non sia un testo definitivo[113]. Il Governo è al corrente del fatto che le disposizioni saranno soggette ad un'ampia revisione in sede assembleare: ciò è tipico del progetto di legge, per definizione atto da modificarsi in Parlamento, più che del decreto-legge.

Un ultimo elemento rilevante, per quanto riguarda l'attività degli esecutivi, riguarda i temi che vengono interessati dalla decretazione d'urgenza. Dall'analisi del numero di commissioni coinvolte nel procedimento di conversione, ma anche, più agevolmente, dei titoli dei decreti stessi, emerge che la decretazione d'urgenza viene oggi utilizzata con riferimento a qualsiasi genere di ambito normativo, in assenza dei caratteri di necessità ed urgenza.

Se si ricorre al decreto-legge per qualsiasi intervento normativo, in mancanza dei presupposti costituzionali, tanto per operazioni puntuali, quanto per riforme di ampio respiro, con la consapevolezza della probabile modifica del testo di partenza durante il passaggio parlamentare, cosa distingue questo istituto da un disegno di legge governativo? Di fatto, solo le implicazioni procedurali.

Ecco dunque che il decreto-legge assume sempre più la veste di un disegno di legge contraddistinto da importanti vantaggi procedurali: lo si potrebbe assimilare, infatti, ad un disegno di legge, già produttivo di effetti, sulla base del quale intavolare la discussione in ambito assembleare durante fase di conversione (con la non secondaria differenza che l'intero provvedimento è soggetto ad un brevissimo termine di decadenza, equiparando quindi la procedura ad un contingentamento dei tempi estremamente stringente). Come la dottrina più attenta ha avuto modo di sottolineare, esso viene sovente utilizzato come una *"iniziativa legislativa privilegiata"*[114], o ancor meglio come una *"iniziativa legislativa del governo in cui l'efficacia normativa è anticipata al momento della presentazione del decreto-legge alle Camere"*[115] .

---

[112] *"Provvedimenti d'urgenza emanati privi dei presupposti costituzionali, mancanti degli elementi strutturali, emanati con un considerevole discrimen temporale fra deliberazione ed entrata in vigore, o, last but not least, annunciati mesi prima, sono intrinsecamente irrazionali, incongrui e illogici"*. F. GIULIMONDI, *Costituzione materiale, Costituzione formale e riforme costituzionali, cit.,* p. 59 ss., spec. p. 60.

[113] F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali, cit.,* p. 17.

[114] V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei Deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo, cit.,* p. 15.

[115] A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d'urgenza*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 137. La descrizione del decreto-legge come "*disegno di legge governativo rafforzato*" è risalente e risale ad Alberto Predieri: A. PREDIERI, *Il governo colegislatore*, in

Se la procedura di conversione dei decreti-legge viene interpretata come una sorta di procedimento legislativo accelerato vengono meno i limiti dati dai presupposti di necessità ed urgenza, e allo stesso modo non vi è motivo per cui il testo definitivo debba avere particolari legami con quello del decreto, portando a leggi di conversione dalle dimensioni amplissime e dal contenuto estremamente eterogeneo[116].

5. Sintomo di un cambiamento nella forma di governo sostanziale?

Il fenomeno in esame si inserisce all'interno di un più ampio dibattito dottrinale relativo all'evoluzione dei rapporti tra le istituzioni, ed in particolare tra Governo e Parlamento.
Secondo alcuni autori esso è espressione di un generale rafforzamento dell'esecutivo, che starebbe assumendo sempre più potere normativo a discapito del Parlamento, con l'obiettivo di raggiungere la piena centralità nel panorama istituzionale[117].
Seguendo questa linea interpretativa il Governo, in mancanza di modifiche al sistema formale di ripartizione dei poteri, starebbe forzando le procedure sostanziali per rafforzare il proprio ruolo nella produzione legislativa. In particolare, gli esecutivi starebbero cercando di limitare i poteri delle opposizioni e di ostacolare il dissenso interno alla stessa maggioranza, in modo da ridurre gli ostacoli parlamentari nell'*iter legis* relativo ai provvedimenti d'indirizzo politico.
Secondo altri studiosi, invece, l'importanza assunta dal Governo dipenderebbe da fattori esterni[118], non rappresenterebbe il risultato di uno specifico disegno politico. L'esecutivo, in

---

F. CAZZOLA, A. PREDIERI, G. PRIULLA (a cura di), *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1975, p. XX.

[116] La dottrina maggioritaria interpreta in maniera critica il modo in cui viene oggi utilizzata la procedura di conversione dei decreti-legge. Il tema dell'omogeneità della disciplina e dell'attinenza tra disegno di legge iniziale e legge approvata non è l'unico a fondare le critiche della dottrina: alcuni autori sottolineano effetti negativi sulla qualità della legislazione, legato alla brevità dei tempi e alla molteplicità di temi trattati. Cfr. F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo 'in' Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali, cit.,* pp. 21-22; C. BERGONZINI, *I lavori in commissione referente tra regolamenti e prassi parlamentari*, *cit.*, pp. 787 ss. Vi sono però anche voci in parziale contraddizione, che sottolineano come, in una cornice normativa in cui la decretazione d'urgenza ha assunto il ruolo di mezzo privilegiato per l'adozione di norme di grande importanza, il Parlamento sia necessitato, se vuole far sentire la propria voce, ad intervenire in modo esteso nella procedura di conversione. Sul tema Ridola scrive che "*l'espansione degli interventi parlamentari in sede di conversione è il più delle volte l'unico strumento attraverso il quale il Parlamento può fronteggiare l'abuso del decreto-legge, trasformando il procedimento ex art. 77 Cost. in una fase di negoziazione dei contenuti della normativa adottata dal Governo, che le Camere collocano in una cornice legislativa più ampia"* P. RIDOLA, *I regolamenti del 1971 e la centralità della democrazia parlamentare*, in A. MANZELLA *(a cura di), I Regolamenti Parlamentari a quarant'anni dal 1971,* Bologna, Il Mulino, 2012, p. 248.

[117] Tra i sostenitori di questa tesi si segnalano: Cfr. A. D'ANDREA, *La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana*, in *Rivistaic.it,* 7 dicembre 2010, pp. 1 ss.; G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi venti anni*, *cit.,* p. 65; A. D'ANDREA (a cura di) *Il governo sopra tutto. Cattiva politica e Costituzione*, Gussago, BiblioFabbrica, 2009; G. RIVOSECCHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in A. MANZELLA (a cura di), *cit.*, pp. 155 ss.

[118] Un mondo sempre più globalizzato impone processi decisionali rapidi e dalle conseguenze immediate, perciò più funzionali se in capo ad organi ristretti o addirittura monocratici, quali il governo ed il suo vertice. Ciò porta alla diffusa tendenza alla centralità degli esecutivi. In quest'ottica assume un ruolo rilevante anche l'Unione Europea, la cui struttura istituzionale pone gli esecutivi in primo piano rispetto alle assemblee rappresentative. Sul legame tra la crescente importanza della disciplina comunitaria e il rafforzamento del Governo, ed in particolare del Presidente del Consiglio, cfr.: S. FABBRINI, *Tra pressioni e veti. Il cambiamento politico in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 38; A. DEFFENU, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, *cit.,* p. 212; V. LIPPOLIS, *La centralità del*

mancanza di adeguati poteri formali e sottoposto all'esigenza di giungere in tempi sempre più rapidi all'approvazione delle leggi, utilizzerebbe i poteri di cui dispone per cercare di raggiungere quest'obiettivo. La sostanziale limitazione delle prerogative parlamentari, quindi, rappresenterebbe un 'effetto collaterale' del fenomeno, non il suo fine.
Allo stesso modo, l'attuale uso della decretazione d'urgenza sarebbe indice di esigenze oggettive, relativa sia all'attuazione dell'indirizzo politico sia alla celerità nell'approvazione dei provvedimenti, che l'assetto normativo vigente non consente di soddisfare[119].
Nel particolare ambito della decretazione d'urgenza, alla luce dei dati e dei fenomeni presentati, appare preferibile la seconda interpretazione.
L'utilizzo del decreto-legge in luogo di un disegno di legge ordinario non sembra orientato all'eliminazione della discussione parlamentare, o degli interventi emendativi delle Camere (che, come visto, rimangono assai frequenti), ma principalmente all'approvazione del provvedimento definitivo in tempi brevissimi e certi. L'esigenza alla base del fenomeno, dunque, non è tanto ravvisabile nella volontà di perseguire il proprio indirizzo politico senza ostacoli parlamentari, quanto nella volontà di accelerare il più possibile l'*iter* di approvazione della legge.
La mancanza di valide alternative per gli esecutivi per attuare il proprio indirizzo politico sembra poter essere una delle ragioni per cui le richiamate sentenze della Corte costituzionale in merito alla decretazione d'urgenza non abbiano sortito lo stesso effetto, nella produzione normativa, della più risalente sentenza n.360 del 1996. La pronuncia del giudice costituzionale non è stata, a differenza che allora, accolta come un limite ad una prassi ormai insostenibile, ma come un ostacolo ad una via necessaria, e pertanto da superare od arginare.
Proprio in virtù di queste ragioni si è scelto di non definire la tendenza in atto come un abuso dello strumento in esame, ma come di una sua evoluzione. Ciò non vuole significare, tuttavia, che vadano ignorati o sottovalutati i caratteri di criticità emerse dall'analisi dei dati normativi. In particolare, permangono i fenomeni di violazione del dettato costituzionale sottolineati dalla Corte a partire dalla sentenza n. 171 del 2007 (nonché il mancato rispetto delle prescrizioni contenute all'art. 15 della l. 400/88) e gli episodi di limitazione del dibattito assembleare attraverso la posizione del voto di fiducia in fase di conversione (specialmente se ciò avviene in entrambe le Camere).

6. Quali possibili prospettive?

Governo nel sistema politico. Le specificità del caso italiano, in S. FABBRINI, V. LIPPOLIS, G. M. SALERNO, *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*. Il Filangieri, Quaderno 2010, Napoli, Jovene, 2011, p. 9, p. 22; Con spunti comparati G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa: ordinamenti europei a confronto*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 289 ss.

[119] Sul fatto che il Governo non disponga di adeguati poteri formali per incidere in ambito legislativo, e che versi in una situazione di debolezza (almeno formalmente) nei confronti dell'istituzione parlamentare: V. LIPPOLIS, *La riforma del regolamento della Camera dei Deputati del 1997 e il Parlamento del bipolarismo, cit.*, p. 9; Della stessa idea V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della Seconda Repubblica*, Catanzaro, Rubbettino, 2007, pp. 43 ss.; N. LUPO, *Gli atti normativi del Governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *cit.*, p. 550; M. VILLONE, *La forma di governo: elasticità versus rigidità*, in M. VOLPI (a cura di), *cit.*, pp. 71 ss.; Sul tema, con riferimenti agli ordinamenti di Francia, Germania, Spagna e Regno Unito, P. MASSA, *Parlamentarismo razionalizzato e procedura parlamentare. Lineamenti di diritto parlamentare comparato*, Milano, Giuffrè, 2003.

Se si accoglie la posizione per cui le problematiche in precedenza indicate siano indice dell'evoluzione dell'uso dell'istituto, in virtù di un cambiamento dei rapporti tra Governo e Parlamento, allora i provvedimenti ipotizzati per porvi un argine non dovrebbero essere soltanto finalizzati alla loro repressione, ma dovrebbero includere strumenti per comprenderne le cause ed incanalarne le esigenze verso dispositivi normativi più adatti. In altre parole, non sarebbe sufficiente imporre un rigoroso rispetto di requisiti costituzionali[120], ma sarebbe necessario anche formulare ipotesi ulteriori, adatte ad accogliere i cambiamenti in atto.

Non si tratta di una impostazione inedita: tale modello 'duale' di intervento era stato seguito, infatti, anche nel tentativo di riforma costituzionale avvenuto nel corso della XVII legislatura. Il cd. Ddl. Boschi, a questo proposito, prevedeva, all'interno dell'art. 77 Cost., il divieto di inserimento, in fase di conversione, di disposizioni estranee all'oggetto o alla finalità del decreto (riprendendo quanto stabilito dal giudice costituzionale nelle sentenze n. 22 del 2012 e n. 32 del 2014), così come gli obblighi di omogeneità, specificità ed immediata applicazione del contenuto del decreto, costituzionalizzando così alcune norme contenute nella legge 400 del 1988.

Al tempo stesso, tuttavia, indicava misure volte ad accogliere le esigenze dell'esecutivo nell'ambito della produzione normativa: oltre al generale (supposto) snellimento dell'*iter legis* prodotto dall'abbandono del 'bicameralismo perfetto', all'art. 72, settimo comma, era stata inserita la possibilità, per il Governo, di chiedere alla Camera l'attivazione di una sorta di "procedimento accelerato"[121].Ciò avrebbe dovuto permettere all'esecutivo di attuare il proprio programma politico senza ricorrere strumentalmente ai decreti-legge.

Nonostante il progetto di riforma della seconda parte della Costituzione sia stato, come noto, respinto in sede di referendum confermativo nel dicembre 2016, l'impostazione seguita nell'ambito della riforma della decretazione d'urgenza rimane quella preferibile, a parere di chi scrive. Nella prospettiva di un futuro intervento normativo, infatti, andrebbero considerate tanto l'importanza di garantire il rispetto della normativa costituzionale, rafforzandone e specificandone i limiti, quanto le motivazioni che spingono gli esecutivi a ricorrere in modo anomalo alla decretazione d'urgenza, prevedendo quindi dei meccanismi per consentire un *iter legis* più rapido e snello. In questo modo il decreto-legge non sarebbe più utilizzato quale alternativa al disegno di legge ordinario, ma potrebbe riacquistare il ruolo che la Costituzione gli attribuisce.

---

[120] Sul tema, nonostante fosse riferito al più generale ambito dell'attività dell'esecutivo nei confronti delle altre istituzioni, risultano particolarmente interessanti le considerazioni di Nicola Lupo, cfr. N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, cit., spec. pp. 132-134.

[121] Il "*disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma di governo"* sarebbe infatti stato iscritto con priorità all'ordine del giorno, con un iter dalla durata massima di settanta giorni dalla deliberazione (salva la possibilità di differire il termine di massimo 15 giorni).

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 23/03/2019

AUTORE: Sergio Bartole*

CONSIDERAZIONI IN TEMA DI MODIFICAZIONI COSTITUZIONALI E COSTITUZIONE VIVENTE

Sommario: 1. Premesse terminologiche. – 2. Le modifiche tacite non sorrette da un testo. – 3. Applicazione ed attuazione della Costituzione. – 4. Dalla costituzione materiale alla Costituzione vivente. –5. Modificazioni costituzionali e certezza del diritto.

1. Premesse terminologiche.

Il tema delle trasformazioni e dei mutamenti costituzionali è già stato affrontato da chi scrive in un volume pubblicato nel 2004[1]. Sull'argomento conviene ritornare per approfondirne i profili teorici, giacché esso coinvolge più aspetti della problematica giuridica, e del diritto costituzionale in particolare.

Anzitutto ai fini della delimitazione del campo della ricerca conviene chiarire che fra diritto costituzionale e costituzione non vi è, necessariamente, coestensione. Il primo certamente travalica gli ambiti della seconda, per quanto non convenga dimenticare che è propria delle Costituzioni la vocazione a durare nel tempo, mentre molti riconoscono ad esse una più che giustificata pretesa di dare pieno ed esaustivo ordine alla vita di una determinata comunità. In secondo luogo, bisogna intenderci sulla distinzione fra mutamento, trasformazione e modificazione costituzionale: si tratta di distinzione che finisce per porre il problema della identità costituzionale di uno Stato, problema che è oggi di speciale attualità in relazione alla rilevanza che il concetto di identità costituzionale ha assunto sul piano dei rapporti fra Unione Europea ed i Paesi membri di questa (art. 4.2 TUE). E' anche su questi terreni che si giuoca il confronto fra testo della Costituzione e diritto costituzionale.

Mutamento costituzionale si rivela essere, alla prova dell'utilizzo ordinario del linguaggio costituzionale, un'espressione dai contenuti molto ampi, se non indeterminati, tale da includere modificazioni e trasformazioni costituzionali. Andando oltre le scelte fatte nel citato volume, mi parrebbe opportuno parlare di trasformazioni costituzionali con riguardo a tutti quei processi ed eventi che mettono in giuoco la stessa identità costituzionale di uno Stato, cioè i principi

---

* Professore Emerito Di Diritto Costituzionale nell'università Di Trieste.

[1] BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il mulino, 2004

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. AlbertoLucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

qualificanti del suo ordinamento, e meritano una trattazione a parte, così riservando la qualificazione di modificazioni a quei mutamenti che sono meno traumatici ed appaiono più circoscritti. Nell'affrontare questo ordine di questioni potrebbe tornare di attualità il tema di quella che possiamo definire la legittimità delle revisioni costituzionali alla luce delle previsioni della stessa costituzione interessata, che possono vietarle o meno, escluderle per qualche oggetto, sottoporle a diverso statuto in ragione della materia. Già Jellinek aveva, però, tenuti distinti i due ordini di vicende[2]. Successivamente Mortati ha distinto fra modifiche espresse o tacite, includendo fra queste ultime quelle che sono espresse ma non esplicitamente dichiarate quali interventi di revisione costituzionale, e però ha inserito nella trattazione della materia rotture, sospensioni e modifiche tacite non coperte da un testo[3]. Ed è proprio con particolare riguardo a queste ultime, che interessano specialmente la presente ricerca, che vanno individuati i possibili veicoli del mutamento: convenzioni, consuetudini, giurisprudenza costituzionale o dei giudici ordinari. Da ultimo conviene rammentare che possono insorgere interrogativi sulle modalità di conoscenza dei fatti di mutamento, quando manchino al riguardo statuizioni scritte, dichiarazioni esplicite, anche se è pur vero che problemi siffatti possono aversi anche di fronte alla traduzione in pratica di testi scritti.

2. Le modifiche tacite non sorrette da un testo.

Per chiarezza dell'esposizione pare opportuno concentrare l'attenzione di questa ricerca sulle modifiche tacite in mancanza di un testo esplicitamente modificativo della Costituzione vigente. Molte delle considerazioni qui sviluppate potranno comunque essere estese alle modificazioni testuali, ma non espressamente formulate in termini di revisione costituzionale.

Volendo tentare una sintesi, senza pretese di precisione tecnica del linguaggio, potremmo dire che accertiamo una modifica costituzionale del tipo accennato allorché constatiamo una discrepanza fra la costituzione scritta e la realtà pratica, vissuta dell'esperienza costituzionale della comunità di riferimento. O meglio, potremmo dire, sussiste un conflitto fra la sin qui prevalente interpretazione della Costituzione, di alcune sue disposizioni, e l'interpretazione di questi testi che si è attualmente, per nuovo affermata. Si tratta di un ordine di vicende già segnalato da Jellinek a suo tempo, seppure con l'avvertenza che egli ragionava di Costituzioni prive di protezione di fronte al loro mutamento[4].In tempi a noi più vicini Bruce Ackerman ha analizzato il fenomeno con riguardo ad importanti passaggi della storia costituzionale degli Stati Uniti[5]. Nei casi studiati da questi autori il cambiamento costituzionale è addebitabile a modificazioni dell'interpretazione dello stesso testo, e viene, quindi, ad investire una casistica potenzialmente molto ampia, che può andare dalla modifica della regolazione legislativa di una data materia, di un determinato comportamento di esercizio di una funzione costituzionale,

---

[2] JELLINEK G., *Mutamento e riforma costituzionale*, Cavallino – Lecce, Pensa Editore,2004, 18.

[3] MORTATI C., voce *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica),* in *Enc. Dir.* XI, Milano, Giuffré, 1962, 139 ss., in particolare 185 ss.

[4] JELLINEK G., *op. cit.*., 23 – 24.

[5] ACKERMAN B., *We the people Transformations,* Cambridge – Londra, Harvard University Press, 1998, *passim*.

dell'assetto di uno dei poteri o delle sue relazioni con altri poteri, alla affermazione dell'esistenza di una lacuna o al superamento di lacuna in precedenza data per scontata, con le necessarie conseguenze in termini di disciplina delle fattispecie considerate. Le necessarie operazioni di elaborazione e ricostruzione di tali dati da parte del ricercatore non sono sempre facili, giacché vengono coinvolti comportamenti pratici, per così dire materiali, e atti di autorità con gli eventuali rispettivi seguiti giurisdizionali. Non solo, ma l'epifania di una siffatta modifica può determinare eventi che vanno aldilà delle singole fattispecie puntualmente considerate: la modifica intervenuta può propagarsi per effetto di sistema oltre quei termini, può interessare a macchia d'olio aspetti non considerati all'atto del primo esame della questione in giuoco. Si pensi alle vicende che hanno accompagnato il progressivo *enlargement* dei poteri del Presidente della Repubblica, ovvero alla conversione del limite di merito della legislazione regionale in limite di legittimità[6].

Di fronte all'ampiezza di tali fenomeni taluno potrebbe essere tentato in casi estremi di fare ricorso alla dottrina della costituzione materiale per dare un inquadramento in termini già abusati a quelle che possono apparire come vere e proprie trasformazioni costituzionali. Ma, a parte le difficoltà della eventuale delimitazione dei significati dell'espressione ora utilizzata, conviene ribadire che la dottrina citata presenta vizi evidenti di olismo che la rendono difficilmente comprensibile per lo studio di fenomeni così articolati e complessi. Conviene, pertanto, accantonare questa prospettiva di analisi, con l'intesa, semmai, di riprenderla in seguito.

Se ritorniamo alla via principale del nostro discorso, ed affrontiamo il problema dei metodi di conoscenza delle modifiche tacite non esplicite, riesce utile rammentare che già in un articolo apparso sulla *Revue francaise de droit constitutionnel* del 2002 Michel Troper[7] aveva spiegato che siamo in presenza di fenomeni che sono destinati ad essere oggetto, anche da parte dei giuristi, di studi e ricerche empiriche che implicano comunque l'analisi dell'uso della dommatica giuridica al servizio degli obiettivi dell'operatore. La verità di queste indicazioni trova conferma se consideriamo che, proseguendo nel percorso del nostro ragionamento, siamo arrivati su un terreno molto praticato dagli studiosi del diritto, quello della transizione dalla disposizione alla norma, a proposito della quale conclusioni molto importanti sono state raggiunte da alcuni dei maestri del diritto nell'ultimo secolo. Se Kelsen aveva ricostruito l'integralità del processo di produzione del diritto dalla Costituzione ai termini ultimi includendovi l'atto di individuazione della norma con riguardo al caso concreto, riconoscendo dunque ai giudici una vera e propria funzione di *lawmaking*[8], Vezio Crisafulli ha individuato nella norma il risultato dell'interpretazione del testo, aprendo così la via alla considerazione di mutamenti

---

[6]Per un abbozzo di ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di poteri presidenziali sia consentito rinviare a BARTOLE S., *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 2013, 4, 107 ss., 120 – 121. Per il vecchio e ormai superato fenomeno della conversione del limite di merito in limite di legittimità TOSI R, *Art. 117*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di CrisafulliV. e Paladin L., Padova 1990, 691 ss., in particolare 709 ss..

[7] TROPER M., *Réplique ° Otto Pfersmann*, in *RevueFrancaise de Droitconstitutionnel,* 2002, 335 ss.

[8] KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1953, 84.

normativi non sorretti da mutamenti dei testi legislativi considerati, ma dalla loro interpretazione[9]; ed OtaWeiberger ha conseguentemente condizionato la persistenza nel tempo di una norma, cioè la continuità nel tempo del risultato dell'interpretazione di un testo, alla sua vigenza sociale, che dipende dalla corrispondenza fra la individuazione della norma stessa e l'attualità di dati interessi ed esigenze[10].

Queste essendo le basi teoriche dell'indagine, conviene subito precisare che dalla considerazione dell'attività dei giudici la nostra trattazione può essere estesa – come ha dimostrato Bruce Ackerman nel terzo volume della serie *We the people*[11]- ai legislatori ed agli organi della pubblica amministrazione, a cui anche va riconosciuto il potere di concorrere per la via interpretativa a modificazioni costituzionali tacite non esplicite. Spesso l'adozione della nuova disciplina legislativa di una data materia o di certi rapporti può risultare ispirata dall'attribuzione alla Costituzione di significati diversi da quelli che orientavano la legislazione precedentemente in vigore. Ovviamente, come le decisioni giurisdizionali concorrono alla consolidazione di risultati siffatti nella misura in cui superano il vaglio di successive, eventuali impugnazioni e riesami, così l'apporto di legislatori ed amministratori può stabilizzarsi se e quando abbia superato il vaglio dei giudici delle leggi ed amministrativi. Del resto, giustamente si è sottolineato come nella prospettiva accennata i validi cambiamenti di fatto acquistano rilevanza solo se superano il test del tempo[12]. E', dunque, a queste condizioni che il formarsi in via interpretativa di una normazione modificativa della precedente nella materia considerata assume rilievo ai nostri fini, e può dunque aversi modificazione costituzionale. Ma, d'altra parte, questa resta sempre esposta, in ragione della sua stessa origine, ai rischi di superamento ed abbandono. Restano sempre possibili svolte di *overruling* delle originarie decisioni giurisdizionali che hanno promosso l'interpretazione innovativa della Costituzione, così come sono sempre possibilila abrogazione della legislazione ordinaria attuativa della Costituzione che abbia concorso all'epifania di quella interpretazione, ovvero l'accettazione ed il consolidamento di una prassi amministrativa diversamente orientata. Come diverse sono le vie dell'affermazione di modifiche tacite della pratica interpretazione della Costituzione, così molteplici possono risultare le strade di un loro successivo superamento. Ed infine va anche data per possibile un'epifania di modifiche che non impegni pronunce di giudici, perché l'adozione con legge attuativa della Costituzione di una certa interpretazione non ha richiesto il vaglio di un giudice delle leggi, ovvero l'avvento di una consuetudine o di una convenzione costituzionale sul terreno dei rapporti fra gli organi supremi dello Stato non è stato sottoposto – come può avvenire – a giudizio del giudice costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni e sia stato accettato da tutte le parti coinvolte (si ricordino le vicende dell'accertamento dell'impedimento del Presidente Segni[13]).

---

[9] CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma),* in *Enc. Dir.* XIII, Milano, Giuffré, 1964, 195 ss., in particolare 207 – 208.

[10] WEINBERGER O., *Fatti e descrizioni di fatti, riflessioni logico – metodiche su un problema fondamentale nelle scienze sociali*, in MacormickN. – Weinberger O., *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffré, 1990, 95 ss..

[11] ACKERMAN B., *The civil rights revolution*, Cambridge – Londra, Harvard University Press, 2014

[12] GOLDONIM., *Il " significato costituzionale " fra regimi e trasformazioni*, in *Quad. cost.,* 2014, 983 ss..

[13] BARBERA A. – FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale,* Bologna, Il mulino, 2018, 381 – 382.

3. Applicazione ed attuazione della Costituzione.

Può tornare utile a questo punto considerare l'invito di recente rivolto a non confondere applicazione ed attuazione della Costituzione[14], se non altro perché esso rimette ancora una volta in discussione le basi teoriche del discorso. L'applicazione di una disposizione costituzionale comporta l'individuazione di precetti singolari e concreti in funzione della affermazione della supremazia della Costituzione nei casi di specie, e pare difficile non parlare di attuazione della Costituzione a tale proposito. Certo, ha ragione Riccardo Guastini a suggerire che l'individuazione di quei precetti è, di volta in volta, legata al contesto, alle situazioni in cui si manifesta[15]. Ma se una siffatta interpretazione/applicazione dovesse ripetersi, se si dovesse riscontrare in sede giurisdizionale, legislativa o amministrativa una reiterazione conforme delle accennate mosse interpretative, parrebbe difficile negare che si è verificata una vicenda di reiterata applicazione della Costituzione. In una prospettiva diacronica, nella misura in cui si consolida una certa lettura della Costituzione, questa si impone in sede pratica in un fenomeno che Barbera definirebbe di radicamento delle relative scelte[16]. La cui stabilizzazione è di per sé evento di attuazione della Costituzione. Non può evidentemente parlarsi di attuazione della Costituzione in presenza di prassi costituzionali, scelte legislative, comportamenti amministrativi che prescindono dal riferimento alla Costituzione, com'è avvenuto in Italia nella prima legislatura repubblicana.

Gli svolgimenti di cui si è fatta parola, trovano storico e concreto riscontro – come già si è accennato - nelle vicende della prima legislatura repubblicana. In quei tempi ad una interpretazione restrittiva della portata innovativa della Costituzione[17] si è sostituita, con il tempo, in tutte le sedi e livelli di esercizio di pubbliche funzioni una lettura più aggiornata ed innovativa, e la Costituzione ha di fatto assunto nuovi significati[18]. Ma ciò che è vero per le vicende immediatamente successive all'entrata in vigore del testo della Costituzione, non può non essere vero anche per ulteriori eventi di modifica, e perciò di innovativa interpretazione e conseguente implementazione della Costituzione. La ricerca è pertanto chiamata a confrontarsi con prassi innovative, convenzioni per nuovo accettate, consuetudini interpretative modificative, filoni giurisprudenziali che tutti possono concorrere a disegnare in concreto un *identikit* della Costituzione diverso da quello fruito in antecedenza. Riprendendo un'opinione di Troper, si è sottolineato dianzi che alla conoscenza di vicende siffatte serve un approccio empirico, il quale, tuttavia, non ci porta lontano dal terreno proprio delle scienze giuridiche in quanto si può per-

---

[14] LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana,* in *Rivista AIC*, 1/2013.

[15] GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti,* Milano, Giuffrè, 1998, 97 ss.

[16] BARBERA A., *I principi della Costituzione repubblicana: dal compromesso al radicamento progressivo*, prolusione all'apertura dell'anno accademico 2008 – 2009 dell'Università di Bologna.

[17] CALAMANDREI P., *La costituzione e le leggi per attuarla*, in VALIANI L. – DE ROSA G. – CALAMANDREI P. – BATTAGLIA A. – CORBINO E. – LUSSU E. – SANSONE M., *Dieci anni dopo 1945 - 1955*, Bari, Laterza, 1955, 209 ss.

[18] Ho cercato di ricostruire alcuni importanti passaggi di queste vicende in BARTOLE S., *La Costituzione è di tutti*, Bologna, Il mulino, 2012.

venire all'obiettivo perseguito soltanto ripercorrendo i processi ermeneutici del testo costituzionale ed i conseguenti approcci operativi che hanno portato agli accennati risultati modificativi.

In proposito non è, però, il caso di parlare di fallacia naturalistica nel senso di Hume, cioè di assunzione a rilevanza normativa di dati acquisiti per via meramente fattuale. Nel caso, la consolidazione degli effetti normativi modificativi è sempre legata – in ipotesi – alla iniziale manifestazione di un atto o comportamento interpretativo della Costituzione ad opera di un'autorità investita costituzionalmente di potere (sia essa un giudice, il legislatore, un organo del potere esecutivo) ed alla sua ripetizione anche in via convenzionale o consuetudinaria, ovvero in termini di prassi o continuità giurisprudenziale. Va ribadito che l'approccio qui delineato non implica che si assegni rilevanza ad epifanie contingenti ed occasionali di orientamenti diversi da quelli prevalenti e consolidati, giacché si guarda, invece, all'emersione di manifestazioni innovative che trovano il consenso delle autorità interessate e vengono quindi generalmente accettate in guisa tale da mutare stabilmente la effettiva disciplina di una data materia e dei relativi rapporti intersoggettivi e comportamenti degli interessati. Il caso dei precedenti giudiziali è al riguardo paradigmatico, sia che si tratti di pronunce della Corte costituzionale, cui questa fa rinvio con ordinanza in sede di valutazione di questioni per nuovo proposte, sia che in giuoco siano decisioni di giudici ordinari alla cui copertura concorrono le norme codicistiche in materia di nostrano *stare decisis*[19]. E conviene qui ricordare quanto Carlo Esposito ha scritto sulla rilevanza delle consuetudini interpretative cui si richiedono obiettività dell'evidenza ed effettività e continuità[20]. Per non parlare dei filoni di giurisprudenza, anzitutto costituzionale, per cui conclusioni interpretative innovative si saldano le une alle altre allargando lo spettro dei rapporti così interessati: si pensi all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di referendum a partire dalla sentenza n. 16/1978[21].

4. Dalla costituzione materiale alla costituzione vivente.

A questo punto dell'indagine, per riassumere i risultati raggiunti, si potrebbe ritornare a riproporreil ricorso alla dottrina della costituzione materiale. La quale ha, in effetti, assunto una pluralità di significati, e potrebbe pertanto anche essere elaborata con riguardo alle nostre esigenze. Ma ad evitare confusioni, proprio la molteplicità degli usi che ha caratterizzato la vita della dottrina *de qua,* consiglia di saggiare la possibilità di una sua utilizzazione con esclusivo riferimento alla sua originaria versione, quella proposta da Costantino Mortati[22], che configura la costituzione materiale come la decisione politica fondamentale sull'assetto della comunità in osservazione assunta dalla forza politica dominante. L'intento sotteso a questa costruzione

---

[19] Per tutti PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto. Arttt. 1 – 9,* II ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca*, a cura di Galgano F., *Disposizioni sulla legge in generale*, Roma – Bologna, Zanichelli, 2011, 536 ss. e 705 ss..

[20]ESPOSITO C., voce *Consuetudine (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.* IX, Milano, Giuffrè, 1961, 456 ss..

[21] Per alcune proposte di ricostruzione BARTOLE S., voce *Giustizia costituzionale (linee evolutive)*, in *Enc. Dir. – Annali,* VII, Milano, Giuffrè, 2014, 477 ss..

[22] MORTATI C., *La costituzione in senso materiale,* Milano, Giuffrè, 1998, ristampa inalterata con premessa di Zagrebelsky G..

è quello di assicurare la stabilità di un ordine costituzionale dato alla luce della sua base materiale, cioè sociale e politica, e però proprio tale obiettivo appare difficilmente conseguibile nella misura in cui sfugge alla considerazione della ridetta dottrina il fenomeno del movimento costituzionale, per cui a cagione del succedersi delle innovazioni il diritto costituzionale è oggetto di un continuo rinnovamento. Inoltre, in una ricostruzione totalizzante che tutto riporta ad un unico soggetto motore persiste il difetto di olismo,non è assicurata l'attenzione per la molteplicità delle epifanie del pluralismo delle società contemporanea, la cui riconduzione ad unità è subordinata a processi e decisioni molteplici e mutevoli. Il che complicherebbe le operazioni empiriche di rilevamento della costituzione materiale e la serietà dei relativi risultati, che non possono non risentire dell'ambiguità delle risposte che si possono dare in merito[23].

Ma il difetto principale di questa dottrina è la pretesa di sostituire al documento formale della costituzione scritta un concetto indeterminato e volatile quale quello di costituzione materiale. Si fa così venir meno l'identità di quello che invece deve essere l'inescapabile punto di riferimento al quale debbono raccordarsi tutti i processi di identificazione ed interpretazione del diritto costituzionale, se vogliamo tener fermo il rispetto del principio della certezza del diritto che è alla base delle dottrine costituzionali dal secolo XVIII in avanti. L'ambiguità, l'indeterminatezza e l'inofficialità della costituzione materiale, che si propone all'attenzione degli operatori, sono altrettanti motivi per riconoscere l'inadeguatezza della accennata dottrina all'obiettivo di garantire certezza e continuità al lavoro dell'interprete che essa dichiara di voler perseguire. Il che significa che siamo in presenza di concetto del tutto inappropriato a fungere da supporto dell'interpretazione in diritto costituzionale.

La riaffermazione del ruolo centrale del testo costituzionale è la necessaria premessa dell'avere legato il fenomeno delle modifiche tacite del diritto costituzionale agli sviluppi interpretativi di quel testo, il quale è ad un tempo termine di riferimento delle scelte potenzialmente mutevoli degli interpreti e contesto obbligato per la collocazione sistematica dei risultati di quelle scelte. Il che non significa che non possa più accettarsi il punto di partenza di questa ricerca in materia di modificazioni costituzionali, per cui ricorrente è nell'esperienza pratica la presenza di una divaricazione fra testo e norme che risultano dall'interpretazione di quel testo. Tanto più che, ove trascurassimo i termini del passaggio per via interpretativa dalle disposizioni scritte costituzionali alle elaborazioni della pratica in cui si manifesta la vita del diritto, e delle norme in particolare, perderemmo di vista dettagli e particolari importanti dell'attuazione/applicazione della costituzione: si pensi soltanto alla trama dei rapporti fra governo e parlamento. Si dirà che da sempre, come ci è stato spesso ricordato, le dottrine del costituzionalismo rinviano ad una determinazione fondante dell'ordine costituzionale di chi appare come il titolare della sovranità[24], e tali non sarebbero i tanti operatori costituzionali attraverso i quali passano le modificazioni di cui ragioniamo. Ma appunto per questo non possiamo affidare l'individuazione della costituzione a concetti volatili ed ambigui di incerta configurazione dottrinale e dobbiamo affidarci, da un lato, alle determinazioni espresse in forma costituzionale dalle

---

[23] Ho sviluppato questi rilievi critici in BARTOLE S., *Costituzione materiale e ragionamento giuridico,* in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, CEDAM, 1985, 53 ss..

[24] Vedi, ad esempio, fra i tanti WALKER N, *Constitutionalism and pluralism in Global Context,* in *ConstitutionalPluralism in the European Union and Beyond*, a cura di AvblyM. e Komarek J., Londra, Hart, 2012 17 ss..

autorità formalmente investite dell'esercizio della sovranità, e, dall'altro lato, agli interventi degli organi ed apparati chiamati ad interpretarle e darvi attuazione.

Preferibile è pertanto guardare all'insieme di prassi interpretative, consuetudini costituzionali, convenzioni della costituzione e giurisprudenza che al testo della Costituzione si raccordano, e, complessivamente considerate, si esprimono nel concetto di costituzione vivente. Questo, proprio perché nasce dalla visione di una pluralità di atti e comportamenti, meglio consente di avere contezza dell'impatto di quegli atti e comportamenti sull'intero contesto dell'ordine costituzionale. Si pensi soltanto ai riflessi della giurisprudenza costituzionale in tema di quelle che una volta si chiamavano norme programmatiche[25], o alle conseguenze dei referendum in materia elettorale[26]. E' proprio in ragione della complessità sistematica del concetto di costituzione vivente che le indagini in materia non si esauriscono in ricerche empiriche, ma debbono necessariamente estendersi – come già si è detto – ai processi ermeneutici che reggono la conversione delle disposizioni costituzionali in norme. Vi è dunque qualcosa di più di una resa dinanzi al brutale richiamo delle scelte degli operatori politici in posizione preminente, anche se è ovviamente vero che non si può trascurarne la considerazione anche per le conseguenze che possono avere sul consolidarsi o meno dei risultati interpretativi di cui andiamo ragionando.

5. Modificazioni costituzionali e certezza del diritto.

Da quanto precede è chiaro che la considerazione delle trasformazioni costituzionali qui proposta differisce da quella ripetutamente proposta da Bruce Ackerman[27]. Questi, quando abbandona il terreno dei mutamenti dovuti a cambiamenti dell'interpretazione del testo costituzionale, si preoccupa di individuare e ricostruire gli elementi costitutivi delle nuove fattispecie di produzione della costituzione trasformata, e non dei soli mutamenti di quella vigente. L'importanza della ricerca ed identificazione di tali elementi discende dal fatto della complessità e macchinosità delle operazioni cui la costituzione degli Stati Uniti condiziona i processi di revisione della costituzione, rendendoli così di difficile percorrenza e di scarsa utilizzazione pur in presenza di preminenti ragioni di cambiamento. Ackerman, partendo dal presupposto che rilevanti trasformazioni costituzionali ci siano state, concentra la sua attenzione sui fattori che le hanno consentite, aldilà di quanto previsto sul piano delle decisioni costituzionali dall'ordine costituzionale vigente.

A sottolineare questa differenza non basta contrapporre la scelta espressa di Ackerman a favore di un approccio -non limitato ai profili giurisprudenziali - in *common law fashion* all'orientamento qui sotteso, che vuole restare radicato in un contesto di *civil law*, per cui quelle che sono percepibili con la metodologia della costituzione vivente sono anzitutto, se non esclusivamente, modificazioni costituzionali di circoscritta estensione, restando distinti gli eventi di sostituzione di una costituzione all'altra o di rivoluzionaria cessazione di quella vigente, non

---

[25] BARTOLE S., *La Costituzione cit.*, 39 ss..

[26] PALADIN L. – MAZZAROLLI L. – GIROTTO D., *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 332 ss.

[27] Si veda ACKERMAN B. nel volume citato alla nota 5.

necessariamente legata, fra l'altro, all'avvento di uno Stato nuovo, diverso dal precedente. Nell'approccio di Ackerman, che guarda alle trasformazioni che toccano gli stessi principi qualificanti di un ordinamento, è presente il rischio che si arrivi alla legittimazione di nuove autorità titolari della sovranità e del suo esercizio con mutamento dell'intero contesto istituzionale senza l'ufficializzazione del passaggio da una carta all'altra. Ackerman difende abilmente e con successo il suo punto con un costante richiamo al principio *We the people*, ma il suo approccio non per questo è meno esposto ai rischi cognitivi della ricerca del fondamento legittimante della costituzione, che sono presenti nei discorsi sviluppati in conformità della dottrina della costituzione materiale.

L'osservanza del principio della certezza del diritto è dunque un canone al quale va prestata osservanza non solo dagli operatori costituzionali ma anche dagli interpreti, che – del resto – sono operatori giuridici essi stessi. A quel principio essi debbono conformare i loro ragionamenti giuridici in vista dell'applicazione/attuazione della Costituzione, anche quando sono motivati dall'orientamento conforme al principio di effettività – più che mai rilevante in diritto costituzionale - di tenere sempre presente la dimensione empirica del fatto dell'esperienza giuridica e della sua ricognizione pratica.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: N/AAAA
DATA PUBBLICAZIONE: 00/00/0000

AUTORE: Gennaro Ferraiuolo*

LA *PETITA PÀTRIA* CATALANA NELLO SCONTRO TRA UNILATERALISMI**

Sommario: 1. Qualche notazione preliminare su secessione e democrazia – 2. Unilateralismi – 2.1. Il colpo di stato – 2.2. I colpi di stato – 2.3. Le colpe dello Stato – 3. Misurare le patrie – 3.1. L'approccio quantitativo – 3.2. Gli approcci qualitativi. – 3.3. Qualche notazione conclusiva: la petita pàtria *catalana di fronte alla* Grandeza de España*.*

- Salve, ragazzi. Com'è l'acqua?
I due pesci giovani nuotano un altro po', poi uno guarda l'altro e fa:
- Che cavolo è l'acqua?
[David Foster Wallace, *Discorso al Kenyon College*, 21 maggio 2005]

1. Qualche notazione preliminare su secessione e democrazia

Nelle pieghe della questione catalana – una vicenda oramai di lungo periodo – è possibile scorgere molteplici suggestioni relative al rapporto tra secessione e democrazia. O, meglio, tra istanze secessioniste e democrazia: la secessione è, infatti, una domanda, dirompente nella sua portata e nei suoi potenziali effetti, alla quale possono però essere offerte risposte molto variegate.

Non sorprende che, in altri tempi, simili domande siano state represse con la forza, trattate come mere questioni di ordine pubblico, ascritte alla logica amico-nemico (negazione del pluralismo proprio delle democrazie). Negli ordinamenti statuali ascrivibili, appunto, alla forma di Stato di democrazia pluralista (e il pluralismo, in alcuni sistemi, può essere anche

* Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università di Napoli Federico II.

** Il presente saggio è stato elaborato a partire dai contenuti della relazione presentata al convegno "Ritornano le piccole patrie? Autodeterminazione territoriale. Secessioni. Referendum", tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II, nei giorni 22 e 23 febbraio 2018. Lo scritto, con eventuali modifiche, è destinato alla pubblicazione nel volume che raccoglie gli atti del convegno, curato da Fulvia Abbondante, Stefania Parisi e Salvatore Prisco (Napoli, Editoriale scientifica, 2019).

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

pluralismo nazionale) la risposta a quelle istanze dovrebbe forse obbedire a paradigmi diversi: «in democrazia anche la minaccia secessionista va considerata un problema politico. È in altri contesti […] che essa è solo un problema militare che si risolve con la coercizione o con la vittoria delle forze secessioniste»[1].

Le risposte offerte da un ordinamento alla domanda in questione divengono allora esse stesse indicatori di qualità democratica: sottraendosi all'alternativa secca democrazia/non democrazia, determinate condotte, azioni, strategie possono condurre un ordinamento su di una *parabola discendente della democrazia*[2].

Accettando tale approccio, ad essere chiamate in causa sono, innanzitutto, le categorie del diritto costituzionale: l'inquadramento giuridico della secessione va condotto, almeno in prima battuta, in una dimensione interna all'ordinamento statale. È in questa prospettiva che si muove, infatti, quello che è stato definito «un referente mundial por contener seguramente la más avanzada doctrina constitucional sobre el derecho de secesión»[3]: la Corte suprema del Canada, nel parere sulla secessione del Québec del 1998[4], costruisce tutta la sua argomentazione sui quattro *underlying principles* della Costituzione. Si è di fronte ad una impostazione che non accetta l'idea di una unità statuale eternamente indissolubile per via giuridica (e pacifica), di una unità che finisce con il configurarsi quale principio non bilanciabile con altri che pure – e forse più – conformano la democraticità di un sistema politico.

La necessità di seguire questo tipo d'inquadramento può trovare una giustificazione dommatica in una indagine che guarda all'esperienza spagnola. Il *Tribunal constitucional* (d'ora in avanti TC) ha infatti affermato, in diverse occasioni, che quello spagnolo non è un modello di *democracia militante* «en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución»; ne discende l'assenza di un «núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional»[5]. Anche un progetto secessionista, dunque, può essere legittimamente perseguito, purché si muova nel rispetto delle procedure costituzionalmente contemplate: «si la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, que tiene reconocida por la Constitución iniciativa de reforma constitucional […], formulase una propuesta en tal sentido, el Parlamento español deberá entrar a considerarla»[6].

Si ritiene, tuttavia, che vi siano ragioni più profonde e generali per aderire al paradigma canadese, valorizzandone appieno le implicazioni ed evitando di fermarsi a enunciazioni come

---

[1] A. CANTARO, *Introduzione*, in C. De Fiores – D. Petrosino, *Secessione*, Roma, 1996, 22.

[2] C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, 26.

[3] E. FOSSAS ESPADALER, *Interpretar la política. Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, n. 101, 2014, 287.

[4] Cfr. *Reference re Secession of Quebec*, [1998], 2 SCR 217. Sul parere si vedano, di recente, i contributi pubblicati nel volume G. DELLEDONNE – G. MARTINICO (a cura di), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession. Legacies of the Quebec Secession Reference*, Palgrave Macmillan, 2019.

[5] In tal senso la sentenza n. 42/2014; ma, in precedenza, v. già STC nn. 48/2003, 103/2008, 31/2009.

[6] Sentenza n. 42/2014, FJ 4.

quelle del TC spagnolo che – se disancorate da una solida concettualizzazione – rischiano di rivelarsi vuoti espedienti retorici.

Vuoti espedienti retorici: come mostra il fatto che, in quella *democrazia non militante che non impone la adesione positiva all'ordinamento e alla Costituzione*, il TC giunga a pronunciarsi, anche in contraddizione con i propri precedenti, su atti di mero impulso politico (privi, dunque, di efficacia giuridica) degli organi politici della Catalogna[7]; o su atti tutti interni alla dimensione parlamentare, rivolti ad esempio alla creazione di semplici commissioni di studio o alla ratifica delle risultanze prodotte dalle stesse[8]. O, ancora, che si assista all'attivazione di procedimenti penali (con un abnorme ricorso alla misura della detenzione preventiva e richieste di pena esorbitanti per delitti di dubbia configurazione) a carico di una presidente del Parlamento catalano per aver consentito dei dibattiti parlamentari (vietati dal TC: in una *democrazia non militante* possono essere vietati i dibattiti di un parlamento, oltre che dichiarati illegittimi gli atti eventualmente adottati all'esito di quei dibattiti)[9] o di leader dell'associazionismo (privi di cariche istituzionali) per aver semplicemente esercitato diritti costituzionalmente garantiti (sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, par. 2.3).

Si tratta delle contraddizioni in cui si imbatte un sistema democratico che – lo espliciti o meno – non accetta, di fronte alla portata di determinati fenomeni (quando non addirittura a connotazioni strutturali della realtà sociale che è chiamato ad ordinare), di superare la tirannia di un principio unitario che impedisce di canalizzare politicamente determinati conflitti. Occorre dunque scongiurare ricostruzioni che pecchino di eccessi di astrazione, visioni tranquillizzanti in cui un ordinamento, chiuso in se stesso, risulterà sempre efficiente (nonostante le evidenti inefficienze) e coerente (nonostante le evidenti incoerenze), offuscando la complessità di determinate questioni: «i problemi della Costituzione non sono risolti per il fatto che li si neghi o che ci si rifiuti di vederli»[10].

È in questa prospettiva che si può apprezzare il pregio dell'impostazione canadese, evitando di ridurla alla generica affermazione per cui la via alla secessione sarebbe individuabile, in tutte le Costituzioni che non stabiliscono clausole di intangibilità, nei procedimenti di

---

[7] La tendenza si afferma proprio a partire dalla sentenza n. 42 del 2014, avente ad oggetto l'atto d'impulso politico adottato con la *Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del Poble de Catalunya*, in *Butlletí oficial del Parlament de Catalunya*, n. 13, 24 gennaio 2013. Per una più ampia disamina sul punto, si rinvia a G. FERRAIUOLO, *Le juge constitutionnel face au conflit politique: le cas du processus souverainiste catalan*, in *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, n. 17, 2016, §§ 26 ss. [http://ccec.revues.org/6295].

[8] Si vedano le risoluzioni 5/XI del 20 gennaio 2016 (*de creació de comissions parlamentaries*, nella parte in cui si riferisce, in particolare, nella creazione di una *Comissió d'estudi del procés constituent*) e la n. 263/XI del 27 luglio 2016 (*per la qual es ratifiquen l'Informe i les Conclusions de la Comissió d'Estudi del Procés Constituent*).

[9] Si veda la *providencia* del TC dell'11 novembre 2015 (n. *asunto* 6330-2015), la sentenza n. 259 del 2015 e l'*auto* n. 141 del 2016, il cui mancato rispetto contribuirebbe a configurare a carico della presidente del *Parlament* il reato di ribellione, con una richiesta di pena, da parte della pubblica accusa, di 17 anni di prigione.

[10] C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931, trad. italiana *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 11.

revisione costituzionale (il che condurrebbe ad equiparare, su quel terreno, il Canada e la Spagna)[11].

Ben più solidi appaiono invece i pilastri su cui è costruito il parere sulla vicenda del Québec[12].

Il primo: il rifiuto di ridurre l'insieme dei cittadini di quella provincia ad una mera frazione numerica di un popolo canadese prescrittivamente unico. La Corte riconosce, senza esitazioni, «the social and demographic reality of Quebec», che consente di configurarlo come «political unit» (§ 59). Ne consegue la possibilità che, all'esito di un referendum consultivo sull'indipendenza – non contemplato dalla Costituzione[13] ma tollerato (dunque non represso con la violenza) dai poteri centrali - si delineino *two legitimate majorities*: «the clear majority of the population of Quebec, and the clear majority of Canada as a whole», nessuna delle quali «"trumps" the other» (§ 93).

Il conflitto tra maggioranze legittime – qui il secondo pilastro del parere – non va risolto sulla base dei meri rapporti di forza all'interno degli organi che detengono le leve della revisione costituzionale, che vedrebbero la scontata prevalenza del nazionalismo dominante. Il principio di legalità (rigidità) costituzionale è letto in stretta connessione con il principio democratico e quello federale:

> the federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire (§ 88).

È in tal senso che, per la Corte, «the Constitution is not a straitjacket» (§ 150): una democrazia non può tollerare una eccessiva divaricazione tra *adherence to the law* e *legitimacy* («a system of government cannot survive through adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy»)[14]. Il diritto, in chiave democratica, non si configura esclusivamente quale limite negativo della decisione politica, ma deve al contempo offrire la

---

[11] In tal senso conclude G. DELLEDONNE, *I* Länder *non sono i padroni della Costituzione: il* Bundesverfassungsgericht *di fronte a un tentativo secessionista bavarese*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2017, 145; e, sebbene con alcune significative precisazioni, C. FASONE, *Il parere della Corte Suprema canadese sulla secessione del Québec. Quali spunti per le odierne tensioni secessioniste in Europa?*, in G. Delledonne – G. Martinico – L. Pierdominici (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, 2017, 48 ss.

[12] Per una più approfondita analisi del parere, nella medesima linea seguita in questa sede, si rinvia a G. FERRAIUOLO, *Non far niente. È democratico?*, in J. Cagiao y Conde – G. Ferraiuolo – P. Rigobon (a cura di), *La nazione catalana. Storia, lingua, politica, costituzione nella prospettiva plurinazionale*, Napoli, 2018, 294-315.

[13] Cfr., in termini generali, T. GROPPI, *Canada*, Bologna, 2006, 106-107.

[14] Si è di recente ribadito come «the rejection of an approach solely based on a legalistic and formalistic conception of constitutional normativity» rappresenti uno degli elementi portanti della costruzione della Corte canadese: così J.F. GAUDREAULT-DESBIENS, *Secession Blues: Some Legal and Political Challenges Facing the Independence Movement in Quebec*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, 768-769.

strumentazione affinché quest'ultima possa tendenzialmente corrispondere alla volontà popolare[15] («the system must be capable of reflecting the aspirations of the people», § 67), anche nelle manifestazioni frammentate che possono darsi in ordinamenti nazionalmente complessi.

Emergono, per questa via, due potenziali forme di unilateralismo, entrambe in contrasto con i principi costituzionali: da una parte, la pretesa del nazionalismo minoritario di realizzare la secessione al di fuori dei procedimenti costituzionalmente previsti; dall'altra, la *unreasonable intransigence* della Federazione (§ 103) nella preclusione a negoziare in buona fede una risposta democratica alle rivendicazioni territoriali, anche di natura secessionista.

Si è affermato, in relazione alla vicenda del Québec, che quando

> un sistema democrático, al afrontar un problema, logra articular una respuesta asentada sobre sólidos fundamentos de acuerdo a los principios constitucional-democráticos, está marcando el camino a los demás sistemas democráticos que se enfrentan ante una cuestión similar, les está interpelando a adoptar una solución que responda cuando menos con igual solidez a los principios que subyacen a las Constituciones democráticas[16].

È così possibile individuare molte ricostruzioni che recuperano le coordinate del parere della Corte canadese, finanche in contesti dove domina la concezione dell'unità indissolubile.

Così, ad esempio, Franco Modugno ha relativizzato la portata di unità e indivisibilità proclamate nell'art. 5 della Costituzione italiana, assecondando una duplice esigenza. In primo luogo, quella di scongiurare la latente *vena antidemocratica* connessa alla

> aspirazione ideale e altissima cui tende l'idea di rigidità costituzionale [...]. La scommessa, su cui, in periodi di crisi, si gioca l'essenza della perdurante vitalità di una Costituzione, è che il timore per gli esiti arbitrari o "ingiusti" della democrazia non diventi mai limite autoritario, esteriore o astratto – calato dall'alto – contro la democrazia[17].

In secondo luogo, ponendo sullo sfondo del ragionamento le teorie rimediali della secessione, l'Autore afferma la necessità che la verifica dei presupposti giustificativi di quell'esito venga «rilasciata, in ultima istanza, al giudizio delle minoranze […], se non si vuole incorrere in una caduta autoritaria, e fosse anche dell'autorità e della dittatura della maggioranza»[18].

Ancora più evidente l'influenza dello schema canadese nell'inquadramento giuridico-costituzionale della questione catalana proposto, addirittura nel 2012, da Francisco Rubio Llorente, studioso non sospettabile - per traiettoria biografica, accademica e istituzionale - di simpatie indipendentiste:

---

[15] In merito cfr. X. BASTIDA FREIXEDO, *El derecho de autoderminación como derecho moral: una apología de la libertad y del deber político*, in J. Cagiao y Conde – G. Ferraiuolo (a cura di), *El encaje constitucional del derecho a decidir. Un enfoque polémico*, Madrid, 2016, 218 ss.

[16] A. LÓPEZ BASAGUREN, *La secesión de territorios en la Constitución española*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n. 25, 2013, 91-92, che richiama in proposito gli studi di Sujit Choudhry.

[17] F. MODUGNO, *Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli (riflessioni sull'ammissibilità-ricevibilità di un disegno di legge costituzionale comportante revisione degli artt. 5 e 132 Cost.)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo II, Milano, 1999, 1041.

[18] Ivi, 1029.

> si una minoría territorializada, […] concentrada en una parte definida, delimitada administrativamente y con las dimensiones y recursos necesarios para constituirse en Estado, desea la independencia, el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que pueden ser eliminados. Si la Constitución lo impide habrá que reformarla, pero antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia, y solidez de esa supuesta voluntad[19].

Come i fatti hanno ampiamente dimostrato, non è questa linea (ad avviso di chi scrive *asentada sobre sólidos fundamentos de acuerdo a los principios constitucional-democráticos*) ad aver ispirato la condotta delle istituzioni spagnole di fronte alle istanze indipendentiste della Catalogna.

2. Unilateralismi

Il dato di realtà da cui occorre muovere ai fini dell'inquadramento della questione che qui interessa è stato lucidamente messo a fuoco da chi i fatti li osserva e li racconta: la *storia vera* è che «sono oltre due milioni, *pacifici e determinati*, a volere una relazione diversa della Catalogna con il resto della Spagna»[20]. Un'analisi giuridica che voglia avere una utilità dal punto di vista pratico e mantenersi coerente con i principi che dovrebbero ispirare ordinamenti di democrazia avanzata, non può essere disancorata da questo dato oramai consolidato; un dato che anzi, nel lungo periodo, vede crescere la domanda di indipendenza e il radicalizzarsi delle posizioni in campo. E in una vicenda di lungo periodo l'inquadramento dei fatti – anche da un'ottica giuridico-costituzionale (almeno se si adotta un approccio che accetti di considerare, accanto alla *adherence to the law*, anche la *legitimacy*) – dipende molto dal punto in cui si sceglie di iniziare a raccontarli.

2.1. Il colpo di stato

Il 6 e 7 settembre 2017 sono i giorni in cui si è accesa l'attenzione internazionale, e italiana, sulle vicende della Catalogna. Qualsiasi osservatore rimarrebbe profondamente perplesso di fronte a quanto accaduto nel *Parlament* della comunità autonoma nel corso di quelle tese giornate.

Si approva una legge (la n. 19)[21] rivolta a proiettare la Catalogna verso la fase fondativa di un nuovo ordinamento statale, a maggioranza assoluta (72 voti su 135 seggi, 11 astensioni) e in un'aula semivuota per l'uscita, in segno di protesta, dei gruppi di PP, PSC e C's. L'iter

---

[19] F. Rubio Llorente, *Un referéndum para Cataluña*, *El País*, 8 ottobre 2012.

[20] E.M. Brandolini, *Piolín imbavagliato. Cronaca dell'autunno catalano*, Roma, 2018, 14 (mio il corsivo).

[21] Si tratta della legge *del referèndum d'autodeterminació*, in *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), n. 7449A del 6 settembre 2017, cui facevano seguito, in rapida successione, i decreti n. 139/2017 (*de convocatòria del Referèndum d'Autodeterminació de Catalunya*) e n. 140/2017 (*de normes complementàries per a la realització del Referèndum d'Autodeterminació de Catalunya*), anch'essi emanati il 6 settembre (DOGC, n. 7450 del 7 settembre 2017) e la *llei* n. 20 *de transitorietat jurídica i fundacional de la República* (approvata il giorno successivo e pubblicata in DOGC, n. 7451A dell'8 settembre 2017).

procedurale si svolge a tappe forzate, con repentine modifiche dell'ordine del giorno (*ex* art. 81.3 del Regolamento parlamentare) e i *diputats* – quelli di opposizione in ispecie – privati di alcuni fondamentali diritti, intimamente legati alla loro funzione rappresentativa: il diniego dell'Ufficio di presidenza di trasmettere il testo della proposta in discussione al *Consell de garanties estatutàries*[22]; la sensibile compressione del dibattito parlamentare e della facoltà di presentare emendamenti. Tutto questo in un clima che aveva visto gli stessi funzionari dell'assemblea sull'attenti: da una parte, il messaggio da questi inviato all'Ufficio di presidenza sulle responsabilità penali cui funzionari e politici andavano incontro proseguendo nell'iter di formazione di quella legge (in virtù di precedenti pronunciamenti del TC); dall'altra, il rifiuto (anche in questo caso per evitare di incorrere in responsabilità penali) di pubblicare la proposta di legge nel *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* (presupposto essenziale per dar corso al procedimento parlamentare), che aveva spinto i deputati di maggioranza dell'ufficio di presidenza a procedere direttamente essi all'adempimento, in maniera del tutto irrituale.

Sul piano dei contenuti, l'abnormità costituzionale di quell'atto era fin troppo manifesta e può essere racchiusa nella pretesa di affermare la propria superiorità gerarchica su qualsiasi altra fonte, inclusa la Costituzione spagnola (art. 2).

In questo quadro, sono i rappresentanti dei partiti che si alternano al governo della Spagna praticamente dall'avvento della democrazia a vestire gli insoliti panni dei filibustieri parlamentari, di coloro che sono costretti a mettere in atto pratiche ostruzionistiche per far valere le proprie ragioni di fronte a quello che si perpetra ai danni dell'ordinamento costituzionale: un *colpo di stato* frutto dell'unilateralismo catalano, come diffusamente si riscontra nella narrazione dominante di quelle vicende[23].

2.2. I colpi di stato

Riducendo lo zoom sulla camera catalana e ampliando l'inquadratura ci si accorge che, in realtà, è il *Parlament* a costituire l'elemento di *filibusterismo* che agita l'ordinamento spagnolo: nella complessa dialettica tra maggioranze e minoranze che si intrecciano in un assetto

---

[22] Si tratta di un organismo raffrontabile alle consulte di garanzia statutaria dell'esperienza regionale italiana; a differenza di queste ultime tuttavia, il *Consell* catalano ha mostrato una certa vitalità nelle dinamiche di funzionamento dell'assetto organizzativo della comunità autonoma, soprattutto nella configurazione assunta con lo statuto del 2006 (e nonostante gli interventi del TC – sent. n. 31/2010 - che ne hanno ridimensionato la portata). Per una ricostruzione sul punto, con particolare riferimento proprio alle prospettive aperte dalla seconda stagione statutaria spagnola, cfr. C. RUIZ MIGUEL, *Los consejos consultivos como guardianes de la autonomía: bibliografía, jurisprudencia, doctrina legal y perspectivas*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 39, 2009, 209 ss.

[23] Per una breve e per nulla esaustiva rassegna: J. García Fernández, *El golpe de Estado de Puigdemont, El País*, 7 aprile 2018; R. Martínez Isidoro*, Cataluña, el golpe de Estado permanente*, *ABC*, 8 settembre 2018; *Comparan el golpe de Estado en Cataluña con el de Hitler contra la República de Weimar*, *ABC*, 28 maggio 2018; *Aznar: "En España ha habido un golpe de Estado que está sin desarticular"*, *La Vanguardia*, 3 luglio 2018; *Golpe inviable al Estado de derecho*, *La Voz de Galicia*, 6 settembre 2017; in dottrina, cfr. E. VÍRGALA FORURIA, *Golpe independentista al Estado constitucional de derecho*, in *El cronista del Estado social y democratico de derecho*, n. 71-72, 2017, 148 ss.

dove coesistono sentimenti identitari concorrenti (sebbene non sempre esclusivi), è la nazione catalana a trovarsi nella condizione di minoranza sistemica destinata a subire le decisioni delle maggioranze statali di turno, senza possibilità alcuna di farsi essa maggioranza. Proprio la condizione di minoranza strutturale di un nazionalismo periferico può rendere democraticamente non tollerabile, nella gestione di determinati conflitti politici, l'invocazione della (scontata) forza numerica dei partiti dominanti a livello statale. La democraticità di un sistema può giocarsi, in simili contesti, anche intorno al nodo dell'indiscriminato rifiuto di un'adeguata sistemazione del pluralismo nazionale interno: «if democracy is to be understood not simply as majority rule, then cultural conflicts in democratic states must be resolved in a way that is acceptable or at least defensible to all citizens and groups»[24].

Il reiterato diniego di risposte nella dimensione statale può infatti generare *esasperazione* nella minoranza nazionale e condurla a forzature nell'ambito territoriale in cui riesce a imporsi come maggioranza.

Esasperazione (*hartazgo* nella versione in castigliano, *atipament* in quella in catalano) è il termine utilizzato nell'editoriale pubblicato da dodici quotidiani catalani il 26 novembre del 2009, nell'attesa della decisione del TC sullo Statuto approvato nel 2006. L'importanza della imminente pronuncia, avente ad oggetto un atto frutto di un'articolata negoziazione tra poteri centrali e periferici e sottoposto a un triplice passaggio democratico (deliberazione del *Parlament* autonomico e delle *Cortes Generales* – entrambe con maggioranze qualificate – e successiva ratifica referendaria da parte del corpo elettorale catalano), emergeva in maniera chiara nel testo dell'editoriale. Si segnalava il rischio di «un vicolo cieco costituzionale», la delicatezza di un intervento destinato ad incidere «sulla dimensione effettiva del quadro di coabitazione spagnolo», il bivio innanzi al quale ci trovava: «la piena accettazione della maturità democratica di una Spagna plurale o il suo blocco»[25].

Il TC però, con la nota sentenza n. 31/2010[26], non opta per un profilo basso che assecondi la complessa dinamica politica che aveva portato all'approvazione dell'atto, anche nel

---

[24] S. MANCINI, *Rethinking the Boundaries of Democratic Secession: Liberalism, Nationalism and the Right of Minorities to Self-Determination*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 3-4, 2008, 561. In senso analogo, cfr. A.-G. GAGNON, *L'Âge des incertitudes: essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Université Laval, 2011, trad. italiana *L'età delle incertezze. Saggio sul federalismo e la diversità nazionale*, Padova, 2013, 92; F. REQUEJO, *El fuste de la democracia liberal sigue siendo demasiado recto*, in *Foro Interno*, n. 10, 2010, 63. Anche Augusto Barbera segnalava come il principio di maggioranza possa trasformarsi in una tirannia del numero in contesti con una scarsa omogeneità culturale e territoriale (A. BARBERA – G. MIGLIO, *Federalismo e secessione. Un dialogo*, Milano, 1997 [edizione citata: Milano 2008], 103).

[25] Il titolo dell'editoriale era *La dignitat de Catalunya*; il testo integrale, nella traduzione italiana qui citata, può essere letto in A.-G. GAGNON, *L'età delle incertezze*, cit., 167-170.

[26] La sentenza (quasi 500 pagine, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado*, sec. TC, n. 172 del 16 luglio 2010) dichiara illegittime 14 disposizioni statutarie e ne reinterpreta 27. Tra i numerosi commenti alla decisione ci si limita a richiamare, senza pretesa di esaustività, i due numeri della *Revista catalana de dret públic* dedicati alla sentenza: il n. 43 del 2011 (*Justícia constitucional i estats compostos: reflexions a partir de la sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya*) e il numero speciale del 2010 (*Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*); nonché AA. VV., *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña*,

tentativo di smussare le polemiche innescate da una vicenda processuale particolarmente travagliata, protrattasi per ben quattro anni[27]. Il disagio dei catalani di fronte alla pronuncia sfocia, il 10 luglio 2010, nelle prima delle grandi manifestazioni che da quel momento si susseguiranno fino ad oggi, sotto lo slogan «Som una nació. Nosaltres decidim». In testa alla protesta, è bene ricordarlo, il Presidente della *Generalitat*, al tempo il socialista José Montilla.

Le reazioni di insoddisfazione non appartengono però alla sola dimensione sociale e politica. La dottrina ha segnalato, a più riprese, le criticità di quella decisione[28], che nella sostanza *disattivava* le principali innovazioni statutarie[29], vanificando il tentativo di lanciare «un nuovo patto politico con la Spagna democratica»[30].

Al di là dei profili specifici, i più attenti osservatori – in sostanziale continuità con le preoccupazioni manifestate nell'editoriale congiunto del 2009 - coglievano nitidamente le ricadute di sistema della decisione:

> il garante della Costituzione deve essere in grado di rappresentare in modo efficace la composizione asimmetrica della realtà territoriale cui fa riferimento la propria giurisdizione. […] la chiusura centralista […] sbocca in un vicolo cieco. Il conflitto istituzionale è destinato a rimanere irrisolto, e *l'unità si rivela formula perdente* […]. In assenza di un potere in grado di far rispettare le regole, è lecito attendersi *la prepotenza della maggioranza e la tendenza delle minoranze a rompere il patto di convivenza*[31].

Da un punto di vista più strettamente costituzionalistico, la sentenza è stata letta come vera e propia

> *ruptura del pacto constituyente* en un componente esencial del mismo: el de la renovación de la unidad de España mediante el ejercicio del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran. […] La Constitución de la STC 31/2010 es una Constitución mutilada, de la que está ausente todo lo que el constituyente previó para la construcción del Estado Autonómico y para su renovación

---

Madrid, 2011. La decisione è stato oggetto di attenzione anche da parte della dottrina italiana: cfr. A. GREPPI, *Retoriche dell'unità. "Nazione" e "nazionalità" nella Sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sullo Statuto della Catalogna*, in E. Vitale (a cura di), *Quale federalismo?*, Torino, 2011, 143 ss.; F. BIAGI, Estatut de Catalunya *e la crisi di legittimazione del* Tribunal constitucional, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2011, 63 ss.

[27] In quel percorso si succedono proroghe di magistrati, ricusazioni di giudici con dubbio fondamento, un collegio profondamente diviso che si pronuncia peraltro su un testo già approvato, per via referendaria, dai cittadini catalani: sulla vicenda cfr. E. AJA FERNÁNDEZ, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, 2014, 89 ss.

[28] Tra i tanti, cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona, 2014, 144 ss.; M.A. APARICIO PÉREZ, *Alguna consideració sobre la sentència 31/2010 i el rol atribuït al Tribunal constitucional*, e X. ARBÓS MARÍN, *Una visió general*, entrambi in *Revista catalana de dret públic*. *Especial Sentència*, cit., rispettivamente 27 e 30.

[29] Cfr. M. CARRILLO, *Después de la sentencia, un Estatuto desactivado*, in *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, n. 15, 2010, 26 ss.; di recente, l'Autore è tornato sul punto in ID., *Introduzione. La sinistra catalana di fronte al nazionalismo*, in J. Solé Tura, *Nazionalità e nazionalismo in Spagna. Autonomie, federalismo e autodeterminazione*, Napoli, 2016, XXXVIII ss.

[30] M. CARRILLO, *Intervento*, in L. Cappuccio – G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico della Catalogna*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2014, 76.

[31] A. GREPPI, *Retoriche dell'unità*, cit., 162-163 (mio il corsivo).

posterior mediante la ordenación jurídica de un proceso de negociación política que concretara el compromiso entre el principio de unidad política del Estado y el ejercicio del derecho a la autonomía[32].

La decisione si risolve, in definitiva, nella pretesa di sciogliere il compromesso dilatorio racchiuso nell'art. 2 della Costituzione spagnola: dimenticare la carica problematica di quelle clausole e imporne una lettura determinata conduce ad una *confusione irrimediabile*[33], a «interpretazioni *unilaterali* della costituzione, insidiose per l'*identità* delle forze in campo o di qualcuna di esse»[34]; e, come segnalato in dottrina, sono proprio le *negazioni di identità* a spingere spesso le nazioni minoritarie a perseguire progetti secessionisti[35].

Tutto questo si produce ad opera di un TC che interviene in profondità sull'atto sottoposto al suo scrutinio, attraverso tecniche interpretative che ne esaltano le virtù creative e lo contrappongono frontalmente al decisore politico[36]. Un TC che, anziché muovere dalla condizione di potere costituito, si autoproclama – sorprendentemente – «poder constituyente prorrogado o sobrevenido» (STC 31/2010, FJ 57)[37]. Un'affermazione tanto dirompente per uno Stato di diritto da riuscire addirittura a mettere d'accordo Kelsen e Schmitt: pur partendo, come noto, da posizioni antitetiche in ordine alla utilità di una giurisdizione costituzionale, entrambi gli studiosi mettevano in guardia da pericolosi *slittamenti di potere*[38], dal rischio che quel peculiare giudice potesse smettere di operare quale potere costituito per trasformarsi in *padrone della Costituzione* al di sopra degli altri poteri[39].

E così, anche in questo caso, si riscontra l'uso di termini forti per descrivere lo scenario venutosi a delineare. *Quiebra* ("rottura", o pure "fallimento") *de la Constitución territorial*; *disparate* ("follia", "sproposito", "assurdità"); o, ancora una volta, *golpe de estado*[40]: così è qualificato lo scioglimento *unilaterale*, da parte dello Stato, del compromesso dilatorio di formule dell'art. 2, procedimentalmente trasfuso nelle complesse modalità di approvazione degli Statuti

---

[32] J. PÉREZ ROYO, *La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 43, 2011, 142-143 e 146 (mio il corsivo).

[33] C. SCHMITT, *Verfassunglehre*, Berlin, 1928, trad. italiana *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 55.

[34] G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 120 (mio il corsivo).

[35] Cfr. A.-G. GAGNON, *L'età delle incertezze*, cit., 5.

[36] Si veda ancora M. CARRILLO, *Después de la sentencia*, cit., 26 ss.

[37] Sul punto v. P. REQUEJO RODRÍGUEZ, *La posición del Tribunal constitucional español tras su sentencia 31/2010*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 43, 2011, 319 ss.; V. FERRERES COMELLA, *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas*, in AA. VV., *Jurisdicción constitucional y democracia: Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2011, 26-27.

[38] H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, 1930-1931, trad. italiana *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 253-254.

[39] C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931, trad. italiana *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 203.

[40] Sono le espressioni utilizzate ancora da Javier Pérez Royo, rispettivamente nella relazione presentata al *XIII Congreso iberoamericano de Derecho constitucional* (Ciudad de México, 1-3 febbraio 2017); nel testo della stessa pubblicato con il titolo *El Tribunal constitucional y la autonomía de Cataluña: crónica de un disparate*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2017; e infine in *¿Hasta cuándo?*, *El País*, 3 ottobre 2014; *¿Por qué golpe de Estado?*, in *ctxt.es*, n. 88, 26 ottobre 2016 (online).

di autonomia. La seconda – cronologicamente la prima – manifestazione di unilateralismo che destabilizza la realtà plurinazionale spagnola.

2.3. Le colpe dello Stato

Ci si può interrogare sul modo in cui sia stata fronteggiata, da parte delle istituzioni spagnole, la crisi – da subito chiara nella sua portata – in cui si colloca la sentenza 31/2010. Una soluzione poteva essere ricercata seguendo diverse strade, tutte giuridicamente percorribili: un nuovo patto statutario (dopo il fallimento del tentativo del 2006), una revisione del sistema di finanziamento[41], una riforma costituzionale del modello territoriale meglio rispondente alla logica plurinazionale[42], un referendum consultivo negoziato (e dunque con tutte le garanzie necessarie) sull'indipendenza[43].

Si sceglie invece una strategia del *non dialogo*, della *passività* e dell'*immobilismo*, della *negazione del problema e del confronto*[44]. Una irresponsabilità che colpisce ancor più se si considera l'ampia condivisione, nel dibattito costituzionalistico, dell'esigenza di un ripensamento dell'assetto autonomistico[45], rivelatosi in particolare incapace di sciogliere il *nodo gordiano* dell'ordinamento spagnolo: l'adeguata sistemazione delle nazionalità storiche[46].

A livello politico, non è corrisposta alcuna iniziativa intesa ad incidere su tale terreno: al punto che è stato autorevolmente sostenuto (siamo ancora nel 2013) che

> un argumento contundente a favor del derecho de Cataluña a la secesión no consensuada puede alegarse sobre la base de que España no ha demostrado buena fe a la hora de responder a las demandas de mayor autonomía intraestatal [...]. En el caso de Cataluña un compromiso adecuado con la democracia y

---

[41] È il tentativo sperimentato nel 2012 dal Presidente della *Generalitat* Artur Mas, prima di abbracciare, anche sotto la spinta popolare, il cd. *dret a decidir*. Sul punto v. J. CAGIAO Y CONDE, *Un sassolino nella scarpa. La Catalogna come chiave della crisi del modello territoriale spagnolo*, in J. Cagiao y Conde – G. Ferraiuolo – P. Rigobon (a cura di), *La nazione catalana*, cit., 162-163.

[42] Si vedano, ad esempio, le proposte di segno asimmetrico formulate da S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña*, cit., 228-230, e M. CARRILLO, *Introduzione*, cit., XLII-XLIII.

[43] Sulle possibilità giuridica di celebrare un referendum consultivo sull'indipendenza della Catalogna, si vedano le diverse risposte al questionario (domanda n. 1) raccolte in L. CAPPUCCIO – G. FERRAIUOLO (a cura di), *Il futuro politico*, cit.

[44] Cfr., rispettivamente, J. CAGIAO Y CONDE – V. MARTIN, *Introducción*, in J. Cagiao y Conde – V. Martin (a cura di), *Federalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, Paris, 2015, 13; X. ARBÓS MARÍN, *Intervento*, in L. Cappuccio – G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico*, cit., 66; E. Juliana, *Pierde el inmovilismo*, *La Vanguardia*, 28 settembre 2015; J. Ramoneda, *La negació de la realitat*, *Ara.cat*, 28 settembre 2015.

[45] Cfr. E. AJA FERNÁNDEZ, *Estado autonómico*, cit., 369 ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Cataluña*, cit., 115 ss.; F. RUBIO LLORENTE, *Defectos de forma*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 100, 2014, 133 ss.; A. BOIX PALOP, *La rigidez del marco constitucional español respecto al reparto territorial del poder y el proceso catalán de "desconexión"*, in J. Cagiao y Conde – G. Ferraiuolo (a cura di), *El encaje*, cit., 32 ss.; J. CAGIAO Y CONDE, *La crisis del modelo de Estado en España y la reforma federal*, in *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine*, n. 15, 2015 [http://ccec.revues.org/5964]. In termini più generali, v. J. PÉREZ ROYO, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, 2015, 124 ss.

[46] Cosi F. RUBIO LLORENTE, *Defectos*, cit., 163 ss.

> con el imperio de la ley conllevaría la disposición a renegociar la autonomía. [...] Si España no está dispuesta a comprometerse realmente con una renegociación de las competencias de autogobierno de Cataluña dentro del seno del Estado, ello incrementará los argumentos a favor de un derecho a la secesión no consensuada[47].

L'immobilismo, se da una parte ha palesato la *unreasonable intransigence* dello Stato, non ha dall'altro mutato la *storia vera*: gli *oltre due milioni* continuano, sempre *pacifici e determinati*, a richiedere una relazione diversa tra Catalogna e Spagna. E l'azione condotta sul piano sociale sostiene costantemente (spesso anticipa e condiziona) quella degli attori partitici e istituzionali[48]: agli atti della *Generalitat* (quelli innanzi richiamati, quelli che seguono, prima e dopo il referendum del primo Ottobre 2017; ma anche quelli che si producono prima della fase più accesa del conflitto)[49] si affianca, per una larga fetta della società catalana, un processo di progressivo *empoderament*, di *autoaffermazione* (una sorta di autodeterminazione sociale). Lo raccontano bene, ancora una volta, le pagine di una osservatrice diretta delle vicende:

> succede qualcosa che nessuno, né il governo catalano né lo Stato, aveva previsto: la risposta di massa alle violenze della polizia è di continuare a votare in modo pacifico senza chiedere il permesso a nessuno, di decidere di votare per protesta e solidarietà anche se non si è indipendentisti, di rimanere a difendere i seggi rivendicando l'esercizio del diritto di voto […]. È qualcosa che era cominciato già prima, nel sottrarre le urne alla spasmodica ricerca del governo spagnolo: urne fabbricate in Cina e arrivate da Marsiglia al Nord della Catalogna e poi conservate nelle case dei privati […][50].

L'azione che si dipana tra dimensione sociale e dimensione politico-istituzionale è spiazzante per i poteri centrali prima di tutto per quella *determinazione* e quel carattere *pacifico*; sono questi gli elementi che mettono in crisi l'atteggiamento immobilista fondato sulla erronea diagnosi del *sufflè* – una immagine ricorrente nel dibattito pubblico – destinato, prima o poi, a sgonfiarsi per inerzia.

Si pone allora, per lo Stato, la necessità di modificare strategia. Potevano trovare campo due diversi paradigmi di azione (dopo l'inazione), legati a modi diversi di inquadrare

---

[47] Cfr. A. BUCHANAN, *Secession. The Morality of Political Divorce from Sumter to Lithuania and Quebec*, Boulder, 1991, trad. spagnola *Secesión. Causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona, 2013, 19-21. Il passaggio citato è ripreso dalla introduzione dell'autore alla edizione spagnola della sua nota opera, dove si richiama – sebbene con maggiori riserve – anche l'argomento della *redistribuzione discriminatoria continuata e grave*. Si è di fronte ad esiti ricostruttivi prossimi a quelli riconducibili alla impostazione teorica adottata – in parziale contrapposizione proprio alle tesi originarie di Buchanan – da M. SEYMOUR, *Els pobles i el dret a l'autodeterminació*, in A.-G. Gagnon – F. Requejo (a cura di), *Nacions a la recerca de reconeixement: Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Barcelona, 2010, 62 ss.

[48] Sul punto si vedano alcune indicazioni riportate in G. FERRAIUOLO, *Notazioni conclusive*, in L. Cappuccio – G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico*, cit., 111 ss.; più di recente, v. E.M. BRANDOLINI, *Piolín imbavagliato*, cit., 137 ss.; D. GAMPER SACHSE, *Ambivalences of populism: The case of Catalan independentism*, in *Social Science Information*, n. 57 (4), 2018, 8-9.

[49] Per un'ampia ricostruzione degli eventi che hanno condotto agli attuali scenari cfr. L. CAPPUCCIO, *La lunga e accidentata marcia della Catalogna verso una consultazione popolare sull'indipendenza*, in L. Cappuccio – G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico*, cit., 3 ss.

[50] E.M. BRANDOLINI, *Piolín imbavagliato*, cit., 38.

quanto andava accadendo, probabilmente anche a modi diversi di concepire il diritto (che rinviano alle considerazioni svolte nel paragrafo introduttivo).

Tali paradigmi sono efficacemente sintetizzabili attraverso il pensiero di due intellettuali, raccolto in interviste rilasciate alla stampa italiana. La prima può essere definita *strategia della umiliazione*, ed è teorizzata da Fernando Savater: «l'umiliazione dei secessionisti è un momento di pedagogia, perché ciò che fanno è incompatibile con la democrazia. Bisogna portarli in tribunale e in carcere perché non si ripeta più»[51]. La seconda, la *strategia dell'accomodamento plurinazionale*, è riconducibile invece al pensiero di Luis Sepúlveda: «la società catalana è colta, civilizzata, dialogante, moderna. I catalani non darebbero mai inizio a una guerra civile […]. La Spagna è un insieme di nazioni e il suo futuro è federale e repubblicano. O non avrà futuro»[52].

Lo Stato spagnolo procede decisamente (ed esclusivamente) nella prima direzione: con la repressione violenta del referendum del primo Ottobre e la successiva applicazione dell'art. 155 della Costituzione spagnola, in una forma che produce lo scioglimento degli organi politici della *Generalitat* (misura da qualcuno criticata anche sotto il profilo della praticabilità giuridica)[53]. In parallelo, la magistratura penale dà avvio a numerosi procedimenti a carico di esponenti partitici e istituzionali e dei *leader* delle principali associazioni indipendentiste: i reati contestati sono la sedizione (artt. 544 ss. c.p.) e la ribellione (artt. 472 ss. c.p.), la cui tipizzazione normativa contempla il ricorso ad una violenza che non pare essersi prodotta[54]; le richieste di pena sono elevatissime, con un massiccio utilizzo della carcerazione preventiva.

---

[51] Cfr. *Referendum Catalogna, Savater: «Un compromesso non è possibile»*, *Corriere della sera*, 21 settembre 2017.

[52] Cfr. *«Ora una riforma della Costituzione o la Spagna non avrà futuro»*, *Corriere della sera*, 1° ottobre 2017. In questa seconda prospettiva, v., sul piano del dibattito costituzionalistico, J. PÉREZ ROYO, *La reforma*, cit., 139: «la sociedad española [...] tiene [...] que ser capaz de dar respuesta de manera expresa y en sede constituyente al problema de su "diversidad territorial". Eso es algo que nunca se ha hecho».

[53] Per una ricostruzione del dibattito su tale profilo cfr. L. FERRARO, *Un nuovo governo autonomico e la fine della coercizione statale in Cataluña: un consuntivo sull'art. 155 della Costituzione spagnola*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2018, 13 ss.

[54] Cfr. il manifesto, firmato da numerosi professori di materia penalistiche, *La banalización de los delitos de rebelión y sedición*, *eldiario.es*, 21 novembre 2017. Colpiscono le argomentazioni prospettate su tale profilo dai giudici, al fine di giustificare le misure di carcerazione preventiva – e, in definitiva, il complessivo impianto accusatorio - nei confronti degli esponenti indipendentisti. Si veda, ad esempio, l'*auto* della *sala* penale del *Tribunal supremo* del 5 gennaio 2018 (n. *recurso* 20907/2017), con il quale viene negata la messa in libertà di Oriol Junqueras. L'elemento della violenza (che fa parte della tipizzazione normativa delle figure criminose) è ravvisato in ragione della *prevedibilità* del fatto che le iniziative assunte, supportate da una intensa mobilitazione popolare, *avrebbero potuto generare violenza* («la aceptación del plan incluía la aceptación de previsibles y altamente probables episodios de violencia», p. 10). Una violenza che andrebbe però concretamente riferita, guardando a quanto poi effettivamente accaduto, a episodi sporadici e marginali, del tutto insufficienti a sostenere le gravissime imputazioni di sedizione e ribellione. Ecco allora che i giudici attribuiscono alla sfera di prevedibilità di Junqueras anche la reazione – questa sì gravemente violenta – dello Stato contro l'indipendentismo: «es cierto que no consta que el recurrente haya participado ejecutando personalmente actos violentos concretos. Tampoco consta que diera órdenes directas en tal sentido. […] Es llano que tanto el recurrente como los demás sabían que el Estado no podía ni puede consentir esa clase de actos, que desconocen e impiden la aplicación de las leyes que rigen el Estado democrático de Derecho, y que actuaría a través de los medios a su disposición, entre ellos el uso legítimo, y como tal,

È lo Stato che si difende, potrebbe dirsi; con strumenti che tutto sommato hanno già trovato campo, in Spagna come altrove, di fronte a situazioni di emergenza, con la compressione (quando non la sospensione) di alcune garanzie fondamentali[55]. Ma forse è proprio qui il punto. La risposta dello Stato si dirige contro un nemico che adotta metodi pacifici: di fronte al movimento indipendentista catalano la Spagna democratica deve evocare strategie, figure criminose e pene assimilabili a quelle utilizzate, ad esempio, per reprimere le condotte di coloro che, nel 1981, avevano fatto irruzione armata al *Congreso de los Diputados* e portato i carri armati in strada. La stessa idea di un *maxiprocesso* contro politici e *leader* associativi dell'indipendentismo, con richieste di pene complessive superiori a 170 anni di reclusione (25 per il solo Oriol Junqueras, segretario di *Esquerra Republicana de Catalunya* e vicepresidente della *Generalitat*, cessato per effetto dell'applicazione dell'art. 155 CE)[56], rievoca quelli condotti in Italia contro le grandi organizzazioni malavitose, senza però che – nel caso della comunità catalana - vi sia mai stato impiego di violenza ma solo esercizio di dissidenza politica pacifica (per quanto determinata e incisiva).

Un tale stato di cose è conseguenza del rifiuto di impostare la questione catalana nella duplice dimensione della *adherence to the law* e della *legitimacy*; o anche, riprendendo una suggestione offerta dalla recente vicenda scozzese, della *legal authority* e della *moral authority*[57]. Come si anticipava, azionando in via esclusiva le leve della legalità, l'unità potrà essere difesa soltanto autoritariamente, comprimendo altri principi connotativi dell'assetto democratico. Riprendendo ancora la formula di Andrea Greppi, l'unità si rivela, in questi termini, *formula perdente*: perdente per l'assolvimento della funzione integratrice della Costituzione, per la democrazia e, in definitiva, per le stesse prospettive di effettiva risoluzione del conflitto politico.

Non sorprende allora (a chi scrive) che il rapporto 2017 del *The Economist Intelligence Unit* abbia denunciato la particolare *sofferenza delle credenziali democratiche della Spagna*, derivante in larga parte dalla violenza posta in essere dalle forze di polizia per reprimere il referendum del primo Ottobre e, in sede giudiziaria, dal «repressive treatment of pro-independence politician». L'intero *highlight* del rapporto dedicato agli Stati dell'Europa occidentale concerneva la gestione del conflitto nazionalistico da parte dello Stato spagnolo, che subiva –

---

proporcionado y justificado, de la fuerza. Era previsible, en esa situación, que, con una alta probabilidad, se produjeran enfrentamientos en los que apareciera la violencia» (p. 13). La violenza da attribuire all'imputato (e agli altri *leader* indipendentisti) è dunque, prima di tutto, quella della repressione del referendum del primo Ottobre da parte delle forze di polizia. Per una critica a tale costruzione, v. J. Pérez Royo, *Esto no puede acabar bien nunca*, *eldiario.es*, 6 gennaio 2018.

[55] In merito cfr., di recente, G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

[56] Per ulteriori dati su quella vicenda giudiziaria v. E.M. Brandolini, *Piolín imbavagliato*, cit., 151 ss.

[57] Si vedano i documenti *Scotland's constitutional future. A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave the United Kingdom*, gennaio 2012, spec. 5-6; *Referendum on Scottish Independence*, elaborato dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords*, febbraio 2012, spec. 12-13; *The Referendum on Separation for Scotland: making the process legal*, House of Commons Scottish Affairs Committee, agosto 2012.

secondo gli indici di misurazione utilizzati nello studio – un arretramento democratico maggiore di quello registrato, nel medesimo anno, dalla Turchia[58].

Ma la stretta securitaria – contro il nemico non violento – va invero ben oltre le azioni più direttamente riconducibili al progetto indipendentista, sfruttando i margini di indeterminatezza della tipizzazione legislativa di alcune figure criminose (delitto di odio, art. 510 c.p.; incitamento al terrorismo o, *tout court*, terrorismo – artt. 571 ss. c.p.).

È esemplificativo quello che accade in relazione al delitto di odio, proprio in corrispondenza dell'acuirsi della tensione con la Catalogna. La fattispecie di reato è concepita – anche sulla base delle indicazioni provenienti da organismi internazionali[59] – come strumento di tutela di alcuni gruppi in condizione di strutturale vulnerabilità. In effetti, il codice penale spagnolo è in tali termini che lo definisce, quando individua (ovvero tipizza) le condotte incriminabili: quelle dirette contro «un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad». Il Ministero dell'Interno decideva di dare impulso ad una *Oficina Nacional de lucha contra los delitos de odio para la situación en Catalunya*; a tal fine creava una sezione del proprio sito per assistere i cittadini nella presentazione delle denunce. Il dato di interesse è che il Ministero, nel fornire le informazioni sulla figura criminosa, offriva della stessa una descrizione non allineata alla disciplina legislativa: all'elencazione delle situazioni protette aggiungeva infatti una sorta di clausola residuale, espressa con le formule «y otros hechos» (*e altri fatti*) e «y cualquier otra circunstancia o condición social o personal»[60]. L'iniziativa ministeriale trovava corrispondenza nell'azione della magistratura[61], con una conseguenza paradossale: gli individui appartenenti ad una minoranza nazionale (quella catalana), da potenziali destinatari di discriminazioni configuranti il delitto di odio erano in molti casi perseguiti come autori delle stesse a danno di gruppi non riconducibili alle previsioni codicistiche (ad esempio il *gruppo vulnerabile* "forze dell'ordine").

---

[58] Cfr. *Democracy Index 2017. Free speech under attack*, London, 2018, 10.

[59] Si veda OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), *Hate Crime Law. A Pratical Guide*, Warsaw, 2009, 16, dove si legge: «The target may be one or more people, or it may be property associated with a group that shares a particular characteristic. A protected characteristic is a characteristic shared by a group, such as "race", language, religion, ethnicity, nationality, or any other similar common factor».

[60] Le pagine internet del Ministero sono state, dopo qualche tempo, modificate; dei contenuti segnalati resta tuttavia traccia in numerosi articoli, alcuni dei quali riportano le immagini delle pagine web in questione: cfr. in particolare *Interior inventa una definición de delito de odio diferente a la del Código Penal*, *Pùblico.es*, 11 dicembre 2017; *El Ministerio del Interior anima a denunciar 'delitos de odio' por el procés*, *Elnacional.cat*, 24 novembre 2017.

[61] Tra i tanti, cfr. i seguenti casi riportati dalla stampa: *Imputado por un delito de odio el concejal catalán de la nariz de payaso*, *Pùblico.es*, 23 febbraio 2018; *La Fiscalía investigará por delitos de odio a quienes presionen a alcaldes no independentistas*, *El País*, 20 settembre 2017 (la pressione cui si riferisce l'articolo è imputata a striscioni e cartelli); *La Fiscalía de Barcelona investiga los tuits sobre la muerte de Maza como presuntos delitos de odio*, *Público.es*, 22 novembre 2017; *El alcalde de Reus y cuatro concejales, a un paso de ir a juicio por delito de odio por un manifiesto contra la Policía*, *eldiario.es*, 10 dicembre 2018.

In termini più generali, il rapporto annuale di Amnesty International del 2017/18 – oltre a denunciare anch'esso l'uso sproporzionato della forza da parte delle autorità di pubblica sicurezza in occasione del referendum – rileva la tendenza a perseguire penalmente condotte configurabili quale legittimo esercizio di diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale (oltre che dalla stessa Costituzione spagnola), in primo luogo della libertà di riunione pacifica e di manifestazione del pensiero[62]. Numerosi risultano così i procedimenti – in alcuni casi giunti sino alla sentenza di condanna – a carico di rapper per i testi delle loro canzoni, di autori di spettacoli di marionette, di comici, di semplici cittadini per i contenuti pubblicati sui *social network*.

Molte iniziative della magistratura penale destano perplessità: oltre ai rilievi degli organismi menzionati, possono ricordarsi alcune critiche manifestate in sede scientifica[63]; ancora *Amnesty* segnala, in riferimento ai procedimenti tesi all'accertamento delle responsabilità sull'uso eccessivo della forza in occasione del referendum, «la colaboración parcial y limitada del Ministerio del Interior con la justicia y, sobre todo, el desinterés, obstrucción y falta de colaboración de la Fiscalía General del Estado»[64]; l'ultimo rapporto annuale dello *Human Rights Watch* stigmatizza il fatto che «no police officer had been convicted for excessive use of violence during the crack-down on the October 1, 2017, independence referendum in Catalunya»[65].

Non prive di significato sono poi le difficoltà che la giustizia spagnola ha incontrato nelle procedure di mandato di arresto europeo attivate nei confronti dei politici indipendentisti rifugiatisi in altri Stati[66]. Le stesse modalità di utilizzo dello strumento dicono molto: i magistrati orientano infatti le proprie determinazioni in funzione del gradimento – politico? – degli esiti giudiziari che di volta in volta si profilano, con un chiaro sviamento nell'uso della leva penale. La procedura, così, è dapprima avviata; poi sospesa o definitivamente interrotta allorquando ci si accorge che il reato per il quale l'estradizione potrebbe essere (in ipotesi) concessa (la malversazione, ma non la sedizione e la ribellione che, come detto, implicano una violenza che solo il nazionalismo spagnolo riesce a vedere) non consentirebbe di infliggere pene ritenute sufficientemente esemplari (o – seguendo la *dottrina Savater* - di *umiliare* adeguatamente i condannati a *fini pedagogici*).

---

[62] Cfr. *Amnesty International Report 2017/18. The State of the World's Human Rights*, London, 2018, 339-341.

[63] In merito, numerosi gli interventi dei giuristi nel dibattito pubblico: cfr. J. Urías, *La ideología de los presos catalanes*, *eldiario.es*, 3 febbraio 2018; nonché i molti e puntuali interventi di Jordi Nieva Fenoll sulla rivista telematica *Agenda Pública*, consultabili al link http://agendapublica.elpais.com/analistas/jordi-nieva/. Si vedano anche i manifesti *Legalidad penal y proceso independentista* (*eldiario.es*, 9 novembre 2017) e *La banalización de los delitos de rebelión y sedición* (*eldiario.es*, 21 novembre 2017), sottoscritti da numerosi professori di diritto penale delle università spagnole.

[64] AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA, *1-O en Cataluña: obstáculos para la investigación del uso excesivo de la fuerza*, Madrid, 2018 (il passaggio riportato è a p. 4 del rapporto).

[65] HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2019. Events of 2018*, USA, 2019, 237.

[66] Esemplificativa, tra le molte, la vicenda analizzata da Jordi Nieva Fenoll, *La justicia española se aísla*, in *Agenda Pública*, 19 luglio 2018; in merito v. pure L. FOFFANI, *Il caso Puigdemont: la "prova del fuoco" del mandato d'arresto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7, 2018, 237-241.

La conseguenza – che qualche interrogativo dovrebbe suscitare – è che individui che in Spagna sarebbero (preventivamente) incarcerati per reati punibili con pene assimilabili a quelle previste per un omicidio volontario circolano liberamente in altri Stati europei – e dell'Unione europea – partecipando a dibattiti pubblici sulle vicende catalane. Così come qualche interrogativo dovrebbe suscitare il fatto che nel fronte "costituzionalista" (così sono denominati gli unionisti, in contrapposizione agli indipendentisti) si teorizzi e si avalli la pratica di un diritto penale con fini *pedagogici* e *di umiliazione*, in aperto contrasto con la funzione della pena individuata a livello costituzionale (*reeducación y reinserción social*, art. 25, co. 2 CE). E in contrasto, anche, con basilari principi di civiltà giuridica: l'idea della *funzione esemplare* (pedagogica) della pena accetta di *utilizzare* la persona «come un mezzo a fini a lei estranei», in una visione che

> legittima interventi punitivi informati alla massima severità e soprattutto privi di qualunque certezza e garanzia: non solo la pena "esemplare", ma persino la "punizione dell'innocente" svincolata dalla colpevolezza e dallo stesso accertamento del reato […]. una siffatta dottrina della pena è virtualmente solidale […] con schemi di processo che escludono le garanzie di difesa e in particolare il principio *in dubio pro reo*. […] può risolversi in punizioni discrezionali e diseguali, a seconda dell'allarme sociale o delle convenienze politiche, rispetto a cui il condannato è destinato a fungere da capro espiatorio: […] il suo esito pratico è l'appiattimento della ragione giuridica sulla ragione politica o di stato […][67].

Il rischio – concreto - è che sia questa ideologia a fare da sfondo al *maxiprocesso* agli indipendentisti catalani.

Non è possibile dire, oggi, se la strada prescelta dalle autorità spagnole stia conducendo a riassorbire il delicato conflitto plurinazionale.

Quel che va registrato è che anche le elezioni del 21 dicembre 2017, convocate per effetto dell'applicazione dell'art. 155, hanno determinato nel *Parlament de Catalunya* una nuova maggioranza assoluta per le liste indipendentiste. Se in termini percentuali queste ultime registrano una leggera flessione (dal 47,8% dei suffragi del 2015 al 47,5%), in termini di voti assoluti il loro supporto addirittura è cresciuto (da 1.966.508 suffragi a 2.079.340). E questo, va ricordato, nonostante il clima di tensione e intimidazione generato dalle vicende descritte, in una Comunità autonoma commissariata in tutte le sue strutture politiche e amministrative. Le difficoltà incontrate nella formazione del nuovo Esecutivo e, successivamente, nella sua tenuta derivano anch'esse, in larga misura, da un'azione della magistratura che ha inciso sugli equilibri politici dell'assemblea, determinando la fuga all'estero o l'incarcerazione preventiva (che dura oramai da oltre un anno) di alcuni degli eletti alla carica di *diputat*.

Le diverse componenti – istituzionali, partitiche, sociali – che hanno rappresentato negli ultimi anni la colonna vertebrale dell'indipendentismo vivono senz'altro una fase di disarticolazione e difficoltà, legata in primo luogo al brusco venir meno di gran parte delle figure della *leadership* plurale (e trasversale) del movimento e alla necessità di ridefinire una strategia di fronte alla durezza della reazione dello Stato. Al di là delle difficoltà nel contingente, la sensazione è che al fondo il nazionalismo catalano trovi nei recenti accadimenti un nuovo collante

---

[67] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989 (ed. citata 2008), 265.

identitario, un rafforzamento di un senso di appartenenza peraltro già caratterizzato da una fin troppo riconoscibile profondità storica[68]. Alcune date sono divenute nuovi essenziali tasselli della identità catalana (il referendum del primo Ottobre, di cui si è più volte detto; ma anche lo *sciopero di Paese* del successivo 3 Ottobre)[69], unitamente alla narrazione dei *prigionieri politici* e degli *esiliati*. Gli eroi, antichi e moderni, fanno parte del *kit* di ogni nazionalismo[70]; e una situazione di ingiustizia di cui ci si sente vittima contribuisce a identificare la *comunità immaginata* di individui che, dal punto di vista delle teorie rimediali, può configurarsi come titolare del diritto morale alla secessione[71].

Sulla base di tali elementi, non può escludersi che l'azione dello Stato spagnolo stia in realtà allargando, anziché comporre, la faglia nazionalistico-territoriale.

3. Misurare le patrie

La questione catalana mostra dunque una estrema complessità, tanto nella stratificazione storica quanto nella evoluzione politica e sociale che ha vissuto dall'inizio del secolo ad oggi[72], con un intricato gioco di azioni e reazioni tra Stato e *Generalitat* che ha condotto all'attuale scenario.

Nel dibattito pubblico dominante (spesso anche in quello accademico) si riscontra tuttavia una tendenza ad omettere – o comunque a lasciare sullo sfondo – la considerazione delle responsabilità ascrivibili all'unilateralismo della nazione dominante. Se è senz'altro possibile individuare fughe in avanti, incoerenze, ingenuità, forzature da parte dell'indipendentismo catalano[73], il rifiuto di inquadrarle nel loro rapporto con scelte e strategie delle istituzioni spagnole appare assai poco proficuo ai fini della comprensione (e della risoluzione) della crisi territoriale.

Si tratta di un atteggiamento che è forse parte del problema: quest'ottica *acriticamente maggioritaria*, che «non consente di capire e talvolta nemmeno di vedere», contribuisce a «scavare solchi incolmabili di incomunicabilità tra i diversi fattori costitutivi (etno nazionali e

---

[68] In merito v. J. CAGIAO Y CONDE, *Un sassolino nella scarpa*, cit., 143 ss.

[69] Su cui v. ancora E.M. BRANDOLINI, *Piolín imbavagliato*, cit., 35 ss. e 88 ss.

[70] Cfr. O. LÖFGTEN, *The Nationalisation of Culture*, in *Etnologica Europea*, XIX, 1, 1989, 5 ss., richiamato in A.M. THIESSE, *La Création des identités nationales. Europe XVIII^e^-XX^e^ siècle*, Paris, 1999, trad. it. *La creazione delle identità nazionali in Europa*, Bologna, 2001, 9.

[71] A. BUCHANAN, *Secesión*, cit., 105; S. MANCINI, *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Milano, 2006, 197.

[72] È infatti alle politiche dei governi Aznar che si può far risalire l'inasprimento dei rapporti con i nazionalismi periferici (cfr. E. AJA FERNÁNDEZ, *Estado autonómico*, cit., 67 ss.), con un «resurgimiento del nacionalismo español desde la derecha» (così D. Guerra Sesma, *Perspectivas federales y de reforma constitucional en España*, in J. Cagiao y Conde – V. Martin [a cura di], *Federalismo*, cit., 45). È interessante notare come, in quel decisivo passaggio, il nazionalismo spagnolo tenda a rilanciarsi non solo sul piano politico-istituzionale, ma anche su quello storiografico: v. G.C. CATTINI, *El revisionisme històric i la relectura de la història en el debat polític actual*, in *Eines*, n. 10, 2009, 145 ss.

[73] Sul punto v. E.M. BRANDOLINI, *Piolín imbavagliato*, cit., spec. 37.

territoriali) di entità statuali composte»[74]. Un atteggiamento probabilmente frutto, in molti casi, di un latente pregiudizio nei confronti delle *piccole patrie*: indici inequivocabili di egoismo territoriale, espressione di spinte disgregatrici contrarie al verso naturale della storia.

Un simile discorso rischia però di risultare piuttosto scivoloso. Qual è, infatti, il criterio di misurazione delle patrie?

3.1. L'approccio quantitativo

La Catalogna, letterariamente, è addirittura rivendicata come piccola patria: il poeta Pere Quart (1899-1986), dall'esilio seguito alla Guerra civile, rimpiangeva la «pàtria tan petita que la somio completa» (*tanto piccola che la sogno intera*)[75]. Il vero dato di interesse che si ricava da questo frammento – oltre che dalla poesia tutta, dal suo titolo e dalla biografia dell'Autore – è forse quello della ricorrenza storica della vicenda dell'esilio per chi rivendichi una nazione catalana (magari all'interno di una Spagna federale); o come quella rivendicazione si intrecci spesso, nel passato come nel presente, a quella repubblicana.

Ricorrendo ad un criterio di selezione meramente demografico (o di estensione territoriale), si dovrebbe però giungere alla conclusione che la Catalogna, con i suoi sette milioni e mezzo di abitanti, sia forse sì una patria piccola, ma senz'altro meno piccola di tante altre costituite in Stati, anche all'interno della UE[76].

Con una serie di contraddizioni, che denotano, ancora una volta, la tendenza a proporre inquadramenti funzionali, più che alla debita considerazione – in chiave democratica – delle variegate istanze in gioco, alla conservazione dei rapporti di forza che si danno in un dato momento storico.

Desta così qualche perplessità che sia un Presidente della Commissione europea, cittadino di una patria *piccolissima* (circa 530.000 abitanti), a predicare che non *crescano i nani*: ad evocare cioè lo spettro della frammentazione in una UE che, per un ipotetico effetto domino generato dalla indipendenza catalana, si vedrebbe destinata, *in 15 anni*, a passare da 27/28 Stati membri *a 98* (colpisce qui il dettaglio del pronostico)[77].

L'Europa sceglie dunque di mantenersi estranea alla vicenda catalana, ritenendola mera questione interna della Spagna, laddove avrebbe potuto assumere un fondamentale ruolo di mediazione del conflitto, fino a sdrammatizzarne la portata riconfigurando quella domanda di secessione da esterna (alla Spagna) a interna (alla UE). Così, mentre si negozia o si porta a termine l'adesione di Stati divenuti sovrani all'esito di guerre sanguinose, con la commissione di gravi crimini contro l'umanità, si contrasta l'azione pacifica degli indipendentisti

---

[74] Cfr. F. PALERMO, *Prefazione*, in A.-G. Gagnon, *L'età delle incertezze*, cit., XVII-XVIII.

[75] PERE QUART (J. Oliver i Sallarès), *Corrandes de l'exili* (1947), in J.M. Castellet – J. Molas (a cura di), *Poesia catalana del segle XX*, Barcelona, 1978, 423-424.

[76] Al di sotto di quella soglia demografica si collocano, all'interno dell'UE, Bulgaria, Danimarca, Slovacchia, Finlandia, Irlanda, Croazia, Lituania, Slovenia, Lettonia, Estonia, Cipro, Lussemburgo e Malta.

[77] *Juncker: "Si dejamos que Cataluña se independice, también lo harán otros"*, *El País*, 13 ottobre 2017; «La Unión Europea no quiere que le crezcan los enanos» è l'esordio dell'articolo del noto quotidiano.

catalani, europeisti e già cittadini europei, prospettando un'automatica estromissione dalla UE in caso di conseguimento del loro obiettivo[78].

Va notato come simili atteggiamenti si fondino sulla difesa di una impostazione Stato-centrica dell'Unione, distante dalla prospettiva di una più profonda integrazione politica spesso enfatizzata dalle forze che si dichiarano sostenitrici del progetto europeo. Il rifiuto di considerare la questione catalana come questione europea (non solo spagnola) si risolve nella riaffermazione della piena sovranità dello Stato-nazione, presuppone un discorso (nazionalista) che non accetta neanche di avviare una discussione democratica sulle prospettive di riarticolazione della sovranità nel nuovo contesto sovranazionale. Un contesto nel quale

> le scelte inerenti alle rivendicazioni di nazioni tra loro differenti possono cessare di caratterizzarsi come scelte tra pretese antagonistiche alla statualità sovrana su territori e popolazioni oggetto di contesa. Possono trasformarsi in scelte nel campo dell'allocazione di livelli di autorità politica nell'ambito di un *commonwealth* transnazionale, che comprende molte nazionalità e molte tradizioni o aggregazioni culturali. […] Il riconoscimento di una identità cesserà di imporre necessariamente il prezzo della negazione di un'altra identità[79].

Una visione questa da tempo prospettata e che potrebbe risultare tanto più opportuno abbracciare allorquando gli schemi di dislocazione del potere legati al processo di integrazione possano determinare compressioni degli spazi di autonomia non tollerabili per comunità territoriali storicamente caratterizzate da una spiccata vocazione all'autogoverno.

3.2. Gli approcci qualitativi

Al di là delle valutazioni sul ruolo della UE nella vicenda catalana, appare evidente come il criterio quantitativo risulti poco utile al fine della misurazione delle patrie, che dovrà allora fondarsi su elementi di natura qualitativa. Emerge così la reale linea distintiva seguita

---

[78] La contraddizione è messa in luce dall'economista Xavier Sala i Martín, in un confronto pubblico con l'allora Presidente della Commissione europea Barroso, che ha avuto luogo il 23 gennaio 2014 in occasione del Forum economico mondiale di Davos. Lo scambio di battute è riportato nella introduzione del volume X. SALA I MARTÍN, *És l'hora dels adéus?*, Barcelona, 2014; lo studioso chiudeva così la replica al presidente Barroso: «Lei sta minacciando con l'espulsione sette milioni e mezzo di cittadini europei, che già posseggono un passaporto color rosso intenso, sulla cui copertina anteriore sono scritte le parole *Unione europea*. Quando questi cittadini le domanderanno "perché ci toglie la cittadinanza europea e la riconosce a serbi e croati?", lei dovrà rispondere cosi: "perché voi avete osato raggiungere l'indipendenza attraverso un voto, e questo i trattati europei non lo tollerano!". Come pensa che il resto del mondo valuterà i valori democratici della nuova Europa, della quale lei si sente tanto orgoglioso?» (mia la traduzione). Sul rapporto tra vicenda secessionista catalana e prospettive europee, si veda P. BOSSACOMA I BUSQUETS, *Secesión e integración en la Unión Europea. Cataluña ¿nuevo Estado de la Unión?*, Barcelona, 2017.

[79] Si tratta della prospettiva da tempo indicata da N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignity. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, spec. 325 ss. (citazione da p. 372). Nello stesso senso, più di recente, cfr. N. KRISH*, Catalonia's Independence: A Reply to Joseph Weiler*, in *www.ejiltalk.org*, 18 gennaio 2013; E. ALBERTÍ ROVIRA, *Intervento*, in L. Cappuccio – G. Ferraiuolo (a cura di), *Il futuro politico*, cit., 57 ss.

dall'inquadramento dominante: le patrie sono *grandi* o *piccole* in funzione del fatto che siano o meno personificate da uno Stato.

Da questa visione – raramente enunciata, spesso acriticamente accettata – discendono alcuni corollari.

Il primo. Solo uno Stato (una *grande patria*) può aspirare ad essere immune dal *nazionalismo*, concetto da intendere sempre in senso deteriore.

> La France n'est pas un pays comme les autres. Le sens des injustices y est plus vif qu'ailleurs. L'exigence d'entraide et de la solidarité plus forte […]. C'est pourquoi la France est, de toutes les nations, une des plus fraternelles et des plus égalitaires. Chacun partage le destin des autres et chacun est appelé à décider du destin de tous: c'est tout cela, la Nation Française. Comment ne pas éprouver la fierté d'être Français?[80]

Simili affermazioni difficilmente saranno ritenute espressione di nazionalismo: per il pensiero dominante si tratterà di un virtuoso *patriottismo*.

Occorre ovviamente evitare che la questione che qui si intende porre trasfiguri in una sterile disputa terminologica: ciò che non persuade non sono le etichette adoperate ma il fatto che si ritenga di poter attribuire quella positiva soltanto alle *grandi patrie* (gli Stati) e non anche alle piccole, ineluttabilmente portatrici di *nazionalismo* (un *virus da debellare*)[81], mai di *patriottismo*.

Si giunge così al secondo corollario. I *nazionalismi senza Stato*, antagonisti dei *patriottismi di Stato*, non fanno capo, a differenza dei secondi, a *vere nazioni*. Si sarebbe di fronte a semplici invenzioni, a *comunità immaginate*, a prodotti artificiali, a entità dotate al limite - nelle più benevoli ricostruzioni – di un rilievo culturale, che non le abilita a prospettare progetti nazionali alternativi a quello che poggia sulla verità autoevidente della *nazion di Stato*.

Anche in questo caso si palesa una contraddizione. La difesa delle *vere nazioni* è possibile solo enfatizzando il rilievo delle componenti organiche su quelle volontaristiche; trovano campo

> les bons vieux arguments substantialistes en défense de la nation commune […]: la nation comme une communauté de destin intangible à la volonté d'une partie de sa population; […] la nation vue comme une structure figée et homogène, thèse contraire à la conception constructiviste de la nation, qui la présente comme un processus ouvert, évolutif et compétitif[82].

---

[80] Sono alcuni passaggi del messaggio del 13 gennaio 2019 del Presidente della Repubblica francese, consultabile sul sito *www.elysee.fr*.

[81] È questa l'impostazione su cui ad esempio si regge un recente contributo sulla vicenda catalana: N. MAGALDI, *El nacionalismo es la guerra. Una explicación contextual de la situación en Cataluña*, in *Democrazia e Sicurezza*, n. 3, 2017, *passim* (spec. 33).

[82] J. CAGIAO Y CONDE, *Multiculturalisme et théorie de la fédération. L'apport de la critique multiculturaliste aux études sur le fédéralisme*, in J. Cagiao y Conde – A. Gómez-Muller (a cura di), *Le multiculturalisme et la reconfiguration de l'unité et de la diversité dans les démocraties contemporaines*, Brussels, 2014, 44-46. In senso analogo, cfr. L. PAYERO LÓPEZ, *El Esencialismo Constitucional: la Constitución Española al Servicio de la Unidad Nacional*, in *Oñati Socio-legal Series*, n. 6 (3), 2016, 741; ID., *El derecho de autodeterminación en España: breve*

Le incongruenze segnalate derivano, talvolta, da un macroscopico travisamento di fondamentali apporti degli studi sul nazionalismo.

Così, ad esempio, la nota – e già più volte richiamata – formula delle *comunità immaginate* è spesso evocata in un'accezione negativa, lasciando intendere che a quelle immaginate (le *nazioni finte*) si contrapporrebbero comunità nazionali che immaginate non sono (le *nazioni vere*). Andando oltre la lettura del – fortunato – titolo dell'opera di Benedict Anderson, ci si accorge però che quella ricostruzione assume tutt'altro significato.

Essa muove infatti da un fondamentale assunto, che è la semplice constatazione di un dato empirico: «la realtà è evidente: la "fine del nazionalismo", così a lungo profetizzata, non è minimamente in vista. Anzi la "nazion-ità" è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo»[83]. Su questa premessa, si costruisce un approccio laico allo studio delle nazioni (e dei nazionalismi), che ne assume l'*artificialità* senza attribuire a tale formula alcuna connotazione valutativa: le nazioni – tutte le nazioni, anche quelle che contano su uno Stato proprio – sono *manufatti culturali* frutto della creazione umana[84]. Non vi è dunque alcuna pretesa di distinguere i nazionalismi *veri* da quelli *falsi*, le nazioni *autentiche* da quelle *immaginate*.

Ma, nella prospettiva di analisi del presente lavoro, è di interesse ancora maggiore uno dei *pregiudizi* che Anderson, nella parte conclusiva del suo studio, invita a superare. Alla diffusa rappresentazione delle piccole patrie quale mera espressione di anacronistiche spinte disgregatrici generate da egoismi territoriali, l'Autore contrappone la denuncia di un *linguaggio della frammentazione* dietro cui «si nasconde sempre un conservatorismo panglossiano che ama immaginarsi che ogni status quo sia graziosamente normale»[85]; un conservatorismo che alimenta l'ideologia dei *grandi paesi* collocati sempre «dalla parte del progresso e della pace, mentre i loro avversari starebbero dalla parte del "meschino" nazionalismo»[86].

Alle incongruenze da travisamento si accompagnano però anche le incongruenze da omissione.

La presenza costante – e la pervasività – dei *nazionalismi di Stato* è stata efficacemente messa in luce attraverso le categorie del *nazionalismo banale*[87] e, più di recente, del *micronazionalismo*[88]. Nazionalismi *di* e *senza* Stato si distinguono concettualmente solo in

---

explicación para extranjeros estupefactos y nacionales incautos, in *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 23, 2016, 48-49 e 55-56.

[83] B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, trad. italiana *Comunità immaginate*, Roma, 1996, 22.

[84] Ivi, 23; nella stessa direzione, l'Autore critica la posizione di Gellner che al concetto di *invenzione* associa, in senso deteriore, quello di *falsità* (25).

[85] Ivi, 219. Critico nei confronti del pregiudizio dell'*economicismo* - con cui si guarda di frequente alle rivendicazioni identitarie – è anche A. CANTARO, *Introduzione*, cit., 16-17.

[86] Ivi, 221.

[87] Cfr. M. BILLIG, *Banal Nationalism*, London, 1995.

[88] Cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, 2018: l'Autore (p. 21) mette anche in evidenza la frequente *deformazione* (ancora un travisamento) del concetto di nazionalismo banale elaborato da Billig.

virtù degli apparati che supportano i primi (e non i secondi): un supporto di tale intensità e diffusione (una diffusione capillare che poggia su di una infinità di *micro*-condotte socialmente interiorizzate) da farne perdere la percezione, come accade ai due giovani pesci - resi celebri da Foster Wallace - che, nuotando, si chiedono cosa sia l'acqua[89] (in questo senso va intesa la *banalità*). Una delle contraddizioni più evidenti delle argomentazioni utilizzate contro i nazionalismi periferici è costituita dunque dal fatto che esse si risolvano non nella critica al nazionalismo in quanto tale ma nella difesa di un nazionalismo dominante (che non si vede o si finge di non vedere) del quale, in maniera più o meno dissimulata, si riafferma l'egemonia.

Se così è, appare opportuno accantonare la contrapposizione patriottismo-nazionalismo: il *gap* semantico tra i due termini rischia infatti di favorire strumentalizzazioni basate sull'equivoco che si tratti di concetti profondamente diversi da riferire a realtà profondamente diverse. Risulta preferibile chiamare in causa altre distinzioni, da tempo elaborate in sede scientifica: quella - già menzionata - tra nazionalismo etnico-culturale (o organico) e civico (o volontaristico) da una parte; quella tra nazionalismo liberale e illiberale dall'altra.

Si tratta di piani concettuali strettamente intrecciati ma non del tutto sovrapponibili. In relazione al primo, si condivide infatti l'approccio secondo cui *tutti* i nazionalismi sono inevitabilmente connotati tanto da elementi organicistici (ad esempio: simboli, lingua, tradizioni, cultura, etnia) quanto da elementi volontaristici[90]; potrà pertanto variare il dosaggio delle due componenti, ma l'una non annullerà mai del tutto l'altra. È chiaro – e si passa così al secondo piano di analisi - che quanto più un nazionalismo si strutturerà su basi organicistiche tanto più si connoterà in senso escludente, con il rischio di assumere caratteri illiberali incompatibili con i principi del costituzionalismo democratico. Ecco, finalmente, il nazionalismo nella sua accezione deteriore: il nazionalismo illiberale[91].

Fintantoché un simile esito non si produca, i progetti nazionalisti potranno però perfettamente coniugarsi – ed effettivamente si sono coniugati e continuano a coniugarsi – con la democrazia. Come messo in luce da un ricco filone di studi[92], quelle nazionali sono anzi costruzioni che assolvono funzioni fondamentali per gli ordinamenti democratici: la creazione di

---

[89] Si tratta dell'esordio del discorso tenuto dallo scrittore al Kenyon College il 21 maggio 2005, che può essere letto, nella traduzione italiana, in D. FOSTER WALLACE, *Questa è l'acqua*, Torino, 2017, 140 ss. (in particolare 140).

[90] Cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos*, cit., 19-21; R. MÁIZ, *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, 2018, 91 ss.

[91] Cfr. W. KYMLICKA, *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, in Id., *Fronteras territoriales*, Madrid, 2006, 52-61; N. MACCORMICK, *La sovranità*, cit., 329 ss. V. pure F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Roma-Bari, 1961 (edizione citata 2011), 68 ss., che – sul piano storico – si riferisce a due «modi di considerare la nazione: quello *naturalistico*, che fatalmente sbocca nel razzismo e quello *volontaristico*»; V. CRISAFULLI – D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, § 1, che distinguono un pensiero *nazionalitario* – dal «respiro umanitario od universalistico» – dall'«esclusivismo particolaristico» di un *nazionalismo in senso deteriore*.

[92] In tema, senza pretesa di esaustività, cfr. A. MARGALIT – J. RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, n. 87, 1990, 439-461; C. TAYLOR, *Multiculturalism and "The politics of Recognition"*, Princeton, 1992, trad. italiana *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993; Y. TAMIR, *Liberal Nationalism*, Princeton, 1993; W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. italiana *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

vincoli solidaristici, irrinunciabili per reggere l'edificio dello Stato sociale[93]; lo sviluppo dei processi discorsivi della democrazia, che presuppongono un'opinione pubblica consapevole e un dibattito collettivo aperto, al quale abbiano accesso larghe fasce di cittadini (sottratto, dunque, al controllo esclusivo di élite ristrette)[94]. È anche per tali ragioni che gli ordinamenti statali contemporanei non sono mai, nella loro democraticità, nazionalmente neutrali, ma alimentano costantemente progetti identitari ben definiti[95].

Il ricorso allo schema patriottismo-nazionalismo (in luogo di quello nazionalismo liberale-illiberale) è però sconsigliabile anche per un'altra ragione. Esso potrebbe adattarsi ad ordinamenti tendenzialmente mono-nazionali, dove l'appartenenza ad una comunità immaginata non è messa in discussione e non è dunque oggetto di dibattito politico. In tal caso, il carattere liberale del nazionalismo potrà effettivamente risolversi nel *patriottismo costituzionale*, ovvero nel riconoscimento e nel rispetto delle procedure definite dal patto su cui poggia il sistema. Il nazionalismo, in questo caso, non sarà assente ma *massimamente banale* (nel senso innanzi indicato) per mancanza di conflitti in ordine ad esso: è ciò che ne favorisce l'allineamento al patriottismo.

Le cose si complicano negli ordinamenti plurinazionali, ossia quelli in cui coesistono diversi nazionalismi che si esprimono a livello politico. In tali ipotesi, si renderà necessario scindere *patriottismo* (il sentimento di fedeltà allo Stato e alla sua Costituzione) e *identità nazionale* (il sentimento di appartenenza rimesso alla percezione individuale e collettiva)[96]: un'adeguata garanzia della seconda potrebbe rappresentare una delle condizioni necessarie alla instaurazione, al mantenimento e alla giuridica esigibilità del primo.

Da questo punto di vista, la stessa tesi habermasiana del patriottismo costituzionale, pur fondata su di un *sistema dei diritti* esclusivamente individuali e sul *consenso procedurale* (non per valori) e dunque lontana dalle teorie del nazionalismo liberale[97], parte da un ineludibile postulato: la «neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità etiche»,

---

[93] W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 135; v. pure Y. TAMIR, *Liberal*, cit., 85-86; A. BUCHANAN, *Secesión*, cit., 104-105; M.C. NUSSBAUM, *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge, 2013, trad. italiana *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2014, 269 ss.

[94] Sullo stretto legame tra *libertà nazionale e culturale* e *qualità democratica*, cfr. F. REQUEJO, *El fuste*, cit., 58. V. pure W. KYMLICKA, *Fronteras*, cit., 68 ss., che ricorda come «la política democrática es política en la lengua vernácula» (74). Sul fondamentale ruolo del fattore linguistico nei processi di costruzione nazionale, v. pure B. ANDERSON, *Comunità immaginate*, cit., 58 ss.

[95] In tal senso v. W. KYMLICKA, *Estados, naciones y culturas*, Cordoba, 2004, 55-56; F. REQUEJO, *Cultural pluralism, Nationalism and Federalism. A revision of Democratic Citizenship in Plurinational States*, in *European Journal of Political Research*, vol. 35, n. 2, 1999, 255 ss.; ID., *El fuste*, cit., 59-61; J. CAGIAO Y CONDE, *Multiculturalisme*, cit., 43-46; S. MANCINI, *Minoranze*, cit., 43.

[96] Così W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 26.

[97] Non a caso le tesi del patriottismo costituzionale riemergono proprio nelle considerazioni critica delle posizioni di Charles Taylor da parte dello studioso tedesco: cfr. J. HABERMAS, *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1996, trad italiana *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas – C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2010.

rivolta a scongiurare *usurpazioni di privilegi statali da parte della cultura di maggioranza* tali da compromettere «l'equiparazione delle altre forme di vita»[98].

È dunque posta – sebbene poi in larga parte elusa – la fondamentale questione relativa al mancato prodursi, in concreto, di quella essenziale precondizione; e, soprattutto, di come (e da chi: dall'ipotetico *usurpatore*, dall'ipotetico *usurpato* o secondo quale formula cooperativa?) quella deficienza vada accertata e sanata; avvertendosi però, in ogni caso, che «una nazione di cittadini può tenere in vita i suoi istituti di libertà soltanto nella misura in cui riesce a produrre un certo grado di lealismo nei confronti del proprio stato – un lealismo mai giuridicamente coercibile»[99]. In un'ottica meramente procedurale, quel *lealismo* andrebbe riferito a semplici aggregazioni di individui valutate sul piano quantitativo (le maggioranze); se la tensione è però tra *cultura della maggioranza* e *altre forme di vita*, le comunità in cui si riconoscono le seconde possono davvero essere ritenute mere frazioni di un unico corpo omogeneo? Una risposta positiva si risolverebbe nella riaffermazione di una regola di maggioranza formalisticamente intesa: il postulato di partenza (la *neutralità del diritto rispetto al pluralismo delle diverse comunità etiche*) sarebbe privato di qualsiasi garanzia e tornerebbe nella piena disponibilità della decisione della cultura dominante (ovvero degli individui ad essa appartenenti).

Le insidie della declinazione del patriottismo costituzionale in contesti nazionalmente complessi sono dunque messe in conto da quella medesima teoria (e forse non poteva essere altrimenti, dato il contesto in relazione al quale essa trae origine). Ma se si va oltre, guardando ad alcune delle critiche rivolte, più in radice, a quella idea, ritornano alcuni degli spunti analitici richiamati in precedenza.

Può risultare oggi evidente, come segnalato da Massimo Luciani, che

> la dottrina del patriottismo costituzionale appare scopertamente legata ad una contingenza storica, e cioè alla necessità di salvaguardare almeno alcuni elementi del vincolo politico nel contesto dello sviluppo di un'entità organizzativa sovranazionale come l'Unione europea. […] la tesi che le "istituzioni delle unità" potrebbero *da sole* generare una unità altrimenti inesistente non persuade sul piano teorico e appare smentita sul piano storico[100].

Ma già in una delle più note analisi contrapposte a quella habermasiana nella fase in cui era elaborata, Dieter Grimm individuava quali limiti del processo di costituzionalizzazione dell'Europa l'assenza di un collante materiale (non meramente procedurale) in grado di supportare la costruzione di un'opinione pubblica europea e di solidi vincoli solidaristici (dando vita ad un welfare centralizzato)[101]. Insisteva così sulla decisività di una identità collettiva, non necessariamente radicata in una etnia; di «un senso di appartenenza sufficientemente idoneo a sostenere le decisioni della maggioranza e le prestazioni di solidarietà», che non può essere

---

[98] Cfr. J. HABERMAS, *Lotta*, cit., 94-95.

[99] Ivi, 97.

[100] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2011, 9-10 (corsivo dell'autore).

[101] Sulla decisività, per la costruzione europea, di un sistema di welfare centralizzato si sofferma, in particolare, S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2015, spec. 12 ss.

considerato «prodotto esclusivo degli organi statali»[102]. Si tratta delle medesime esigenze in relazione alle quali, come visto, è stato individuato e difeso il legame virtuoso tra nazionalismo (liberale) e democrazia. Legame il cui rilievo appare dunque ribadito.

3.3. Qualche notazione conclusiva: la petita pàtria *catalana di fronte alla* Grandeza de España

Deve dunque accettarsi che i criteri più adeguati alla misurazione delle patrie debbano essere di natura qualitativa: ci si dovrà però liberare del pregiudizio statalista e far leva sulla distinzione tra nazionalismo liberale e illiberale (o, se si preferisce, tra patriottismo e nazionalismo, con le avvertenze di cui si è detto, tese a scongiurare equivoci e strumentalizzazioni). Un nazionalismo sarà pertanto *buono* o *cattivo* – e, dunque, la patria rivendicata qualitativamente *grande* o *piccola* – in ragione dei valori di cui esso è portatore: in estrema sintesi, se ne dovrà osservare il grado di rispondenza allo schema delle «nations solidaires dans leurs frontières et coopératives dans leurs relations»[103].

Questa valutazione non è influenzata dalla presenza o meno di apparati statuali di supporto alla nazione: liberali o illiberali potranno essere tanto i nazionalismi *di* Stato quanto quelli *senza* (le più grandi atrocità storicamente condotte in nome del nazionalismo vanno anzi ascritte ai primi); un nazionalismo (*di* o *senza* Stato) potrà passare, nel tempo, da connotazioni liberali a connotazioni illiberali (e viceversa); la medesima realtà nazionale (*di* o *senza* Stato) potrà addirittura essere plasmata da spinte nazionaliste di segno diverso, in una lotta politica che darà esiti più o meno liberali: si pensi, oggi, al nazionalismo liberale (o *patriottismo*) di Macron e quello illiberale (o *nazionalismo*) di Le Pen.

In questo quadro non è affatto escluso che un nazionalismo senza Stato assuma caratteri più liberali (sia più *patriottico*) di quelli del nazionalismo di Stato con cui è in concorrenza. Vi è un'immagine in tal senso evocativa: il capogruppo alla Camera dei Comuni dello *Scottish National Party* (un nazionalista – indipendentista – senza Stato) che nel corso di un dibattito parlamentare critica duramente il Governo britannico sulla proposta di costruzione del *muro di Calais* per contenere l'arrivo dei migranti; una frontiera assunta in tutta la sua fisicità, della

---

[102] D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, conferenza tenuta alla Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 19 gennaio 1994, trad. italiana *Una costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky – P.P. Portinaro – J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 339 ss. (citazioni da p. 364 e p. 357); in particolare, ad essere ritenuto decisivo era l'assenza di un «ambito di intermediazione costituito da partiti, gruppi, associazioni, movimenti di cittadini e mezzi di comunicazione» in grado di creare e stimolare un discorso pubblico partecipato e condiviso (358). In senso critico rispetto alla prospettiva *postnazionale* sottesa alla tesi habermasiane cfr. pure F. REQUEJO, *El fuste*, cit., 61; M.C. NUSSBAUM, *Emozioni politiche*, cit., 268 ss.

[103] G. DELANNOI, *La nation contre le nationalisme*, Paris, 2018, 167. Per una più dettagliata griglia di classificazione dei nazionalismi sull'asse liberale-illiberale, cfr. W. KYMLICKA, *Fronteras*, cit., 52 ss.

quale il Primo ministro dovrebbe sentirsi «totally ashamed»[104]. Ancora – tornando all'ordinamento che in questa sede interessa - si possono raffrontare due diverse schematizzazioni (quasi coeve) di idea nazionale: da una parte, quella del *è catalano chi vive e lavora in Catalogna* (attenzione: ascrivibile a Jordi Pujol, leader storico della destra conservatrice catalanista)[105]; dall'altra, quella del *sangue nazionale che circola per la Spagna tutta*, formula utilizzata in un autorevole commento (uno dei primi) all'art. 2 CE (ovvero la disposizione – qualificata dal commentatore «singular precepto» dalla «alambicada redacción»[106] - che, dalla prospettiva dei nazionalismi periferici, doveva rappresentare un importante passo verso l'affermazione di una Spagna democratica intesa quale *nazione di nazioni*, di «un nuovo modello di Stato, non più vincolato al concetto di nazione unica»)[107]. È sin troppo evidente in quale delle due visioni nazionalistiche (*vita e lavoro* versus *sangue*) prevalgano le connotazioni di segno organicista e, dunque, potenzialmente escludenti.

L'assenza di uno Stato a supporto di un progetto nazionale è dunque irrilevante ai fini della collocazione dello stesso sull'asse liberale-illiberale; ciò non significa che quel dato non possa però fornire indicazioni utili per l'inquadramento dei fenomeni di volta in volta indagati.

Su un piano generale, può ritenersi che «le nationalisme qui rend de "grandes nations" hégémoniques et dominantes est souvent celui qui se réclame d'une loi universelle [prospettiva organicistica] […] au détriment d'une libre expérience locale»[108]. Specularmente, si osserva come alcune soggettività nazionali resistano, nel lunghissimo periodo storico, a intensi processi di *nation building* condotti dalla cultura dominante, continuando ad esprimersi a livello politico in determinati territori. Resistono nonostante la sperequazione di forze in campo, derivante – appunto – dai formidabili mezzi che gli apparati statali mettono al servizio del nazionalismo che li controlla; resistono, talvolta, ad azioni cruente del nazionalismo di Stato, che assume connotazioni profondamente illiberali: regimi dittatoriali che attuano una repressione su base politica, linguistica, etnica (se si possono dare letture diversificate di quello che accade oggi in Spagna, un consenso sufficientemente generalizzato dovrebbe esservi su quello che è accaduto nel passato più e meno recente).

---

[104] Cfr. *U.K.: Work to begin on France wall to stop Channel migrants*, *www.cbsnews.com*, 7 settembre 2016 [http://www.cbsnews.com/news/uk-france-wall-stop-chunnel-migrants/]. Nella stessa prospettiva, si può richiamare la posizione di estrema apertura mostrate dalle istituzioni catalane (guidate da forze indipendentiste) in merito all'accoglienza dei profughi siriani, in contrapposizione all'atteggiamento assunto dal Governo spagnolo su tale questione: cfr. *Migranti, la lezione della Catalogna*, *L'Espresso*, 29 giugno 2015.

[105] Cfr. J. PUJOL, *La immigració, problema i esperança de Catalunya*, Barcelona, 1976, 69-70. Sul punto v. G.C. CATTINI, *Chi è catalano? Storia di un dibattito sull'integrazione nella società catalana*, in J. Cagiao y Conde – G. Ferraiuolo - P. Rigobon (a cura di), *La nazione catalana*, cit., 126 ss.

[106] Ó. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, 97 ss.

[107] J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo, autodeterminación*, Madrid, 1985, trad. italiana *Nazionalità*, cit., 88; cfr. pure F. RUBIO LLORENTE, *Defectos*, cit., 161-163 (spec. nota 45).

[108] G. DELANNOI, *La nation*, cit., 168.

Per spiegare simili resistenze si può chiamare in causa una ulteriore virtù del nazionalismo liberale, anch'essa individuata dagli studi che ne mettono in luce la connessione con la democrazia.

Si deve infatti alle differenti *societal cultures*, «tipicamente associate a gruppi nazionali», la strutturazione di contesti idonei a delimitare il campo delle opportunità desiderabili per l'individuo, rendendogli praticabile una concreta selezione tra le stesse; una selezione che, diversamente, dovrebbe estrinsecarsi, con grande difficoltà, entro uno spettro di possibilità eccessivamente ampio. La cultura sociale, dunque, «conferisce ai propri membri modi di vivere dotati di senso in un ampio spettro di attività umane», definendo «il ventaglio delle opzioni socialmente significative per i membri del gruppo»; «la libertà implica l'effettuazione di scelte tra più alternative e la nostra cultura sociale non solo ci fornisce queste alternative ma conferisce loro significato»; in questi termini, «il valore liberale della libertà presuppone determinati prerequisiti culturali»[109]. Un rilievo analogo di tali *prerequisiti culturali* potrebbe riscontrarsi in relazione all'eguaglianza. Se si guarda alle ricostruzioni della scienza economica che insistono sulla distinzione tra *risorse*, *capacità*, *funzionamenti* e *utilità*, le *societal cultures* potranno configurarsi quali importanti *vettori di funzionamento* destinati ad incidere sull'eguaglianza tra individui[110].

In questa cornice, le segnalate resistenze – e resilienze – divengono allora indici dell'importanza (nel senso appena indicato) che determinati gruppi sociali attribuiscono alla conservazione di una specifica identità: «la capacità e la motivazione di dar vita e di conservare una cultura distinta sono tipiche delle "nazioni" o dei "popoli" (cioè di società culturalmente distinte, geograficamente concentrate e istituzionalmente compiute)»[111].

Misurare una patria con criteri attendibili, che scongiurino il rischio di incongruenze e strumentalizzazioni, richiede dunque di rivolgere l'attenzione a una variegata serie di elementi, molti dei quali trascendono la dimensione giuridica (ma che, riprendendo un noto spunto offerto – su un terreno diverso – da Leopoldo Elia, potrebbero risultare «a più di un titolo giuridicamente rilevanti» in vista di un inquadramento soddisfacente di determinati fenomeni)[112]: la profondità storica di una identità; il suo retroterra sociale, politico e culturale; i valori di cui il nazionalismo che la sostiene è portatore; le dinamiche relazionali che instaura con altri nazionalismi, sia sul piano esterno (in particolare se si tratta di nazionalismi di Stato) sia su quello

---

[109] W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 133 ss. (citazioni a 134, 139, 145). In merito v. pure R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, London, 1985, trad. italiana *Questioni di principio*, Milano, 1990, 228 ss.; A. MARGALIT – J. RAZ, *National*, cit., 449.

[110] Cfr. A. SEN, *Equality of What?*, in S.M. McMurrin (a cura di), *The Tanner Lectures on Human Value*, Salt Lake City, 1980, trad. italiana *Uguaglianza di che cosa?*, in A. Sen, *Scelta, benessere, equità*, Bologna, 1986, 337 ss.; più di recente ID., *Inequality Reexamined*, Oxford, 1992, trad. italiana *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 2010, spec. 63 ss. Non è casuale che anche tali studi economici muovano, come quelli filosofico-politici sul nazionalismo liberale, dalla critica ad alcuni assunti della classica impostazione rawlsiana. Sul ricorso alle citate teorie economiche nella prospettiva di una rielaborazione dei paradigmi giuridici dell'eguaglianza, cfr. S. STAIANO, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, 422 ss.

[111] W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 139; sul punto, v. pure S. MANCINI, *Rethinking*, cit., 562.

[112] L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Milano, 1970, 640.

interno, allorquando ci si collochi in ordinamenti plurinazionali. In quest'ultimo tipo di contesti, andranno considerati altri e più specifici indicatori: l'adeguatezza delle strutture autonomistiche o federali a far fronte alla complessità nazionale; la disponibilità dei poteri centrali a intervenire su tali strutture laddove mostrino deficit di funzionalità, in particolare nella prospettiva del riconoscimento delle nazioni periferiche; il supporto politico e sociale di cui godono le rivendicazioni avanzate da queste ultime.

Applicando schemi analitici di questo tipo alla questione catalana si potrà senz'altro continuare a reputare l'attuale domanda di indipendenza un'utopia anacronistica, una meta giuridicamente irraggiungibile o – più banalmente – un esito non desiderabile dal punto di vista politico. Difficilmente però quella patria – letterariamente e romanticamente *petita* – potrà essere ritenuta espressione di logiche tribali, retrograde, illiberali: le richiamate parole di Luis Sepúlveda – «la società catalana è colta, civilizzata, dialogante, moderna» - troveranno numerosi riscontri.

Ma ancora più difficilmente ci si potrà rifiutare di vedere che il nazionalismo catalano non si agita contro se stesso, ma ha di fronte – storicamente – un altro nazionalismo: quello dello Stato spagnolo, del quale anche andranno analizzati i caratteri. Solo assumendo tale premessa si scorgerà un pezzo importante delle responsabilità che hanno portato all'attuale scontro: quelle legate alle strategie unilaterali messe in campo dai poteri centrali, indisponibili alla ricerca di una sistemazione del pluralismo nazionale attraverso metodi adeguati ad una democrazia del XXI secolo.

Quello tra patrie grandi e piccole è un gioco complesso: un intricato labirinto di specchi, in cui le immagini a volte si deformano, a volte si rovesciano; e in cui la distanza tra passato e presente può crescere o ridursi in virtù di sorprendenti effetti ottici.

La *Grandeza de España* è la massima dignità riconosciuta ai titoli nobiliari, che trovano copertura nell'art. 62 della Costituzione spagnola: tra questi vi è quello di *Duque de Franco*, istituito nel 1975[113]. Il 31 maggio 2018, il ministro della Giustizia ha disposto la «sucesión en el título de Duque de Franco, con Grandeza de España, a favor de doña María del Carmen Martínez-Bordiú Franco»[114]. Districandosi con attenzione, curiosità e pazienza nel labirinto si potrebbe magari scoprire che la *petita pàtria* catalana è in fermento anche contro simili forme di *grandeza*.

[113] Decreto 3028 del 1975, in *Boletín Oficial del Estado*, n. 285 del 27 novembre.

[114] Il provvedimento è pubblicato in *Boletín Oficial del Estado*, n. 161 del 4 luglio 2018 (p. 67519).

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 23/03/2019

AUTORE: Giovanni Maria Flick [*]

VERSO LA CONVIVENZA: LEGGI RAZZIALI, EGUAGLIANZA E PARI DIGNITA' SOCIALE[**]

1. Ritengo che il tema delle leggi razziali italiane del 1938 – delle quali abbiamo ricordato nel 2018 l'ottantesimo anniversario, in modo forse non pienamente consapevole della loro gravità – debba essere considerato in una prospettiva più ampia dell'analisi specifica e tecnica sulla disciplina normativa della propaganda e dell'istigazione con riferimento a quelle leggi.

A tal fine, intendo muovere da una premessa più ampia, sintetizzata nel titolo di queste riflessioni; e da un interrogativo attuale che mi lascia perplesso e preoccupato. Può ricondursi in senso ampio al rischio del razzismo emanare un testo di legge intitolato alla sicurezza e all'immigrazione come è avvenuto recentemente in Italia attraverso l'emanazione del Decreto Legge n. 113/2018, convertito nella legge n. 132/2018.

Al di là di tutti i problemi tecnici che il ricorso a tale fonte propone, accostare "sicurezza" e "immigrazione" nel titolo di un testo normativo rischia un pesante portato: ingenerare o alimentare la convinzione che chi è emigrante sia per definizione pericoloso. In parole semplici, con tale accostamento pensare al migrante rischia di risolversi nel pensare alla sua pericolosità, ossia doversi preoccupare in questa prospettiva di tutte le tematiche attinenti alla sicurezza di cui tratta quel tal Decreto.

E' un esempio di razzismo o almeno di discriminazione? Personalmente sono convinto quanto meno di quest'ultima ipotesi. Ritengo che ciò debba costituire la premessa delle mie riflessioni, pur senza volermi addentrare in una riflessione di carattere politico o in una analisi di carattere tecnico. Per me il periodo dell'esperienza politica e del tecnicismo si è concluso: adesso è il periodo della riflessione e, soprattutto, della Costituzione.

---

[*] Presidente emerito della Corte Costituzionale.

[**] Diverse delle riflessioni qui svolte originano dall'incontro, tenutosi il 29 giugno 2018 presso l'Università Statale di Milano, intitolato «La regola *Taricco* fra diritto europeo e principi supremi dell'ordinamento italiano», organizzato dalle professoresse Marilisa D'Amico e Irene Pellizzone. Ringrazio, per il confronto, Michele Massa e, per i commenti a una prima versione del lavoro, Chiara Amalfitano, Giacomo Di Federico e Giovanni Piccirilli.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. AlbertoLucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

Sono fortemente preoccupato per il futuro della nostra Carta costituzionale. Essa rischia una sistematica disapplicazione anche e specificamente di fronte al moltiplicarsi di posizioni o valutazioni di “diversità” dell'altro, nel contesto attuale. La Costituzione sancisce un principio fondamentale, che costituisce l'obiettivo cui dovrebbe tendere l'attività della Repubblica e di ogni cittadino: l’eguaglianza e la pari dignità sociale di tutti. Ciò, attraverso la rimozione degli ostacoli di fatto che ne impediscono la realizzazione, dovuti – secondo la formulazione offerta dalla Costituzione – a ragioni di lingua, di razza, di sesso, di religione, di condizioni politiche, economiche e sociali.

Quel princìpio rischia di diventare un traguardo molto difficile, un mito, di fronte al problema delle condizioni di diseguaglianza, di discriminazione e di rifiuto dell’altro perché “diverso”.

La prima constatazione, che nasce dal riflettere sull’articolo 3 della Costituzione, concerne il palese moltiplicarsi delle situazioni di disparità. A fronte di questa situazione, da un lato la Costituzione e dall'altro la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo – di cui abbiamo ricordato per entrambe il settantesimo anniversario nel 2018 – hanno “qualcosa di troppo” e “qualcosa di troppo poco”.

L’eccesso e il “qualcosa di troppo” risiede nel riferimento alla razza; la genetica ha concluso e ha documentato concordemente su quanto Einstein testimoniò al momento di sottoscrivere il modulo di richiesta della Green Card di allora, una volta lasciata la Germania per espatriare negli Stati Uniti alla fine degli anni '30, alla vigilia della tempesta della persecuzione. Il modulo di richiesta riportava una casella, "razza", che Einstein riempì con "umana". Tale è la conclusione cui è giunta la genetica, acclarando che tutte la disinformazione sulle differenze biologiche, culturali e costituzionali tra "razze" – tali da condurre a parlare di razze superiori o inferiori – non ha alcun fondamento. Non esiste una differenza genetica che possa legittimare il concetto di razza.

Sorge, dunque, spontanea una domanda, benché solo di tipo semantico. E' proprio necessario mantenere in Costituzione e nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo – nonché nelle tante, troppe convenzioni scritte per garantire almeno a parole i diritti fondamentali – il sostantivo "razza"? Vi è chi propende per eliminarlo: la razza non esiste e, pertanto, se ne deve cancellare il riferimento nei documenti che condannano le forme di discriminazione.

A me pare che tale ragionamento da una parte possa finire per perdersi in un discorso puramente semantico; dall'altra, cerchi di cacciare dalla porta il fenomeno delle degenerazioni nazionalistiche che rientra dalla finestra attraverso forme di razzismo strisciante. Il rischio ulteriore è che si vada ad incrementare la confusione su un tema intorno al quale il groviglio legislativo per la difesa dei valori fondamentali è già molto contorto.

In altri termini, l’abolizione o la sostituzione del riferimento alla “razza” potrebbe essere distorta ai fini di sostenere la pretestuosa conferma dell’esistenza di disparità etniche o identitarie e nazionalistiche. Ciò mi pare tanto più pericoloso in un momento storico nel quale, ad esempio, anche in Italia, durante la campagna elettorale si è giunti a parlare esplicitamente della presunta necessità di salvare la “razza bianca”; soprattutto in un momento nel quale si moltiplicano – anche e soprattutto grazie al web e alla rete – le manifestazioni di intolleranza e di violenza, di vero e proprio odio, che esprimono il razzismo.

Il “qualcosa di poco” – assente nella formulazione esplicita della Dichiarazione Universale e compresso dal significato usualmente attribuito alla differenza sessuale nella Costituzione italiana – risiede nel riferimento del sesso soltanto al confronto fra uomo e donna, prescindendo da altre forme di “diversità” collegate alla vita sessuale. Penso agli episodi di intolleranza e di violenza che sono espressione di omofobia, sempre più numerosi.

In sostanza, proprio per questo sia nella Costituzione sia nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo c’è “qualcosa di troppo poco” e “qualcosa di troppo”. Manca il riferimento al problema delle discriminazioni sessuali, che vanno oltre la parità tra uomo e donna e che alimentano l'odio, la violenza e l'incitamento alla stessa nei confronti dei "diversi" in materia sessuale. L'omosessualità, ad esempio: si pensi a tutti gli episodi di aggressione che si verificano. Si pensi all'intolleranza verso le forme di vita sessuale che, non violando i codici, si manifestano con modalità diverse da quella della maggioranza. Questa questione non è presente, perché non era attuale al momento della promulgazione della Costituzione e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

Il “qualcosa di troppo”, come ho detto, è invece la stigmatizzazione di qualcosa che in realtà non esiste, attraverso l’uso del termine "razza". Tuttavia anche se essa non esiste, la razza come concetto (non fondato sulla genetica, ma diffuso nel linguaggio comune) e come nome si è guadagnata una legittimazione perversa attraverso le oscenità e le scelleratezze commesse nel suo nome.

2. Per motivare la mia riflessione riguardo al tema del razzismo in una delle sue forme più tipica, emblematica e diffusa (senza voler escludere o dimenticare le altre, oggi drammaticamente in crescita con riferimento alla tragedia dei migranti) e al modo di contrastarlo, ritengo necessario ricorrere ad un sintetico cenno circa l’evoluzione storica dell’antisemitismo.

Ho affrontato a suo tempo questo tema come Ministro della Giustizia in ragione di una nota vicenda: il "caso Priebke". Egli testimoniò: «Ho eseguito gli ordini. Ne abbiamo fucilati cinque di più: è stato uno sbaglio di calcolo». Ciò che accadde alle Fosse Ardeatine a Roma ripropone il problema dell’obbedienza o disobbedienza alla legge iniqua a proposito delle problematiche e dei contrasti sull’applicazione di talune norme del decreto c.d. sicurezza e immigrazione.

Non è questa la sede per affrontare tale problema. E’ forse sufficiente rilevare che il primo parametro per valutare l’applicabilità della legge è quello della sua congruenza o meno con la Costituzione; e che quest’ultima prevede un percorso ed un giudice (la Corte Costituzionale) per tale verifica. Certo sarebbe meglio che fosse la politica ex ante a compiere tale valutazione, piuttosto di dover ricorrere pressochè abitualmente ex post al giudice (anche se costituzionale e non ordinario).

A questo proposito, mi sembra giusto ricordare che il secondo Presidente della Corte costituzionale italiana aveva precedentemente ricoperto la carica di Presidente del Tribunale della razza. Fu anche Ministro della Giustizia e Capo di Gabinetto di Togliatti; quando si fece rilevare a Togliatti questa incongruenza, rispose: «Che importa? Tecnicamente è molto preparato». Era vero, tecnicamente era molto bravo; si è arrivati, tuttavia, ad affidare la carica di Presidente della Corte costituzionale ad un signore che era stato Presidente del Tribunale

della razza. Egli si difese dagli attacchi sostenendo come non spettasse al Tribunale della razza di mandare le persone al "Binario 21" della stazione centrali di Milano, da dove partivano i treni dei deportati verso Auschwitz. Era piuttosto deputato a richiamare dal "Binario 21" coloro che dovevano essere discriminati in senso positivo. Tale giustificazione, a mio avviso, forse ha ulteriormente peggiorato la situazione, qualora ciò fosse possibile.

Beninteso, ciò non sminuisce in alcun modo il ruolo, il valore e l'impegno della Corte Costituzionale, a partire dalla sua prima pronunzia (la n. 1 del 1956) – per fare giustizia delle leggi del precedente regime; per garantire a tutti il rispetto dei diritti fondamentali; per attuare la Costituzione – con una giurisprudenza costante e consolidata sino ai nostri giorni. Ma vale a testimoniare in modo emblematico le difficoltà e le resistenze che caratterizzarono la rivoluzione culturale e istituzionale attraverso cui si passò dal regime fascista al sistema costituzionale del nostro paese.

Ciò mi ha indotto ad approfondire il passato – per quel poco che ho potuto culturalmente fare – del percorso della persecuzione antiebraica in Italia, alla luce di quanto precedette e seguì l'emanazione delle leggi razziste, di cui ricorre quest'anno l'ottantesimo anniversario. Si è ricordato il settantesimo anniversario dell'entrata in vigore della

Costituzione, ma è doveroso ricordare anche l'ottantesimo anniversario delle leggi razziali.

Ha costituito oggetto di numerosi studi il processo attraverso cui l'ostilità originaria verso gli ebrei, l'antigiudaismo, ha lasciato spazio all'antisemitismo, cioè alla ricerca "scientifica" delle giustificazioni della discriminazione. Sul fondo sta sempre l'odio, comunque lo si voglia etichettare e quale che sia la forma che assume in concreto. E' l'odio che ignora i fatti, vede in ogni ostacolo l'effetto di un complotto, accusa senza sapere, giudica senza capire, condanna in base al proprio piacere, riversa sulla vittima qualche colpa, ha il suo feticcio: gli ebrei, gli omosessuali, gli immigrati, le donne, come ci ricorda Andrea Glucksmann. E' l'odio la cui testimonianza quotidiana più tangibile si coglie oggi nel suo divenire "normale" negli stadi ed in occasione delle competizioni sportive.

Di quell'odio – verso chi è accusato di aver rifiutato la nuova, vera Rivelazione al posto della propria – offrono ampio riscontro i pogrom che spesso accompagnarono il cammino dei crociati verso la Terra Santa; poi la reconquesta in Spagna, l'Inquisizione, le rivolte contadine in Europa Orientale, o le fake news sulle Pasque di sangue ebraiche e sul martirio a Trento di San Simonino (mai esistito), sacrificato dagli ebrei deicidi per i loro riti.

Con l'Illuminismo sembrava che il tempo dei ghetti, dei pogrom fosse ormai superato:

addirittura, in Italia, lo Statuto Albertino nel 1848, precorrendo i tempi, arrivò a riconoscere cittadinanza, diritto di libertà e di religione sia agli ebrei sia ai valdesi, altri "diversi".

Uno degli aspetti più rilevanti delle persecuzioni razziali in Italia e dell'infamia delle leggi razziali è, a mio avviso, proprio il tradimento e la revoca del riconoscimento dei diritti riconosciuti agli ebrei con lo Statuto Albertino. Diritti riconosciuti a persone che combatterono per l'unificazione del Paese, per il suo progresso, per la sua amministrazione. Mi ritrovo ogni tanto a sognare Ernesto Nathan: il sindaco più valido di Roma, se penso a certi paragoni, di tutti i colori politici, che la città ha subito e sta subendo ancora. Penso, inoltre, a tutti i militari, alle

medaglie d'oro della Prima guerra mondiale che venivano da famiglie ebraiche; penso al contributo degli ebrei italiani alla Resistenza.

L'antisemitismo è il tentativo di creare una sorta di abnorme, assurda barriera, che dovrebbe legittimare scientificamente l'antigiudaismo: il popolo ebraico come popolo di razza diversa e quindi inferiore: emblema – il più “pericoloso” – di tutti i “diversi” e di tutte le "razze inferiori" su cui la prepotenza umana ha cercato di dominare. La conclusione la conosciamo tutti: partiva dal binario 21 della Stazione Centrale di Milano o dalla Stazione Tiburtina a Roma durante la razzia degli ebrei nell'ottobre del 1943, dopo averli truffati in modo ignobile, estorcendo loro oro in cambio della promessa non mantenuta di salvezza.

Tutto questo ruppe brutalmente quella che era se non un'alleanza, quantomeno – per usare l'ambigua formula italiana impiegata nell'ultimo conflitto mondiale – una precedente cobelligeranza. Tra il fascismo e l'ebraismo si era raggiunta una sorta di tregua, di mutuo riconoscimento, che ad esempio venne utilizzato corteggiando il sionismo in funzione anti inglese per un certo periodo; che entrò in cortocircuito dopo l'approvazione dei Patti lateranensi e con il riemergere delle tracce dell'antigiudaismo.

Gli ebrei razziati il 16 ottobre 1943 e poi caricati sul treno alla Stazione Tiburtina di Roma, sostarono per circa due giorni nel cortile di Palazzo Corsini, allora sede di uffici militari – se non erro – e oggi sede di un'Istituzione di studio dell'Esercito. Palazzo Corsini si trova praticamente all'inizio di Via della Conciliazione: vi è chi sostiene che siano stati "parcheggiati" lì non solo nell'attesa del treno che li portasse ad Auschwitz, ma anche in vigile attesa di eventuali reazioni. Reazioni che non ci furono se non per sottrarre alla deportazione alcune persone, in ragione – credo – di matrimoni “misti”.

Non voglio entrare in un'altra questione molto complessa e dibattuta: la Chiesa ha fatto molto per salvare singoli ebrei e prima ancora con la denunzia del nazismo da parte di Pio XI nel 1937, attraverso la denuncia dell’enciclica “Mit brennender sorge”. Tuttavia, in occasione di quella deportazione non ci furono reazioni, eccetto il rilascio di alcuni discriminati grazie all'opera del Tribunale della razza. Si riconobbe che quei soggetti potevano essere discriminati: salvati in pochi, sommersi in tanti.

3. Per questa via si giunse ad Auschwitz, al cimitero d’Europa. Forse più che celebrare il giorno della memoria come quello in cui i cancelli di Auschwitz (il 27 gennaio 1945) si sono aperti, così come quelli di altri campi di sterminio, bisognerebbe ricordare il giorno in cui si chiusero, il perché, le cause e le responsabilità di quella chiusura. Ciò in quanto, ad esempio, noi italiani nel nostro piccolo demmo una valida mano ai nazisti per portare avanti questo progetto: la Risiera di San Sabba a Trieste e il campo di smistamento di Fossoli sono rimasti come reperti dell'archeologia dello sterminio.

Esiste un'archeologia dei reperti storici e delle cose belle; esiste un'archeologia industriale dell'evoluzione dei luoghi di lavoro; esiste anche un'archeologia dello sterminio, di cui il nostro paese presenta ampie tracce. L'Italia partecipò attivamente allo sterminio degli ebrei (e degli zingari) nel suo piccolo e nel suo grande, smentendo con ciò la leggenda degli “italiani brava gente".

Non so quanto potessero essere considerati bravi gli italiani, quando in Abissinia e in Etiopia furono i primi a sperimentare i gas nei bombardamenti sulla popolazione civile o nei bombardamenti delle città in Spagna. Non so quanto gli italiani potessero essere considerati brava gente quando collaborarono alla pulizia etnica nell'Ex-Jugoslavia. Tant'è che ad un certo punto si smise di perseguire legalmente i crimini nazisti: da un lato perché la Germania stava riprendendo potere e una posizione strategicamente fondamentale per la dimensione europea; dall'altro perché l'Italia aveva un certo imbarazzo e una certa paura che i suoi crimini di guerra venissero allo scoperto e fossero posti sulla bilancia insieme agli altri.

I fascicoli relativi ai crimini nazisti furono riposti nel cosiddetto "armadio della vergogna", con le ante rivolte verso il muro, collocato nella cantina della Procura militare di Palazzo Acquasparta a Roma. Ometto tutti i rilievi di tipo tecnico-giuridico e istituzionale che ovviamente si possono sollevare su questa questione. Ci fu un giornalista coraggioso che li scoprì e denunziò, come ci furono magistrati coraggiosi che procedettero alle indagini e arrivarono ad alcune condanne all'ergastolo (purtroppo troppo tardi). Franco Giustolisi, fece di questa vicenda una sua battaglia di vita; io gli ero amico e l'ho ammirato molto per questo.

Che cosa accade dopo la tragedia della Shoah, dopo che i soldati russi entrarono il 27 gennaio nel campo, trovando – come racconta Primo Levi – "un cimitero di morti"?

L'antisemitismo si trasformò in antisionismo. Questa è la terza fase che oggi stiamo vivendo: contrastare lo Stato ebraico come tale, il suo diritto ad esistere.

Non mi addentro nella questione relativa ai problemi e ai limiti dell'antiterrorismo che interessano lo Stato ebraico. Ho una grande ammirazione per Aharon Barak, Presidente della Corte Suprema israeliana, che affermò: «le Nazioni democratiche combattono il terrorismo con una mano legata dietro la schiena, ma quella gli deve bastare». Non voglio soffermarmi su questo problema; non è questa la sede.

Considero semplicemente il fatto che il discorso dell'antisionismo nasce e si alimenta anche attraverso le varie forme di negazionismo: dopo il censimento, la globalizzazione, la privazione dei diritti e poi della vita, anche quella della memoria e della identità. Qui si pone un grande problema di fondo: l'alternativa prospettata fra la competenza degli storici o dei giudici per contrastare il negazionismo con lo studio e le ricerche o con le sentenze; fra la scuola e l'accademia o le aule dei tribunali. L'alternativa se questo tema sia espressione della libertà e del diritto di manifestazione del pensiero o se, all'opposto, il contestare – in modo irridente, in modo più o meno tecnico, con negazioni più o meno totali – la drammaticità e l'unicità della Shoah non sia in fondo che una delle chiavi per sostenere che gli ebrei avrebbero ottenuto lo Stato di Israele a titolo di risarcimento per un sacrificio in realtà non subìto; che essi anzi sarebbero passati dal ruolo di vittime dei nazisti a quello di carnefici nei confronti del popolo palestinese.

Ritengo che quanto discusso sul razzismo e sul contrasto ad esso nell'esperienza italiana sia da ricollegare in buona parte a questa questione, a problematiche ad essa connesse, allo sviluppo di discussioni e di polemiche soprattutto politiche.

Se poi si rivolge lo sguardo più specificamente al dramma delle leggi razziali, si pone innanzitutto una questione che va affrontata con molta chiarezza. Da qualcuno si è sostenuto che l'Italia venne costretta all'emanazione delle leggi razziali sotto le pressioni dei nazisti, che

erano grandi, forti, potenti più di noi, e avevano introdotto quelle leggi prima di noi nel 1935; noi li avremmo solo imitati. Non è andata assolutamente così: l'orientamento prevalente della storiografia ritiene, infatti, che il nostro razzismo e le nostre leggi razziali siano il frutto di scelte e di una politica essenzialmente italiane.

Era una politica connaturata al fascismo e alla sua convinzione che gli italiani dovessero imparare ad odiare, come venne affermato da Mussolini in un suo discorso già dal 1921 sulla razza e sulla necessità che gli italiani imparassero ad essere duri e antipatici per farsi rispettare. Certo, ha influito anche il fatto che i nazisti avevano già battuto questa strada; le leggi razziste in Italia in qualche misura consolidavano il famoso "Patto RomaBerlino-Tokyo", il "Patto d'acciaio". L'iniziativa, tuttavia, partì dall'Italia, perlomeno dal 1931, nonostante i rapporti tra partito fascista ed ebraismo italiano in quel periodo attraversassero ancora momenti non particolarmente conflittuali.

4. La strada del razzismo italiano contro gli ebrei ha un precedente, sebbene concettualmente diverso, nel razzismo coloniale. Conquistate l'Abissinia e l'Etiopia, l'Italia introdusse una serie di leggi discriminatorie della popolazione locale, considerata di seconda categoria. Il tutto in uno strano mix molto italiano: al canto di "faccetta nera sarai romana", "bella abissina", "pé bandiera tu ci avrai quella italiana", "starai in camicia nera pure te" e "sfileremo avanti ar Duce e avanti ar Re", una nota canzonetta che ogni tanto salta fuori nelle nostalgie di qualche retrò e non solo di questi.

Tuttavia, accanto a questo quadro di apparente attenzione alle popolazioni locali, vi fu un apparato normativo che si articolò, si sviluppò e si concluse con le leggi che punivano il madamato, cioè il reato di contatti sessuali con la popolazione locale, allo scopo di salvaguardare la purezza della razza italiana; e che disconoscevano la rilevanza del meticciato derivante dai matrimoni misti. Ciò in quanto i nostri legionari pare si abbandonassero a pratiche definite dai verbali dell'epoca come dissolute. Era avvertita l'esigenza di poter utilizzare una manodopera a costi molto bassi e, quindi, di considerare le popolazioni locali come una sottospecie destinata al lavoro a favore del dominatore, con un complesso di leggi tra il 1937 e il 1940.

Questo tipo di razzismo, pur essendo parimenti riprovevole, è diverso dall'antisemitismo. Con esso si applicavano i criteri dell'apartheid per gestire il dominio della comunità bianca sulla popolazione locale, con una sorta di "razzismo istintivo" che disconosceva e negava i diritti fondamentali. Le tappe del razzismo antiebraico trasformarono quel razzismo in un princìpio giuridico fondamentale, legato all'odio contro il nemico e non semplicemente alla "diversità" del servo inferiore. Da ciò la revoca di diritti già in precedenza riconosciuti e quindi l'infamia del tradimento; da ciò il censimento, l'anticamera della qualificazione dell'ebreo come nemico, resa esplicita dalla Repubblica Sociale nel 1943.

E' un processo che prese le mosse da un documento diplomatico del febbraio del 1938, il quale negava aspirazioni e intenzioni razziste del regime fascista. Venne poco dopo contraddetto clamorosamente dal manifesto della razza in sede pseudoscientifica e da una delibera del Gran Consiglio in sede politica, oltre che da prese di posizione di Mussolini e dei suoi gerarchi nell'indifferenza generale. Si proseguì poi con la serie di norme che culminò il 17

novembre del '38 con il Regio Decreto con cui si espellevano gli ebrei dalle scuole, sia docenti sia discenti.

Perché questa evoluzione di un antisemitismo prima latente, che emerse progressivamente ed irruppe soprattutto – ma non soltanto – nell'ambito della cultura e dell'istruzione? Probabilmente perché Mussolini si convinse della "mobilitazione della internazionale ebraica" dopo le vicende dell'Etiopia e dell'Impero; perché la reazione al comportamento dei coloni con le donne delle colonie venne fondata sulla più ampia necessità di una "coscienza e dignità razziale". Mussolini paventava una crisi di civiltà dell'Europa del XX secolo ed un conflitto fra la razza greco-romana e quella giudeo-cristiana; infine la svolta della politica internazionale con l'asse Roma-Berlino richiedeva un'omologazione fra i due regimi, per consentire al duce una partecipazione da protagonista.

Il manifesto degli "scienziati" del luglio 1938, su ispirazione e richiesta del duce, sviluppò questa traccia: in sintesi l'esistenza di più razze, grandi e piccole e il significato biologico di esse; l'individuazione di una "pura razza italiana", ariana ed immune dall'arrivo e dall'apporto di grandi masse da fuori; la necessità che gli italiani si proclamassero razzisti, che i loro caratteri fisici e psicologici non venissero alterati; la distinzione fra le popolazioni delle sponde contrapposte del Mediterraneo; la non appartenenza degli ebrei alla razza italiana.

Il Gran Consiglio del fascismo a sua volta nel settembre 1938 approvò la Carta della razza, che conteneva le direttive per le leggi emanate subito dopo, accompagnate da una propaganda diffusa attraverso pubblicazioni e riviste ("La difesa della razza", il "Diritto razzista", "Lo Stato") ispirate al dileggio, all'offesa della dignità, alla discriminazione, alla coltivazione dell'odio razziale.

E' interessante, in proposito, sottolineare un particolare significativo dell'indifferenza generale verso questo percorso: la reazione degli esponenti della cultura, dei professori universitari, alle leggi razziali fu in pratica inesistente. In precedenza soltanto dodici di essi avevano rifiutato di prestare giuramento al fascismo; nel 1938 la loro grande maggioranza esaminò i ruoli universitari per concorrere alle cattedre rimaste libere. Siccome gli ebrei di cattedre ne avevano conquistate parecchie per loro merito, furono molte quelle liberatesi; vennero assegnate a persone che beneficiarono direttamente o indirettamente delle leggi razziali.

Soltanto il 20 settembre 2018 a Pisa l'Università italiana sentì il dovere di chiedere scusa ai professori ebrei, per questo sfregio ad essi come alla cultura e all'università italiana, attraverso una cerimonia che si svolse nel cortile dell'Ateneo di Pisa con la partecipazione di 90 rettori.

Alla discriminazione degli ebrei nelle scuole e nella cultura si accompagnò la negazione dei diritti civili e politici, la privazione della libertà matrimoniale, professionale ed economica, l'espropriazione (rectiusla rapina di stato) dei loro beni. Prima di arrivare a questo, tuttavia, si passò per il censimento che preparò le liste e favorì, poi, il lavoro della Gestapo; quest'ultima – con l'aiuto di parte della burocrazia e della polizia italiana – utilizzò quelle liste per rintracciare gli ebrei. Il passo successivo al censimento fu il ritorno al ghetto: fino a giungere nel 1943, durante il periodo della Repubblica Sociale, alla dichiarazione degli ebrei come "nemici dell'I-

talia" e alla privazione della vita, dopo quella dei diritti. Dalla progressiva emarginazione, ghettizzazione, mutilazione della loro dignità, si arrivò al campo di sterminio, con l'intenzione di distruggere altresì la loro memoria.

La vergogna delle leggi razziali venne cancellata con l'abrogazione di esse nel gennaio 1944 attraverso decreti legge emanati dal Regno del sud; fu necessaria un'attesa di sei mesi, mentre ad esempio la tassa sui celibi fu abrogata con i primissimi decreti dopo il 25 luglio 1943. Ma le strutture per l'applicazione delle leggi razziali e la difficoltà per i cittadini ebrei sopravvissuti di vedersi riconoscere i diritti civili, professionali ed economici di cui erano stati privati continuarono. Soltanto nel 1997 venne soppresso definitivamente il famigerato Egeli (ente di gestione e liquidazione dei beni immobili confiscati agli ebrei italiani) istituito nel 1939 e posto in liquidazione nel 1957.

Soltanto nel 1998 venne istituita una Commissione presieduta da Tina Anselmi, relativa alla "acquisizione dei beni dei cittadini ebrei da parte di organismi pubblici e privati". Nelle sue conclusioni del 2001 – con un rapporto che poneva in evidenza fatti e responsabilità – come ricorda la senatrice Liliana Segre si chiedeva un "salto di qualità", una "educazione conoscitiva permanente specialmente da parte delle giovani generazioni"; perché – come avverte Primo Levi – "è accaduto, quindi può accadere di nuovo".

5. La ragione per cui la situazione attuale suscita tanta impressione sta da un lato nel legame tra l'antisionismo e la posizione palestinese e nell'abbinamento delle due questioni; dall'altro lato nell'utilizzo del web come strumento micidiale ed efficace per la diffusione di questo tipo di disinformazione e di istigazione all'odio e nella difficoltà di perseguirne gli abusi. Tutt'ora rimane aperto l'interrogativo mal posto circa l'opportunità e la possibilità o meno di limitare il diritto fondamentale a manifestare il proprio pensiero, allo scopo di reprimere il negazionismo in quanto anticamera di antisemitismo e antisionismo. E' uno dei problemi fondamentali in quest'ambito.

L'Europa – con una notevole coda di paglia per le sue responsabilità attive ed omissive – ha sempre guardato con molta preoccupazione e attenzione a questo problema. Sino ad arrivare ad una Decisione-quadro del 2007 (uno dei tanti strumenti europei vincolanti) che impone ai Paesi dell'Unione europea di punire adeguatamente con sanzioni efficaci le manifestazioni di negazionismo; il tutto distinguendone, chiaramente, i vari tipi. In Italia siamo stati troppo cauti, introducendo tardivamente una circostanza aggravante per il negazionismo della Shoah e dei crimini di genocidio nelle ipotesi di propaganda, istigazione e incitamento già previste e punite.

Ritengo importante condividere tale giudizio, dal momento che solo l'anno scorso, si è concluso il ciclo inaugurato con la "Legge Mancino" del 1975, modificata nel 1993 e completata nel 2016 dopo molti ripensamenti e molte attese; una legge che attua il divieto di discriminazione introdotto da una Convenzione delle Nazioni Unite del 1966, la quale recepiva questo principio fondamentale della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo.

Accanto alla c.d. legge Mancino e teoricamente in sinergia con essa, l'altro strumento di contrasto al razzismo, all'antisemitismo, all'antisionismo e a tutte le altre forme di odio verso la diversità è rappresentato in parte dalla dodicesima Disposizione transitoria e finale della

nostra Costituzione. Essa vieta la ricostituzione del disciolto partito fascista e ha trovato attuazione prima nella legge n. 645 del 1952, poi nella modifica di quest'ultima con la legge n. 152 del 1975.

Si è detto – e forse è vero – che noi italiani siamo stati molto più benevoli nei confronti del fascismo di quanto lo sia stata la nuova Germania nei confronti del nazismo. La legge fondamentale tedesca è stata imposta alla Germania dall'alto. Noi, all'opposto, la

Costituzione l'abbiamo costruita con il sangue, con le lacrime, con il sacrificio; con la Resistenza su cui la Costituzione è fondata; con l'aiuto offerto da molte persone agli ebrei, ai partigiani, ai prigionieri di guerra fuggiti e ai renitenti alla leva della Repubblica Sociale. A questo proposito, come ho già detto prima, la polemica contro il riferimento alla razza mi pare tutto sommato superflua. Ciò che ritengo assai rilevante, invece, è la difficoltà – prima di tutto culturale – di applicare la Costituzione: è attuale, ma in buona parte non è attuata, né prima ancora conosciuta.

Non scendo nel dettaglio di tutti i problemi tecnici e degli interrogativi legati alle modalità del divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista. La Costituzione, ha raccolto le indicazioni di tutte le forze politiche, che hanno avuto da sempre una gran paura che si introducessero autoritativamente regole per la vita politica e per i partiti. Si pensi alla questione del finanziamento di questi ultimi e della politica; si pensi alla mancata attuazione dell'articolo 49, in tema di regolazione legislativa della vita dei partiti.

Forse per questo la disposizione transitoria dell'articolo XII ha circoscritto in modo molto stringente il divieto di ricostituzione del partito fascista, riferendolo a quel partito storicamente individuato; non estendendone la portata al problema generale della discriminazione, della violenza e dell'intolleranza del fascismo come dottrina e come pratica. Di ciò risente l'applicazione della norma, dal momento che la cultura di base per combattere la violenza, l'intolleranza e le discriminazioni è tutt'ora involuta, per usare un eufemismo.

Il divieto di ricostituzione del partito fascista, nella cosiddetta "Legge Scelba" e le sue modifiche, mira alla difesa dell'ordine democratico e costituzionale. Esso è integrato, sotto il diverso profilo della tutela dell'eguaglianza e della pari dignità sociale, dai divieti della c.d. legge Mancino e sue modifiche per contrastare la discriminazione a causa di nazionalismo, di razza, di religione, di etnia; quei divieti nascono dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1966, cui l'Italia diede attuazione tardivamente. Il completamento del percorso di attuazione di quest'ultimo aspetto è avvenuto con la Legge del 2017, che sanziona come aggravante il negare i campi di sterminio, la Shoah, il genocidio.

Mi sembra perciò che il problema di fondo sia non tanto e non solo quello di predisporre degli strumenti legislativi. Li abbiamo già; il loro accrescimento ulteriore rischierebbe di complicarne ulteriormente l'applicazione, già di per sé abbastanza complessa. E' il problema della cultura; è il problema di una cultura dell'eguaglianza, della pari dignità, della legalità sostanziale, che credo non siano state ancora inoculate a sufficienza nella coscienza collettiva in questo paese e non siano state ancora insegnate adeguatamente ai giovani.

6. Concludendo, nel settantesimo anniversario della Dichiarazione Universale e della Costituzione italiana, di fronte al moltiplicarsi delle condizioni di diseguaglianza, di "diversità", di discriminazione – di cui le leggi razziali del 1938 sono state un esempio particolarmente drammatico – mi sembra essenziale sottolineare il significato più che mai attuale di due affermazioni con cui si aprono la Dichiarazione e la Costituzione. Secondo la prima "Tutti gli uomini nascono liberi ed eguali in dignità e diritti"; secondo l'altra "Tutti i cittadini [cui nella nostra Costituzione sono accomunati esplicitamente gli stranieri] hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Il commento migliore a quelle affermazioni mi sembra rappresentato da due testimonianze importanti come e forse più di tanti trattati e studi di diritto costituzionale: quella di Primo Levi, scrittore, partigiano nelle montagne della Valle d'Aosta, perito chimico, ebreo reduce dal campo di sterminio di Auschwitz; la testimonianza di Martin Niemöller, teologo e pastore protestante tedesco, oppositore del nazismo a partire dal 1934, reduce da vari campi di concentramento nazisti fra cui Dachau.

La testimonianza di Levi (da "Se questo è un uomo") ricorda che "a molti individui o popoli può accadere di ritenere più o meno consapevolmente che «ogni straniero è nemico». Per lo più questa convinzione giace in fondo agli animi come una infezione latente: si manifesta solo in atti saltuari e incoordinati, e non sta all'origine di un sistema di pensiero. Ma quando questo avviene, quando il dogma inespresso diventa premessa maggiore di un sillogismo, allora al termine della catena sta il lager".

La testimonianza di Niemöller (da una sua predica dopo l'ascesa al potere dei nazisti) ricorda che: "Quando i nazisti presero i comunisti io non dissi nulla perché non ero comunista. Quando rinchiusero i socialdemocratici io non dissi nulla perché non ero socialdemocratico. Quando presero i sindacalisti, io non dissi nulla perché non ero un sindacalista. Poi presero gli ebrei e io non dissi nulla perché non ero ebreo. Poi vennero a prendere me e non era rimasto più nessuno che potesse dire qualcosa".

Credo sia questa la condanna più efficace ed attuale dell'infamia delle leggi razziali e l'ammonimento più forte per non ricominciare a percorrere quella via magari con modi e forme nuovi solo in apparenza ma pur sempre riconducibili in sostanza alle premesse di quelle leggi.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Mariateresa Magistà*

PUBLIC INTEREST LITIGATION: ORIGINI E PROSPETTIVE

Sommario: 1.La public interest litigation *in U.S.A.: origini di un istituto. – 2.Quali strumenti di tutela in Italia? – 3.La tutela degli interessi plurisoggettivi in Italia: class action, azione popolare e* public interest litigation

1. La *public interest litigation* in U.S.A.: origini di un istituto

L'espressione *public interest litigation* è stata coniata da Chayes[1], negli anni settanta, per indicare le controversie giudiziarie nelle quali gli avvocati statunitensi appartenenti al *public interest law movement*[2] rappresentavano i diritti delle fasce più deboli della popolazione, altrimenti non tutelati in ragione di ostacoli di ordine giuridico, economico e politico-sociale che impedivano a questi ultimi l'accesso alla giustizia[3].

In particolare, l'attività difensiva degli avvocati era promossa in favore di movimenti a tutela dei diritti civili e finalizzata ad incidere sul piano, oltreché strettamente giuridico, anche politico e sociale. Nel tempo, infatti, il *public interest law movement*, si fa portatore di diritti ed interessi aventi una dimensione pubblica, ma non suscettibili di essere fatti valere dal singolo, atteso che "*more and more frequently the complexity of modern societies generates situations in which a single human action can be beneficial or prejudicial to large numbers of peo-*

* Dottoranda in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] A. CHAYES, *The Role of Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, vol. LXXXIX, Cambridge, The Harvard Law Review Association, 1976, pp. 1281 ss.

[2] Sulla nascita e sulla diffusione del movimento negli U.S.A. e in Italia M. CAIELLI, *Il public intereset law moviment italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri,* in AA. VV., *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, a cura di A. GIORGIS, E. GROSSO, M. LOSANA, Milano, Franco Angeli, 2017, pp. 95 ss.

[3] M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Il Foro it.*, Parte V, 1979, pp. 54 ss.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

ple, thus making entirely inadequate the traditional scheme of litigation as merely a two-party affair"[4].

Di conseguenza, nell'ambito di tali giudizi, il giudice inizia ad assumere un ruolo nuovo, non più prettamente giurisdizionale, di risoluzione delle controversie vertenti tra le parti in causa, ma paralegislativo. In specie, i provvedimenti del giudice si caratterizzano per essere redatti in termini generali e astratti, al fine, da un lato, di dispiegare i propri effetti *erga omnes* o, quantomeno, *ultra partes* e, dunque, non solo nei confronti delle parti effettive del giudizio, ma anche di coloro i quali ne sono estranei e, dall'altro, di orientare l'attività del legislatore nello svolgimento della propria attività[5].

Il *leading case* in materia è rappresentato da *Brown v. Board of Education*[6], con cui la Suprema Corte, disattendendo quanto statuito nel precedente *Plessy v. Ferguson*[7], dichiarò incostituzionale il sistema di segregazione razziale adottato nelle scuole pubbliche, per contrarietà al principio di parità di trattamento sancito dal XIV emendamento. In particolare, nel caso di specie la Corte Warren, oltre a dichiarare l'incostituzionalità della norma oggetto di giudizio, si spinse fino a porre in capo al legislatore specifici obblighi di *facere,* a seguito di un'analisi delle circostanze non di tipo storico, ma proiettata verso il futuro[8] [9].

In particolare, la *public interest litigation* americana si caratterizza in quanto il proponente è titolare della posizione soggettiva individuale fatta valere in giudizio, che presenta i caratteri della concretezza, dell'attualità e della personalità, nonostante gli effetti della pronuncia giudiziale, redatta in termini generali e astratti, riverberino i propri effetti sulla collettività, anche attraverso indicazioni, più o meno vincolanti, dirette al legislatore[10].

Tanto si evince anche nel caso *Brown v. Board of Education*, in cui i venti studenti afro-americani, seppur assistiti giudizialmente da associazioni rappresentative, agivano direttamente contro l'Ufficio scolastico che impediva loro l'accesso alle scuole pubbliche frequentate da alunni di razza bianca.

Detta storica sentenza, peraltro, fu determinante nel dare vita al movimento per i diritti civili, il quale ebbe il merito di persuadere il Congresso nell'approvazione dei *Civil Rights Acts* degli anni '60[11].

---

[4] M. CAPPELLETTI, *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, in AA. VV. *Access to justice*, vol. III, a cura di M. CAPPELLETTI e B. G. GARTH, Alphen Aan Den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1979, p. 519.

[5] In tal senso M. CAIELLI, *Il public interest law moviment italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri,* cit., pp. 104 e 105 e della stessa autrice, in termini analoghi, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 23.

[6] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1952).

[7] *Plessy v. Ferguson,* 163 U.S. 537 (1896).

[8] Come confermato laddove la Corte, rilevata *the wide applicability* della decisione e i problemi derivanti dalla formulazione dei *decrees*, invita le parti a depositare le proprie memorie, sulla base delle quali sarà emanata la successiva pronuncia *Brown II*, 349 U.S. 294 (1955).

[9] M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis,* cit., p. 24.

[10] *Ibid.*, p. 27.

[11] P. NUSSBAUM, *Attorney's Fees in Public Interest Litigation*, in New York Univeristy Law Review, vol. 48, New York, 1973, p. 302.

Non di meno, l'aumento del contenzioso di interesse pubblico nel corso degli anni è da ricondurre anche al mutamento della classe forense la quale, nel tempo, si è sempre più specializzata in detta materia, anche grazie a specifici corsi universitari, creando *public interest law firm* fornite, tra l'altro, di programmi di assistenza legale pro bono.[12] A tale ultimo riguardo, infatti, vale la pena considerare che la diffusione della *public interest litigation* ha trovato ostacolo negli ingenti costi ad essa collegati, considerato che negli U.S.A., diversamente che in Italia, non trova applicazione il principio secondo il quale spetta al soccombente sostenere le spese legali. Tale circostanza, tuttavia, è stata oggetto di numerose pronunce nelle quali, la Corte Suprema ha condannato la parte soccombente alla refusione delle spese in favore del soggetto agente, riconoscendone le vesti di "*private attorney general*" avente il fine di rivendicare una politica ritenuta prioritaria dal Congresso. [13]

Tuttavia, il successo della *public interest litigation* fu determinato non solo dall'affermarsi delle istanze sociali e dai solidi principi che guidavano gli avvocati americani, ma anche dal c.d. *judical activism* che caratterizza tutt'oggi le Corti statunitensi e non solo[14] e che vede il potere giudiziario travalicare i confini delle proprie competenze per ingerirsi in quelle del legislativo. Tale fenomeno, è opportuno sottolinearlo, nasce in un contesto politico liberale in cui il potere giudiziario rappresenta il contrappeso all'esercizio del potere politico, funzionale al controllo e alla limitazione del potere legislativo ed esecutivo[15].

Al riguardo, Tocqueville sostiene il carattere passivo del potere giudiziario, la cui attivazione è subordinata alla sollecitazione di una delle parti e rileva, inoltre, come la magistratura possa occuparsi di una legge solo nel corso del processo[16]. Tali caratteri, tuttavia, lungi dal rappresentare una debolezza della magistratura, ben si conciliano con l'idoneità delle Corti a divenire luoghi atti a ricevere le istanze sociali e a garantire i diritti civili e gli interessi collettivi[17] della popolazione. In tal senso, le decisioni della magistratura soddisfano non solo l'interesse individuale della parte in giudizio, ma, indirettamente, anche quello pubblico. Come nel caso *Brown v. Board of Education*, dunque, l'attivismo giudiziale negli U.S.A. deriva dall'attivismo della società civile che, a partire dagli anni sessanta, peraltro, ha dato vita al fenomeno della *litigation explosion*, nel quale l'ansia di giustizia ha determinato un vertiginoso aumento del contenzioso.

È opportuno osservare, di conseguenza, come la *public interest litigation* pur essendo promossa secondo le ordinarie modalità, riveli le proprie peculiarità solo nella fase decisionale. Determinante, in tal senso, è il ruolo del giudice, il quale si mostra in grado di intercettare nell'azione del singolo le istanze della collettività e di garantire effettiva tutela alle stesse, anche sollecitando il corretto operato del potere legislativo.

---

[12] Ibid., p. 303.

[13] Come affermato dalla *United States Supreme Court* nel caso *Newman v. Piggie Park Enterprises*, Inc, 390 U.S. 400 (1968) e ss.

[14] Cfr. al riguardo il concetto di *judicialization of politics* in C. N. TATE, T. VALLINDER, *The Global expansion of judical power,* New York, New York University Press, 1997.

[15] A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America,* Torino, UTET, 1968, p. 122.

[16] *Ibid.*, p. 123.

[17] M. R. FERRARESE, *Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo*, in *Democrazia e diritto*, vol. I, Milano, Franco Angeli, 1997, p. 115.

Peraltro, il successo della *public interest litigation*, oltre che negli U.S.A., è stato riscontrato anche altrove e, in particolare, in alcuni Paesi asiatici e in Europa, specie negli ordinamenti di *common law*. Peculiare è l'esperienza indiana, in cui l'istituto ha trovato grande diffusione e consente ai cittadini di adire illimitatamente la Corte al fine di soddisfare gli interessi pubblici, tanto da essere definita *social action litigation*, alla luce delle differenze con l'omologo istituto di origini statunitensi[18]. Infatti, diversamente dalla p.i.l. americana, in cui il soggetto proponente è titolare di un interesse attuale e concreto, l'omologo istituto indiano consente a chiunque abbia un *sufficient interest* di adire la Corte per ristabilire la legalità[19].

2. Quali strumenti di tutela in Italia?

Delineati i tratti dell'istituto in disamina, appare utile verificarne la compatibilità con l'ordinamento italiano e analizzare la sussistenza di analoghi rimedi processuali volti a soddisfare precipuamente l'interesse generale, oltreché quello individuale.

Al riguardo, peraltro, non va trascurato che, mentre nel modello di Stato liberale il monopolio degli interessi generali spettava allo Stato e a questi si contrapponeva l'interesse del singolo, oggi le esigenze della collettività sono rappresentate anche dai privati[20] e, di conseguenza, la dottrina e la giurisprudenza unanime riconoscono i c.d. interessi superindividuali, distinguendo tra questi quelli diffusi e quelli collettivi.

Invero, è opportuno premettere che l'interesse collettivo costituisce un istituto di matrice dottrinale, coniato per far fronte all'impossibilità di tutelare efficientemente la diversa categoria degli interessi diffusi, definiti tali in quanto facenti capo ad una collettività indifferenziata di soggetti e, pertanto, adespoti. Al proposito, tuttavia, la dottrina e, successivamente, anche la giurisprudenza hanno notato come la titolarità di detti interessi diffusi accomuni spesso soggetti appartenenti alla medesima formazione sociale, in quanto tale tutelata costituzionalmente ex art. 2 Cost., dando luogo, pertanto, ad una vera e propria soggettivizzazione[21] dell'interesse in gioco. Ne discende che l'interesse collettivo non rappresenta la sommatoria degli interessi individuali, bensì la sintesi degli stessi, in quanto tale qualitativamente diverso da quello dei singoli[22].

A seguito di detto processo, di conseguenza, l'interesse facente capo agli aderenti alla medesima formazione sociale viene a configurarsi come differenziato rispetto alla collettività, nonché qualificato, in quanto idoneo ad essere fatto valere dal relativo ente esponenziale. A tal fine, tuttavia, la giurisprudenza richiede che l'ente esponenziale sia omogeneo ed

---

[18] M. CAIELLI, *Attivismo giudiziale e utilizzo della comparazione giuridica in alcuni emblematici hard cases indiani e statunitensi,* cit., p. 263.

[19] S. DEVA, *Public interest litigation in india: a critical review*, in *Civil Justice Quarterly Issue*, vol. XXVIII, Londra, Sweet & Maxwell, 2009, p. 24

[20] E. CASETTA*, Manuale di diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 2011, pp. 326 e 327.

[21] In tal senso M. S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Cedam, Padova, 1976, p. 23, nonché M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso, ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.,* 1987, p.7.

[22] F. CARINGELLA*, Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2016, p. 29.

organizzato, che persegua tra i propri scopi statutari l'interesse da far valere e che abbia un collegamento con il territorio in cui l'interesse assume rilevanza[23] [24].

Nondimeno, la questione circa l'individuazione degli strumenti di tutela degli interessi plurisoggettivi in Italia va affrontata anche alla luce dell'affermarsi della nuova categoria dei c.d. beni comuni (*common goods*).

In particolare, questa nuova *species* di beni è stata coniata dalla commissione Rodotà che, nel 2007, veniva incaricata di aggiornare la classificazione codicistica dei beni pubblici e, successivamente, recepita da giurisprudenza[25] e dottrina, pur non trovando spazio nel codice civile.

Trattasi di beni a titolarità diffusa, accomunati dall'essere strumentali al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'individuo, da cui nessuno può essere escluso e che pongono l'esigenza di una disciplina che, da un lato, ne impedisca il sovra-consumo e il depauperamento e, dall'altro, ne garantisca l'accesso e la fruizione da parte della collettività su base tendenzialmente paritaria, in omaggio ai principi di eguaglianza e solidarietà. All'ente pubblico, invece, compete una proprietà meramente formale, un'appartenenza di servizio necessaria a consentire l'accesso della collettività al bene e a risolvere gli eventuali conflitti con gli interessi contrapposti.

La portata innovativa dei *commons*, tuttavia, risiede nella loro idoneità a superare la tradizionale dicotomia tra beni privati, appartenenti ai singoli individui e beni pubblici appartenenti allo Stato[26], che ben si concilia con il necessario perseguimento dell'interesse pubblico a cui tende la Costituzione italiana, sulla base del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., nonché su quello di sovranità popolare. Di talché, l'interesse sotteso alla tutela dei beni comuni pare non trovare collocazione nella categoria di quelli diffusi e collettivi, configurandosi, piuttosto, quale interesse generale, ancorché atipico. Sul punto, infatti, va evidenziato che, seppur "*gli interessi diffusi o collettivi sembrano approssimarsi all'interesse generale di cui si fa portatore lo Stato*"[27], la distinzione tra gli stessi risiede nella natura intrinsecamente individuale dei primi, ancorché comuni ad una pluralità di soggetti. Diversamente,

---

[23] R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 2011, p. 101.

[24] La questione della legittimazione dell'ente esponenziale ha, di recente, anche riguardato la possibilità dello stesso di far valere l'interesse di categoria, pur se in contrasto con quello di uno o più aderenti. In specie, secondo l'opinione tradizionale l'ente può far valere solo interessi omogenei alla categoria, dovendo pertanto ritenersi legittimato ad agire solo in caso di lesione di tutti gli aderenti. Secondo una diversa opinione, invece, l'ente è titolare di posizioni proprie, di cui è titolare in via esclusiva a seguito del processo di soggettivizzazione, che lo rende l'unico legittimato ad agire e in virtù del quale il singolo aderente può intervenire in giudizio solo in qualità di controinteressato, in quanto diversamente opinando l'ente esponenziale non sarebbe mai in condizioni di agire. In merito, il Consiglio di Stato, con sentenza della IV sez., 18.11.2013, n. 5451, ha chiarito che la legittimazione dell'ente esponenziale dipende dal tipo di conflitto intercorrente con l'aderente che vanta un interesse contrario. Nel caso di conflitto improprio, in cui l'atto contro cui si oppone l'ente avvantaggia il singolo indipendente dall'appartenenza alla categoria, ma quale *uti singulus*, l'ente potrà far valere l'interesse di categoria. Laddove, invece, l'atto favorisca uno o più aderenti alla categoria in quanto tali, l'interesse di cui è portatore l'ente, lungi dal configurarsi come omogeneo, non potrà essere fatto valere in giudizio.

[25] Cfr. Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665 che, nel negare la natura privata di una valle da pesca lagunaria, ha espressamente riconosciuto i beni comuni.

[26] A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, in *Diritto @ Storia*, vol. XI, 2013, p. 13.

[27] AA. VV., *Manuale di diritto privato*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, Giappichelli, 2017, p. 68.

l'interesse pubblico trascende quello del singolo rappresentando, invece, i bisogni e le priorità di un'intera comunità. Tuttavia, l'interesse pubblico, nel suo essere tradizionalmente rappresentato da un'istituzione, appare spesso inadeguato ad identificare quello sotteso alla tutela dei *commons*, anche alla luce della difficoltà nell'individuare il nucleo comune di detti beni, posto che "*se tutto diventa bene comune, niente può essere davvero giuridicamente protetto*"[28]. Al riguardo, infatti, si avverte la necessità di abbandonare i tradizionali schemi dogmatici e puristi[29] per concepire una forma evoluta di interesse pubblico, idonea ad essere rappresentata in giudizio anche dal singolo, coerentemente con la natura dei *commons.* Efficace, a tal fine, sarebbe la configurazione di uno strumento processuale avente le medesime caratteristiche della *public interest litigation*, che consenta, cioè, al singolo di far valere in giudizio detto interesse e al giudice di farsi portatore delle istanze della comunità, attraverso un provvedimento idoneo a riverberare i propri effetti sulla stessa. Tanto, anche in conformità all'art 24. Cost. che, nel riconosce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, implicitamente impone il riconoscimento dei rimedi processuali più adeguati a tal fine.

Di conseguenza, la peculiare configurazione dei *commons* rende necessaria una riflessione sugli strumenti processuali di tutela più adeguati a garantirne la tutela e, in specie, sulla compatibilità tra *public interest litigation* e ordinamento italiano.

3. La tutela degli interessi plurisoggettivi in Italia: *class action*, azione popolare e *public interest litigation*

In Italia, la tutela degli interessi plurisoggettivi, cioè non facente capo al singolo individuo, ma a una più ampia schiera di soggetti, è assicurata dalla *class action* e dall'azione popolare.

Quanto alla *class action*, l'ordinamento italiano ne conosce due forme: quella a tutela dei consumatori di cui all'art. 140 bis d. lgs. 206/2005 (c.d. codice dei consumatori) e quella disciplinata dal d. lgs. 198/2009 promossa contro la Pubblica Amministrazione.

Con particolare riguardo all'azione di classe consumeristica, questa si differenzia notevolmente dall'omologo rimedio statunitense, disciplinato dalla *Rule 23* della *Federal Rules of Civil Procedur* e dalle specifiche legislazioni statali*,* in cui legittimato attivo è chiunque sia titolare di un interesse comune a quello di un determinato gruppo di individui e il giudice, dopo aver verificato la sussistenza dei requisiti che identificano la classe[30], emette un provve-

---

[28] S. NESPOR, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 684.

[29] In tal senso A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico*, cit., p. 10.

[30] A tal fine l'indagine del giudice è tesa ad accertare la sussistenza dei requisiti della *numerosity,* cioè dell'idoneità della classe a rappresentare gli interessi di un numero elevato di membri; della *commonality,* ovvero della possibilità che il provvedimento giurisdizionale produca effetti nei confronti dell'intera classe; della *typicality*, che le questioni fatte valere in giudizio siano tipiche dell'intera alla classe, nonché dell'*adeguacy,* consistente nell'assenza di conflitti di interesse tra chi agisce in giudizio e il resto della categoria. Per un approfondimento sul

dimento giurisdizionale i cui effetti si riverberano automaticamente nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria, salvo che in favore di chi rinunci espressamente, esercitando la facoltà dell'*opt-out*.

Diversamente, l'azione di classe italiana è promuovibile da un singolo che agisce in proprio e in qualità di sostituto processuale degli altri appartenenti alla categoria, nonché da un'associazione rappresentativa munita di specifico mandato da parte degli aderenti. Tanto in quanto, alla luce del meccanismo dell'*opt-in*, la pronuncia del giudice spiega i suoi effetti esclusivamente nei confronti degli appartenenti alla classe che aderiscono all'azione tramite un atto espresso. Di conseguenza, il rimedio processuale previsto dall'art. 120 bis, più che ad un'azione di classe, dà luogo alla proposizione di plurime azioni individuali, dove l'uso del termine "*class action*" è conseguenza di una semplice assonanza con l'istituto statunitense, non potendo andare oltre una convenzione linguistica[31].

Quanto alla *class action* di cui al d. lgs. 198/2009, questa consente ai soggetti titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori di agire in giudizio, anche attraverso associazioni rappresentative, avverso l'inefficienza della Pubblica Amministrazione e dei concessionari di pubblici servizi, conformemente all'art. 97 Cost. e all'art. 1 della l. 241/1990.

Tale rimedio, pur perseguendo come l'azione consumeristica l'obiettivo di indurre l'erogatore del servizio ad adottare comportamenti virtuosi, se ne distingue, oltre che per il campo di applicazione, configurando un controllo esterno di tipo giudiziale sul rispetto, da parte delle P. A., degli standard di qualità, economicità e tempestività loro imposti[32], anche in quanto innesca il suo effettivo correttivo già nel momento di produzione del servizio[33].

D'altra parte, l'autonoma legittimazione delle associazioni esponenziali che, dunque, non necessitano di specifico mandato e l'assenza del meccanismo dell'*optin in*, rende l'azione di cui al d. lgs 198/2009 una più incisiva forma di tutela.

Orbene, posto che anche detto rimedio processuale si scosta notevolmente dal modello di *class action* statunitense, è opportuno notare come nessuna delle azioni collettive previste dal legislatore italiano sono idonee ad assicurare la tutela di interessi generali, tanto meno di quelli sottesi alla nascita dei *new commons*. Invero, la *class action*, sia italiana che statunitense, si caratterizza in quanto la controversia giudiziaria origina da un conflitto tra privati[34], specie quella contenuta nel d. lgs. 206/2005 in cui si assiste alla proposizione di plurime azioni individuali e, di conseguenza, il provvedimento del giudice è teso a produrre effetti nei confronti di un determinato gruppo di individui e non in favore di una comunità indifferen-

---

tema cfr. F. POLVERINO, *A class action model for antitrust damages litigation in the European Union,* pp. 4 ss., consultabile su *http//ssrn.com/abstract=927001.*

[31] G. ALPA, *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in *Economia e diritto del terziario*, vol. 1, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 7 e 8.

[32] M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis,* cit., p. 13.

[33] F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, cit., p. 45, anche per un'analisi circa l'effettiva portata dell'azione collettiva contro la Pubblica Amministrativa.

[34] In tal senso D. BAETGE, *Class actions, group litigation & other forms of collective litigation*, articolo presentato al Convegno "*The globalization of class action"*, Oxford, 13 e 14 dicembre 2017, reperibile su http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf.

ziata. È proprio nella distinzione tra interesse collettivo e interesse pubblico, infatti, che si coglie la distinzione tra *class action* e *public interest litigation*. Invero, sebbene come già accennato anche la *p.i.l.* americana ha origine da un conflitto tra privati, il provvedimento di accoglimento emesso a seguito dell'esperimento di tale rimedio produce effetti che si riverberano sull'intera comunità e, in ragione della sua capacità di influenzare il potere legislativo, determina i suoi effetti anche per il futuro.

L'ordinamento italiano conosce, inoltre, la nozione di azione popolare la quale, pur essendo spesso intesa in senso coincidente con quella di *class action*[35], si distingue profondamente da quest'ultima. Tra queste, il d. lgs. 267/2000, c.d. T.U.E.L., all'art. 9 disciplina l'azione con cui ciascun elettore può far valere in giudizio i ricorsi spettanti a Comuni e Provincia e, all'art. 70, quella promossa da qualsiasi elettore o chiunque vi abbia interessa e volta ad ottenere la decadenza del sindaco, del presidente della provincia o di un consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale.

Dette azioni, tuttavia, sono da molti considerate del tutto eccezionali nel panorama legislativo italiano, atteso che, da un lato, derogano al modello soggettivo del processo civile e amministrativo e al principio della legittimazione processuale, per cui chi agisce in giudizio deve essere titolare di un interesse personale, attuale, concreto, alla luce dell'art. 100 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art. 39 c. 1 c.p.a. Dall'altro, specularmente, riconoscono tutela ai c.d. interessi adespoti, consentendo una forma di controllo generalizzato sull'attività amministrativa, finalizzata ad una verifica sulla legalità, inammissibile nell'ordinamento interno[36].

In particolare, il concetto di azione popolare, affonda le sue radici nel diritto romano[37], in cui il rimedio processuale era stato definito, nel Digesto tratto dall'ottavo commentario dell'editto di Paolo, quale *eam popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur*[38]. Tale definizione è stato oggetto di un'attenta disamina da parte della dottrina successiva, i cui esiti hanno influenzato non poco l'attuale nozione di *actio popularis* e, di conseguenza, la sua ammissibilità nel diritto odierno.

Al riguardo, secondo la tesi sostenuta da Savigny[39], poi ripresa da Mommsen[40], le azioni popolari del diritto romano avevano natura procuratoria, essendo esperite dal singolo cittadino, *quivis de populo,* quale rappresentante dell'interesse della collettività e non in quanto portatore di un interesse individuale.

---

[35] D. TANZA, *I fondamenti costituzionali delle azioni collettive: Class action ed effettività della tutela giurisdizionale*, in Amministrazione in cammino, 2008, p. 2.

[36] R. CHIEPPA, V. LOPILATO, S. TENCA, *Giurisprudenza amministrativa 2012,* Milano, Giuffrè, 2012, p. 15 e, in tal senso, anche Cons. di Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4544 e Cons. di Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657.

[37] Sull'*actio popolaris* nel diritto romano cfr. M. GIANGIORGIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *Teoria e storia del diritto romano*, vol. V, 2012.

[38] Paul. 8 ad ed. D. 47.23.1.

[39] K. SAVIGNY, *Sistema attuale del diritto romano*, Torino, Utet, 1886, nonché *Id. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, vol. II, Berlino, 1853, p. 314.

[40] T. MOMMSEN, *Die stadtrechte der latinischen gemeinden Salpensa und Malaca in der provinz Baetica,* in *Abhandlungen der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, vol. III, Leipzig, 1855 p. 361 ss.

Diversamente, Bruns[41] considerava *actio popularis* solo quelle in cui l'attore agiva in nome proprio, al fine di tutelare un proprio diritto[42] e, solo indirettamente, quello della comunità. Ciò in quanto il cittadino era parte integrante del Popolo romano e, di conseguenza, l'interesse della *res publica* coincideva con l'interesse personale del *civis*.

Orbene, tali teorie sottendono ad una ricostruzione dell'azione popolare che si sofferma solo sull'aspetto della legittimazione, tanto da aver dato vita, con riguardo agli odierni strumenti processuali, alla canonica distinzione tra azioni suppletive e correttive[43]. In specie, costituisce tipico esempio di azione suppletiva quella di cui all'art. 9 T.U.E.L. che consente agli elettori di sostituirsi all'Amministrazione inerte, mentre si considera correttiva quella ex art. 70 con cui il singolo agisce avverso la P.A., per far valere l'illegittimità della condotta della stessa. In tal senso, solo le azioni correttive possono configurarsi come vere e proprie *actio popularis,* posto che, relativamente a quelle suppletive, chi agisce lo fa in qualità di mero sostituto processuale o, più in generale, quale rappresentante dello Stato[44].

Tale impostazione, invero, ha sollecitato le critiche di chi osserva come, così sostenendo, lo Stato sarebbe legittimato passivo nel giudizio in cui è promossa l'azione correttiva e titolare effettivo della posizione giuridica fatta valere con quella suppletiva. Ne discendono effetti paradossali, atteso che proprio l'azione correttiva, intesa quale unica vera azione popolare, anziché essere tesa a tutelare il bene dell'intera collettività, costituirebbe strumento attribuito al singolo per far valere un proprio interesse contro la stessa organizzata nello Stato[45].

È opportuno, dunque, recuperare l'effettiva peculiarità dell'*actio popularis,* la quale non consiste nel consentire al *quivis de populo* di agire in giudizio, ma nella funzione di tutelare le esigenze della collettività, i c.d. "diritti pubblici diffusi"[46]. In tal senso, appare condivisibile l'opinione di Fadda, che considera il soggetto che esperisce l'azione popolare quale portatore di un interesse che lo riguarda come individuo[47], atteso che "*la qualità di membro della comunione dà a qualunque cittadino il diritto e gli impone l'obbligo di impedire e reprimere tutti quei fatti che importano la lesione dell'interesse generale*"[48]. Così configurata, la funzione dell'azione popolare è soddisfatta sia dall'art. 9 che dall'art. 70 T.U.E.L., in quanto entrambe espressione dello *ius civitatis*, atteso che nel primo caso l'attore esperisce l'azione

---

[41] K. G. BRUNS, *Le azioni popolari romane,* in *Archivio Giuridico*, vol. XXIX, 1882, p. 297.

[42] Distinguendo da queste quelle previste da leggi e senatoconsulti, le quali avevano natura procuratoria. Al riguardo cfr. M. GIANGIORGIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, cit., p. 21 ss.

[43] Distinzione risalente a A. CODACCI PISANELLI, *Le azioni popolari,* Marghieri, Napoli, 1887, p. 169. Sulla questione cfr. anche A. LUOGO, *Azione popolare (in generale),* in Enc. Dir., vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 867 e F. TIGANO, *Le azioni popolari supplettive e correttive,* Giappichelli, Torino, 2008, p. 15.

[44] G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici,* in AA. VV., *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, vol. II.3, a cura di V.E. Orlando, Milano, S.E.L., 1935, p. 274.

[45] A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico,* cit., p. 10.

[46] V. SCIALOJA, *Studi giuridici,* vol. I, Roma, Anonima romana editoriale, 1933, p. 117.

[47] C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano,* Torino, L'Erma di Bretschneider, 1894, p. 305, nonché F. P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le "Actiones populares",* Napoli, Jovene, 1991 p. 18.

[48] C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale. 1. Parte storica. Diritto romano,* cit., p. 320.

per contribuire alla corretta azione amministrativa e, nel secondo, per concorrere alla scelta degli amministratori con il voto[49].

Tale impostazione, peraltro, appare conforme al dettato costituzionale e, in particolare, non solo all'art. 24. che prevede il diritto di difesa, ma anche all'art. 54 che dispone il dovere di osservanza e fedeltà della Costituzione, nonché al dovere di solidarietà sociale cui all'art. 2.

Nondimeno, così configurata l'azione popolare ben può rappresentare la categoria in cui far confluire la *public interest litigation*, atteso che, coerentemente con l'impostazione sopra descritta, anche l'esperimento di tale ultimo rimedio è teso al soddisfacimento dell'interesse generale, seppur attraverso una maggior responsabilizzazione del ruolo del magistrato, il quale deve essere in grado di cogliere le istanze sociali sottese all'azione promossa.

Tanto vale non solo con riguardo a quei modelli di contenzioso pubblico, come quello indiano, caratterizzati da una legittimazione sostanzialmente aperta e che consentono di agire a chi è titolare di un mero *sufficient interest*, ma anche relativamente a quello americano, in cui legittimato è il titolare dell'interesse o del diritto fatto valere, nel senso più tradizionale dell'espressione[50].

La *p.i.l. made in U.S.A.*, infatti, condivide con l'*actio popolaris* la finalità di soddisfare un interesse della comunità e, se importata in Italia, incontrerebbe anche i consensi del filone più tradizionalista che, coerentemente al modello processuale soggettivo, ritiene legittimato solo chi sia titolare di un interesse personale, attuale, concreto e, soprattutto, differenziato dalla collettività.

L'adozione della *public interest litigation* in Italia sarebbe quanto mai attuale, al fine di consentire la tutela dei *new commons*, i quali, come già accennato, costituiscono una nuova categoria di beni, che supera la tradizionale dicotomia tra pubblico e privato, similmente a quelli oggetto di tutela dell'*actio popularis* romana[51], le c.d. *res in usu publico*, oggetto di immediata utilizzazione da parte dei *cives* e nel cui godimento questi ultimi non possono essere frustati[52].

In particolare, sarebbe auspicabile che, in materia di *common goods*, legittimati ad agire in giudizio fossero i soggetti il giudice potesse definire

L'azione di pubblico interesse, dunque, appare idonea ad apprestare tutela ai beni comuni, in quanto strumento volto a consentire al singolo di rimediare efficacemente alla lesione di un proprio interesse, che lo coinvolge non in quanto individualmente considerato, ma quale soggetto appartenente alla comunità. Nondimeno, l'interesse della collettività appa-

---

[49] F. SATTA, *Art. 9*, in AA. VV., *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Romano, Padova, Cedam, 2006, p. 63 ss.

[50] In senso contrario M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis,* cit., p. 27.

[51] Sull'attualità dell'*actio popularis* per la tutela dei beni comuni cfr. S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, Einaudi, 2012, pp. 222 ss. e A. SACCOCCIO, *La tutela dei beni comuni per il recupero delle azioni popolari romane come mezzo di difesa delle res communes omnium e delle res in usu publico,* cit.

[52] In questi termini *Ibid.,* p. 11.

re ancor più soddisfatto in ragione dell'idoneità del provvedimento giurisdizionale a trascendere la situazione soggettiva del singolo attraverso una formulazione in astratto, volta anche a sollecitare l'intervento del legislatore.

Al riguardo, tuttavia, non può sottacersi come il successo della P.I.L. negli Stati Uniti sia da ricondursi, tra l'altro, all'efficacia vincolante del precedente, propria degli ordinamenti di *common law* che, dunque, ben si coniuga con gli effetti *ultra partes* dell'istituto in oggetto. D'altra parte, questa circostanza non può, di per sé, escludere l'applicabilità dello stesso in un ordinamento *civil law*, specie alla luce del fenomeno sviluppatosi nell'ordinamento interno che vede le pronunce giurisprudenziali sempre più dotate di efficacia persuasiva, come dimostra la prassi, ormai consolidata, di citare, nel corpo delle sentenze, precedenti di legittimità e di merito a sostegno dell'interpretazione fornita.

Tanto, peraltro, vale ancor di più se si considera che la nascita dell'Unione Europea ha determinato la contestuale applicazione di tecniche di *civil law e common law*, imponendo, di conseguenza, la costante collaborazione tra ordinamenti con esperienze giuridiche differenti.[53]

Per di più, l'adesione dell'Italia all'U.E. e alla comunità internazionale ha comportato l'entrata, nell'ordinamento interno, del c.d. *soft law*, il quale, laddove non si limiti a riprodurre o precisare il contenuto di atti vincolanti, acquista la medesima efficacia persuasiva propria dei precedenti giudiziari[54].

Del resto, similmente a quanto avvenuto in U.S.A., anche in Italia si assiste al fenomeno dell'attivismo giudiziario e, in particolare, ad una magistratura tendente a travalicare i limiti delle proprie attribuzioni, per ingerirsi in quelle del legislativo. Tuttavia, le ragioni alla base dell'affermarsi di detto fenomeno non risiedono esclusivamente nell'inadeguatezza del potere legislativo di farsi carico delle istanze sociali, ma in una vera e propria inerzia del legislatore che, di conseguenza, lascia ampi spazi di manovra al giudice[55].

A ciò si aggiunga che l'adesione dell'Italia all'Unione Europea ha determinato la rinuncia da parte della prima ad una quota della propria sovranità, contribuendo all'indebolimento del potere legislativo che, di conseguenza, deve spesso confrontarsi con i vincoli sovranazionali[56].

In altri casi, peraltro, il legislatore ha rinunciato al potere di disciplinare peculiari settori, preferendo devolvere tale compito alle c.d. autorità indipendenti, alla luce, per un verso, della sensibilità degli interessi coinvolti, spesso aventi rilievo costituzionale, per altro dell'elevato tasso di tecnicismo delle materie, nonché in ragione del fenomeno di privatizza-

---

[53] A. PIZZORUSSO, *Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo, in Costituzionalismo.it, fasc. II, 2007, p. 11.*

[54] G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati,* vol. II, 2016, p. 4.

[55] Sul punto cfr. M. R. FERRARESE, *Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo*, cit., p. 114.

[56] M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo),* in *Rivista AIC*, 2012, p. 3.

zione, prima formale e poi sostanziale, degli anni novanta con cui lo Stato ha preferito ritirarsi dalla gestione diretta di numerosi servizi pubblici[57].

Specularmente, il potere giudiziario tende ad estendere sempre più i confini delle proprie funzioni, specie se si considera il ruolo creatore della giurisprudenza, derivante dalla presenza di lacune normative e dalla frequente ambiguità di formule legislative[58], dinanzi alle quali il giudice non può far altro che pronunciarsi, anche in omaggio al divieto, pacificamente riconosciuto, di *non liquet*. In tale contesto, dunque, le differenze tra sistemi di *common law* e di *civil law* tendono ad assottigliarsi sempre più nella misura in cui il provvedimento giurisdizionale tende ad assumere le vesti di fonte del diritto, anche quando non proveniente dalla Corte Costituzionale e a mostrare, come già evidenziato, i connotati del precedente vincolante.

D'altra parte, è interessante notare come il potere giudiziario si sia spinto, recentemente, anche ad individuare limiti al potere esecutivo. Al riguardo, peculiare è la tendenza del giudice amministrativo, nell'ambito delle controversie avente ad oggetto l'annullamento di un atto, a ridurre la possibilità della P. A. di riesercitare il proprio potere, in omaggio all'evoluta teoria della formazione progressiva del giudicato la quale sottende ad una nuova prospettiva del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto o, in presenza di discrezionalità amministrativa, come giudizio verso il rapporto[59].

Il contesto ordinamentale così ricostruito, dunque, si presta a rappresentare terreno fertile per il prosperare della *public interest litigation* in Italia, mostrando un potere giudiziario disponibile a farsi portatore delle esigenze della collettività.

Nondimeno, il riconoscimento dell'azione popolare e, più in particolare, della *p.i.l.* quale strumento di tutela dei beni comuni costituisce esercizio di democrazia partecipativa, in virtù del quale i cittadini intervengono nei processi d'azione delle istituzioni, sebbene il contatto tra tali due soggetti non sia diretto.

Al riguardo, infatti, va evidenziato che, negli ultimi anni, il principio di democrazia partecipativa ha trovato cittadinanza nell'ordinamento interno, specie alla luce della l. cost. 3/2001 che, nel riformare il tit. V, ha modificato l'art. 118 introducendo il c.d. principio di sussidiarietà, in virtù del quale spetta allo Stato e agli altri enti locali favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale, anche in omaggio al principio di solidarietà ex art. 2 Cost. Al riguardo, tuttavia, è bene evidenziare come la democrazia partecipativa vada distinta sia da quella rappresentativa, caratterizzata dal meccanismo della delega, che da quella diretta, nella quale i cittadini, seppur episodicamente, esercitano la sovranità[60]. Piuttosto, l'insufficienza di tali due ultimi modelli, frutto dei mutamenti storico-sociali di cui ha preso atto anche il legislatore costituzionale, rende necessario che gli stessi siano

---

[57] F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., p. 725.

[58] G. ZAGREBELSKY, *Il sisitema delle fonti di diritto,* Torino, Utet, 1992, pp. 89 e 90.

[59] Per un'analisi *funditus* della questione cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit., pp. 170 ss.

[60] M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa* in Osservatorio Costituzionale, fasc. 3/2016 p. 5.

integrati con il principio in parola, al fine di garantire la qualità delle decisioni attraverso l'inclusione dei cittadini nel relativo processo.[61]

In tal senso, dunque, la *p.i.l.* rappresenterebbe uno strumento di democrazia partecipativa, seppur atipico. Attraverso l'esercizio di detto strumento processuale, infatti, i cittadini potrebbero coadiuvare la P.A. nell'amministrazione efficiente della cosa pubblica, seppur non direttamente.

Con il contenzioso di interesse pubblico, infatti, il contatto tra cittadini e istituzioni è mediato dall'intervento del potere giurisdizionale il quale, come chiarito, raccoglie le istanze della comunità e sollecita l'intervento del potere legislativo[62].

Così intesa, la *public interest litigation* si presta a tutelare efficacemente il bene comune considerato non solo in senso patrimonialistico, ma anche come valore posto alla base della Costituzioni italiana[63] e al cui raggiungimento la protezione dei *commons* è tesa.

[61] A. VALASTRO. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: tendenze e prospettive dei regolamenti comunali,* in Osservatoriosullefonti.it, fasc. 3/2016 p. 11.

[62] M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis,* cit., p. 19.

[63] S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune,* cit. pp. 62 ss.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 30/03/2019

AUTORE: Francesca Paruzzo*

DIRITTO E DIRITTI DI FRONTE ALLA DECISIONE DI MORIRE

Sommario: 1. Diritto di morire o "dovere di essere"? Brevi premesse. - 2. Il suicidio: tra tragicità individuale e rilevanza sociale. - 2.1. Legislazione ordinaria: depenalizzazione del suicidio, nuove forme di reato e principi di indisponibilità. - 2.2. Suicidio e Costituzione. Un mutamento di prospettiva ? - 2.3. Diritto alla vita e principio di solidarietà. I diversi fattori in gioco. - 2.3.1. Diritto alla vita e dovere di vivere. Due lati di una stessa medaglia? - 2.3.2. Il principio di solidarietà. Un limite alla configurazione del diritto di morire? - 3. Il suicidio. Libertà di fatto o diritto? - 4. Dal suicidio all'eutanasia. Quadro di analisi e principi in gioco. - 5. Lasciarsi morire. Dare la morte. Accompagnare nella morte. A differenti fenomeni, differenti qualificazioni giuridiche. - 6. Il diritto alla desistenza terapeutica: il rapporto medico – paziente, il consenso informato e il rifiuto di trattamenti sanitari. - 7. Eutanasia attiva e diritto di morire. Esiste davvero un vuoto legislativo? - 7.1. Eutanasia attiva e diritto penale. La sua compatibilità con il dato costituzionale. - 7.2. Eutanasia attiva e trattamento sanzionatorio nella giurisprudenza. Alcuni spunti de iure condito*. - 7.3 Dj Fabo. L'occasione per la conferma di un'interpretazione; lo spunto per alcune riflessioni* de iure condendo *e la legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio. - 8. Conclusioni.*

1. Diritto di morire o "dovere di essere"? Brevi premesse

Come viene intesa la morte all'interno di un ordinamento giuridico? Il diritto alla vita comprende anche un diritto *sulla vita* e, quindi, la possibile pretesa giuridica di rinunciare alla stessa? Esiste un diritto di morire costituzionalmente garantito?

A fronte di questi interrogativi, punto di partenza imprescindibile non può che essere il suicidio che, con la carica distruttiva che porta con sé, rappresenta la più piena espressione di sovranità del singolo rispetto alla propria esistenza e chiama in causa questioni estremamente complesse. Tale fenomeno, infatti, impone sia considerazioni relative alla più intima natura umana, alla vita come "dover essere" o, meglio, come "dovere-di-essere"[1], alla possibilità per il singolo di autodeterminarsi in relazione alla propria esistenza, anche qualora ciò

---

* Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto e Istituzioni presso l'Università di Torino.

[1] VITALE V., *L'antigiuridicità "strutturale" del suicidio,* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1983 p. 461.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

comporti la scelta estrema del morire, sia un'analisi dei caratteri propri di ogni organizzazione politica, nel necessario rapporto – e spesso scontro – tra la libertà personale dell'individuo e il ruolo dello Stato.

Il primo aspetto porta necessariamente a chiedersi se il diritto alla vita di cui ogni essere umano è titolare, presupposto per il godimento di ogni altro diritto e in funzione della cui protezione la società è originata, contenga in sé anche un comando di vivere a prescindere dal fatto che esso sia o meno previsto da un precetto normativo.

Secondo Jean Amèry[2], prima del "salto" ciascuno, con la propria vicenda interiore, straccia una norma della natura secondo cui *bisogna vivere.* Questo stesso richiamo alla natura si fa emblematico nel dialogo tra Plotino e Porfirio ne *Le operette morali* di Leopardi. In esso si confrontano due visioni radicalmente contrapposte; da una parte quella di Porfirio che si chiede: "*ma con qual barbarie si può paragonare […] che all'uomo non sia lecito di por fine a' suoi patimenti, ai dolori, alle angosce, vincendo l'orrore della morte e volontariamente privandosi dello spirito? […]la morte, non che sia veramente un male, come detta l'impressione primitiva; anzi è il solo rimedio valevole ai nostri mali, la cosa più desiderabile agli uomini, e la migliore*" [3]. Dall'altra, al contrario, quella di Plotino che, con la stessa veemenza, si trova a sostenere come "*la natura stessa par che c'insegni che il levarci dal mondo di mera volontà nostra, non sia cosa lecita. […]. Anzi, per dir meglio, è l'atto più contrario a natura che si possa commettere. Perché tutto l'ordine delle cose saria sovvertito, se quelle si distruggessero da se stesse*[4]".

Sono concezioni inconciliabili, non riducibili a un compromesso e che, come detto, si innestano su un discorso più ampio che impone di soffermarsi sulla percezione che ogni organizzazione collettiva ha sviluppato riguardo a tale gesto, nonché sull'analisi del rapporto tra Stato e individuo; si deve, infatti, valutare come tale atto si definisca dall'esterno, dal punto di vista dei doveri del singolo nei confronti della società o di se stesso, per poi arrivare a cercare di dare una risposta a un'unica questione fondamentale: chi sia il titolare ultimo dell'esistenza umana e se si possa pervenire a un'affermazione di liceità della condotta del suicida – a prescindere dalla sua non sanzionabilità – tale per cui questo gesto possa configurarsi come pretesa giuridica nei confronti dei terzi e della collettività.

Affrontate queste tematiche, si potrà, quindi, procedere nell'esame di questioni ulteriori e logicamente successive, quali quelle attinenti alle scelte di fine vita in ambito medico che, a causa dell'impatto sempre più pervasivo delle scoperte scientifiche sui momenti fondamentali dell'esistenza umana, chiamano a riflessioni urgenti sulla loro legittimità, sulla loro configurabilità come diritti e pretese nei confronti dello Stato o, al contrario, sul loro costituire un'imprescindibile sfera di azione dell'ordinamento.

---

[2] AMERY J. , *Levar la mano su di sé,* prima edizione italiana, Bollati Boringhieri, Torino, 1990.
[3] LEOPARDI G., *Operette morali,* nell'edizione Barbera, Trento, 2010, p. 274.
[4] LEOPARDI G., *Operette morali,* cit. p. 276.

2. Il suicidio: tra tragicità individuale e rilevanza sociale

Del suicidio si sono occupate e si occupano tuttora tanto le scienze sociali quanto le scienze morali: dalla psicologia alla sociologia, dalla filosofia alla religione fino alla letteratura[5], che, in molti casi, ha ben descritto questa scelta di "morte libera"[6] da parte di chi, indipendentemente dalla più o meno importante giustificazione o comprensione razionale, avverta di trovarsi in una situazione di vacuità inconfondibile e unica[7].

In tutti questi casi, il comune denominatore è dato dalla presenza di una persona che, uccidendosi, decide di disporre della propria esistenza, sceglie il quando e il come della propria morte e agisce contro il proprio corpo che diventa mero involucro di una vita considerata non più "degna di essere vissuta". Tale gesto costituisce, quindi, la risposta estrema a una condizione di sofferenza, qualunque ne sia la causa[8], avvertita come senza rimedio o vie d'uscita.

Affrontare tale gesto da un punto di vista giuridico, però, implica la consapevolezza di come esso, pur nella sua tragicità individuale, assuma una rilevanza sociale immanente in ogni organizzazione collettiva[9].

---

[5] Si può pensare, solo per citarne alcuni, a Goethe ne *I dolori del giovane Werther,* a Foscolo ne *Le ultime lettere di Jacopo Ortis* o a Dostoevskij ne *Il diario di uno scrittore* o ne *I Demoni.* Si passa dal suicidio per un amore tormentato a quello logico, razionale, concepito come atto di estrema libertà. In tutti questi casi, però, si afferma come senza la paura del dolore e dell'"altro mondo", nessuno avrebbe più remore ad uccidersi.

[6] AMERY J. *Levar la mano su di sé,* cit.; nel testo, la locuzione "morte libera" traduce la parola Freitod.

[7] Emblematica, a riguardo, è una delle ultime interviste a Primo Levi dal titolo *Ad Auschwitz non si pensava al suicidio*, pubblicata dal quotidiano La Stampa in data 27.01.2007 in cui, poco tempo prima di togliersi la vita, afferma che "nessuno […] è in grado di capire un suicidio. Per lo più non lo capisce neppure il suicida: è raro che chi si uccide sappia la vera ragione per cui lo fa. Non c'è un rapporto preciso fra l'esperienza del lager e il suicidio. Anzi nel lager il suicidio era praticamente assente. […] Io ho una mia teoria personale e penso che il suicidio sia un atto altamente personale ed intellettuale, se si vuole patologico, ma gli animali non si suicidano. Ed in lager la vita era quella dell'animale: non c'era tempo per pensarci, c'era da pensare a mangiare, a proteggersi dal freddo, a proteggersi dalle botte. Il tempo per meditare sulla vita e sulla morte e di scegliere per il suicidio non c'era".

[8] Si pensi al tasso di suicidi correlato ai momenti di crisi economica, particolarmente aumentati negli ultimi anni. In quest'ultimo caso, gli individui sono chiamati improvvisamente a ridurre le proprie esigenze, a porsi dei limiti dati dal trovarsi costretti a condizioni diverse da quelle a cui erano abituati e dal non riuscire più ad assicurare uno stile di vita dignitoso al proprio nucleo familiare. La sofferenza che queste situazioni causano determina, così, "una inidoneità alla condizione sopravvenuta la cui semplice prospettiva è intollerabile. http://www.eures.it/upload/doc_1305878239.pdf. Suscitano, poi, particolari interrogativi e richiedono analisi approfondite i casi in cui tale atto è compiuto all'interno di particolari istituzioni "obbliganti" quali il carcere (Cfr. MANCONI L. e TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana.* Carocci Editore, Roma, 2015; PELANDA D., *Mondo recluso: vivere in carcere in Italia oggi,* Effatà Editrice, Cantalupa (TO), 2010, p. 45; BERTANI M., *Si continua a morire nell'indifferenza del mondo,* in *Carceri strapiene…addio art. 27 della Costituzione? Dossier sovraffollamento – testimonianze e informazioni,* Ristretti Orizzonti, 2009, p. 41; *Nuovo suicidio in carcere: eguagliato il record nella storia della Repubblica,* 20 dicembre 2000, comunicato stampa, Osservatorio permanente sulle morti in carcere) o l'esercito (GIAMPIERI E., CLERICI M., *Il suicidio oggi. Implicazioni sociali e psicopatologiche,* Edizioni Springer Verlag, Milano, 2013, p. 221 e ss; il tema del suicidio tra militari e forze dell'ordine oscilla, in genere, tra estremo riserbo degli organi ufficiali e "grida d'allarme" della stampa e dall'opinione pubblica. Allo stato attuale, si rileva come tra le Forze armate il suicidio costituisca la terza causa di morte. Cfr. anche CENDON P., GAUDINO L., *Il suicidio e la responsabilità,* Key Editore, Vicalvi (FR), 2015 p. 45 ss.).

[9] Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, in base alle stime riportate nel primo rapporto globale sulla prevenzione del suicidio – *Preventing Suicide. A global imperative* -, ogni anno si suicidano circa 800.000 persone - http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/ e http://www.sieds.it/oldsite/pdf_word/focus/Economic_%20and_Social_Focus_SIEDS0111.pdf. Per ciò che attiene

Dall'analisi del rapportarsi tra lo Stato e l'individuo con le sue scelte, emerge, infatti, come, a partire dalla Rivoluzione francese, si sia assistito a un processo in cui la morte volontaria, inizialmente penalmente sanzionata[10], ha incominciato ad affermarsi come spazio di

---

alla situazione italiana, invece, in base al comunicato stampa trasmesso dall'ISTAT in data 8 agosto 2012 e relativo a "Tendenze, confronti internazionali e avvertenze per l'uso delle statistiche sui suicidi " inerente ai periodo 1993\2009 si evince come, in Italia si "registra uno dei più bassi livelli di mortalità per suicidio. Tra il 1993 e il 2009 la mortalità è diminuita significativamente da 8,3 a 6,7 suicidi ogni centomila abitanti, con piccole variazioni su livelli storicamente bassi negli ultimi anni"; inoltre "analizzando i quozienti per classe di età, risulta evidente come il fenomeno dei suicidi cresca all'aumentare dell'età: da 1,4 suicidi per centomila abitanti fra gli under 25 si arriva a 6,1 tra i 25-44enni, 8,4 fra i 45-64enni fino a 11,3 fra gli ultra sessantacinquenni che è otto volte più alta rispetto alla classe più giovane. La composizione per sesso evidenzia la maggiore propensione dei maschi al suicidio, più di tre volte superiore a quella delle femmine. Il tasso più alto è raggiunto dagli uomini anziani con 21 per centomila abitanti". Altresì, di particolare interesse è il working papers dell'Istat n. 15/2015 che ha analizzato le diverse cause di morte. http://www.istat.it/it/files/2015/07/Istat-Working-Papers_15_2015.pdf. o il Rapporto Osserva Salute 2017 sullo stato di salute della popolazione e sull'assistenza sanitaria nelle Regioni italiane pubblicato dall'Osservatorio nazionale dell'Università cattolica di Roma - https://www.osservatoriosullasalute.it/osservasalute/rapporto-osservasalute-2017# - che analizza come i principali fattori di rischio dell'azione suicidaria sono rappresentati dal genere maschile, dall'età anziana, dalla presenza di un disturbo psichiatrico e dall'abuso di sostanze. Anche i fattori di tipo culturale, ambientale e socio-demografico possono giocare un ruolo nel determinare la variabilità dei tassi di suicidio

[10] Un'utile ricostruzione storica è quella operata da MARRA R., *Suicidio e diritti. Un'alternativa a costruzioni eziologiche e programmi terapeutici*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1 del 1990, p. 211 ss.; MARRA R. *Suicidio, diritto e anomia, Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1987. Il primo caso di abrogazione di norme di condanna del suicidio si ha con Federico II di Prussia che, facendoci interprete e antesignano del nuovo spirito, emana due editti, nel 1747 e nel 1751, per abolire il reato (CANESTRARI S., *Rifiuto informato e rinuncia consapevole al trattamento sanitario da parte del paziente competente*, in CANESTRARI S., RODOTA' S., ZATTI P., FERRANDO G., MAZZONI C.M. (a cura di), *Il Governo del corpo. Trattati di biodiritto,* Giuffrè, Milano, 2011, p. 1804); è la Rivoluzione francese, però, con la sua ambizione di fare tabula rasa del passato, a segnare il punto di svolta di un generale processo di depenalizzazione, in forza del quale il suicidio è eliminato dalla lista dei delitti legali. Il Code pènal del 1791 abroga tacitamente la legislazione dell'*Ancien règime* sul suicidio pur non intervenendo sulla materia; nel 1793 la Convenzione reintroduce i principi del diritto romano per cui il patrimonio degli imputati che si danno la morte nel corso del processo doveva essere devoluto al fisco. Già l'anno successivo, però, nella stessa Convenzione si introduce la disposizione di restituire i beni nel frattempo confiscati alle famiglie. Cfr. MARRA R. *Suicidio, diritto e anomia, Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, cit. p. 91. Ci si rende conto, infatti, che il suicidio non può essere oggetto di istituzionalizzazione legale perchè è anomico l'agire dell'uomo nei confronti della società; muta, così, l'interpretazione del legame tra individuo e Stato e si relega su un piano secondario, privato e non normativizzato, la concezione del rapporto tra singolo e divinità. È emblematica la proposta, avanzata da Lazare Carnot, di inserire un nuovo diritto nella Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1793, mai entrata in vigore, che avrebbe dovuto recitare: "ogni cittadino ha il diritto di vita e di morte su se stesso; quello di parlare scrivere, stampare, pubblicare i suoi pensieri. Cfr. SAITTA A., *Costituenti e costituzione della Francia rivoluzionaria e liberale* (1789-1875), Giuffrè, Milano, 1975, p. 88-. Sono poche le legislazioni che non si adeguano alla trasformazione in atto, mantenendo disposizioni repressive della morte volontaria. Una delle più longeve e rigide è, senza dubbio, quella inglese; infatti, se fin dal X secolo il suicida era accostato a ladri e assassini è solo nel 1851 che sono abolite le pene previste contro il cadavere, quali l'uso di trascinare il corpo, infilzato in un bastone, per seppellirlo, poi, senza alcuna cerimonia; è soltanto nel 1870, poi, che viene meno la previsione della confisca del patrimonio. In realtà, nonostante l'abrogazione di queste disposizioni repressive, il suicidio continua ad essere qualificato come reato fino all'emanazione del *Suicide Act* del 1961 per quanto, in realtà, la giurisprudenza già tendesse a disapplicare la norma facendo ricorso alla scriminante dell'infermità mentale. Per ciò che attiene, più nello specifico, al nostro Paese, si può notare come anche in questo caso, con il razionalismo illuministico, viene progressivamente, ma lentamente, a ridursi la criminalizzazione del suicidio: le costituzioni piemontesi del 1770 e quelle modenesi del 1771 prevedevano ancora, oltre alla nomina di un curatore, una pena afflittiva rivolta a chi si fosse ferito con lo scopo di darsi la morte o avesse compiuto atti prossimi ad essa. Cfr. PERTILE A., *Storia del diritto italiano*, in *Storia del diritto penale*, Tipografia alla Minerva dei Fratelli Salmin, 1876, p. 510. Diverso, più in linea con l'evoluzione del pensiero giuridico, si pone, invece, la riforma, da parte di Pietro Leopoldo, nel 1786, della legislazione criminale meglio nota come la Leopoldina che esclude la morte volontaria dal novero delitti. Ultimo esempio, invece, di criminalizzazione del suicidio nella penisola, si ha, nel 1839, con il Codice penale

libertà e di non ingerenza da parte dello Stato nella sfera più intima del singolo; mai, però, come espressione di un diritto.

La progressiva decriminalizzazione del suicidio, invero, si è accompagnata a una pressoché contestuale penalizzazione delle condotte partecipative, attraverso l'introduzione delle fattispecie penalistiche dei delitti di istigazione e aiuto al suicidio, nonché, in epoca successiva, di quella dell'omicidio del consenziente.

2.1. Legislazione ordinaria: tra depenalizzazione del suicidio, nuove forme di reato e principi di indisponibilità

In Italia, è il codice Zanardelli del 1889[11] a incriminare per la prima volta l'ipotesi dell'aiuto al suicidio.

Questa disposizione condannava una partecipazione delittuosa, morale o materiale, che acquisiva rilevanza, da un lato, solo in quanto la morte si fosse effettivamente verificata e, dall'altro, solo se il suicida si fosse trovato, nel momento in cui era aiutato o determinato a compiere tale atto, in piena capacità di intendere e volere; in caso contrario, venendo meno un presupposto fondamentale per il configurarsi di tale fattispecie, il titolo di reato mutava in omicidio volontario.

Nulla si prevede, invece, fino al Codice Rocco del 1930, circa la fattispecie dell'omicidio del consenziente.

Quello in cui entra in vigore tale Codice penale era un contesto fortemente connotato in termini organicistici, in cui l'ideologia fascista considerava la Patria come "legge e religione, che richiede l'assoggettamento del particolare a un interesse generale e perenne"[12], in cui l'esigenza e i requisiti della colpevolezza trovavano la propria giustificazione, in un'ottica funzionalistica, negli scopi della pena[13] e in cui non vi era spazio per pretese individuali di autodeterminazione: il singolo poteva solo agire e pretendere di agire secondo il proprio dovere.

Pur in un quadro di tal genere, però, senza mettere in discussione l'indisponibilità del bene vita, si inizia a far strada l'idea per cui "la responsabilità giuridica dell'agente, per un atto che leda un altrui diritto" debba essere stabilita "dalla qualità dei motivi determinanti all'azione, secondo che siano giuridici o anti-giuridici, legittimi o illegittimi, […] sociali o anti-

---

promulgato dal Re di Sardegna, Carlo Alberto, il cui art. 585 indicava, che chiunque volontariamente si fosse dato la morte, sarebbe stato "considerato dalla legge come vile e, incorso nella privazione dei diritti civili, le disposizioni di ultima volontà che avesse fatte", sarebbero state "nulle e di niun effetto: sarebbe stato, inoltre, il medesimo, privato degli onori funebri di qualunque sorta". Cfr. BARGAGLI M., *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 131.

[11] Cfr. LOLLINI S. *Istigazione al suicidio altrui; art. 370 del codice penale. Saggio estratto dall'opera di prossima pubblicazione,* Tipografia Aldo Cappelli, Modena, 1895, p. 89.

[12] GENTILE G., *Che cosa è il fascismo*, ora in CAVALLERA H.A. (a cura di), *Politica e cultura*, I, Le Lettere, Firenze, 1990, p. 22.

[13] PULITANO' D., *Diritto penale,* Giappichelli, Torino, 2013, p. 296.

sociali. […] Allora è chiaro che se il consenso è estorto con violenza o con frode, l'atto è un vero omicidio" [14]; non in caso contrario.

Si delinea, così, il pensiero per cui lo Stato, se da una parte è tenuto a tutelare, tra i suoi membri, coloro i quali non siano in condizioni di autodeterminarsi in relazione alla propria esistenza, dall'altra ha il dovere di arretrare, se pur parzialmente, rispetto al consenso espresso da una persona pienamente in grado di intendere e di volere e nei confronti di chi sia mosso da sentimenti di pietà.

Il nuovo Codice penale, inoltre, riformula la disciplina inerente la fattispecie dell'istigazione e aiuto al suicidio[15], accomunando, però, sotto il medesimo illecito, figure estremamente eterogenee: da una parte, chi determini l'insorgere o il rafforzarsi dell'altrui intenzione al suicidio – istigazione -, attraverso un'azione di pressione psichica[16] "che offra una motivazione in concreto determinante a una volontà cosiddetta normale[17]"; dall'altra, chi fornisca aiuto materiale a chi abbia già autonomamente maturato l'idea di porre fine alla propria esistenza – aiuto - .

Si ha, quindi, omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa; si ha, invece, istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, posta in essere di mano propria, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione della stessa[18]. Tali gesti, di per sé non illeciti, "mutuano il proprio disvalore da una presunta antigiuridicità dell'atto suicidario che determina l'evento morte"[19].

Il suicidio, infatti, in questi casi, viene a configurarsi non "come condotta tipica di un illecito posto a carico di un soggetto diverso rispetto al suo autore materiale, ma al contrario come evento, sia pur come evento estremamente atipico nel suo risultare eziologicamente legato anche all'attività consapevole di persona diversa rispetto a quella che, della complessiva dinamica suicidaria, sarà penalmente chiamata a rispondere"[20].

---

[14] FERRI E. *L'omicidio – suicidio: responsabilità giuridica,* Fratelli Bocca, Torino, 1895, p. 31-32.

[15] CONTINIELLO A., POGGIALI G.F., *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale,* in *Giurisprudenza penale,* n. 4 del 2017; FAENZA F. *Profili penali del suicidio,* in CANESTRARI S., FERRANDO G., RODOTA' S., ZATTI P. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2011, p. 1801 ss.; *Eutanasia e diritto penale,* Giappichelli, Torino, 2001; VIGANO' F. (a cura di), *Reati contro la persona,* in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 403; MANZINI V., *Trattato di diritto penale,* Utet, Torino, 1964, p. 102 ss.,

[16] NUVOLONE P. *Problematica giuridica* in *Suicidio e tentato suicidio in Italia; Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale,* Giuffrè, Milano, 1967, p. 394\395; VANNINI O. *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale; Istigazione o aiuto al suicidio,* Giuffrè, Milano, 1950, VOL IV, p. 751.

[17] NUVOLONE P. *Problematica giuridica* in *Suicidio e tentato suicidio in Italia; Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale;* cit. p. 394-395.

[18] Cass. Pen. n. 3147 del 1998.

[19] SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1995. p. 725.

[20] BALBI G., O. GIRAUD, F. SCLAFANI, *Istigazione o aiuto al suicidio,* Edizioni scientifiche italiana, Napoli, 1997, p. 28-29.

La legislazione penalistica in questo senso è netta: il processo di depenalizzazione del suicidio, come detto, non apre la strada a una considerazione di totale disponibilità del bene vita: da una parte, riconosce al titolare dello stesso uno spazio di autonomia non sanzionabile; dall'altra, però, accompagnandosi alla criminalizzazione delle condotte partecipative, nega la legittimità dell'intervento di soggetti terzi in un'attività che possa comportare una lesione di quello stesso bene.

2.2. Suicidio e Costituzione: un mutamento di prospettiva?

Il passaggio dallo Stato di diritto legislativo allo Stato costituzionale rappresenta un momento che esercita un forte impatto sul modo di intendere i rapporti tra Stato e singolo, tra diritto e diritti.

Si porta, infatti, a compimento quel processo che nega l'idea per cui la volontà di tutti deve essere, "nella scelta di quel che è necessario per il mantenimento della pace e della difesa, una sola"[21] e che, pertanto, esalta forme di pluralismo politico e sociale che la Costituzione unifica, modificando la posizione della legge all'interno dell'ordinamento.

Lo Stato costituzionale, con i suoi principi, "richiede un'autocomprensione della scienza giuridica che dia spazio […] a una dimensione materiale di giustizia che si alimenta di ciò che si esprime nella dinamica della cultura"[22].

Sono i diritti della persona, intesa non più come una monade isolata e avulsa dal mondo, ma come entità composta proprio da quei rapporti sociali di relazione che, soli, la sostanziano, ad assumere la forza di legittimare l'intero ordinamento; è la persona stessa, nel suo patrimonio identificativo e irretrattabile, a costituire il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri: in questo sta, da un lato, la più piena differenza tra l'impianto personalista della nostra Carta fondamentale e una concezione radicalmente individualista, nonché, dall'altro, la manifestazione di quella pratica concordanza tra elementi propri dei due lati della dicotomia olismo – individualismo che caratterizzano le realtà moderne[23].

Un quadro così rivoluzionato costituisce l'imprescindibile campo di analisi per comprendere se il suicidio costituisca – o meno – espressione di un diritto che il singolo possa esercitare nei confronti dell'ordinamento.

La morte volontaria, rappresentando la manifestazione e l'esecuzione di una volontà distruttiva, impone, infatti, di tenere in considerazione – senza poterne tralasciare alcuno - diversi fattori, tutti apicali all'interno del nostro ordinamento costituzionale: da un lato, l'identità della persona, la sua dignità, il suo diritto di autodeterminarsi in relazione alle propria vita; dall'altro, gli interessi collettivi e sociali alla conservazione dell'esistenza del singolo.

Rivendicare di poter disporre del proprio corpo e della propria integrità fisica, "quale esercizio di una facoltà inerente il contenuto di un diritto su di un oggetto nostro", riconosciu-

---

[21] HOBBES T., *De Cive,* nell'edizione Einaudi, Torino, 2004, p. 149.

[22] ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia,* Il Mulino, Bologna, 2009, p. 235- 236.

[23] Si veda anche ZAGREBELSKY G., *Società, Stato, Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato degli anni accademici 1986-1987-1988,* Giappichelli, Torino, 1988, p. 23 ss.

to dall'art. 13 della Costituzione, non consente, infatti, di escludere dall'analisi una tensione storica e sociale con l'etica collettiva e l'alterità[24], nonché con la tutela accordata al diritto alla vita.

2.3. Il diritto alla vita e il principio di solidarietà: i diversi fattori in gioco

Se fulcro del discorso diventa la tensione tra individuo e alterità, è proprio alla luce di ciò che devono analizzarsi quei principi che, differentemente bilanciati, possono fondare l'esistenza di un diritto di morire: il diritto alla vita, l'eventuale esistenza di un dovere di vivere e il principio di solidarietà.

2.3.1.Diritto alla vita e dovere di vivere. Due lati di una stessa medaglia?

Il diritto alla vita è il primo tra i diritti civili a essere riconosciuto e garantito; alla sua tutela è, infatti, preordinato quel patto originario alla base della creazione dello Stato moderno e la sua difesa apre la fase dell'età dei diritti[25].

Esso è solennemente proclamato all'art. 3 della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948, all'art. 6 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966, all'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Se nessuna previsione specifica pare rinvenirsi nell'ordinamento costituzionale italiano, ciò non ha impedito alla giurisprudenza costituzionale di ricondurre il diritto alla vita tra quei diritti inviolabili dell'uomo[26] che occupano una posizione privilegiata nella società, in quanto riferibili all'essenza dei "valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana"[27]. Per quanto il nostro testo costituzionale non ne parli in modo esplicito, il diritto alla vita "è certo un *prius* ontologico che si può presumere implicito in molte disposizioni" [28]. E', in tal senso, un diritto pre-politico, inviolabile.

Nelle sue forme primigenie la sua protezione, ristretta per lo più all'ambito penalistico dei reati contro la persona, si limita alla salvaguardia della nuda vita, del potere di goderne, del non essere uccisi sia dagli altri consociati nei rapporti orizzontali che si creano tra singolo e società sia, quantomeno in termini di non arbitrarietà, dai poteri costituiti.

Progressivamente, però, di pari passo, da un lato, con l'evolversi delle vicende della modernità che pongono sotto nuova luce interrogativi volti a comprendere cosa sia l'uomo, la sua vita e quale tutela si debba apprestare per assicurare allo stesso la migliore esistenza

---

[24] ZATTI P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza,* in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2007, p. 13.

[25] BOBBIO N., *L'età dei diritti,* Einaudi, Torino, 1997.

[26] C. Cost. n. 54 del 1979; C. Cost. n. 223 del 1996; C. Cost. n. 35 del 1997.

[27] C. Cost. n. 1146 del 1988.

[28] DOSSETTI G., *La Costituzione. Le radici, i valori, le riforme,* Edizioni Lavoro, Roma 1996, p. 263-264.

possibile e, dall'altro, con la sempre maggiore rilevanza assunta dai diritti umani in generale, il diritto alla vita muta il suo significato proprio[29].

Esso inizia ad essere composto - e in questa forma tutelato - da una pluralità di elementi: invero, l'esistenza di ogni soggetto non può più essere slegata dalla sua identità e coscienza individuale, né può intendersi come avulsa dall'aspetto che maggiormente qualifica la persona: la dignità umana[30]; quest'ultima corrisponde a un'idea universalistica[31] indicante il valore intrinseco degli esseri umani, agenti razionali e sensibili, capaci di autonomia e carichi dell'aspirazione di fare delle proprie vite qualcosa che esprima e realizzi la loro individualità[32].

Nel rapporto tra vita e dignità, la prima precede e fonda la seconda, la quale a sua volta, illumina e qualifica la prima[33].

Anche la giurisprudenza costituzionale sembra accreditare questa impostazione, quando, con la sentenza n. 467 del 1991, afferma che "a livello di valori costituzionali, la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti all'uomo come singolo, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di questa relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso". La coscienza individuale, quindi, si pone come "principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo" e che fa sì che i diritti inviolabili "non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni e impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza". Allo stesso modo, la sentenza n. 13 del 1994 sottolinea come, tra i diritti che formano il patrimonio irrinunciabile della persona umana, l'art. 2 della Costituzione riconosca e garantisca il diritto all'identità personale, il diritto, cioè, ad essere "se stessi, con il relativo bagaglio di convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali".

Una mera tutela della vita biologica non appare più sufficiente; sono diversi e intrinsecamente personali gli elementi che connotano l'esistenza umana e che costituiscono le diverse sfaccettature di cui si compone il diritto alla vita; si passa dalla salvaguardia della

---

[29] GIACOBBE G., *Problemi civili e costituzionali sulla tutela della vita* in *Il diritto di famiglia,* 1988, p. 1119 ss.; PIZZORUSSO A., *Stato, cittadino, formazioni sociali. Introduzione al diritto pubblico,* Zanichelli, Bologna, 1979, p. 69.

[30] È Hume a pubblicare, nel 1741, un saggio intitolato *Dignità della natura umana,* reintitolato nel 1770 *Dignità o viltà della natura umana.* Cfr. HUME D., *Saggi morali, politici e letterari,* in *Opere filosofiche* III, Laterza, Bari-Roma, 1987. Specificamente, sul punto della dignità umana RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni),* in *Politica del diritto,* 1991, p. 343 ss.

[31] http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf. Specificamente, sul punto della dignità umana RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni),* in *Politica del diritto,* 1991, p. 343 ss.

[32] MALVESTITI B., *La dignità umana dopo la Carta di Nizza. Un'analisi concettuale,* Ethica, Napoli, 2015, p. 14.

[33] RUGGERI A., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti. (Profili problematici e ricostruttivi),* cit. p. 396.

nuda vita alla protezione dell'esistenza biografica, connotata in modo soggettivamente diverso da parte di ogni essere umano[34].

La vita, intesa nella sua complessità, costituisce, pertanto, un valore apicale negli ordinamenti moderni e la sua inviolabilità consente di connotarla come un diritto fondamentale, personalissimo, incedibile e indelegabile[35]. Mai, però, come l'oggetto di un dovere.

Esiste un diritto, non un obbligo di vivere, né esplicito né implicito nell'ordinamento; conseguenza di ciò è che l'esistenza diventa una libera scelta, eventualmente rinunciabile da parte di colui che ne è l'unico titolare: l'essere umano. L'inviolabilità della vita da parte di soggetti terzi, non fa venir meno la sua disponibilità da parte del singolo a cui non può essere imposto, in forza di principi esterni, trascendenti o collettivi, di vivere[36].

Il principio personalista che informa la Carta costituzionale continua, infatti, a rappresentare la stella polare alla luce della quale l'intero ordinamento deve essere interpretato; come tale, esso impone di considerare come prioritario lo sviluppo e la realizzazione della persona secondo il significato che essa stessa attribuisce alla propria esistenza e nei limiti in cui, al di fuori di condizionamenti esterni, essa la ritenga degna di essere vissuta.

2.3.2. Il principio di solidarietà. Un limite alla configurazione del diritto di morire?

---

[34] ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia,* Cedam, Padova, 2018, p. 200.

[35] BOSANO JOLY L., *Omicidio volontario o diritto al suicidio?* in *Rivista penale,* 1982, p. 757 ss.

[36] Particolarmente interessante, in questo senso, è la sentenza del Consiglio di Stato n. 2806 del 9 giugno 2008 che riforma una decisione del T.A.R. Lazio – n. 3170 del 28 gennaio 2004 – che in parte aveva respinto il ricorso presentato da un finanziere dipendente dalla Guardia di Finanza che aveva tentato il suicidio sparando un colpo con la pistola di ordinanza e contro il quale i superiori gerarchici, in conseguenza di tale gesto, avevano disposto la sospensione cautelare dal servizio e la perdita di grado per rimozione. Il TAR, con la sua pronuncia, avalla la tesi secondo cui il militare avrebbe posto in essere una "censurabile condotta, nella sua oggettività, che contrasta con lo status di militare ed è indicativa di una marcata carenza di qualità morali e soprattutto caratteriali" (Atto n. 379213 del 1° dicembre 2001 del Comandante Generale della Guardia di Finanza); il finanziere avrebbe, infatti, compiuto il suo insano gesto al chiaro scopo di attentare ad un interesse primario e generale qual è l'indisponibile diritto alla vita, ancorché della propria persona (Atto n. 182194 del 23 maggio 2002 del Comandante in seconda della Guardia di Finanza a seguito del procedimento disciplinare attivato. L'ordinamento militare è quello che, invero, ancora oggi manifesta in modo più palese questa idea di totale appartenenza del singolo, attraverso un assoluto ed incondizionato assoggettamento dello stesso alla gerarchia che, così come può imporre, se necessario, di morire, può prescrivere di vivere, sanzionando gli atti contrari a tali disposizioni secondo un principio di indisponibilità della propria esistenza (art. 712 del D.P.R. 90\2010). Il Consiglio di Stato, però, rigetta l'impostazione del TAR, così come quella dell'amministrazione militare che aveva comminato le sanzioni impugnate, stabilendo che "nessuna norma consente, in sede giurisdizionale o amministrativa, di disporre una sanzione o di formulare un giudizio di esecrazione, di biasimo o di rimprovero nei confronti di chi abbia tentato il suicidio". Il principio di indisponibilità della vita, infatti, non riguarda il suo titolare che, come tale può decidere di disporne e che non è obbligato ad uno stato di appartenenza ad un ente collettivo. Ciò, a maggior ragione, se si considera che nel caso in esame, ad essere oggetto di sanzione non è nemmeno la morte volontaria in sé, ma il suo tentativo. La conclusione a cui perviene la Sezione, che qui più interessa, è quella per cui "l'Amministrazione non può muovere alcun giudizio di disvalore, e tanto meno di esecrazione, nei confronti del finanziere per il fatto che egli aveva puntato l'arma contro se stesso; […] solo un giudizio di umana comprensione può essere mosso nei confronti di chi abbia avuto un tale momento di disperazione (ed abbia "tentato" il suicidio)".

I diritti inviolabili, come il diritto alla vita, sono rappresentativi di una dimensione irrinunciabile e intangibile dell'uomo[37] che il costituzionalismo moderno ha voluto porre in un regime di indisponibilità da parte del potere e di terzi.

Se tale aspetto costituisce un elemento essenziale connotante uno Stato costituzionale, esso non è, tuttavia, l'unico. La Carta fondamentale, infatti, sviluppa e perfeziona la percezione relativa alla sfera di ciò che è realmente fondamentale riferendosi alla persona, immersa in una rete di relazioni, di esperienze e di bisogni, e non all'essere umano inteso in senso astratto e atomistico, come titolare di una relazione esclusiva con il potere pubblico secondo un'impostazione individualistica; quest'ultima, invero, pur non implicando assenza di relazioni interindividuali, porta ad includere le stesse nell'universo autocentrato del singolo, come se fossero una sua propaggine, un'effusione nel mondo e nella società[38].

Per comprendere il senso di quanto detto, sono significative le parole utilizzate da La Pira nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente: quando si tratta dei diritti dell'uomo non ci si può riferire soltanto ai "diritti individuali di cui parlano le Carte costituzionali del 1789, ma anche ai diritti sociali e delle comunità, attraverso le quali la persona umana si integra e si espande[39].

La società a cui si guarda (e il principio di solidarietà a essa necessariamente connesso), trae le sue radici dall'ideale della fratellanza della Rivoluzione francese, per quanto in quel contesto quest'ultima fosse intesa più come una virtù civica, utile al consolidamento della Nazione[40] che un principio giuridico – istituzionale[41].

Il modo di intendere la solidarietà cambia radicalmente con l'affermarsi dello Stato costituzionale: il godimento dei diritti riconosciuti, lungi dall'esaurirsi, come detto, in una sfera prettamente individuale, fa "sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future" [42]; i diritti fondamentali devono dare "la fisionomia sintetica del nuovo Stato" e dei rapporti tra questo e i cittadini[43] ed è evidente che, tra le diverse possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti, "la sola veramente conforme alle esigenze storiche che il nuovo statuto dell'Italia democratica deve soddisfare, sia quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (in-

---

[37] FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza,* Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

[38] ALLEGRETTI U., *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale,* Il Mulino editore, Bologna, 1989, p. 28.

[39] Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 9 settembre 1946.

[40] GIUFFRE' F., *I doveri di solidarietà sociale,* in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi,* Giappichelli, Torino, 2007, p. 23-24. A tal riguardo, si sostiene come il riferimento alla fratellanza abbia trovato uno svolgimento nella previsione di veri e propri doveri dei cittadini a partire dalla Costituzione giacobina del 1793 e nella Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III – 22 agosto 1975.

[41] Si veda, per una ricostruzione del concetto di fraternità e di come questo sia un elemento centrale nel diritto costituzionale, MASSA PINTO I., *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli,* Jovene, Napoli, 2011. A pagina 65, l'autrice afferma come il contenuto minimo della solidarietà/fraternità sia quello proprio del costituzionalismo del secondo dopo guerra e venga a coincidere con il dovere supremo di non rompere il compromesso, l'armistizio con cui si è costituzionalizzato il conflitto.

[42] Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2000.

[43] DOSSETTI G., *La ricerca costituente. 1945 – 1952,* Il Mulino, Bologna 1994, p. 103.

tesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda, mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale" [44].

Il primato della persona e dei suoi diritti è, quindi, legato a doppio filo alla sua dimensione sociale e al suo agire, all'interno di questa, in responsabilità solidale; una responsabilità che, senza implicare alcuna forma di subordinazione, porta le persone "a completarsi a vicenda mediante la molteplice organizzazione della società moderna"[45].

In questo modo si sottolinea "il parallelismo […] tra il fine di garantire l'autonomia e la dignità della persona umana e quello di promuovere la necessaria solidarietà sociale. Sono questi i due obiettivi ai quali va attribuita una pari importanza"[46], in uno sforzo che si caratterizza in senso anti individualista e che pone elementi di concordanza[47] con aspetti propri dell'organicismo, per quanto scevro dei suoi elementi totalitari.

A tale proposito, è interessante richiamare la discussione relativa a quello che sarebbe dovuto essere il penultimo articolo sui rapporti civili predisposto dai relatori Basso e La Pira e che così era stato concepito[48]: "le libertà garantite dalla presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento della persona umana, in armonia con le esigenze della solidarietà sociale e in modo da permettere l'incremento del regime democratico mediante la sempre più attiva e cosciente partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica. Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità".

È un articolo che, nella sua formulazione originaria, vede la contrapposizione tra chi riteneva pericoloso il "voler convogliare l'esercizio delle libertà secondo determinate finalità[49]" – poiché avrebbe impegnato la persona a un perfezionamento anche quando questa, per le sue attitudini e inclinazioni, non lo avesse voluto perseguire - e chi, al contrario, sosteneva che si dovesse dare alla solidarietà umana "un significato positivo, in quanto tutti i diritti sono concepiti non soltanto per il bene del singolo, ma anche per il bene comune, che deve essere incrementato e promosso costantemente attraverso l'esercizio della libertà individuale. La libertà in un regime democratico, infatti, non mira a permettere il soddisfacimento dell'arbitrio individuale, ma la pienezza dei valori della persona e la collaborazione positiva dei singoli per la realizzazione del bene collettivo" [50].

---

[44] Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta del 9 settembre 1946. Cfr. anche DOSSETTI G., *La ricerca costituente. 1945 – 1952,* Il Mulino, Bologna 1994, p. 107.

[45]Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta del 10 settembre 1946.

[46] Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Dossetti, seduta dell'11 settembre 1946.

[47] Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Basso, seduta dell'11 settembre 1946.

[48] FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza,* cit. p. 5.

[49] Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione. Mastrojanni, seduta del 2 ottobre 1946.

[50] Prima sottocommissione della commissione per la Costituzione, Moro, seduta del 2 ottobre 1946.

Il testo di questo articolo è trasmesso, il 19 dicembre 1946, data di conclusione dei lavori della Prima sottocommissione, al Comitato di coordinamento, il cui compito era quello di ordinare gli articolati approvati dalle varie Sottocommissioni per poi sottoporli all'esame e alla deliberazione della Commissione dei 75[51]. Il risultato finale di questa discussione porta all'attuale formulazione dell'art. 2 che, per la prima volta, associa il principio di solidarietà al concetto di dovere: tale disposizione costituisce una sintesi in cui trova spazio sia l'affermazione della centralità della persona umana, sia il richiamo alla responsabilità che discende, per ciascuno, dall'essere inserito in comunità, con la conseguente assunzione di doveri reciproci.

Diritti e doveri, quindi, assumono un ruolo complementare[52] tenendosi nel segno di una comune ispirazione personalista[53] che impone il superamento dell'individualismo liberale e stabilisce che il singolo che entri in contatto con altri esseri umani o con i soggetti del pluralismo sociale e istituzionale debba accettare la riduzione dell'estensione di alcuni suoi diritti per favorire la realizzazione di quelli altrui o della comunità intera[54]; il tutto, al di là dei vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità[55].

È evidente, pertanto, che il ruolo strutturante l'ordinamento costituzionale, attribuito al principio di solidarietà non possa che avere inevitabili ricadute anche sul tema dell'esistenza di un diritto di morire.

3. Il suicidio, libertà di fatto o diritto?

Nel tentativo di definire se il suicidio possa connotarsi in termini di diritto, ci si deve soffermare, quindi, non tanto sulla prospettiva interna – del tutto insindacabile - della persona che, con la propria personalità e vicenda biografica, si trova di fronte alla scelta tra la propria vita e la propria morte, ma, piuttosto, su come tale gesto si definisca dall'esterno, dal punto di vista dei diritti e dei doveri.

Solo in questo modo è possibile cogliere, in primo luogo, come la libertà (*di fatto*) di *darsi* la morte, che implica un *non facere* da parte di terzi, sia cosa ben diversa dal diritto di *darsi* la morte (eventualmente attraverso condotte partecipative); in secondo luogo, poi, si può comprendere come sia proprio intorno al concetto di diritto e di dovere che si snoda la questione trattata; quando si fa riferimento a un diritto soggettivo, quale potere di agire per il

---

[51] FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza, cit*. p. 69.

[52] Parte della dottrina ritiene che i diritti inviolabili assumono rilievo maggiore rispetto ai doveri inderogabili in quanto sono riconosciuti dalla Costituzione come preesistenti all'ordinamento e da questo conseguentemente garantiti; i doveri, invece, sarebbero esistenti solo in quanto previsti dal diritto positivo. Cfr. tra gli altri BARONE G., *Diritti*, *doveri*, *solidarietà*, *con uno sguardo all'Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1249 ss.

[53] GIUFFRE' F., *I doveri di solidarietà sociale,* in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi,* cit. p. 23.

[54] FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza,* cit. p. 71.

[55] Corte cost. n. 75 del 1992.

soddisfacimento di un proprio interesse individuale protetto dall'ordinamento giuridico, infatti, l'aspetto della tutela è essenziale[56]: esiste un diritto solo in quanto "l'ordinamento difenda, mediante la propria autorità e l'attivazione degli strumenti di coercizione di cui è dotato, la soddisfazione dell'interesse del singolo"[57]. Per dovere, inteso in una connotazione prettamente giuridica,[58] al contrario, si indica una condotta funzionale al perseguimento di uno scopo, un vincolo imposto alla volontà del singolo che si traduce in una situazione giuridica soggettiva di svantaggio. Il dovere è un'eccezione alla regola del *favor libertatis*, sicché, in assenza di prescrizioni, prevale la libertà di coscienza individuale[59].

Il punto sta qui: il diritto alla vita, connotato da elementi di inviolabilità, rappresenta il primo tra i diritti soggettivi; a esso non corrisponde uno speculare dovere di vivere, quale situazione giuridica di svantaggio che consenta di tradurre il diritto in soggezione, avvalendosi del richiamo all'interesse generale.

Tuttavia, se, da un lato, la disponibilità della vita umana da parte di chi ne sia titolare e nei limiti di un esercizio ristretto alla sua sfera giuridica non può essere messa in discussione, allo stesso modo, dall'altro, non si può non considerare la rilevanza che nel nostro ordinamento giuridico assume quel patto di mutua assistenza che trova il proprio fine nella realizzazione di una democrazia effettiva e che sembra poter mettere in discussione la possibilità di configurare un *diritto soggettivo* di morire.

Il vero contraltare alla piena disponibilità della vita, pare, quindi, rinvenibile, per il tema che qui interessa, nel principio di solidarietà, nel rapporto tra singolo e alterità che rischierebbe di essere vanificato dall'affermazione di un diritto che, giuridicamente inteso, porrebbe in capo a terzi e allo Stato, il dovere di rispettarlo e garantirlo; con ciò portando, i primi, a violare quella rete umana presupposta a ogni relazione sociale e, il secondo, quel diritto alla vita in funzione del quale ogni ordinamento statale si origina.

L'art. 2 della Costituzione non disconosce la componente individualistica della personalità umana e, anzi, la qualifica con il pregio dell'irretrattabilità.[60] Esclude ogni finalizzazione del singolo, negando che lo stesso, come persona, possa essere annullato nella società; tut-

---

[56] FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali,* Laterza, Roma – Bari, 2001, p. 5 ss.

[57] TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato,* Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 74. Cfr. soprattutto GUASTINI R., *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto,* Giappichelli, Torino, 1996, p. 152: l'autore sostiene che i diritti rispondano a tre condizioni: a) sono suscettibili di tutela giurisdizionale; b) possono essere esercitati o rivendicati nei confronti di un soggetto determinato; c) il loro contenuto è costituito da un obbligo di condotta non meno determinato del soggetto in questione.

[58] Le connessioni e le differenze tra doveri giuridici e morali sono indagate, tra gli altri, da KANT I., *La metafisica dei costumi,* nell'edizione Laterza, Roma – Bari, 2004, il quale stabilisce che solo i primi trovano la loro fonte nel diritto positivo, hanno capacità di imporsi anche contro la volontà di chi vi è tenuto attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio; l'adempimento e la violazione di valori etici, invece, producono conseguenze solo nella sfera personale dell'obbligato.

[59] DE MARIA B., *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali,* in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi,* cit. p. 235.

[60] GROSSI P. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana,* Cedam, Padova, 1972, p. 67.

tavia, afferma come l'ingresso in essa comporti l'acquisizione di una relazione in più: la relazione sociale[61].

Questo legittima, da un lato, il fatto che i singoli individui possano rivendicare, per sé, la più completa autonomia morale di scelta e possano chiedere che lo Stato non imponga nessuna concezione etica[62]; dall'altro, però, determina lo sviluppo di una duplice obbligazione reciproca che si declina, in senso verticale, tra gli apparati pubblici e i cittadini, nonché, in senso orizzontale, tra ciascuna persona e gli altri membri della comunità[63]. Si pone, quindi, la necessità dell'osservanza di doveri il cui fine razionale è la realizzazione del patto democratico e il cui adempimento porta a porre dei vincoli all'esercizio della libertà dei singoli; proprio quel concetto di limite, come affermato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 1956, che è insito nell'idea stessa di diritto[64].

È evidente, quindi, che il principio di autodeterminazione rispetto al modo in cui il singolo decide intorno alla propria esistenza non possa porsi in termini assoluti; esso costituisce indiscutibilmente "un'armatura per contrastare l'invadenza dello Stato"[65], ma non arriva fino all'affermazione di una libertà senza regole.

Finché ci troviamo, come nel suicidio, di fronte a un atto destinato a risolversi solo nella sfera individuale di un singolo e che non investe, comprimendole, le libertà degli altri consociati, esso non può essere limitato. Può essere prevenuto attraverso l'esercizio di azioni socialmente rilevanti[66] poste in essere in una dialettica sinergica tra i diversi soggetti dell'ordinamento e le istituzioni e volta a evitare che i singoli siano indotti a darsi la morte per motivi che incidono sulla possibilità di una determinazione volitiva pienamente libera, ma non può essere limitato.

L'atto di chi sceglie di *levar la mano su di sé* non implica una *relatio ad alteros*, ma esaurisce i suoi effetti nella sfera personale del suicida"[67] che resta, al tempo stesso, soggetto e oggetto di quel gesto. In questi termini, una criminalizzazione della condotta andrebbe a

---

[61] CALABRO' G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralista,* Giappichelli, Torino, 1999, p. 23.

[62] CALABRO' G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralista,* cit. p. 124.

[63] GIUFFRE' F., *I doveri di solidarietà sociale,* in BALDUZZI R., CAVINO M., GROSSO E., LUTHER J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi,* cit. p. 24.

[64] Afferma la Corte, nella sentenza n. 1 del 1956, che "una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite é insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile".

[65] FORTINO M., *Le diseguaglianze per natura e le risposte del diritto: il problema dei limiti all'autodeterminazione dei soggetti,* in BRECCIA U., PIZZORUSSO A., ROMBOLI R. (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo,* Plus, Pisa, 2007, p. 34-35.

[66] RODOTA' S., *La vita e le regole; tra diritto e non diritto,* Feltrinelli, Milano, 2006 p. 119.

[67] MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale, delitti contro la persona,* cit., p. 176; egli effettua una distinzione tra atti comandati, autorizzati, permessi, dannosi e tollerati. Questi ultimi si caratterizzano per il loro disvalore giuridico, perché, se commessi *manu propria*, non sono punibili, ma se commessi *manu aliena* sono sanzionabili.

privilegiare il disvalore dell'azione rispetto all'evento, nell'ambito di una valutazione eticizzante del diritto penale, compatibile solo con i valori sottesi ad uno Stato autoritario in cui l'integrità fisica è indisponibile per chiunque in quanto precondizione per il godimento di beni (anche rifiutati dall'interessato) e per lo svolgimento di attività e funzioni di interesse pubblico[68].

Il suicidio, quindi, è una libertà (di fatto). Non un diritto. Il supposto diritto di morire, però, non è affare privato, ma relazionale e coinvolge una pluralità di sfere giuridiche. Non solo quella di colui che chiede di essere aiutato a porre fine alla propria esistenza, ma anche quella di familiari e, come si vedrà, medici, interlocutori privilegiati di tali richieste.

Queste considerazioni, pur nella consapevolezza dell'impossibilità di pervenire, rispetto a questi temi, a una verità valida e indiscutibile per tutti, non possono essere omesse.

4. Dal suicidio all'eutanasia. Quadro di analisi e principi in gioco

Se questo è l'esito delle riflessioni, cui si perviene a partire dal suicidio, diventa urgente comprendere, in un'epoca in cui i progressi della scienza aprono scenari fino a poco tempo fa impensabili, se e come esso possa riguardare anche le questioni di fine vita in ambito medico, in un contesto di evoluzione tecnologica.

Come afferma Hans Jonas, "oggi […] la *tecnhe* si è trasformata in un illimitato impulso progressivo della specie […] il cui traguardo di dominio sulle cose e sull'uomo appare come l'adempimento della sua destinazione"[69]. Questa sovranità della scienza sulla natura, questa trasformazione dell'uomo in "homo faber"[70] - che, conscio delle nuove potenzialità che gli sono offerte, pone se stesso come oggetto della tecnica -, sfida le "certezze" naturali sulla nascita e sulla morte[71]: l'essere umano, così come ha scoperto la possibilità di produrre artificialmente l'inizio della vita mediante una serie di atti di natura tecnica, allo stesso modo, ha sviluppato la possibilità di prolungarla, attraverso mezzi artificiali elaborati sotto il suo controllo"[72].

Natura e tecnica, in questo senso, si confondono, con il rischio di affidare, qualora non emerga un approccio alla bioetica effettivamente fondato sulla responsabilità[73], la libertà dell'essere umano all'oggetto che esso stesso ha creato.

---

[68] ROMBOLI R., *Art. 5,* in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Delle persone fisiche,* Zanichelli, Milano, 1973, p. 241.

[69] JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica,* Einaudi, Torino 2009, p. 13.

[70] JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica,* cit. p. 23.

[71] SICARDI S., *Ai confini delle cure, tra umanità e discernimento*, in *Atti del convegno: Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012, p. 67 ss.; per una riflessione sui nuovi problemi sollevati dal rapido procedere della scienza, si veda, CASONATO C., *Introduzione al biodiritto,* Giappichelli, Torino, 2012.

[72] SIMONCINI A., CARTER SNEAD O., *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano),* in *Quaderni Costituzionali*, 2010, p. 7 ss.

[73] JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica,* cit. Primo oggetto dell'agire responsabile è l'esistenza: la responsabilità primaria dell'esser uomo è che ci sia un futuro, non vago, nel quale sia possibile riappropriarsi, con consapevolezza, del nostro essere come essere-responsabili. Jonas, in tal senso, definisce la responsabilità come totale, continua e riferita essenzialmente al futuro. L'uomo è l'unico soggetto di

Fatte queste brevi premesse, limitando l'analisi al tema che qui interessa, ci si rende conto del fatto che la possibilità per "l'uomo in condizioni di malattia terminale di decidere in autonomia, libertà e consapevolezza il tempo e il modo della propria morte"[74], costituisce l'emblema di come le biotecnologie determinino una radicale messa in discussione della vita come valore assoluto, configurando uno spostamento del confine tra questa e la morte[75], diventata un tabù da rifuggire in ogni modo.

La tragedia moderna, in questo senso, si gioca nella fuga dalla tragedia, nell'assurdo sforzo di rimuovere la realtà della morte dall'orizzonte esistenziale[76].

In un contesto di tal genere, nell'ambito delle questioni legate al fine vita, emerge un soggetto qualificato: non più, come nel suicidio, un essere umano che attivamente e liberamente decide che non vuole più vivere e in tal senso agisce, ma un paziente, affetto da una patologia cronica e invalidante – il più delle volte allo stadio terminale - , passivamente sottoposto alle tecniche della medicina moderna volte a prolungare artificialmente una vita che, in quelle condizioni, il singolo non considera più degna di essere vissuta[77].

La presenza di una malattia incurabile come autentica causa (del desiderio) di morte impone, quindi, di distinguere, da un lato, tra il non contrastare una fine - che non si vorrebbe in assenza di quella malattia - e il suicidarsi e, dall'altro, tra il lasciarsi morire - rifiutando o desistendo da un trattamento terapeutico - e il darsi la morte (o, come già detto, che altri la *diano a sé* attraverso un contributo causalmente rilevante[78]).

Sono questioni radicalmente diverse, che non chiamano in causa, tutte, il diritto di morire e che mostrano il loro carattere controverso nelle situazioni che riguardano un paziente in uno stato di impotenza fisica tale da renderlo "prigioniero" e da costringere altri a essere complici nella realizzazione della sua scelta di morte; in caso estremo, al ruolo di suoi sostituti nella messa in atto della stessa.

In ciò emerge con chiarezza ciò che si è cercato di definire nel paragrafo precedente: l'assolutezza del principio per cui ognuno per se stesso, sul suo corpo e sulla sua mente è sovrano[79], non può che relativizzarsi di fronte a una *relatio ad alteros* che coinvolge soggetti

---

responsabilità, l'unico possibile soggetto etico che deve comprendere la propria umanità come naturalità: la natura comprende l'uomo, l'uomo è la natura.

[74] TRIPODINA C., *Eutanasia, diritto, Costituzione nell'età della tecnica,* in *Diritto pubblico,* n. 1/2001, p. 117.

[75] JONAS H., *Il diritto di morire,* Il melangolo, Genova, 1991, p. 12.

[76] RAZZANO G., *Dignità nel morire. Eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2014, p. 17. Interessante è l'analisi svolta da BARBAGLI M., *Alla fine della vita. Morire in Italia,* Il Mulino, Bologna, 2018, che, al contrario, contesta questa tendenza di negazione della morte sulla base dell'esame di tre questioni: 1) il luogo in cui le persone trascorrono le ultime ore della loro vita; 2) il sentimento di paura che, dalla metà del 1800 in poi, coinvolge le persone con riferimento alla fine della vita; 3) cosa accade successivamente alla scomparsa di una persona.

[77] Cfr. RODOTA' S., *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma Bari, 2010, p. 210.Stefano Rodotà, che rimette all'insindacabile autodeterminazione del soggetto, la definizione di ciò che è o non è degno, afferma che "la vita degna di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costituisce come tale".

[78] JONAS H., *Il diritto di morire*, cit., p.11.

[79] MILL J.S., *Saggio sulla libertà,* Il saggiatore, Milano, 2009, p. 55.

terzi: famiglie, medici e strutture sanitarie[80]; queste ultime collocano il malato direttamente nella sfera pubblica, lo sottopongono alle loro norme e ai loro controlli e, soprattutto, chiamano in causa la natura più intima del rapporto terapeutico medico – paziente.

5. Lasciarsi morire. Dare la morte. Accompagnare nella morte. A differenti fenomeni, differenti qualificazioni giuridiche

Lasciarsi morire; dare la morte (a un soggetto che, nell'ambito del quadro sopra descritto, la invochi) o aiutare a *darsi* la morte; eventualmente, accompagnare *nella* morte.

Sono queste le condotte chiamate in causa quando si parla di fine vita in condizioni di patologia tali da non far ritenere più, da parte di chi ne sia affetto, la vita degna di essere vissuta.

Sono questioni, come detto, non assimilabili, che necessitano, ciascuna, di un'analisi che consenta di cogliere i diversi principi in gioco, su cui la possibilità di configurare, all'interno del nostro ordinamento, un diritto di morire, incide in modo rilevante o, al contrario, non incide minimamente e che risulta interessante esaminare a partire dai singoli casi concreti che le hanno riguardate e che, attraverso l'azione dei giudici, hanno fatto sì che esse si rapportassero al diritto positivo e ai principi stabiliti nella Costituzione.

In tal senso, si rivela essenziale quest'ultimo aspetto: la legge generale e astratta, oggi, pare non trovare più giustificazione integralmente in se stessa; essa non è più in grado di risolvere le tensioni e le imperfezioni che si riscontrano in ogni società attraverso un sistema di garanzie stabili e definitive[81], ma, al contrario, è chiamata a misurare il proprio valore nella regolamentazione, il più adeguata possibile alle aspettative che la dinamica dei rapporti sociali propone[82], delle questioni che si presentano nei diversi contesti storico – culturali.

Per il tema che qui interessa, le singole vicende inerenti le questioni di fine vita, si sono rapportate e si rapportano al diritto secondo modalità riconducibili essenzialmente a due fenomeni: in primo luogo, si assiste all'emersione, in modo sempre più pressante, di pretese individuali che, interrogando il *diritto,* aspirano ad essere qualificate come *diritti*[83]. Questi ul-

---

[80] BERTOLISSI S., MICCINESI G., GIUSTI F., *Come si muore in Italia. Storia e risultati dello studio Senti-Melc* in *Rivista società italiana di medicina generale,* n. 2 del 2012, p. 17 e ss. Lo studio Senti-MELC (Monitoring End-of Life Care with Sentinel surveillance networks of general practitioners) del 2012 ha analizzato le "traiettorie" dei malati in fine vita e ha rilevato che il 65% dei decessi non è motivato da una causa improvvisa e/o non prevedibile. Negli ultimi tre mesi di vita la gran parte dei trasferimenti è diretta "da casa a ospedale", mentre solo un malato su 10 compie il tragitto inverso "da ospedale a casa", e sempre uno su 10 cambia la sua destinazione "da casa a hospice". Questa tendenza, osserva BARBAGLI M. in *Alla fine della vita. Morire in Italia,* cit., sembra si stia invertendo negli ultimi anni, con un sempre maggiore aumento dei decessi in casa o nelle residenze per anziani.

[81] PRODI P., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto,* Il Mulino, Bologna, 2000, p. 12.

[82] ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia,* cit., p. 189.

[83] È una tendenza, questa, che inizia a manifestarsi contestualmente all'emergere di una concezione individualistica della società, divenendo uno dei principali indicatori del progresso storico. BOBBIO N., *l'Età dei diritti,* Einaudi, Torino, 2013, p. 8.

timi, infatti, non nascono tutti in una volta, né una volta per sempre, ma sono originati dalle nuove istanze che si affacciano in una realtà sociale interessata, oggi, da profonde e rapide trasformazioni[84] che portano con sé rivendicazioni a che l'ordine giuridico si faccia carico dei drammi più profondi del singolo soddisfacendo ogni sua aspirazione[85].

È compito dell'interprete, in queste ipotesi, definire quali bisogni sia effettivamente possibile configurare come diritti soggettivi e quali no, indipendentemente dall'esistenza di una legge preesistente che li regolamenti.

In questo quadro si può inscrivere il percorso che ha portato al riconoscimento, a livello giurisprudenziale, prima, e legislativo, poi, di un diritto alla *desistenza terapeutica*. Istanze in tal senso, nell'ultimo periodo, per la verità, sembrano riguardare anche l'eutanasia attiva – nella sua declinazione di suicidio assistito -, generalmente ricondotta al secondo fenomeno che si caratterizza, invece, per l'affermarsi della possibilità di mettere in discussione la legge, come disposizione generale e astratta, quando essa si mostri carente, nel suo applicarsi al dato concreto, di elementi di *giustezza.*

L'interpretazione giuridica è, quindi, un'attività mossa da finalità essenzialmente pratiche: procedendo in questo modo è, infatti, possibile verificare che, nei casi maggiormente connessi alla singolarità di ogni esperienza umana, si può determinare uno scarto tra l'assunzione di senso del legislatore che, il più delle volte, storicamente inteso, ha disposto in contesti le cui peculiarità applicative attuali di quella fattispecie non erano nemmeno ipotizzabili, e il significato di cui il fatto è dotato socialmente[86].

Quantomeno in questi settori, la giustizia della legge, spesso, sta nel rapporto che essa istituisce con la convivenza; essa consente di prendere in considerazione i casi della vita, di analizzarli secondo concezioni intrinseche al contesto culturale della comunità di diritto in cui la legge stessa è chiamata a operare e di valutare l'adeguatezza di quest'ultima rispetto alla sua funzione sociale[87].

---

[84] I diritti fondamentali si pongono come diritti storici, nati in determinate circostanze contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri. Prima iniziano a configurarsi come libertà negative – diritti di prima generazione -, poi come diritti sociali, pretese nei confronti dello Stato – diritti di seconda generazione - emergono, poi, i diritti della terza generazione tra cui, il più importante, quello di vivere in un ambiente salubre. Pressochè contestualmente, però, nella seconda metà del secolo scorso, iniziano ad affacciarsi nuove richieste, che trovano la propria origine negli effetti sempre più sconvolgenti della ricerca biologica sulle manipolazioni del patrimonio genetico di ogni singolo individuo. A questi, poi, si aggiungono, a partire dagli anni '70 del 1900 i c.d. diritti di terza e quarta generazione. BOBBIO N., *L'Età dei diritti,* cit. p. 13- 15.

[84] BOBBIO N., *L'età dei diritti*, cit. p. 16.

[85] CARTABIA M., "*Nuovi diritti" e leggi imperfette*, in *Iustitia,* n. 3 del 2016, p. 157.

[86] ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 147. L'arbitrarietà della legge può configurarsi anche in caso di irrazionalità o irragionevolezza della stessa. Cfr. MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, p. 31.

[87] DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di*), Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 160; ZAGREBESLSKY G. MARCENO' V., *Giustizia costituzionale,* Il Mulino, Bologna, 2008, p. 206-207 Ciò avviene, a maggior ragione, in quei settori dell'ordinamento strettamente connessi al vissuto e all'esperienza umana, in cui le regole devono convivere con i principi e con un ethos sotteso da cui non possono trascendere. In questi ambiti, infatti, secondo gli autori, l'esigenza di adeguatezza delle norme alle caratteristiche dei casi regolati è particolarmente sensibile. Diventa pregnante il "necessario rapporto tra l'astratta prescrizione del legislatore ed i contesti umani […] nella loro concretezza e nella loro storica mutevolezza": non è più soltanto condizione di effettività di qualsiasi prescrizione, ma addirittura di validità. Sul ruolo del fatto nella giurisprudenza

6. Il diritto alla desistenza terapeutica: il rapporto medico paziente, il consenso informato e il rifiuto dei trattamenti sanitari

Come detto, riconducibile al primo fenomeno descritto, è il percorso che ha portato all'affermazione di un diritto alla desistenza terapeutica, riconosciuto dalle Corti e dal legislatore, con la l. n. 219 del 2017 recante disposizioni in materia "di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento".

Esso, se si guarda alla distinzione effettuata nel paragrafo precedente, riguarda la possibilità di un soggetto di lasciarsi morire; non un diritto di morire. Nella desistenza terapeutica, infatti, il decesso è imputabile causalmente alla malattia sul cui decorso si innesta l'omissione o l'interruzione del trattamento terapeutico, di rianimazione o di sostentamento artificiale. Non è un terzo che procura la *buona morte,* ma questa è conseguenza inevitabile della cessazione della terapia.

Il bene giuridico su cui si incide, in queste situazioni, è la salute, tutelata dall'art. 32 della Costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e – secondo una prospettiva oggettivo sociale – come interesse della collettività[88], e che, in questi casi, viene in considera-

---

costituzionale si veda anche OLIVITO E., *Il fatto nel giudizio sulle leggi,* in *Rivista del Gruppo di Pisa,* n. 1 del 2017, che va ad analizzare come il rilievo del fatto nel giudizio di legittimità costituzionale riguardi necessariamente questioni legate al ruolo e alla legittimazione della Corte costituzionale e i rapporti tra essa, il potere legislativo e i giudici comuni; MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001. L'autore, a pagina 65, rileva che, soprattutto nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, assumono importanza "tutti quei dati che direttamente o indirettamente sono veicolati a causa del processo interpretativo: non solo, quindi, le disposizioni censurate e quelle parametro, ma anche i contesti di fatto e di diritto, nei quali le *regulae iuris* sono destinate ad operare"; AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in AA.VV, *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 14; RESCIGNO G.U., *Prassi, fatto normativo e scienza giuridica*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bononia University Press, Bologna, 2008, p. 583; RUGGERI A., *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in www.federalismi.it, n. 25 del 2016, p. 3 ss. ; LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 521 ss.; CARTABIA M., *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *www.biodiritto.org*, n. 1 del 2017, p. 11 ss..

[88] Circa il rapporto tra salute come fondamentale diritto dell'individuo e come interesse della collettività si veda Corte costituzionale n. 184 del 1986: "la lettera del primo comma dell'art. 32 della Costituzione, che non a caso fa precedere il fondamentale diritto della persona umana alla salute, rispetto all'interesse della collettività alla medesima, ed i precedenti giurisprudenziali, inducono a ritenere sicuramente superata l'originaria lettura in chiave esclusivamente pubblicistica del dettato costituzionale in materia". In ciò sta la più netta distanza rispetto al passato, in cui il bene salute era apprezzato solo nella sua dimensione oggettiva e istituzionale, come condizione obiettiva e presupposto di ogni politica di gestione dell'ordine pubblico. Il dato sanitario era collegato al rischio di emergenza collettiva e il diritto alla salute dei cittadini era promosso e tutelato come effetto del tutto eventuale ed indiretto rispetto al bene primario della collettività. Fino all'istituzione del Ministero della Salute nel 1958, con legge 13 marzo 1958, n. 296, infatti, ogni più rilevante competenza in tale settore era dislocata presso il Ministero dell'Interno, autorità, appunto, deputata ad occuparsi dell'ordine pubblico e, pertanto, anche di forme di igiene e di sanità. Cfr. CILIONE G., *Diritto sanitario: profili costituzionali e amministrativi, ripartizione delle competenze, organizzazione, prestazioni, presidi sanitari privati, professioni: con riferimenti normativi bibliografici e giurisprudenziali*, Edizioni Maggioli, Rimini, 2003 p. 45 ss. e FERRARA R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in *Trattato di Biodiritto,* Giuffrè, Milano, p. 12; BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali,* Giappichelli, Torino, 1997, p. 68; BASSO L., *La persona umana negli interventi di Dossetti e Basso*

zione nella sua declinazione negativa: ogni essere umano è, infatti, libero di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di decidere di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana suoi propri, finanche di lasciarsi morire[89], senza la presenza ingombrante – magari perché futile e senza speranza – di presidi terapeutici e clinici[90]. Se le cure non costituiscono più, nella nostra società, un principio autoritativo, ma un atto di libera scelta, allora è evidente che esse possano essere oggetto di rinuncia e che a essa debba essere dato seguito. Al singolo, così, è riconosciuta la libertà di prendere possesso della propria morte nella coscienza concreta del suo incombere[91].

In questo senso, si chiama in causa la libertà di lasciarsi morire, come conseguenza negativa del non sottoporsi a trattamenti terapeutici e che trova il proprio fondamento in un nuovo modo di intendere il rapporto tra medico e paziente.

Negli ultimi decenni, infatti, si è assistito a un progressivo abbandono della concezione paternalistica dell'attività medica[92], la quale si connotava per la devoluzione al sanitario del ruolo di tecnico ed esperto[93], delegato a decidere nell'interesse del paziente e, pertanto, a modulare l'informazione per convincerlo - ed eventualmente costringerlo - a "fare il proprio bene"[94].

È con la valorizzazione, operata dalle Carte fondamentali del secolo scorso, della dignità e del diritto di autodeterminazione di ciascun individuo che il ruolo del malato, nel rapporto con il medico, inizia a mutare e a essere caratterizzato da una partecipazione attiva

---

all'Assemblea costituente, in *Parole chiave*, 10-11, 1996, p. 305-313; BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana,* Cedam, Padova, 1953. Cfr. anche FALZONE V., PALERMO F., CASENTINO F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, Milano, 1976, p. 114. La *coesistenza tra la dimensione individuale e quella collettiva in tale disposizione costituzionale, nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo, impongano che si predisponga, per quanti abbiano ricevuto un danno alla salute dall'aver ottemperato all'obbligo del trattamento sanitario, una specifica misura di sostegno consistente in un equo ristoro del danno.* In materia si vedano anche Corte Costituzionale n. 307 del 1990; *C*orte Costituzionale n. 118 del 1996; Corte Costituzionale n. 257 del 1996; Corte costituzionale n. 27 del 1997; Corte Costituzionale n. 226 del 2000; Corte costituzionale n. 38 del 2002; Corte costituzionale n. 282 del 2002.

[89] Consiglio di Stato n. 4460 del 2014.

[90] D'ALOIA A., *Decidere sulle cure. Il discorso giuridico al "limite" della vita,* in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2010, p. 242.

[91] JONAS H*., Il diritto di morire*, cit. p. 27.

[92] CATERINA R., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, p. 771 ss; CASENTINO F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 120, definisce l'atteggiamento paternalistico del medico come la "privazione o forte riduzione di libertà di scelta da parte dell'individuo, operata dall'ordinamento al fine di assicurare una particolare protezione della persona, o di una intera categoria di persone, da atti contrari al proprio interesse". SGRECCIA E., SPAGNOLO A.G. e DI PIETRO M.L. (a cura di), *Bioetica. Manuale per i diplomi universitari della sanità*, Vita e pensiero, Milano, 2002, p. 213 s. Per un breve quadro dei differenti principi bioetici CALÒ E., *Il consenso informato: dal paternalismo all'autodeterminazione*, in *Notariato,* 2000, p. 184.

[93] Rimarcata anche dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale "il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea" Cass. Civ., 22.12.1925, in *Giurisprudenza italiana*, 1926, I, 1, p. 537.

[94] Comitato Nazionale per la Bioetica, *Informazione e consenso all'atto medico*, 20 giugno 1992, p. 61; SGRECCIA E., SPAGNOLO A.G. e DI PIETRO M.L. (a cura di), *Bioetica. Manuale per i diplomi universitari della sanità,* cit., p. 213; GRAZIADEI V. M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P., *I diritti in medicina*, in RODOTÀ S., ZATTI P. *(*a cura di), *Trattato di biodiritto* Giuffrè, Milano, 2011, p. 209.

dello stesso nel processo decisionale concernente il proprio corpo[95], che trova la propria espressione (e traduzione in termini giuridici) nel principio del consenso informato[96], la sussistenza del quale costituisce elemento legittimante ogni trattamento.

Esso trova la propria origine nell'opera delle Corti: in Italia, ne è attestata per la prima volta l'importanza in una sentenza della Corte d'Appello di Milano del 1939[97], ma si deve attendere il 1967 perché la giurisprudenza di legittimità[98] riconduca l'inosservanza del dovere di acquisire tale assenso alle cure[99] a una violazione degli artt. 13 e 32 della Costituzione e faccia da ciò discendere una responsabilità del medico[100].

Solo successivamente la Corte costituzionale conferma tale orientamento.

Infatti, se già con la sentenza n. 471 del 1990[101], quest'ultima inizia a interpretare la possibilità di disporre del proprio corpo da parte del malato come "libertà" e non come "potere"[102], è solo con la pronuncia n. 438 del 2008[103], che arriva a elevare il consenso informato a sintesi dei diritti espressi dagli artt. 13 e 32 Cost. In questo senso, dopo aver ricordato che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", definisce il consenso alle cure come "espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico", chiarisce che esso "si configura quale vero e proprio diritto della persona" e pone "in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali: quello all'autodeterminazione e quello alla salute; ciò, in quanto se è vero che ogni

---

[95] PUCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 12 ss.

[96] È opportuno evidenziare come l'emergere della "dottrina" del consenso informato non sia stata unanimemente accolta con favore. Vi è stato, infatti, chi ha sottolineato come sia possibile dare un'interpretazione del fenomeno paternalistico che non si limiti a una forma di supremazia del medico nei confronti del paziente. A questo proposito, si è, ad esempio, posto in luce come *a)* talvolta il paziente si rivolga al medico perché questi lo rassicuri e, in simili casi, il medico mostri generalmente una certa riluttanza a negargli il proprio conforto, anche se ciò implica che non venga comunicata la piena verità; *b)* accentuare gli effetti positivi della terapia e sminuire quelli negativi possa portare ad infondere ottimismo nel paziente, con la conseguenza che questi – come è stato scientificamente provato – è posto nella condizione di rispondere meglio alla terapia rispetto ad un paziente pessimista. Cfr. WEAR S., *Informed consent. Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine*, Dordrecht, Boston-London, 1993, p. 26. Ulteriori aspetti sono stati evidenziati da HERMEREN G., *Informed Consent from an Ethical Point of View*, in WESTERHÄLL L., PHILLIPS C. (a cura di), *Patient's rights. Informed consent, access and equality*, Nerenius & Santérus, Göteborg, 1994 p. 56 s. Nella dottrina italiana, pur non contestando il superamento del principio paternalistico, alcuni ritengono che il malato non sia in grado di determinarsi consapevolmente a causa dello squilibrio informativo esistente tra le parti. Cfr. STANZIONE P., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 696.

[97] Corte d'Appello di Milano, 21.3.1939. NANNINI U.G., *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia Germania e Italia*, cit., p. 358 ss.

[98] Cfr. Cass. Civ. n. 1945 del 1967.

[99] Cfr. MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente*, *Consenso e informazione tra libertà e responsabilità Aggiornato a Cass. Civ.n.21748 del 16/10/07 e Trib. pen. Roma, n.2049 del 17/10/07*, *in materia di consenso informato e rifiuto nutrizione e ventilazione artificiali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 185 ss.

[100] Cass. Civ., 04.02.2016, n. 2177; Cass. Pen., 11.07.2001, n. 1572. Il consenso, per dirsi validamente prestato, deve essere personale - salvo nelle ipotesi di incapacità di intendere e volere del paziente – specifico, esplicito, reale ed effettivo.

[101] Corte Costituzionale n. 471 del 1990.

[102] ROSSI E., *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2011, p. 5; si veda anche CASONATO C., *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *«www.cortecostituzionale.it»,* 2009; ROSSI S. voce *Consenso informato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2012, p. 183.

[103] Corte Costituzionale, n. 438 del 2008.

individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative"[104].

Definito il quadro a livello giurisprudenziale, si deve attendere, però, fino alla l. n. 219 del 2017[105], perché si pervenga all'affermazione di questo principio anche a livello legislativo.

All'obbligazione, da parte del medico, di eseguire correttamente la prestazione sanitaria, se ne aggiunge, quindi, un'altra – che condivide con la prima la medesima fonte contrattuale – volta a tutelare tanto il diritto alla salute quanto quello all'autodeterminazione del malato[106], garantito attraverso l'obbligo del medico di illustrare al paziente le modalità e le conseguenze della cura o dell'intervento[107] e di acquisire il consenso alla loro esecuzione.

---

[104] Corte Costituzionale n. 253 del 2009.

[105] Prima dell'entrata in vigore di questa legge, a livello normativo interno, riconoscimenti dell'obbligatorietà del consenso si riscontravano solo in singole leggi che lo limitavano all'oggetto della loro disciplina specifica: nella legge n. 458 sul trapianto del rene tra persone viventi e nella legge n. 592 sulla raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano, entrambe risalenti al 1967; nella legge n. 135 del 1990 (*Piano degli interventi urgenti in materia di prevenzione e lotta all'Aids*), nel d.lgs. n. 211 del 2003 sull'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico. Importante, poi, risulta essere la disciplina contenuta nella legge n. 180 del 1978 (*Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*) e nella legge n. 833 del 1978 (*Istituzione del servizio sanitario nazionale*) le quali, con la medesima formulazione affermano che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari" (rispettivamente, art. 1 comma 1 e art. 33) e che i trattamenti sanitari obbligatori "devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato" (rispettivamente art. 1 comma 4 e art. 33). Cfr. QUAGLIARIELLO C., FIN C. *Il consenso informato in ambito medico. Un'indagine antropologica e giuridica,* Il Mulino, Bologna, 2016, p. 40. Al tempo stesso, a livello internazionale, possono menzionarsi l'art. 5 e l'art. 8 della Convenzione di Oviedo sulla "Protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina" del 1997 e l'art. 3 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza). In ultimo, poi, si pongono gli artt. 33 e 35 del Codice di deontologia medica.

[106] MIOTTO G., *La "struttura" dei danni da omissione del "consenso informato"*, in *Diritto civile contemporaneo*, 21 luglio 2015, p. 6. In tal senso, però, si riscontrano due orientamenti: un primo che ritiene risarcibile il danno cagionato dalla omessa o lacunosa informazione del sanitario solo in quanto comporti un effettivo pregiudizio alla salute, a prescindere dalla violazione del principio di autodeterminazione Cfr., ad esempio, CARNEVALI U., *Omessa informazione da parte del medico, danno da trattamento terapeutico e ipotetica scelta del paziente*, in Responsabilità civile e previdenza, 2010, p. 2181 ss.; MONTANARI VERGALLO G., *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, p. 236. Un diverso indirizzo giurisprudenziale e dottrinale, viceversa, ritiene che, anche quando non si verifica un danno alla salute e al medico non sia imputabile la minima imperizia, la violazione dell'obbligo di informazione può comunque dare diritto al risarcimento, purché, però, sia configurabile un pregiudizio (c.d. danno-conseguenza) patrimoniale o anche non patrimoniale causalmente connesso ad esso, di cui il paziente – secondo la consueta ripartizione dell'*onus probandi* – deve dare dimostrazione. Cfr. MEANI S*., Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*, in *Corriere giuridico*, 2006, 1244 ss.; MARTORANA C., *Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1997, p. 389. A livello giurisprudenziale, *ex multiis*, cfr. Trib. Milano sez. V, 4 marzo 2008. Per pronunce più recenti Cass. Civ, 20.05-2016, n. 10414; Cass. civ. 04.02.2016, n. 2177; Cass. civ., 29.09.2015, n. 19212; Cass. civ., 14.07.2015, n. 14642; Cass. civ. 12.06.2015, n. 12205; Cass. civ., 31.03.2015, n. 6439; Cass. civ, 14 marzo 2006, n. 5444 afferma che "la correttezza o meno del trattamento […] non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni"; o Cass. pen, 11.07.2001, n. 1572 che afferma che "non è attribuibile al medico un generale "diritto di curare", a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di "soggezione" su cui il medico potrebbe "ad libitum" intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invero, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive queste derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia,

Una volta prestato, però, quest'ultimo deve perdurare per tutta la terapia[108]: il consenso iniziale crea un vincolo che è continuamente suscettibile di modifica: nel caso di un rapporto medico – paziente che si configuri, come attualmente è, in termini di alleanza terapeutica, è riscontrabile, infatti, una parte cooperativa ascrivibile al malato non solo nella fase di "progettazione" del contratto – al fine della determinazione del miglior piano terapeutico -, ma in ogni momento di esecuzione successiva. La prestazione medica, in questo senso, è sottoposta a un costante processo di revisione; nel caso in cui il paziente decida di rinunciare a un trattamento già imposto, esso riprende il controllo della fase esecutiva, ne nega la prosecuzione o ne chiede una rimodulazione.

Laddove il malato esprima un dissenso informato, autentico e attuale non può, quindi, che essergli riconosciuto un vero e proprio diritto di non curarsi, che può avere a oggetto qualunque tipo di trattamento, anche quelli c.d. salva – vita, quali respirazione, nutrizione e idratazione artificiale.

Sebbene, dunque, il personale sanitario sia investito di una posizione di garanzia[109] nei confronti dei pazienti, l'obbligo giuridico di attivarsi allo scopo di preservare la loro salute trova un limite nella cosciente, libera e informata opposizione da parte dello stesso soggetto sottoposto alla cura.

È esclusa in radice una regolazione *ab externo*[110]. Compito del medico, rimodulandosi la sua sfera di azione, diventa pertanto quello di agire nei limiti che essa rende possibili, prestando le cure necessarie ad alleviare il dolore terminale e accompagnando il paziente *nella* morte[111]. Ciò, trova la propria più piena manifestazione soprattutto nei casi in cui il pa-

---

per potersi estrinsecare abbisognano di regole, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi.

[107] Cfr. CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, in AA.V.. *Studi in onore di Pietro Rescigno; Responsabilità civile e tutela dei diritti,* Giuffrè, Milano, 1998, p. 127.

[108] FERRANDO G., *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in RODOTA' S., ZATTI P. (a cura di), *Trattato di Biodiritto* (Vol. *Il Governo del Corpo*), Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 1875.

[109] Cass. Pen., sentenza 11.03.2005 n. 9739. Con riguardo alla relazione diagnostico - terapeutica quale fonte della posizione di garanzia. Cfr. *ex multiis,* Cass. pen, 28 ottobre 2004, n. 46586, Cass.pen. 14 novembre 2007, n. 10795; Cass. pen., 4.06.2008, n. 35307; Cass. Pen.. 14.11.2008, n. 47490; Cass. Pen., 4.03.2009, n. 10819; Cass. Pen. , 19.05.2009, n. 38225; Cass. Pen,, 8.04.2010, n. 20370.

[110] Cass. Civ. 12.06.2015 n. 12205.

[111] VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma,* Feltrinelli, Milano, 2007, p. 241. In questo ambito, fondamentale è la rilevanza delle cure palliative. Quando si parla di palliazione si fa riferimento a quella serie di interventi terapeutici e assistenziali finalizzati alla "cura attiva e totale di malati la cui patologia di base non risponde più a trattamenti curativi specifici. Il tutto, attraverso il controllo del dolore, degli altri sintomi e in generale dei problemi psicologici, sociali e spirituali" - Consiglio Direttivo SIAARTI (Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva), *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative?* – "documento condiviso" per una pianificazione delle scelte di cura, documento approvato in data 22 aprile 2013) che possono riguardare una persona nelle fasi finali della propria esistenza. Attraverso questi interventi, si salvaguarda, senza contrastarla, la naturalità dei fenomeni umani e si sancisce il diritto fondamentale di ciascuno di vivere i momenti finali della propria esistenza nel modo più dignitoso possibile e senza sofferenza. Esse realizzano che il paziente terminale è una persona che (ancora) vive: se gli obiettivi terapeutici non sono più volti alla guarigione, essi comunque hanno a oggetto il prendersi cura in un'ottica non solo prettamente analgesica, ma più latamente esistenziale e relazionale (MANCUSO F., *Dolore, dignità, speranza: il diritto alla salute nei pazienti in fase di fine vita*, in LUCREZI F., MANCUSO F. (a cura di), *Diritto e vita: biodiritto, bioetica, biopolitica,* Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 60-63). Il pieno riconoscimento della legittimità di tali cure si deve, poi, alla legge 15 marzo 2010 n. 38, contenente "*Disposizioni per garantire*

ziente vigile e cosciente (in quanto competente e capace di intendere e di volere) si trovi in condizioni di dipendenza tali da rendere necessario l'intervento di un altro soggetto – il medico – al fine di attuare concretamente l'interruzione delle cure. In tali casi, infatti, all'elemento relazionale e fiduciario proprio dell'alleanza terapeutica si aggiunge una richiesta di condotta attiva del personale sanitario che deve essere garantita: se ogni azione medica è vincolata alla permanente intenzione primaria del soggetto e al suo diritto di rivederla, sarebbe, infatti, irragionevole far scontare al malato la sua impotenza fisica con la perdita di un diritto[112]: quello di autodeterminarsi in relazione alle fasi patologiche della propria esistenza, riconducibile agli artt. 13 e 32 della Costituzione, e da tutelarsi anche laddove ciò implichi forme di desistenza terapeutica che conducano all'evento morte.

I due fondamentali momenti che hanno portato all'affermazione di questi diritti sono da individuarsi nei casi di Piergiorgio Welby, nel 2006 – la cui vicenda influenza ed è influenzata da quella di Eluana Englaro – e di Walter Piludu, nel 2016.

Sia Welby[113] che Piludu, come noto, impossibilitati a interrompere il trattamento di respirazione automatica, si rivolgono ai giudici affinchè sia riconosciuto il loro diritto di sottrarsi a un trattamento percepito dagli stessi come sproporzionato e insopportabile, per quanto oggettivamente appropriato quanto alla finalità di tenerli in vita.

Nel 2006, Welby ricorre ex art. 669 ter c.p.c. e 700 c.p.c. al Tribunale di Roma, al fine di ottenere dal medico che lo ha in cura, dopo essere stato sedato, il distacco del respiratore che lo tiene in vita. Il Giudice romano, pur riconoscendo l'esistenza di un diritto soggettivo, garantito dall'articolo 32 della Costituzione, di richiedere l'interruzione della terapia medica, dichiara inammissibile il ricorso, ritenendo tale diritto non suscettibile di tutela giuridica in quanto al tempo mancava, nel sistema italiano, una normativa specifica atta a regolamentare le decisioni di fine vita in un contesto clinico.

Sarà lo stesso Tribunale di Roma, in sede penale, a pronunciare, nei confronti del dott. Riccio, imputato per omicidio del consenziente, una sentenza di non luogo a procedere: afferma, infatti, il Giudice che "la condotta di colui che rifiuta una terapia salvavita costituisce

---

l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore", con particolare riferimento alle fasi avanzate e terminali della patologia, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza. Essa è considerata tra le più complete e avanzate in Europa e, riconoscendo il diritto soggettivo di ogni cittadino (con fondamento negli articoli 2 e 32 della Costituzione) ad accedere alle cure palliative e alla terapia del dolore, definisce espressamente come fondamentali alcuni principi applicativi: la tutela della dignità, dell'autonomia del malato e della qualità della vita sino al suo termine, nonché l'imprescindibilità di un sostegno sanitario e socio-assistenziale adeguato per la persona malata e per la famiglia. La normativa, il riconoscimento a livello legislativo, però, non sono di per sé sufficienti: da un lato, l'attuazione della l. n. 38/2010 pare ancora lontana dal raggiungimento di un risultato ottimale e omogeneo in tutte le diverse Regioni italiane (Si vedano, in tal senso, gli annuali rapporti al Parlamento sullo stato di attuazione della l. n. 38/2010 recante "*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*"); dall'altro, al tempo stesso, non si ravvisa una piena coscienza dell'effetto, da parte della classe medica, del nuovo approccio alla sofferenza del paziente.

[112] JONAS H., *Il diritto di morire,* cit. p. 32. Con riferimento alle tesi dottrinarie che riscontrano una violazione del principio di uguaglianza tra quei soggetti che possono porre fine alla propria esistenza chiedendo l'interruzione del trattamento salva vita e quelli che, essendo fisicamente impediti, non possono farlo si veda CHECCOLI T., *Profili costituzionali dell'eutanasia,* in ROMBOLI R.PIZZORUSSO A., BRECCIA U., (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo,* Plus, Pisa, 2007, p. 314.

[113] http://www.associazionelucacoscioni.it/il-caso-giuridico-di-piergiorgio-welby/

l'esercizio di un diritto soggettivo e darvi seguito rappresenta l'adempimento di un dovere giuridico"; non si può, infatti, "riconoscere l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale quello all'autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, per poi lasciarlo senza tutela. Tale diritto nasce già perfetto, non necessita di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria e può sostanziarsi, così come di "una pretesa di astensione, anche di un intervento da parte di terzi qualificati in ragione della loro professione".

Successivamente a tale vicenda, quasi sette anni dopo, è pronunciata ancora una sentenza[114] che chiude il caso Englaro[115] e che, per i fini che qui interessano, ben consente di cogliere l'evoluzione del processo che porta all'affermazione di un diritto alla desistenza terapeutica. Il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 4460 del 2014, nel respingere il ricorso presentato dalla Regione Lombardia avverso la sentenza di annullamento (T.A.R. Lombardia, n. 214 del 2009) del provvedimento della Direzione Generale Sanità che aveva negato la possibilità di accesso a una struttura regionale per ottenere il distacco, autorizzato dalla Corte d'Appello di Milano (con decreto del 9.7.2008), del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente Eluana Englaro, evidenzia il vizio in cui è incorso l'ente regionale. Quest'ultimo, infatti, ritiene che l'obbligo di ricovero da parte del Sistema Sanitario Regionale sussista solo nei "casi in cui si debba (e si possa) curare una determinata patologia". Secondo i giudici amministrativi, però, la Regione ha indebitamente posto alla base del proprio rifiuto di ricovero una visione assolutizzante, autoritativa, della "cura", intesa in termini di necessario beneficio per il paziente; facendo ciò, essa "si è illegittimamente sostituita alla volontà del malato, al suo specifico bisogno di cura e, in ultima analisi, al suo fondamentale e incomprimibile diritto di autodeterminazione terapeutica, quale massima espressione della sua personalità" che, come tutti i diritti di libertà, "implica la tutela del suo risvolto negativo: a fronte del diritto, inviolabile, che il paziente ha di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non (più) voluto, sta semplicemente l'obbligo, da parte dell'amministrazione sanitaria, di attivarsi perché tale diritto possa essere concretamente esercitato".

Due anni dopo questa pronuncia e dieci anni dopo quella che decide il caso Welby, la medesima questione si ripropone con la vicenda di Walter Piludu, affetto da Sclerosi Laterale Amiotrofica e, anche lui, tenuto in vita solo grazie a un respiratore artificiale. Con ricorso ex art. 700 c.p.c., egli chiede l'autorizzazione, da parte del Tribunale di Cagliari, al distacco dei presidi medici necessari per il proprio sostegno vitale, previa sedazione.

---

[114] A cui farà seguito ancora il Tar Lombardia, con la sentenza n. 650 del 2016 e il Consiglio di Stato con la sentenza n 3058 del 2017.

[115] Il 16 ottobre 2007, con la sentenza n. 21748, la Corte di Cassazione, in radicale contrasto con quanto sostenuto nelle precedenti pronunce riguardanti il medesimo caso, interpreta e qualifica la vicenda di Eluana Englaro sancendo il principio per cui "è possibile disporre l'interruzione, su istanza di un tutore, di idratazione e alimentazione forzata, quali trattamenti terapeutici, in presenza di due circostanze concorrenti: in primo luogo, che la condizione di stato vegetativo del paziente sia apprezzata clinicamente come irreversibile, senza alcuna sia pur minima possibilità, secondo standard scientifici internazionalmente riconosciuti, di recupero della coscienza e delle capacità di percezione; in secondo luogo, che sia univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento".

A differenza che per Piergiorgio Welby, in questo caso il giudice accoglie il ricorso[116]: tale rifiuto, infatti, esprime una scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale[117].

In un contesto così definito e giuridicamente qualificato, interviene la legge n. 219 del 2017[118] che, recependo a livello legislativo questi principi, all'art. 1 commi 5 e 6, afferma che "ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte […] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento […] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento". Nella nozione di trattamento sanitario rientrano anche nutrizione e idratazione artificiale. Al riconoscimento di tale diritto, consegue l'obbligo, per il medico, di "rispettare la volontà espressa dal paziente".

7. Eutanasia attiva e diritto di morire. Esiste davvero un vuoto legislativo?

Trattare il tema dell'eutanasia[119], oggi, implica fare riferimento alla sola eutanasia pietosa[120], "atto individuale di un uomo verso un altro uomo, sorretto dal movente altruistico di

---

[116] Tribunale di Cagliari, 16.07.2016.

[117] La sentenza, inoltre, definisce le modalità con cui attuare l'interruzione del trattamento di sostegno vitale. Si dispone, infatti, "che in accordo con il personale medico e paramedico che attualmente assiste lo stesso, l'interruzione del trattamento di respirazione artificiale o di altre procedure di assistenza strumentale, avvengano in *hospice* o altro luogo di ricovero confacente ed eventualmente – se ciò sia opportuno ed indicato dalla miglior pratica della scienza medica – con somministrazione di quei soli presidi atti a prevenire ansia e dolori e nel solo dosaggio funzionale a tale scopo comunque con modalità tali da garantire un adeguato e dignitoso accudimento accompagnatorio della persona prima durante e dopo la sospensione del trattamento".

[118] Cfr. si veda BORSELLINO P., *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica nella legge sul testamento biologico,* in *Diritto e salute,* n. 4 del 2018, p. 35-50.

[119] DWORKIN R., *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale,* Edizioni di Comunità, Milano, 1994. Secondo Dworkin sono presenti tre questioni distinte nelle decisioni che concernono l'eutanasia; le prime due attengono all'autonomia del paziente, strettamente connessa, a sua volta, al miglior interesse dello stesso. Tali due aspetti consentono di far appello all'idea che sia meglio vivere una vita strutturata secondo uno stile determinato, perfino quando essa giunga alla fine (p. 262). Si fa riferimento, in questo caso, a due tipologie di interessi che connotano la vita di ciascuno: quelli di esperienza, ma soprattutto, quelli critici (p. 277-278), ossia quegli interessi il cui soddisfacimento rende la vita autenticamente migliore. Tali elementi devono, poi, trovare il modo di conciliarsi con la terza questione, quella che riconosce un valore intrinseco e una connotazione sacrale alla vita. Punto essenziale, secondo Dworkin, è, a questo punto, comprendere come la sacralità della vita debba essere intesa e rispettata; il tutto, partendo dalla consapevolezza del carattere determinante che assume il contributo umano in questa valutazione. "Le opinioni si dividono non perché alcuni disprezzano i valori che altri onorano, ma, al contrario, perché i valori in questione sono al centro delle vite di ciascuno e nessuno è disposto a considerarli così banali da accettare gli ordini di altre persone riguardo al loro significato" (p. 300).

[120] Quando si parla di eutanasia si fa in realtà riferimento, storicamente, a una pluralità di fenomeni estremamente diversi. Si veda in tal senso, D'AGOSTINO F., *Eutanasia, diritto e ideologia,* in *Justitia* 1977, p. 296; TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia*, cit.; DWORKIN G., FREY R.G., BOK S., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro,* Edizioni di comunità, Torino, 2001; MORO T., *Utopia, lo Stato perfetto, ovvero l'isola che non c'è ,* Edizioni Demetra, Firenze, 2003 p. 106 che fa riferimento al fenomeno eutanasico quale efficace pratica economica, quale "soppressione di malati incurabili, di invalidi, di vecchi, allo scopo utilitario di alleggerire la collettività dal gravame parassitario di soggetti economicamente inutili o socialmente inadatti". La declinazione più tragica dell'eutanasia si ha, poi, con la concretizzazione dell'eutanasia eugenetica – eliminazione di individui in virtù della mitizzazione della razza pura da proteggere contro ogni

arrecare beneficio a chi si trovi in condizione di malattia terminale e sofferenza irrimediabile" [121].

Il fine ultimo diventa, in questi casi, quello di procurare una morte benefica, anticipando l'evoluzione della patologia[122], ponendo in essere un atto di piena disposizione della vita e mettendo fine a uno stato di sofferenza considerato, da chi ne è affetto, intollerabile[123].

La necessaria azione di un terzo, generalmente un medico, finalizzata a cagionare il decesso del paziente, si esplica o attraverso la messa a disposizione di un farmaco letale, poi assunto direttamente dal malato (c.d. suicidio assistito) o attraverso la somministrazione diretta dello stesso da parte del terzo (c.d. eutanasia attiva diretta). Pur in concorso con un processo patologico in atto, quindi, la morte è da ricollegarsi causalmente anche a una condotta materiale altrui, a un "atto che lede definitivamente e con un legame causale immediato un'integrità biologica" [124].

È evidente, in tal senso, la differenza tra queste fattispecie e quelle relative alla desistenza terapeutica: solo rispetto alle prime, infatti, incide la configurazione, all'interno del nostro Stato, di un diritto di morire. Ciò, soprattutto laddove si consideri che non c'è, in tale ambito, uno spazio libero dal diritto, una lacuna, ma ci si trova di fronte a una precisa presa di posizione da parte dell'ordinamento: le condotte attraverso cui si esplica sia l'eutanasia attiva diretta, sia il suicidio assistito sono, infatti, ricondotte e sanzionate, rispettivamente, dall'art. 579 e dall'art. 580 del Codice Penale. Proprio a esse, poi, si riferisce l'art. 1 comma 6 della l. n. 219 del 2017, laddove afferma che "il paziente [che revochi il consenso a una terapia, anche salva vita, comunque] non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge"[125].

---

minaccia di degenerazione, intesa come compito da gestire da parte dello Stato in nome del supremo interesse della Nazione – che si è avuta con il nazional-socialismo tedesco nel corso del quale, tra il 1939 e il 1941, ha visto la luce un programma eutanasico conosciuto come Aktion T4. Durante lo stesso "sono stati uccisi e passati per il camino circa trecentomila esseri umani classificati come "vite indegne di essere vissute". Cfr. PAOLINI M. *Ausmerzen, vite indegne di essere vissute,* Einaudi, Torino 2012 p. 5.

[121] TRIPODINA C., *Il diritto nell'età della tecnica: il caso dell'eutanasia,* cit. p. 27-28. È evidente, in questa definizione di eutanasia, la sua accezione prettamente individualistica che, nel passato, trova una sua prima elaborazione in Bacone. Bacone scrive: "Io penso che l'ufficio del medico non è soltanto quello di ristabilire la salute, ma anche quello di mitigare i dolori e le sofferenze causate dalla malattia; e non solo quando ciò, come eliminazione di un sintomo pericoloso, può giovare a condurre alla guarigione, ma anche quando, perdutasi ogni speranza di guarigione, tale mitigazione serve soltanto per rendere la morte facile e serena". BACONE F., *Della dignità e del progresso delle scienze,* in *Opere Filosofiche*, in DE MAS F. (a cura di) Laterza, Roma - Bari, 1965, p. 214.

[122] ADAMO U., *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità vs libertà?,* cit. p. 1257.

[123] NERI D., *Eutanasia: le ragioni del si,* in GENSABELLA FURNARI M. (a cura di), *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire,* Vol. II, Rubbettino Edizioni, Catanzaro, 2001, p. 57.

[124] D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita",* in *Politica del diritto*, 1998 p. 616.

[125] Cfr. CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici,* in *Diritto penale contemporaneo,* n. 12 del 2017, p. 123 ss.

7.1. Eutanasia attiva e diritto penale. La sua compatibilità con il dato costituzionale

Nel nostro ordinamento, a livello di legislazione ordinaria, come detto, l'eutanasia attiva, è ricondotta alle fattispecie dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.).

Attraverso tali disposizioni[126] e in conseguenza della loro applicazione alle condotte attraverso cui si esplica l'eutanasia attiva nelle sue differenti declinazioni si mantiene una divaricazione tra disponibilità della propria esistenza da parte del suo titolare e indisponibilità della vita da parte di soggetti terzi, le cui azioni acquisiscono così rilevanza penale.

Il rigore della legislazione penalistica[127] impone, però, di procedere nell'analisi secondo un duplice profilo: in primo luogo, quello che attiene all'incidenza, rispetto a questo tema, delle difficoltà di configurare, nel nostro ordinamento giuridico, un diritto di morire costituzionalmente garantito; in secondo luogo, poi, anche e soprattutto a prescindere dal riconoscimento di questo diritto di morire, quello che riguarda la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio e le modalità attraverso cui la giurisprudenza, nel rapportarsi ai casi concreti, si è posta rispetto a tale aspetto.

Sono pienamente trasponibili su questo piano gli esiti cui si è pervenuti affrontando il tema del suicidio: chi, infatti, sulla base di un preteso diritto di morire, invoca l'incompatibilità di questa legislazione con i principi sanciti dalla Carta Fondamentale[128], si pone in un'ottica di fervida accentuazione della sola libertà di autodeterminazione come diritto soggettivo per-

---

[126] È da considerarsi, comunque che, il riconoscimento di una qualche incidenza della volontà di colui che vuole che venga posta fine alla sua esistenza sulla condotta omicida e sul conseguente trattamento sanzionatorio non implica un'automatica applicazione di questa fattispecie alle condotte che connotano l'eutanasia attiva.

In primo luogo, tra le cause di invalidità del consenso, con la conseguente applicazione della disciplina prevista per l'omicidio volontario, vi è il caso del soggetto passivo che verta in una situazione di deficienza psichica, ossia presenti "forme, anche non morbose e clinicamente non definite, di abbassamento intellettuale, di menomazione del potere di critica, o di indebolimento della funzione volitiva (TRIPODINA C. *Il diritto nell'età della tecnica, il caso dell'eutanasia,* cit. p. 66). Sono sintomi, questi, ravvisabili frequentemente nelle tipiche circostanze in cui l'eutanasia è richiesta e praticata. Nel caso, quindi, in cui si sia in presenza di una patologia che incide sulla piena e consapevole formazione del consenso alla propria eliminazione fisica, l'unico delitto configurabile, laddove la condotta omicida venga posta in essere, è quello dell'omicidio volontario: in ogni singolo caso concreto, infatti, è necessario indagare l'effettiva volontà di morire della vittima, non potendo trarsi la prova di ciò da generiche invocazioni del malato a che cessi la propria sofferenza (Cass. pen., 17.11.2010, n. 43954; Cass. pen. 14.02.2008, n. 13410).

[127] Quanto all'omicidio del consenziente, il Codice penale, prevede la pena della reclusione da comminarsi in una cornice edittale che va dai 6 ai 15 anni; quanto all'istigazione o aiuto al suicidio, la cornice edittale, invece, va dai 5 ai 12 anni. Per un commento riguardo alla persistente chiusura dell'ordinamento italiano rispetto ai casi di aiuto al suicidio, si veda CASONATO C., *Fine vita: il diritto all'autodeterminazione*, Il Mulino, n. 4 del 2017, p. 597-604.

[128] La morte costituisce, in questo senso, un atto di assoluta autodeterminazione, una libera espressione della dignità di ciascuno Cfr. VERONESI U., *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Mondadori, Milano, 2005 p. 80 : "Il principio di non disponibilità della propria vita da parte degli esseri umani è, secondo me, un principio crudele che sequestra la libertà individuale"; si veda anche l'analisi che ne fa ALGOSTINO A., *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 3219 ss.; allo stesso modo CASONATO C., *Morte dignitosa e sospensione delle cure: ordinamenti giuridici a confronto*, *Convegno di studi su Scelte di fine vita: aspetti, etici, deontologici e giuridici*, Progetto Biodiritto, Dipartimento di Scienze giuridiche, Trento, 2002; BOSANO JOLY L. *Omicidio volontario o diritto al suicidio*?, in *Rivista penale*, 1982, p. 757.

fetto e tendenzialmente assoluto[129], fondato sul principio, di stampo liberale, per cui "l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire con la libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi"[130].

In questo modo, però, da un lato, si legittimerebbe una ridefinizione – non giustificabile né alla luce delle intenzioni del legislatore storico, né del contenuto normativo delle disposizioni richiamate - del bene giuridico protetto: non più la vita, che con la configurazione di un diritto di morire diventerebbe disponibile anche da parte di terzi, ma l'autodeterminazione personale del singolo alla gestione, nella sua integralità, della sua stessa esistenza[131]; dall'altro, si escluderebbe dall'analisi quella *relatio ad alteros* ontologicamente connessa alla qualificazione di una situazione giuridica soggettiva quale diritto.

Sia il suicidio assistito che l'eutanasia attiva diretta non sono affari privati, ma relazionali; la libertà di autodeterminazione è, in questo senso, un valore primario, soprattutto in quanto connesso alla tutela della dignità di ogni essere umano[132], ma esso deve necessariamente essere posto in bilanciamento con altri principi, tutti di rilevanza costituzionale. La società attuale, per quanto costruita intorno a un progetto dinamico di promozione e liberazione umana[133], non ammette, infatti, solo una rivendicazione di spazi di diritti individuali, ma impone che a essi si accompagni anche l'adempimento di quei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" di cui all'art. 2 della Costituzione. Se ciò, in nessun modo, può tradursi in un dovere di vivere, al tempo stesso non può non far considerare che la partecipazione di terzi all'altrui morte non esaurisce i suoi effetti nella sfera giuridica di chi sceglie di *levar la mano su di sé,* ma, anzi, ne coinvolge una pluralità.

Compito dello Stato, rispetto alle questioni di fine vita così declinate, sembra essere non tanto quello di riconoscere e assicurare, attraverso la predisposizione di un sistema di garanzie, l'esistenza di un diritto di morire, quanto, piuttosto, in base alla Carta fondamentale e al sistema di principi che la ispira, quello di rendere il più possibile effettivo il diritto all'assistenza del malato terminale – attraverso una piena attuazione dell'art. 38 comma secondo della Costituzione -, quello di accertarsi che la vita del paziente risulti dignitosa secondo la percezione che il singolo ne ha e, nei momenti finali, quello di accompagnare il malato *nel* morire[134], non *a* morire[135].

---

[129] MORI M., *Dal vitalismo medico alla moralità dell'eutanasia,* in *Bioetica,* 1999, p. 109; ADAMO U. *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità vs libertà?*, cit., p. 1264; NERI N., *Eutanasia: le ragioni del si,* in GENSABELLA FURNARI M. (a cura di), *Alle frontiere della vita. Eutanasia ed etica del morire*, cit., p. 62.

[130] MILL J.S., *Saggio sulla libertà,* cit., p., 12.

[131] PULITANO' D., *Il diritto penale di fronte al suicidio,* in *Diritto penale contemporaneo,* n. 7 del 2018, p. 59; si veda anche BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionale dell'aiuto al suicidio,* in *Diritto penale contemporaneo*, n. 10 del 2018, p. 97 ss.

[132] ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia,* cit. p. 201; si veda anche PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione,* Aracne, Roma, 2007, p. 19; BECCHI P., *Il principio di dignità umana,* Morcelliana, Brescia, 2009; POLITI F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana,* Giappichelli, Torino, 2018, p. 68.

[133] D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita,* cit., p. 609.

[134] ADAMO U. *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, cit., p. 1285.

In questo ultimo senso, l'apparato pubblico è chiamato a favorire quelle politiche che possono incidere favorevolmente sulla qualità dell'esistenza, potenziando sempre più le prestazioni sanitarie volte ad assicurare il diritto di non soffrire[136], adeguando i servizi di sostegno economico e psicologico per i malati terminali e le loro famiglie, incrementando le strutture di *hospices* e ricomunitarizzando, con la solidarietà, chi è a rischio di esclusione o di abbandono[137].

Tutto ciò, si rafforza ulteriormente se si considera che interlocutori privilegiati delle richieste di eutanasia attiva o suicidio assistito sono i medici, coloro i quali, nello svolgimento di una funzione prettamente pubblica e nel contesto delle strutture sanitarie, consentono l'"attuazione" della salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività: per quanto la medicina abbia a che fare con l'integrità della vita fino alla situazione in cui essa è ancora desiderabile[138], la configurazione in capo al personale sanitario di un dovere di agire provocando attivamente il decesso del paziente, rischia di implicare la rottura della struttura relazionale del rapporto tra medico e malato[139].

Se si ritiene questo sia il quadro entro cui si muovono le condotte di eutanasia attiva, al tempo stesso il discorso sui casi che la riguardano e su come essi sono sanzionati dall'ordinamento, non può dirsi esaurito: è possibile, infatti, tentare di sviluppare un ragionamento, sia *de iure condito*, secondo la prospettiva, già descritto nel paragrafo 4, per cui la legge generale e astratta, in alcune situazioni, nel suo rapportarsi al caso concreto, è interpretata restringendo l'area del penalmente rilevante, con una conseguente disapplicazione della stessa; sia *de iure condendo,* con specifico riferimento al suicidio assistito, prendendo spunto dalla vicenda che ha riguardato Fabiano Antoniani e dal giudizio di legittimità costituzionale sollevato dalla Corte d'Assise di Milano nel procedimento che vede Marco Cappato imputato per aver accompagnato Antoniani in Svizzera affinché potesse sottoporsi a suicidio assistito.

7.2. Eutanasia attiva e trattamento sanzionatorio nella giurisprudenza. Alcuni spunti de iure condito

Analizzando le diverse pronunce che, negli ultimi anni, hanno riguardato vicende ricollegabili a casi di eutanasia, si può considerare come i conflitti che il singolo fatto ha ingenerato nella dinamica dei rapporti concreti abbiano talvolta portato la giurisprudenza – con un diverso atteggiamento tra i casi di eutanasia attiva diretta e quelli di aiuto al suicidio - a

---

[135] PEZZINI B., *Diritto costituzionale alla salute, trattamenti sanitari, cure palliative: spunti di riflessione terapeutica,* in AA.VV., *Diritto alla salute e alla vita buona nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari,* Plus, Pisa, 2011, p. 176.

[136] Sull'importanza delle cure palliative si veda nota n. 111.

[137] D'ALOIA A., *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale del fine vita,* cit. p. 621.

[138] JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità,* Einaudi, Torino, 1997, p. 204.

[139] D'AGOSTINO F., *Diritto e eutanasia,* in *Bioetica,* n.1, 1999, p. 105.

sottoporre le disposizione legislative e le loro interpretazioni a una clausola di ragionevolezza e di equità[140].

Quanto ai fatti relativi a vicende di eutanasia attiva diretta, è interessante notare come non si riscontrino, nelle sentenze che li hanno riguardati, rivendicazioni volte a qualificare l'omicidio di una persona in condizioni terminali che, in piena consapevolezza, presti il proprio consenso a tale atto, come espressione del diritto di morire. Quindi, come tale, legittima[141].

Anzi, al contrario, si assiste a una particolare difficoltà, da parte degli stessi interpreti, sia a ritenere effettivamente applicabile la fattispecie di cui all'art. 579 c.p., in luogo di quella relativa all'omicidio volontario, sia a concedere l'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p. dell'aver commesso il fatto, il soggetto agente, per motivi di particolare valore morale e sociale.

Con riferimento al primo aspetto, i giudici persistono infatti nel ritenere che lo stato particolarmente avanzato di una malattia o le condizioni psichiche compromesse impediscano una piena e consapevole formazione del consenso alla propria eliminazione fisica da parte del singolo. In difetto di elementi di prova univoci circa l'effettiva e consapevole volontà della vittima di morire, non desumibili da generiche invocazioni della stessa a che cessi la propria sofferenza o dall'auspicio di adozione di modelli eutanasici propri di altri Paesi[142] deve, infatti, attribuirsi prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e volere del paziente, nonché della percezione che altri possono avere della qualità della sua vita[143].

Quanto al secondo aspetto, la giurisprudenza ritiene che le discussioni tuttora esistenti sulla condivisibilità dell'eutanasia siano sintomatiche della mancanza di un suo attuale apprezzamento positivo pubblico, risultando, anzi, larghe fasce di contrasto nella società italiana contemporanea; non ricorre, pertanto, la generale valutazione positiva da un punto di vista etico-morale, condizionante la qualificazione del motivo come circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62.1 n. 1[144].

Molto diversa è la prospettiva che riguarda le questioni inerenti i casi di suicidio assistito.

In primo luogo, si osserva come si stia affermando una tendenza interpretativa volta a restringere l'ambito di applicabilità dell'art. 580 c.p. – che, invero, sanziona chi "agevola in qualsiasi modo l'esecuzione" del suicidio[145] - alle sole condotte che risultino direttamente e strumentalmente connesse a tale atto. Questo è, ad esempio, l'esito a cui sono pervenuti i giudici nel caso che ha riguardato Angelo Tedde, che, nel 2014, decide di accompagnare in Svizzera, in una clinica vicino a Basilea, un'amica, Oriella Cazzanello, che aveva deciso di

---

[140] ZAGREBELSKY G., MARCENO' V., *Giustizia costituzionale,* Il Mulino, Bologna, 2012, p. 211.

[141] Cfr. Cass. Pen. 20.01.2003, n. 11878; Cass. Pen. 11.12.2007, n. 47039; Cass. Pen. 27.11.2008, n. 11236; Cass. Pen. 15.02.2018, n. 7390; Cass. Pen. 07.11.2018 n. 50378.

[142] Cass. pen. 17.11.2010 n. 43954.

[143] Cass. pen. 14.02.2008 n. 13410.

[144] Cass. Pen. 07.11.2018 n. 50378; Cass. Pen. 18.02.2018, n. 7390; Cass. pen. 12.11.2015, n. 12928; Cass. pen. 8.042015 n. 20433; Cass. pen. 29.04.2010 n. 20312 e, in ultimo, per un caso che qui interessa, Cass. pen. 31.03.2016 n. 1298.

[145] Cass. Pen. 06.02.1988 n. 3147.

morire. Denunciato dai familiari della donna, Tedde è rinviato a giudizio per aiuto al suicidio e, infine, assolto con formula piena dal Tribunale di Vicenza il 14 ottobre 2015 poiché il fatto non sussiste.

Per quanto la fattispecie sottoposta ai giudici sia perfettamente sussumibile nella previsione normativa, questi ultimi, analizzando l'effettivo dispiegarsi delle circostanze fattuali, stabiliscono come non sia possibile imputare all'uomo "un'azione di determinazione o rafforzamento della volontà della Cazzanello di suicidarsi; […] è vero che Tedde portò la donna in auto nella clinica Lifecircle di Basilea" dove era a conoscenza del fatto che avrebbe praticato il suicidio assistito, "ma ciò non basta a condannarlo per l'istigazione o l'aiuto allo stesso". Il giudice, in questo caso, valuta come la condotta di Tedde, per quanto materialmente incidente sul realizzarsi del proposito di morte (e quindi qualificabile come aiuto al suicidio) non possa avere una qualificazione giuridica analoga. Sia in primo che in secondo grado[146], si ritiene, infatti, di considerare sanzionabili le sole condotte che risultino di stretta esecuzione del proposito: non integra, pertanto, il delitto di cui all'art. 580 c.p. l'azione di chi, senza influire sull'altrui proposito suicida, determinandolo o rafforzandolo, si limiti ad accompagnare in auto chi desidera porre fine alla propria esistenza fino a una struttura per il suicidio assistito in Svizzera[147].

7.3. Dj Fabo. L'occasione per la conferma di un'interpretazione; lo spunto per alcune riflessioni de iure condendo*. La legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio*

La vicenda di Fabiano Antoniani rappresenta un momento centrale nella riflessione su questi temi.

Antoniani, rimasto, in seguito a un incidente avvenuto nel giugno 2014, tetraplegico e non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, dopo infruttuosi ricoveri, cure e tentativi riabilitativi, a partire dalla primavera del 2016, comunica ai suoi familiari di non voler continuare a vivere. Tramite la sua fidanzata prende contatto con l'organizzazione svizzera "Dignitas", con l'associazione "Luca Coscioni" e, quindi, con Marco Cappato. È quest'ultimo a fornire ad Antoniani le informazioni necessarie per espletare le pratiche con la "Dignitas" e ad accompagnarlo presso la struttura ove, nel febbraio 2017, è sottoposto a suicidio assistito.

Si apre, quindi, nei confronti di Cappato, che al suo ritorno in Italia decide di autodenunciarsi, un procedimento di fronte alla Corte d'Assise di Milano che, il 14 Febbraio 2018, solleva una questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.[148], il quale, nell'incriminare

---

[146] Corte d'Appello di Venezia, Sentenza del 10 maggio 2017.

[147] Si veda la nota di SILVA C., *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* n. 1 del 2017, p. 308 e ss.

[148] Molti sono stati i commenti a questa ordinanza. *Ex multiis*, si veda D'AMICO M., *Scegliere di morire "degnamente" e "aiuto" al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale,* in *Diritto e salute n. 4 del 2018,* p. 59 – 73; TRIPODINA C., *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e "sul diritto di morire per mano d'altri",* in *Biolaw Journal,*

le condotte di aiuto al suicidio in alternativa a quelle di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicida, in primo luogo, si porrebbe in contrasto con "gli artt. 2, 13 primo comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, in forza dei quali il diritto a por fine alla propria esistenza costituisce una libertà della persona"; afferma il giudice rimettente, infatti, che "il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente "; in secondo luogo, violerebbe gli artt. 3, 13 secondo comma, 27 terzo comma della Costituzione che, individuando la ragionevolezza della pena in funzione dell'offensività del fatto, verrebbero lesi da una "sanzione indiscriminata" e severa (con un minimo edittale stabilito in 5 anni) prevista, senza differenza alcuna, sia per le condotte di istigazione che per quelle di aiuto al suicidio.

La Corte costituzionale si pronuncia, non decidendo, ma rinviando la trattazione della causa di un anno, con l'ordinanza n. 207 del 2018, che offre spunti importanti per ragionare su questi temi attraverso riflessioni che vanno molto oltre la mera sanzionabilità, nel caso concreto, della condotta di Marco Cappato. Qualora, infatti, la Corte d'Assise di Milano, avesse semplicemente voluto mandare esente Cappato da qualsivoglia responsabilità penale, si sarebbe potuta semplicemente limitare a interpretare l'art. 580 c.p. in modo conforme alla Costituzione, alla stregua di quanto già avevano fatto il Tribunale di Vicenza e la Corte d'Appello di Venezia nel caso di Angelo Tedde (punendo solo gli atti di stretta esecuzione del suicidio), in sentenze peraltro richiamate nell'ordinanza di rimessione[149].

La Corte d'Assise di Milano, assumendo l'autodeterminazione del singolo come unico oggetto di protezione – e, quindi, sostanzialmente, rimodulando l'impianto di tutela dell'articolo[150] - chiede, invece, che sia riconosciuta la disponibilità della vita da parte di chiunque, in piena coscienza (e, quindi, al di fuori dei casi di istigazione), chieda di essere aiutato a morire attraverso una condotta attiva, causalmente rilevante, di soggetti terzi.

È un'impostazione, questa, che però non trova alcun seguito nell'ordinanza della Corte[151], la quale stabilisce come "al legislatore non possa ritenersi inibito […] di vietare condotte

---

n. 3 del 2018, p. 139-151; BATTAGLIA G., *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2018, p. 493-497; BISSARO S., *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2018; CASONATO C., *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1 del 2018; GIANELLO S., *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di rimessione nel "processo Cappato"*, in *Diritti Comparati*, 2018. Si segnala inoltre che l'argomento è stato approfondito in occasione di un seminario preventivo organizzato presso l'Università di Bologna da MORRONE A., con atti di convegno MORRONE A. (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2018; PRISCO S., *Il caso cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw Journal,* n. 3 del 2018, p. 153-170.

[149] Cfr. OMODEI R.E., *L'istigazione e l'aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo. Una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.,* in *Diritto penale contemporaneo,* n. 10 del 2017, p. 143 ss.

[150] FIANDACA G, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale,* in *Foro italiano,* 2009, V, p. 227 ss.

[151] Si vedano, tra i molti commenti, FIANO N., *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum costituzionale*, 25 ottobre

che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite". È compito della Repubblica[152], invero, "porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)".

L'art. 580 c.p. "anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio", è, quindi, funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela", i quali sono rinvenuti in un'esigenza di protezione di quei soggetti vulnerabili, che, in quanto tali, potrebbero non essere in grado di prendere, rispetto a tali scelte ultime, decisioni libere e consapevoli. Si coglie, in questo modo, la *ratio* di una norma che, alla luce del mutato quadro costituzionale, guarda alla persona umana come a un valore in sé e non come a un mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi.

La Corte costituzionale fa così proprio quanto già affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Pretty contro Regno Unito[153] nel quale, individuata nell'art. 8 della Cedu la vera e propria *sedes materiae* delle decisioni di fine vita, è riconosciuto come la rilevanza penale dell'aiuto al suicidio possa, sì, costituire un'interferenza nella vita privata e familiare dei singoli, ma come ciò sia in realtà finalizzato alla "tutela dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8 comma 2 Cedu) e sia, pertanto, perfettamente ragionevole in una società democratica[154]: "in un'epoca in cui si assiste a una crescente sofisticazione della medicina e a un

---

2018; ADAMO U., *Sull'aiuto al suicidio la Corte ha rinviato la palla al Parlamento*, in *lacostitzione.info*, 26 ottobre 2018; RUGGERI A., *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta on line*, 20 novembre 2018; ADAMO U., *La Corte è 'attendista' … «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018,* in *Forum di quaderni costituzionali,* 23 Novembre 2018; BARTOLI R., *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio,* in *Diritto penale contemporaneo,* n. 10 del 2018, p. 109; BRESCIANI P.F., *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018)*, in *Forum Quaderni costituzionali,* 2018, p. 1-12.

[152] Può essere interessante fare riferimento ad alcuni scritti in tema di c.d. paternalismo di Stato: ADAMO U., *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit., p. 210 ss.; MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico, in Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, n. 1 del 2011; MANIACI G., *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion pratica*, Bologna, Il Mulino, n. 1 del 2012; nonché FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., p. 227-237.

[153] Sentenza del 29 Aprile 2002, Ricorso n° 2346/02; cfr. ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di un'ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale delle persone sulla tutela delle persone vulnerabili),* in *Rivista AIC,* n. 2 del 2016, p. 10.

[154] Secondo la Corte di Strasburgo, l'articolo 8 CEDU non impone agli Stati membri di prevedere un sistema giurisdizionale di valutazione nel merito della richiesta di suicidio assistito. Infatti, i ricorsi giurisdizionali interni che hanno rigettato le istanze per far dichiarare la normativa inglese in contrasto con l'art. 8 CEDU hanno dimostrato che la compatibilità delle leggi interne agli Stati con il parametro convenzionale va valutato alla luce della dottrina del margine di apprezzamento che in questa materia è già stato rilevato e che il bilanciamento tra i valori in gioco spetti al Parlamento inglese (§ 85). Cfr. ADAMO U., *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, cit. p. 15; DE STEFANI P., *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della corte europea dei diritti umani. Aspetti penalistici*, in RODOTÀ S.,

aumento delle speranze di vita, numerose persone temono di non avere la forza di mantenersi fino a un'età molto avanzata o in uno stato di grave decadimento fisico o mentale agli antipodi con la forte percezione che hanno di loro stesse e della loro identità personale"[155].

È evidente la ragionevolezza di un'interpretazione di questo genere: la rivendicazione di diritti individuali non può spingersi, infatti, fino a far dimenticare le fragilità personali e le condizioni di vita morali e materiali che potrebbero influenzare l'autentica espressione di volontà del malato.

Se, però, da un lato, l'ordinamento è tenuto a vigilare affinché le persone non decidano di darsi la morte per motivi estranei alla propria determinazione volitiva, al tempo stesso si ritiene necessario rifuggire da un'idea astratta di vulnerabilità, da ricondursi a tutti coloro che soffrono di una patologia irreversibile e terminale. In caso contrario, il rischio è quello di escludere dalla possibilità di effettuare scelte di questo genere – nei limiti in cui verranno ritenute legittime – chi, nel caso concreto, sia pienamente libero e cosciente delle conseguenze del proprio proposito.

È, quindi, alle situazioni concrete che è necessario guardare.

In tal senso, la Corte costituzionale prende atto che esistono casi difficili, connessi a fatti del tutto peculiari a cui devono essere riconnessi spazi di non punibilità[156]. Questi casi sono individuati dalla Corte in quelle situazioni, invero estremamente limitate, di persone affette da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche assolutamente intollerabili, che siano tenute in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma restino capaci di prendere decisioni libere e consapevoli. Quelle stesse analoghe situazioni già previste dalla l. n. 219 del 2017, che consente di revocare il consenso a qualsiasi trattamento terapeutico, ivi comprese respirazione, idratazione e alimentazione artificiali, lasciando che la patologia faccia il suo corso[157].

Se in queste vicende, osserva la Corte, "il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione di trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, al-

---

TALLACCHINI M. (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 672 ss.; ZANICHELLI M., *L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati*?, in *Quaderni costituzionali*, n. 2 del 2011.

[155] Sentenza del 29 Aprile 2002, Ricorso n° 2346/02. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha poi ribadito questo principio anche in pronunce successive: se è vero che il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in conformità a tale decisione, è uno degli aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU (Corte EDU, sentenza 20 gennaio 2011, Haas contro Svizzera; nello stesso senso, sentenza 19 luglio 2012, Koch contro Germania, e sentenza 14 maggio 2013, Gross contro Svizzera), tuttavia, in forza del paragrafo 2 dello stesso art. 8, una interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è possibile se, come nei casi di cui si tratta, è prevista dalla legge ed è necessaria, "in una società democratica", per gli scopi indicati, tra i quali rientra "la protezione dei diritti e delle libertà altrui". A questo riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, pertanto, riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento, sottolineando a più riprese come incriminazioni generali dell'aiuto al suicidio siano presenti nella gran parte delle legislazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa (Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, Pretty contro Regno Unito; sentenza 20 gennaio 2011, Haas contro Svizzera; sentenza 19 luglio 2012, Koch contro Germania).

[156] Con riferimento al ruolo del fatto nel giudizio sulle leggi si veda nota 85.

[157] Si veda sia PULITANO' D. *Il diritto penale di fronte al suicidio,* in *Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 71 sia FREY R.G., DWORKIN G., BOK S., *Eutanasia e suicidio assistito,* Edizioni di Comunità, Torino, 2001, p. 49.

meno sul piano naturalistico, da parte di terzi […] – diventa irragionevole che quello stesso medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all' interruzione dei presidi di sostegno vitale".

Sussiste, in questi casi, un'identità fattuale dal punto di vista degli aspetti determinanti la valutazione dei reali bisogni di tutela di chi pensa al suicidio, tale per cui, pur senza ridefinirsi astrattamente il bene giuridico protetto dalle disposizioni penalistiche – che rimane sempre la vita –, si deve valorizzare, nella dinamica dei rapporti concreti e dei conflitti che essi ingenerano, la garanzia della libertà di autodeterminazione del singolo rispetto alla mera tutela dell'esistenza, pena una violazione dei "principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive", nonché, forse, del principio di offensività: quanto a quest'ultimo aspetto, nei casi in cui è doverosa per il medico l'interruzione del trattamento rifiutato, ancorché necessario *quoad vitam*, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponde a una reale funzione di tutela della vita[158].

Così motivato, la Corte rinvia un'ulteriore trattazione della questione al 24 settembre 2019, al fine di consentire al Parlamento di intervenire - effettuando i bilanciamenti indicati - e di evitare, estromettendo semplicemente questi casi dall'ambito applicativo della disposizione penale, vuoti di tutela.

Tralasciando, in questa sede, considerazioni in merito alla novità di un provvedimento che senza dubbio incide fortemente sulla dialettica tra Parlamento, che viene, così, sostanzialmente "messo in mora", e Corte costituzionale, la parola passa, ora, al legislatore che, se riterrà, potrà introdurre nell'ordinamento una causa di giustificazione che faccia venir meno il contrasto tra il fatto conforme a una fattispecie incriminatrice (la condotta del terzo che presti, a chi si trovi in quelle situazioni, aiuto materiale al suicidio) e l'intero ordinamento giuridico[159]. Eventualmente, estendendo l'area del penalmente irrilevante[160] anche ai casi di un soggetto che, pur nelle condizioni descritte, non dipenda da presidi salva – vita. I requisiti indicati dalla Corte costituzionale, infatti, rischiano di restringere enormemente la portata applicativa della causa di non punibilità così individuata: la necessità di attendere di essere sottoposti a trattamenti di tal genere, infatti, nella maggior parte dei casi, esclude la persistente piena capacità della persona.

Ci si chiede, però, qualora il legislatore decida di non intervenire, nonostante il monito, a disciplinare queste fattispecie, come si pronuncerà, questa volta definitivamente, la Corte costituzionale. Se, come la stessa afferma, i delicati bilanciamenti restano (giustamente) affidati al Parlamento – soprattutto in un ambito di questo genere -, sembra difficile ipotizzare una pronuncia che dichiari semplicemente l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui sot-

---

[158] PULITANO' D., *Il diritto penale di fronte al suicidio,* in *Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 71.

[159] FIANDACA M., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale,* Zanichelli, Bologna, p. 256.

[160] Sulla frammentarietà del diritto penale, secondo cui alcune fattispecie di reato tutelano il bene oggetto di protezione non contro ogni aggressione proveniente da terzi, ma solo contro specifiche forme di aggressione si veda FIANDACA M., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale,* p. 32.

topone a sanzione penale le condotte di chi aiuti *a* morire chi si trovi sottoposto a trattamenti *quaod vitam.* Salvo, appunto, il rischio di vuoti di tutela.

Tuttavia, qualora non intenda limitarsi a una pronuncia di carattere interpretativo, forse, potrebbe agire, come già aveva fatto in passato, sulla cornice edittale dell'art. 580 c.p., dichiarando l'illegittimità costituzionale della sanzione nella sua misura minima e lasciando al giudice (pur con tutte le problematiche e i limiti, soprattutto in termini di uguaglianza, connessi alla giustizia del singolo caso concreto) la possibilità di individualizzare e proporzionare la pena da irrogare nelle diverse circostanze individuate. Ferma la discrezionalità del legislatore nella determinazione della quantità e qualità della sanzione[161], infatti, il sindacato della Corte costituzionale potrebbe utilizzare il canone della ragionevolezza[162], declinato o nel sistematico raffronto con altre fattispecie normative - assunte a *tertia comparationis* - che equiparino, ai fini della misura della pena, ipotesi di reato di diversa gravità o nella valutazione del rapporto di proporzionalità necessaria tra gravità del disvalore sociale del fatto e entità della sanzione[163]. Nella sentenza n. 341 del 1990, la Corte, in tal senso, chiarisce – e lo ribadisce, poi, con la pronuncia n. 236 del 2016 - che "il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 primo comma della Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia al contempo alla funzione di difesa sociale e a quelle di tutela delle posizioni individuali".

Questa irragionevolezza, nel caso in esame, sembra evidente: secondo l'interpretazione datane dai giudici costituzionali rispetto ai casi peculiari così definiti, l'art. 580 c.p. non può punire allo stesso modo, con la reclusione da 5 a 12 anni, situazioni così estremamente diverse quanto alla tutela dei beni a cui sono preordinate.

8. Conclusioni

Le decisioni sulla vita e sulla morte sono le più importanti nell'espressione della personalità del singolo individuo: indagare su tali temi impone di tenere costantemente presente l'intima soggettività di queste scelte, anche e soprattutto nel momento in cui l'analisi, pur partendo dalla persona, dai suoi diritti e dalle sue aspirazioni, si allarga imprescindibilmente all'esame della dimensione sociale.

In tal senso, pur nella consapevolezza che non si possa pervenire a una verità indiscutibile e valida per tutti riguardo alle questioni relative ai momenti finali dell'esistenza, si è cercato di ragionare sugli interrogativi e sulle istanze che originano dalla società attuale, incentrandosi preliminarmente sul suicidio e sull'esame delle ragioni per cui, all'interno di uno Stato costituzionale come il nostro, non sia configurabile un diritto di morire: l'atto del singolo che consapevolmente decide di darsi la morte - in un contesto in cui, in parallelo con la de-

[161] Si veda BAILO F., *La scrittura delle sanzioni. Una prospettiva costituzionalistica,* Giuffrè, Milano, 2012, p. 224 ss.

[162] MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale, Napoli, 2007,* p. 21-29 e p. 58-59 in cui è accostato a quello di proporzionalità adeguatezza della pena.

[163] BAILO F., *La scrittura delle sanzioni. Una prospettiva costituzionalistica,* cit., p. 231.

criminalizzazione del gesto in sé, permane la rilevanza penalistica delle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione o aiuto al suicidio - è considerato ancora oggi solo come un mero fatto, come uno spazio di libertà e di non ingerenza da parte dello Stato nella sfera più intima dell'essere umano.

Qualificando la scelta di morire operata da un soggetto pienamente consapevole come espressione di un diritto, infatti, si uscirebbe dalla sfera individuale di ciascuno e, istituendosi una *relatio ad alteros*, si porrebbe in capo ai terzi e allo Stato il dovere di riconoscere e garantire tale diritto soggettivo, violando quel patto di mutua assistenza volta alla realizzazione di una democrazia effettiva.

Non può esistere, nel nostro Stato, solo una rivendicazione di spazi di diritti individuali, ma a essi deve accompagnarsi l'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" richiamati dall'art. 2 della Costituzione. Diritti e doveri esprimono, in tal senso, una vocazione diacronica: sono fondamentali proprio perché stanno alla base dell'ordinamento e valgono ad assicurarne non soltanto lo svolgimento nel tempo presente, ma "anche la sua integra trasmissione nel tempo a venire"[164].

Una volta definito che non esiste un diritto di morire, che c'è solo la morte che un soggetto si dà come libertà rientrante nella propria sfera di autonomia, ma da cui non può uscire coinvolgendo l'azione di soggetti terzi, si è tentato, quindi, di dare una risposta alle problematiche sollevate dalle questioni di fine vita in ambito medico.

Nella loro estrema diversità, nella prospettiva del malato e del suo rapporto con il medico e con la società, si impone, infatti, una necessaria distinzione tra la richiesta, da un lato, di essere aiutato *a* morire e, dall'altro, di essere lasciato morire e, al più, di essere accompagnato *nella* morte attraverso il ricorso alle cure palliative.

Lasciar morire; aiutare *a* morire. Questi i fenomeni presi in considerazione, che sollevano nei confronti della collettività istanze diverse e non riconducibili alla rivendicazione di medesimi diritti.

Quanto al primo fenomeno, esso si configura come il diritto che deve essere riconosciuto a ciascun paziente che esprima la volontà di potersi sottrarre a un trattamento terapeutico ormai soggettivamente percepito come sproporzionato, in modo da consentire alla malattia di fare il suo corso anche qualora ciò comporti come esito certo la morte. Si avanza la richiesta, quindi, di essere lasciati morire quale espressione più piena, riconducibile agli artt. 13 e 32 della Costituzione, della libertà personale e dell'autodeterminazione terapeutica del singolo.

Compito degli ordinamenti giuridici, in questi casi, non è – e non può essere - quello di impedire che un soggetto decida, nel proprio migliore interesse, che la sua vita si concluda, lasciando che la patologia da cui è affetto faccia il proprio corso, ma è quello di vigilare affinché tale scelta sia espressione di una decisione non condizionata da fattori esterni, cosciente e libera. Non è libera qualora a incidere sulla determinazione volitiva del singolo che

---

[164] RUGGERI A., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti. (Profili problematici e ricostruttivi),* in *Consulta online,* n. 2 del 2018, p. 400, http://www.giurcost.org/studi/ruggeri76.pdf.

chiede di essere lasciato morire sia l'assenza di prestazioni assistenziali e psicologiche di cui lo stesso Stato è tenuto a farsi carico; parimenti, non è libera la richiesta avanzata dal paziente afflitto da condizioni di dolore cronico ormai divenuto intollerabile e non lenito dal ricorso a cure palliative.

Diverso è l'atteggiamento dell'ordinamento rispetto all'eutanasia attiva, penalmente sanzionata attraverso le condotte di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio, sulla quale incide la difficoltà di configurare un diritto di morire.

Non si è di fronte, in questi casi – a differenza che nel suicidio - a una questione meramente privata e individuale[165], ma a un singolo che rivendica nei confronti di terzi il diritto di essere aiutato *a* morire; legittimando la richiesta, volta a provocare la morte di un individuo, di una prestazione positiva da parte dell'apparato statale e dei medici si negherebbe, però, omettendo ogni valutazione dell'impatto sociale di una qualificazione giuridica di tal genere[166], che tali scelte "escano" dalla sfera giuridica di chi le matura consapevolmente e si confonderebbe la *libertà* di fare qualcosa (che implica un *non facere* da parte di terzi), con il *diritto* di pretendere qualcosa. Nelle scelte riconducibili all'eutanasia attiva è questo secondo aspetto a essere rilevante; non considerarlo, comporta il cadere nel paradosso per cui, da un lato, si rivendica di poter dar seguito a una scelta del tutto individualistica[167] che, sotto forma del linguaggio dei diritti, pretende di ricomprendere nella propria dimensione tutte le aspirazioni umane; dall'altro, per farlo, si pretende la collaborazione di terzi, obbligati a tale condotta positiva.

Tuttavia, se, come affermato dalla Corte costituzionale, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio (e, si ritiene, a maggior ragione, dell'omicidio del consenziente) non è incompatibile con il dato costituzionale, al tempo stesso, è, altresì, necessario prendere atto di come ci siano casi difficili, individuabili solo nel dinamico esplicarsi dei rapporti sociali, che non possono essere posti in rapporto di conformità con la Carta fondamentale e che, sul piano della politica del diritto, sono aperti a soluzioni diverse. Rispetto a essi, risulta necessario distinguere tra il circuito della costituzionalità – che ben può legittimare la persistente meritevolezza di un divieto - e il circuito della politica[168] - che può, in talune situazioni, definire l'area del penalmente rilevante in funzione della concreta offensività della condotta.

---

[165] RAZZANO G., *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, cit., 2014, p. 4.

[166] Emblematiche, in tal senso, le conclusioni a cui perviene, il 18 dicembre 2012, la "Commission de reflexion sur la fin de vie en France" presieduta dal Prof. Didier Sicard. Nel chiudere i suoi lavori si legge: "se il legislatore si prendesse la responsabilità di una depenalizzazione dell'eutanasia, la Commissione intende mettere in guardia circa la responsabilità simbolica del cambiamento. L'eutanasia impegna l'idea che una società si fa del ruolo e dei valori della medesima".

[167] RODOTA' S., *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 85.

[168] CASONATO C., *Biodiritto in dialogo,* Cedam, Padova, 2006, p. 22.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 16/01/2019

AUTORE: Raffaele Guido Rodio*

ALCUNE RIFLESSIONI SU ANOMIE, LACUNE E LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Sommario: 1. La percezione e la concezione delle anomie e delle lacune nei sistemi giuridici contemporanei. – 2. Sui possibili profili di differenziazione tra anomie e lacune: legislazione vs. interpretazione. – 2.1. (Segue): *creazione di norme ed estrazione di norme e possibili limiti all'interpretazione giurisprudenziale. – 2.2.* (Segue): *ipotesi particolari: l'eventualità di una legge "negativa" e le possibilità di "cristallizzazione" dell'interpretazione giurisprudenziale. – 2.3.* (Segue): *l'esperienza italiana degli ultimi anni: le tendenze codicistiche e le leggi interpretative. – 2.4.* (Segue): *gli ulteriori limiti all'interpretazione riconducibili al tentativo di costituzionalizzazione della "clausola di sola abrogazione espressa" di cui alla riformulazione dell'art. 70 Cost. contenuta nella riforma costituzionale "Renzi-Boschi". – 3. Lo spazio interpretativo lasciato alla giurisdizione dalle anomie e dalle lacune del sistema.*

1. La percezione e la concezione delle anomie e delle lacune nei sistemi giuridici contemporanei

Negli ultimi decenni si assiste in Italia (ma non solo)[1] ad un fenomeno sempre più accentuato di giurisdizionalizzazione della produzione delle regole normative, a discapito dell'attività di produzione "naturale" da parte del legislatore[2].

«In generale (…), la giurisdizione sembra essere stata spinta ad uscire dal terreno del *controllo*, che è quello che le è più proprio, per addentrarsi in quello della *mediazione* e della *regolazione* del conflitto sociale»[3].

---

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] Cfr. sul punto le interessanti considerazioni di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss.

[2] Tra gli studi più recenti di tale fenomeno si rinvia ad A. GUSMAI, *Giurisdizione*, *interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015.

[3] Così testualmente M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., 3823.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

Le cause di siffatto fenomeno sono molteplici e complesse, ma la loro analisi esula in gran parte dalle finalità della presente indagine[4], che intende invece focalizzare, molto più semplicemente, se possano individuarsi degli "argini" alla attività di co-produzione normativa da parte dei giudici, ovvero se, ed entro quali limiti, la "creazione" del diritto in via giurisprudenziale possa ritenersi consentita e coerente con il sistema[5].

Da questo – più limitato – punto di vista ed in una visione formale del diritto è agevole rilevare come la forza espansiva del diritto giurisprudenziale sia particolarmente evidente in presenza di anomie[6] o lacune nell'ordinamento, che l'intervento pretorio tende a colmare con modalità più o meno efficaci o corrette.

Se, infatti, l'esistenza di norme (legislativamente poste) è suscettibile di irrigidire, seppur parzialmente, l'attitudine creativa del giudice – la cui attività interpretativa in tal caso risulterà comunque assoggettata ai limiti di cui all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile[7] – l'assenza delle stesse lascia invece aperta la possibilità dello svolgimento di una funzione realmente "creatrice" di diritto da parte di quest'ultimo, con effetti non del tutto definibili *a priori*[8].

---

[4] Per una analisi della evoluzione del ruolo della giurisprudenza in relazione al mutamento della forma di Stato nella materia delle lacune del sistema si rinvia a G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge … in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Relazione al Convegno "*Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto"* (Brescia, 24.11.2017), in *gruppodipisa.it*, 2017, 5-20 ed ora in *costituzionalismo.it*, 2018, n. 1, 59 ss.

[5] Secondo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, 397, «la natura creativa dell'interpretazione e in particolare della giurisdizione (…), nonostante resistenze che – paradossalmente – troviamo espresse in varie dichiarazioni di principio della stessa giurisdizione, comune e costituzionale, parrebbe ormai assodata».

[6] Il termine anomia (dal greco *ἄνομος*: privo di regola) è qui ovviamente usato nel suo senso più strettamente giuridico ("anomia sociale"), ovverosia quale "stato di mancata o insufficiente regolamentazione, giuridica e/o morale, di determinati settori e rapporti della vita collettiva", in contrapposizione a quello, maggiormente utilizzato nella letteratura sociologica, di "anomia soggettiva", ovverosia la "particolare condizione psicologica del soggetto individuale che, per qualunque motivo, non ha interiorizzato le regole sociali" (cfr. per tale distinzione R. MARRA, *Anomia*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, Torino, 1987, vol. I, 335 ss.). Per ulteriori riferimenti allo sviluppo delle teorie sull'anomia, in particolare quelle di E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Alcan, Paris, 1893 (trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, Giuffrè, Milano, 1977), si rinvia agli studi di F. FERRACUTI e G. MAROTTA, *Sociologia criminale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, *ad vocem* e di P. MARCONI, *II.- Sociologia criminale*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1990, *ad vocem*.

[7] Naturalmente nei limiti in cui a tale disposizione possa essere assegnato un valore di "contenimento" dell'attività ermeneutica giurisprudenziale, come si avrà modo di osservare meglio in seguito.

[8] Sui rapporti tra giudici (anche costituzionali) e potere legislativo, con riferimento alle tecniche di interpretazione, J. BELL, *Interpreting Statutes over Time*, in F. OST e M. VAN HOECKE (a cura di), *Time and Law. Is it the Nature of Law to Last?*, Bruylant, Bruxelles, 1998 (ora nella trad. italiana a cura di G. NATALI, *Interpretare leggi nel tempo*, Pensa Edit., Lecce, 2004), 43, svolge alcune considerazioni finalizzate a dimostrare che «se sosteniamo che il potere giudiziario è costituzionalmente subordinato al potere legislativo, stiamo in primo luogo descrivendo una gerarchia di funzioni tra istituzioni sociali contemporanee, cioè i giudici non dovrebbero contraddire ciò che fa il parlamento». In sostanza, se si vuole veramente un potere giudiziario subordinato, allora «vorremmo che esso adegui sincronicamente la sua posizione al potere legislativo. In tal modo, il giudiziario metterebbe in atto le politiche della superiore istanza politica. Quando muta politica, per esempio con l'adesione all'Unione Europea, il ruolo più passivo e subordinato per i giudici è di seguire l'esempio e interpretare la legge alla luce della nuova politica. Detto altrimenti, un approccio attualizzante esegue semplicemente l'operato dell'attuale legislatore e rappresenta un appropriato atteggiamento di subordinazione»

Certo, in proposito è noto che l'esistenza stessa di lacune o anomie costituisce un dato attualmente ancora oggetto di vivace dibattito dottrinale[9], nell'ambito del quale si registrano opinioni – tutte ampiamente ed acutamente argomentate – quasi diametralmente opposte, orientate, seppur sotto diversi profili, talune a negare in radice l'esistenza stessa di possibili lacune ordinamentali[10], altre, invece, ad ammetterne la possibile esistenza[11].

In questa sede non è ovviamente possibile approfondire più di tanto tale argomento, sul quale ci si limita a rilevare – a parere di chi scrive – una più convincente argomentazione delle tesi che ammettono la possibile "lacunosità" dell'ordinamento (tesi alle quali si ritiene di aderire), non foss'altro perché negare l'esistenza di lacune significherebbe privare di senso giuridico uno degli strumenti ermeneutici più diffusi ed antichi, qual è l'interpretazione analogica[12].

Sulla scorta di tali considerazioni preliminari l'obiettivo che ci si prefigge di raggiungere è anzitutto quello di tentare di individuare – ove esista – una possibile linea di demarcazione concettuale tra anomie e lacune del sistema (e le possibili diverse implicazioni delle stesse sotto il profilo che qui interessa).

---

[9] Tale dibattito è puntualmente ripercorso da T.G. TASSO, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Cedam, Padova, 2012, 68, il quale evidenzia che «il tema delle lacune è un tema che periodicamente emerge nella discussione dottrinale nelle varie epoche, in quanto da un lato ne viene periodicamente sollecitato il dibattito da iniziative legislative e costituzionali a dir poco singolari, dall'altro è un argomento che si pone come punto di intersecazione di numerose e a volte anche, per certi versi, lontanissime riflessioni giusfilosofiche, attingendo al fondamento stesso del diritto e al suo rapporto con il fatto».

[10] Tali tesi poggiano – come abilmente riassume A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 4 – nelle loro diverse varianti, sulla individuabilità, in ogni ordinamento giuridico, di "*un precetto non scritto che porterebbe a qualificare ora come giuridicamente irrilevante ed ora come lecito ciò che non è giuridicamente regolato*", il che riapre, ancora una volta, la problematica in ordine alla esistenza o meno del "quinto modo deontico", sul quale v. più ampiamente *infra* (su tali posizioni cfr. per tutti S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Scritti minori*, Giuffré, Milano, 1950, I, 371 ss. e D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1966, I, 45 ss., nonché l'ulteriore bibliografia citata da A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, cit., 4, nota 5.

[11] Sul punto A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli – Il Foro italiano, Roma, 2011, vol. I, 241, rileva che «"il dogma della completezza" dell'ordinamento giuridico appare oggi per un verso un fatto scontato, ma per un altro un problema superato, anche se al fondo della questione rimane l'insanabile difficoltà di trovare un criterio obiettivo di scelta fra i contrastanti risultati cui possono condurre il ricorso all'*argumentum a contrario*, ovvero invece all'*argumentum a simili*».

[12] Sul problema della completezza dell'ordinamento giuridico F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. II, *ad vocem*, 3, correttamente rileva che «il fatto che il giudice debba "giudicare in ogni caso mediante una norma appartenente al sistema" non significa ancora che il sistema sia completo o che debba considerarsi *come se fosse* completo, ma piuttosto che *debba* completarsi». Peraltro, «il fatto stesso che la legge o, entro certi limiti, gli stessi privati (art. 114 c.p.c.) possano attribuire al giudice "il potere di decidere secondo equità" (art. 113 c.p.c.) sta a dimostrare che l'ordinamento in sé non è completo, rigorosamente chiuso, ma se mai completabile». «Ma è poi lo stesso fenomeno della costruzione o creazione delle norme, a partire dalle espressioni o proposizioni normative poste dai fatti, che induce a credere che l'ordinamento normativo non sia una realtà completa e già data, bensì un ideale punto di arrivo, raggiungibile con i mezzi indicati dall'ordinamento stesso (art. 12 disp. Prel.)». Più in generale sul rapporto tra analogia e lacune cfr., tra i tanti, almeno N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Artigianelli, Torino, 1938, M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 516-549 e L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv*., Sez. Civile, Utet, Torino, 1987, I, *ad vocem*. In proposito A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 984, ritiene che «accertata la lacuna e insieme la direzione fondamentale dell'integrazione dell'ordinamento, lo svolgimento del compito è affidato al legislatore e, finché questi rimane inerte, al giudice».

I due termini, infatti, risultano quasi sempre utilizzati quali sinonimi, indicanti in ogni caso una carenza di disciplina normativa in un determinato settore ma, in effetti, potrebbero anche essere considerati come qualificanti fattispecie distinte – con differenti conseguenze giuridiche – ove fosse possibile individuare dei profili di differenziazione concettuale tali da consentire all'interprete di utilizzarli in modo diversificato.

In siffatta prospettiva una prima possibile linea di demarcazione in tal senso potrebbe essere individuata, seguendo un criterio "quantitativo", facendo riferimento all'area lasciata "scoperta" dal diritto[13], nel senso che potrebbe qualificarsi quale anomia la mancata regolamentazione di uno o più interi settori delle fattispecie umane, mentre potrebbe identificarsi come lacuna (di tipo volontario, accidentale, o casuale, come si dirà più oltre) l'assenza di una regola relativamente ad un singolo istituto o ad un particolare specifico comportamento.

In sostanza, ad una anomia "in senso lato" (quale omessa – volontaria o involontaria – disciplina di una sfera più o meno ampia di fattispecie) potrebbe ritenersi contrapposta una anomia "in senso stretto" (e, quindi, una "lacuna"), qualificabile in termini più restrittivi, quale omessa previsione di una regolamentazione di un caso specifico.

A voler fornire degli elementi di esemplificazione potrebbe pensarsi all'ipotesi della mancanza di una disciplina in tema di "fine vita" (qualificabile in termini di vera e propria anomia "in senso lato"), rispetto alla omessa regolamentazione del calcolo della indennità di esproprio di suoli privati, magari a seguito di una pronuncia dichiarativa della illegittimità costituzionale di una disciplina previgente da parte della Corte costituzionale (che concreterebbe, in effetti, gli estremi di una anomia "in senso stretto", ovverosia di una lacuna).

Questa differenziazione meramente "quantitativa" (nel senso di aree più o meno vaste di copertura o scopertura da parte del sistema giuridico) tra anomie e lacune potrebbe apparire a prima vista abbastanza semplicistica ma, a ben vedere, costituisce uno dei pochi (seppur esili) elementi di distinzione ad oggi individuabile.

E' pur vero, come è stato esattamente rilevato a suo tempo da Pizzorusso[14], che negli attuali sistemi le impostazioni tradizionali del problema delle lacune e delle anomie (particolarmente rilevanti negli «ordinamenti nei quali la legge era la fonte assolutamente predominante») «appaiono oggi largamente superate per effetto della modificazione del sistema delle fonti che hanno portato all'introduzione di tutto un complesso di forme di creazione del diritto diverse dalla legge le quali hanno rotto il monolitico predominio di questa fonte»[15]. Ma appare altrettanto vero che l'attuale, diverso assetto del sistema delle fonti, nelle sue interrelazioni con le problematiche dei limiti dell'interpretazione (in particolare di quella giurispru-

---

[13] Si allude, nella specie, alla nota teoria del *Rechtsleerer Raum* di K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892 sulla quale cfr. M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XXIII, 257 ss.

[14] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 241 ss.

[15] Il che ridisegna in modo nuovo sia il problema della "completezza" dell'ordinamento giuridico, sia quello – correlato – della esistenza o meno di una "norma generale esclusiva" (o "inclusiva" secondo altre ricostruzioni) implicitamente contenuta nell'ordinamento stesso. Cfr. sul punto anche le considerazioni di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., 3832.

denziale), lungi dal semplificare la posizione dell'interprete, la rende invece ancor più complessa ed impone pertanto un doveroso particolare approfondimento.

Alla distinzione "quantitativa" sopra individuata tra lacune ed anomie potrebbe invero, eventualmente, contrapporsene un'altra, definibile quale "temporale", nel senso di qualificare come anomie quelle aree mai normate in precedenza dal legislatore e quali lacune, invece, quelle derivanti dal successivo venir meno – in tutto o in parte – di un intervento legislativo (come nel caso di una abrogazione espressa, o dell'intervento di una pronuncia di illegittimità costituzionale). Un siffatto criterio potrebbe avere il vantaggio, rispetto al precedente, di una maggiore precisione, essendo agevole individuare se un determinato istituto sia mai stato disciplinato o meno in precedenza. Ma si presenterebbe particolarmente problematico nella definizione di talune ipotesi che, seppur "di confine", si presentano con frequenza nel nostro sistema, quali quelle delle norme transitorie (le quali, una volta esaurita la loro vigenza, dovrebbero considerarsi quali generatrici di una lacuna – perché la situazione era in precedenza regolamentata – oppure di una anomia?), ovvero quelle delle norme contenute in un decreto legge decaduto perché non convertito o, ancora, delle norme entrate in vigore ma insuscettibili di applicazione, ad esempio per mancanza delle norme di attuazione alle quali rinviano.

In sostanza, in tale diversa accezione dei termini anomia e lacuna, l'accento si sposterebbe sul comportamento più o meno omissivo del legislatore, generando, nel caso di una omissione "originaria", una anomia ed in quello di una omissione "sopravvenuta", una lacuna[16].

Com'è agevole rilevare, il problema in esame è strettamente correlato a quello del cosiddetto "quinto modo deontico", ossia quella categoria di comportamenti che risultano "indifferenti" per il diritto, nel senso che «ne è autorizzata sia la commissione che l'omissione»[17], nonché a quello della finitezza o completezza dell'ordinamento giuridico e, ancora, al divieto di *non liquet* (nella misura in cui l'eventuale lacuna debba essere colmata nell'esercizio della funzione giurisdizionale)[18].

L'analisi si rivela particolarmente complessa e delicata anche perché involge profili di teoria generale del diritto che a tutt'oggi non hanno ancora trovato una soluzione univoca –

---

[16] Anche A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 242, distingue, seppure in una diversa prospettiva, le «ipotesi nelle quali la disciplina giuridica di una certa materia manca nonostante che essa sia prevista dall'ordinamento» dalle «ipotesi in cui una disciplina esistente venga improvvisamente a mancare senza essere tempestivamente sostituita».

[17] Sulla tipologia dei diversi modi deontici si rinvia alla chiara trattazione di M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, cit., 257 ss.

[18] Sul divieto di *non liquet* e sui suoi rapporti con la funzione di co-produzione giurisprudenziale del diritto si sofferma abbastanza diffusamente la Camera dei Deputati nel ricorso per conflitto di attribuzioni proposto contro la Corte di Cassazione nel c.d. caso Englaro (dichiarato, però, inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 334/2008), sostenendo che la *ratio* di tale istituto "non è certamente quella di consentire la trasformazione del giudice in legislatore, ma anzi è volta, come si sa, a rendere ancor più ineludibile il vincolo al rispetto del sistema legislativo vigente". Secondo G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge … in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 6, «la circostanza per cui i due principi – divieto del *non liquet* e soggezione della *iurisdictio* alla *legislatio* – accolti contestualmente negli ordinamenti liberali e funzionali l'uno all'altro ora entrano in tensione non si deve a ragioni di logica giuridica, bensì alle profonde trasformazioni che hanno interessato lo Stato costituzionale».

anzi vedono spesso contrapporsi teorizzazioni diametralmente opposte, ai limiti dell'aporia – e diviene ancora più difficile ove si passi da una prospettiva statica dell'ordinamento ad una dinamica (o diacronica).

L'unico dato certo è che «il presupposto logico perché possa sorgere un problema di lacune dell'ordinamento è l'esistenza di una concezione dell'ordinamento come (almeno potenzialmente) completo»[19].

A ciò si aggiunga, inoltre, che le distinzioni di cui si discute possono divenire ancor più complesse in relazione alla diversità del livello della fonte nella quale l'anomia o la lacuna si verificano.

Appare evidente, infatti, come la mancanza di una disciplina normativa di una determinata materia o di un singolo istituto sia suscettibile di essere riguardata in modo diverso e possa quindi condurre a conclusioni differenti in relazione alla collocazione gerarchica, ovverosia se essa si verifichi a livello costituzionale[20], ovvero di normazione ordinaria o regolamentare/attuativa.

Invero, così come oggi appare pacifico che gli strumenti ermeneutici si diversificano (per metodo e per limiti) in relazione alla fonte oggetto di indagine – per cui, ad esempio, l'interpretazione della Costituzione utilizza strumenti e metodologie in gran parte differenti rispetto a quelli utilizzati per le norme ordinarie[21] – allo stesso modo può ipotizzarsi che lacu-

---

[19] M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, cit., 259, il quale ricorda «che nei sistemi di *case law*, come quello anglosassone o quello romano classico, la questione di cui ci stiamo occupando non si sia affatto posta».

[20] Sulla sussistenza di lacune anche a livello costituzionale si sofferma Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 267 ss.

[21] In proposito, «che l'interpretazione costituzionale richieda il ricorso a canoni ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'interpretazione delle leggi, si può considerare una premessa sufficientemente consolidata fra i costituzionalisti» (C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, III, 1680). Che, tuttavia, tale "premessa sufficientemente consolidata" sia il risultato, in effetti, di impostazioni ed opinioni a volte anche assai divergenti tra loro non inficia la conclusione, sulla quale i diversi autori, anche se partendo da premesse diverse, alla fine concordano, ovverosia che l'interpretazione costituzionale non è riconducibile all'interpretazione delle leggi, quantomeno in conseguenza della «prevalenza dei princìpi costituzionali sull'intero ordinamento [e del] ruolo preponderante della giurisprudenza della Corte sull'interpretazione» (C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, cit., 1682).

Per avere un'idea dei diversi tipi di approccio alla tematica in questione si rinvia agli studi di G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 147 ss. (secondo il quale un elemento importante da tenere presente nell'individuare la particolarità dell'interpretazione costituzionale è costituito dal fatto che «le norme legislative sono prevalentemente regole, mentre le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente princìpi»), di F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1998, 42 ss. (il quale precisa che «la pluralità e complessità dei valori nelle società contemporanee, fissati oggi nelle costituzioni, non si fa più infatti utilmente cristallizzare in un sistema logico deduttivo di concetti, rispetto ai quali l'interprete ed il giudice svolgono un ruolo differenziato di semplice riproduzione passiva»), di M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura oggi*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa. Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997*, Cedam, Padova, 1998, 66 ss. (che sostiene che «non è convincente» l'idea che l'interpretazione della Costituzione finisce per configurarsi molto più come un atto di «prudenza» politica (inteso nel senso più alto del termine), determinato dalle ragioni del problema da risolvere, che non come un atto di interpretazione di una «legge» preposta e scritta), di A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2007, 4 ss. (secondo il quale «non v'è dubbio che applicare alla Costituzione – ossia a un atto normativo le cui disposizioni fondamentali contengono valori o principi – metodiche interpretative di tipo logico-formale, il cui modello principale è dato dal sillogismo deduttivo di sussunzione, non ha alcun senso»), di R. BIN, *La Costituzione tra testo e applicazione*, in *www.robertobin.it/articoli/testoCost.pdf*, 2009, 1 ss., ma ancor più ID., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli*

ne ed anomie possano atteggiarsi in modo diverso in relazione al livello nel quale si verificano[22].

Poiché la distinzione tra anomie e lacune può generare importanti conseguenze – come si avrà modo di approfondire più oltre – in ordine ai limiti dell'attività interpretativa, in particolare giurisprudenziale, appare opportuno individuare un criterio distintivo univoco, magari intermedio tra le due tipologie di distinzioni ("quantitativa" e "temporale") sopra proposte, in grado di temperarne il carattere di assolutezza che le caratterizza.

Tale ulteriore criterio sembra individuabile – seppur generando qualche situazione "ibrida" – nei termini che seguono, frutto di una integrazione tra i due precedentemente indicati.

In siffatta diversa prospettiva potrebbero dunque individuarsi quali anomie quelle mancate regolamentazioni "*ab origine*" di interi settori normativi, mentre quali lacune le assenze di disciplina di singoli istituti sopravvenute per un qualsiasi motivo (dalla abrogazione della norma regolatrice, alla sua dichiarazione di illegittimità costituzionale, etc.).

Tra queste due ipotesi estreme possono poi individuarsene almeno altre tre, intermedie rispetto a queste, che riguardano casi particolari e che si presentano, peraltro, peculiarmente interessanti.

Si allude, da un lato, alla mancata disciplina, sin dall'origine, di una specifica fattispecie che, non investendo un intero settore (anomia) potrebbe qualificarsi quale "lacuna originaria" (l'ipotesi si verifica abbastanza di frequente, come è avvenuto di recente nel settore degli enti locali, nel quale, pur in presenza di una dettagliata disciplina complessiva dell'intera materia, risultano assenti norme specifiche relative a singoli istituti, spesso di particolare rilevanza)[23].

---

interessi nella giurisprudenza costituzionale, Giuffrè, Milano, 1992, 133 ss. (secondo il quale gli «argomenti» costituzionali, a differenza di quelli legislativi, si nutrono di «massime di giustizia sostanziale», essendo espressione di enunciati normativi che positivizzano valori da bilanciare nei singoli casi di specie), di A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 36 ss. e, più di recente, di A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione, Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino, 2011, 140 ss. (il quale, sostanzialmente, nega la possibilità di una interpretazione costituzionale autonoma e diversa rispetto a quella della legislazione ordinaria, auspicando l'applicazione alla interpretazione della Costituzione dei criteri interpretativi dell'art. 12 disp. prel. Cod. civ., così associandosi alla negazione della specificità dell'interpretazione costituzionale formulata da R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1996*, Giappichelli, Torino, 1996, 169-185. Su entrambi tali ultimi studi cfr. tuttavia l'opinione critica di M. BARBERIS, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2012, 1 ss.)

[22] Sulla possibilità o meno di individuare lacune a livello costituzionale si sofferma ampiamente ed acutamente A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, cit., 4 ss.

[23] Uno di tali casi è stato affrontato e risolto, seppur con argomentazioni non sempre del tutto condivisibili, dal Consiglio di Stato (Sez. V, 6.10.2009 n. 6045) che, in presenza di una lacuna in materia di elezione di organi di una Comunità montana, ha chiarito che nei procedimenti elettorali di qualunque tipo, *ove non esista una norma specifica* che regolamenti il caso della parità di voti conseguiti, il principio generale da applicare è quello della maggiore anzianità anagrafica, in applicazione analogica della "normativa in materia elettorale, la quale, nel corso del tempo, avrebbe sempre individuato nell'anzianità anagrafica il parametro (residuale) della preferenza a parità di suffragi: così l'art. 62 del R.D. 12.2.1911 n. 297, l'art. 65 del T.U. 16 maggio 1960 n. 570, l'art. 71, comma 6, del D.L.vo n. 267/2000, e l'art. 3 della L. 4 agosto 1993 n. 276". Il medesimo problema si è posto recentemente nell'ambito della Città Metropolitana di Bari in sede di elezione del Comitato per l'Ambito territoriale di caccia, attesa la mancanza, nel Regolamento della Regione Puglia 5.8.1999 n. 3 di una norma che disciplinasse

Dall'altro lato, alla possibilità che un singolo istituto, in precedenza normato, resti per un qualsivoglia motivo privo di disciplina (ipotesi che potrebbe qualificarsi in termini di "lacuna sopravvenuta")[24].

Ed infine l'ulteriore caso di un intero settore che, in precedenza normato (e quindi non qualificabile quale "anomia originaria"), venga ad un certo punto a ritrovarsi privo di disciplina (come avviene quando una intera legge viene abrogata senza essere sostituita da una nuova e diversa disciplina)[25]. Quest'ultima è l'ipotesi di più difficile collocazione, che tuttavia, per le sue caratteristiche sembra ascrivibile ad una ulteriore peculiare categoria qualificabile quale "anomia sopravvenuta".

L'applicazione di una siffatta catalogazione delle anomie e lacune ai processi ermeneutici appare suscettibile di stimolare interessanti prospettive di indagine e di riflessione, in particolare sotto il profilo dei limiti che possono essere individuati in relazione all'attività dell'interprete.

2. Sui possibili profili di differenziazione tra anomie e lacune: legislazione vs. interpretazione

Data per scontata – per i motivi sopra illustrati – l'esistenza di possibili lacune o anomie all'interno di un dato sistema giuridico, la loro ascrivibilità in una o altra delle categorie *supra* individuate rimarrebbe una sterile operazione di catalogazione ove non si procedesse al necessario approfondimento in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla sussunzione di una determinata fattispecie in una specifica categoria.

Se l'ascrizione in una categoria anziché in un'altra risultasse priva di conseguenze, infatti, si finirebbe con il privare di qualunque significato lo stesso impianto di catalogazione, atteso che, in tal caso, gli effetti che si produrrebbero sarebbero i medesimi e quindi sostanzialmente *indifferenti* per il sistema.

Tale "indifferenza" non appare logicamente sostenibile, quanto meno alla luce delle considerazioni seguenti.

---

l'ipotesi del conseguimento di uno stesso numero di voti da parte di più candidati (ipotesi sulla quale ha avuto modo di esprimersi anche l'A.N.A.C. con il parere 11.7.2016 n. 106648).

[24] La differenza tra lacune originarie e sopravvenute è diversamente individuata da A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 421 ss., il quale ritiene che le lacune «sono originarie se correlate a problemi *trascurati* dal legislatore (…), sono sopravvenute se correlate a problemi *ignoti* al tempo del legislatore». Sul medesimo punto è singolare la posizione di P.G. MONATERI, *Interpretare la legge*, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, I, 595, che ritiene che «la lacuna (…) è sempre il risultato dell'applicazione di una procedura interpretativa: la lacuna è una creazione dell'interprete».

[25] Sugli effetti della abrogazione di una intera legge da parte di una successiva si sofferma acutamente F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem*, 4-5. Su taluni specifici profili dell'abrogazione cfr. anche G.U. RESCIGNO, *Intorno a interpretazione, interpretazioni vincolanti, mutamenti di interpretazione della Corte di cassazione di disposizioni penali incriminatrici, principio della* lex mitior *in diritto penale e sentenze penali di condanna definitive*, in *Giur. cost.*, 2013, 3801 ss.

2.1. (Segue)*: creazione di norme ed estrazione di norme e possibili limiti all'interpretazione giurisprudenziale*

È opinione comune che la produzione normativa si verifichi attraverso un duplice canale: quello della immissione (o modificazione, o abrogazione) di nuove disposizioni da parte del legislatore e quello della "estrazione" di norme da queste ultime da parte dell'interprete (in particolare da parte del giudice)[26].

Il *punctum dolens* di tale impostazione è costituito – e da lungo tempo – dalla individuazione del confine tra tali due canali, essendosi in proposito ampiamente dibattuto: a) sulla esistenza stessa o meno di un confine (sostenendosi, da parte di taluni autori, che l'attività normativa in via legislativa o in via giurisprudenziale siano sostanzialmente indistinguibili, assegnando così al giudice quella che si suole definire una funzione di co-produzione del diritto; b) sulla individuazione – in effetti assai problematica – di una possibile linea di demarcazione tra i due modi di produzione e quindi, conseguentemente, sui confini della co-produzione normativa da parte del giudice rispetto alla modalità di produzione "naturale" del diritto in via legislativa[27].

In ordine alla prima impostazione non si può non osservare come la stessa porti ad una – non consentita, a parere di chi scrive – assimilazione dei concetti di disposizione e norma, pur nei limiti entro i quali oggi tali concetti sono rimessi ampiamente in discussione[28].

L'individuazione delle norme (quali regole giuridiche) mediante le attività di interpretazione presuppone, infatti, l'esistenza degli enunciati linguistici (disposizioni)[29] dai quali le norme stesse possono essere ricavate. Negare qualunque differenziazione tra produzione normativa in via legislativa e produzione normativa in via giurisprudenziale comporta la negazione di una qualunque differenza tra l'oggetto dell'attività ermeneutica (la disposizione) ed il risultato della stessa (la norma), in contrasto con i principi fondamentali della logica, non solo giuridica[30].

L'interpretazione, infatti, presuppone l'esistenza di un oggetto da interpretare, in assenza del quale appare impossibile qualunque elucubrazione semiologica.

In altri termini, ogni attività interpretativa presuppone un oggetto da sottoporre a speculazione, in assenza del quale l'attività ermeneutica si risolve in un processo di "creazione" dell'oggetto e non di attribuzione di un significato allo stesso.

Trasposto l'argomento sul piano strettamente giuridico, l'interpretazione consegue necessariamente all'esistenza di una disposizione da interpretare, al fine di trarne la relativa

---

[26] Sulla distinzione tra disposizioni e norme non può non rinviarsi a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XIII, 195 ss. e ID., *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 929 ss.

[27] Per una disamina esaustiva di tali posizioni dottrinali cfr. A. GUSMAI, *Giurisdizione*, *interpretazione e co-produzione normativa*, cit., 87 ss.

[28] Una rilettura critica molto elaborata della differenziazione tra disposizione e norma e sul concetto stesso di norma è assai efficacemente esposta da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 399 ss.

[29] G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, il Mulino, Bologna, 1984, 11 ss.

[30] Su tale aspetto cfr. U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, 215 ss.

norma[31]. Così come *in claris non fit interpretatio*[32], potrebbe dirsi a maggior ragione che, in assenza di una disposizione non possa darsi luogo ad alcuna interpretazione (non esistendo un oggetto da analizzare)[33].

La differenza (ontologica) tra oggetto di indagine ed attività di indagine sull'oggetto impedisce la loro assimilazione e quindi che il risultato dell'attività ermeneutica (la norma) possa in qualche modo sostituire o modificare l'oggetto dell'attività stessa (la disposizione).

In buona sostanza – e per dirla con uno dei massimi semiologi[34] – in tanto può interpretarsi un'opera d'arte in quanto tale opera effettivamente esista, o sia mai esistita in un tempo precedente, non potendosi altrimenti interpretare alcunché (un processo interpretativo presuppone un segno, qualunque esso sia, non essendo ovviamente concepibile l'interpretazione di un oggetto inesistente).

Quindi, se l'interpretazione presuppone l'esistenza di una disposizione (oggetto dell'attività ermeneutica), sembrerebbe evidente che l'assenza della stessa non possa legittimare l'operatore conoscitivo ad interpretare alcunché. Il che significherebbe che qualunque lacuna o anomia risulterebbe incolmabile, in quanto l'interprete sarebbe posto nella impossibilità di intervenire a causa della inesistenza di un possibile oggetto di speculazione.

Naturalmente, un siffatto discorso avrebbe una sua validità solo nella misura in cui l'assenza di regolamentazione di una determinata fattispecie possa essere riguardata quale

---

[31] Di diverso avviso, sul punto, appare l'opinione di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003, 92, il quale, in materia di leggi di interpretazione autentica, evidenzia che, «ad esempio, postulando l'idea che la norma esista come tale solo nel momento dell'applicazione essendoci, prima di essa, solamente una disposizione aperta a più significati, si può agevolmente criticare la pretesa del legislatore-interprete di porre autoritativamente *norme*, potendo il Parlamento introdurre nell'ordinamento esclusivamente *enunciati linguistici*, oggetto poi di (re)interpretazione da parte dell'applicatore. Che questo sia un esito inevitabile è, d'altra parte, riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale quando – per mantenere separati i piani su cui opererebbe il giudice e il legislatore-interprete – afferma che "l'attribuzione per legge di un dato significato ad una norma non tocca la *potestas iudicandi*, ma definisce e delimita la fattispecie normativa – che è oggetto di tale *potestas* – come risulta dal precetto integrato". Ciò la costringe però a riconoscere apertamente che "la disposizione, così definita, costituisce la materia dell'esame devoluto all'autorità giudiziaria". Ebbene, cos'altro significa tutto questo, se non ammettere che anche la legge interpretativa è soggetta al potere interpretativo del giudice?».

[32] Sulla recente tendenziale rivalutazione del brocardo *in claris non fit interpretatio* si sofferma M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 403.

[33] Una prospettiva interessante su tale punto è offerta dalla giurisprudenza costituzionale spagnola, in particolare nella decisione n. 11/1981. Infatti, partendo dalla distinzione tra "norma come precetto e disposizione ("*texto legal*") come segno sensibile mediante il quale il precetto si manifesta, o come mezzo di comunicazione che si usa per portarlo a conoscenza" dei soggetti destinatari, il giudice costituzionale spagnolo giunge alla conclusione che "l'oggetto del processo costituzionale è essenzialmente l'ultima e non il primo" (FJ 4 della decisione). Ciò non significa – si precisa tuttavia – che seguendo tale impostazione il Tribunal debba rinunciare alla possibilità di pronunciare decisioni del tipo di "quello che si definisce comunemente come sentenza interpretativa, attraverso la quale si dichiari che un determinato testo non è incostituzionale se inteso in una determinata maniera". Invero, tali decisioni vengono ritenute sempre possibili, purché l'opera di interpretazione si limiti a "stabilire il senso ed il significato del testo" e non si spinga, invece, fino a tentare una "deduzione o ricostruzione del precetto normativo, mediante una connessione di più testi". In sostanza, il Tribunal può stabilire il significato di un testo e decidere che esso è conforme alla Costituzione, ma non può, invece, "tentare di ricostruire una norma che non sia debitamente esplicitata in un testo, per concludere che questa è la norma costituzionale". Sulla distinzione tra disposizione e norma nella giurisprudenza del Tribunal Constitucional si rinvia alla diffusa analisi di J.M. LÓPEZ ULLA, *La cuestión de incostitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 67 ss.

[34] U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, cit., 220 ss.

elemento singolarmente considerabile, avulso da un contesto più generale. Ma, poiché – sin dai tempi delle teorizzazioni di Kelsen[35] e di Santi Romano[36] – è ormai incontroverso che le singole norme (o, al contrario, le mancate regolamentazioni normative di determinate fattispecie) esistono ed operano nell'ambito di un ordinamento o di un sistema giuridico, è evidente che la lettura di una certa disposizione (o la rilevazione della sua assenza) non può avvenire al di là ed al di fuori del contesto nel quale la stessa (o la relativa lacuna) opera.

Sulla scorta di tali premesse – ovverosia che in un dato sistema possono verificarsi anomie o lacune e che le stesse possono essere, con modalità e limiti diversi, in qualche modo colmate – occorre spostare l'attenzione proprio sui limiti che possono essere individuati in relazione all'attività ermeneutica.

In questa prospettiva ed applicando i criteri di classificazione indicati in precedenza si può tentare di tracciare alcune direttrici lungo le quali muoversi.

L'ipotesi più semplice dalla quale partire può essere individuata nelle lacune originarie o sopravvenute. In tal caso non sembrano sussistere motivi ostativi alla "integrazione" dell'ordinamento in via interpretativa (in particolare giurisprudenziale) mediante il ricorso alle tecniche dell'analogia (*legis* o *juris*), trattandosi della ricostruzione di una disciplina normativa di una singola fattispecie rispetto alla quale possa invocarsi il richiamo ad una norma che regolamenta una fattispecie identica o simile[37]. Certo, un limite peculiare potrebbe individuarsi nella ipotesi di una lacuna sopravvenuta a seguito della abrogazione espressa di una disposizione da parte del legislatore. La circostanza che in tal caso la lacuna dipenda da una espressa *voluntas legis* dovrebbe far propendere l'interprete (in particolare il giudice) per la impossibilità di sostituire la disposizione venuta meno con un'altra, attesa la soggezione del giudice alla legge (ex art. 101 Cost.)[38] e quindi la insuperabilità del limite tra giurisdizione e legislazione. In casi simili appare tuttavia evidente la difficoltà di distinguere se la volontà abrogativa del legislatore sia da ricondurre ad una mera "avversione" rispetto alla disposizione oggetto di caducazione, ovvero sia effettivamente finalizzata alla creazione di un vuoto normativo sullo specifico argomento (ipotesi che, sola, sembrerebbe in effetti poter legittimare la conclusione alla quale in questa sede si perviene). Potrebbe, infatti, in proposito obiettarsi che la mera abrogazione non possa di per sé porsi come limite all'attività interpretativa giurisdizionale ove non sia accompagnata e supportata dalla esplicitazione di una reale volontà di lasciare non normata una determinata fattispecie.

Senonchè, a ben vedere, che una volontà in tal senso sia esplicitata o meno, non appare influente ai fini dell'analisi del fenomeno di cui in questa sede si discute, atteso che sia in un caso (*voluntas* specifica di creare un vuoto normativo), che nell'altro (mera volontà di caducazione di una data disposizione), l'effetto che si produce è comunque quello del venir

---

[35] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1951.

[36] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977.

[37] Sulle tecniche dell'interpretazione analogica e dei suoi limiti si sofferma ampiamente G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 1 ss.

[38] Sulla "soggezione" del giudice alla legge ex art. 101 Cost. si rinvia a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 402 ss.

meno dell'oggetto dell'attività ermeneutica e, conseguentemente, della impossibilità – almeno tendenziale – di esercizio della stessa (pur se non può non ammettersi la possibilità in astratto che la regola venuta meno possa essere "ricreata" dall'interprete ricavandola dalla disposizione sistematica di altre disposizioni esistenti).

Ciò potrebbe non valere, invece, per le altre ipotesi nelle quali la disposizione sia venuta meno per ragioni indipendenti dalla volontà del legislatore, come per l'abrogazione a seguito di *referendum*[39] o per la dichiarazione di illegittimità costituzionale, anche se, con riferimento alla ipotesi di abrogazione in via referendaria, non ci si può esimere dal ricordare che la stessa, in effetti, al pari della abrogazione disposta in via legislativa, «incide su quell'elemento costitutivo essenziale delle disposizioni che è la loro potenzialità normativa» determinandone la totale estinzione e quindi ponendosi «come vincolo per l'interprete, che dal dato testuale di un precetto non potrà più ricavare alcuna norma», così inibendo «all'operatore giuridico ogni tentativo ermeneutico»[40].

Né, d'altra parte, a contrastare l'impossibilità di integrazione in via interpretativa/analogica potrebbe essere invocato il divieto di *non liquet* stabilito in via generale nell'esercizio della funzione giurisdizionale. In tal caso, infatti, il giudice potrebbe comunque chiudere il giudizio con una pronuncia definitiva, seppur di rito e non nel merito, dichiarando

---

[39] Certo, tale conclusione potrebbe anche ritenersi non condivisibile alla luce della natura giuridica dell'atto referendario e del suo carattere di legislazione negativa o della sua funzione normativa unidirezionale (A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, VII, Utet, Torino, 1961, 529 ss.). Infatti, «se è vero che le fonti si caratterizzano per la potenziale pienezza innovativa, essa risulta inesistente nel *referendum* abrogativo, posto che quest'ultimo non può che produrre un effetto di semplice abrogazione espressa, essendo costituzionalmente inidoneo a produrre direttamente qualsiasi altro mutamento del diritto oggettivo. Ciò nonostante la natura di fonte normativa appare pienamente confermata dagli effetti dell'atto scaturente dal voto popolare, visto che l'abrogazione totale o parziale di una disposizione normativa determina comunque una situazione per cui i rapporti sino a quel momento regolati dalla disposizione abrogata vengono regolati in modo diverso» (A. LOIODICE, A. BRIGHINA, *Referendum*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, 19).

[40] A. LOIODICE, A. BRIGHINA, *Referendum*, cit., 20. Un ulteriore punto di vista in proposito può essere rintracciato nella interessante opinione di M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca e Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 2005, 621- 623, secondo il quale, in materia di monopolio parlamentare della funzione legislativa, pur se «da noi si consente al Governo l'esercizio della funzione legislativa nelle ipotesi previste dagli artt. 76 e 77 della Costituzione (…), quelle ipotesi non mettono in discussione il monopolio parlamentare della funzione legislativa in sé, non foss'altro perché in entrambe l'intervento parlamentare è indispensabile affinché quell'esercizio sia consentito, ovvero, a posteriori, legittimato. Nel caso del *referendum* le cose parrebbero stare in modo diverso, poiché il corpo elettorale non sembra aver bisogno di alcun intervento preventivo o successivo dell'organo rappresentativo, per agire. La qualificazione del *referendum* come atto con forza di legge, conseguentemente, parrebbe mettere in discussione il monopolio della funzione legislativa, che l'art. 70 Cost. ha voluto assegnare alle Camere. Sennonché, a ben riflettere, il *referendum* un preventivo intervento della rappresentanza lo presuppone comunque, atteso che, se questa non ha legiferato, il *referendum* – essendo esclusivamente abrogativo – non è praticabile. Anche qualificando il *referendum* come atto con forza di legge, ancorché adottato senza delegazione e senza bisogno di una successiva legittimazione (con una conversione in legge), pertanto, la riserva alle Camere della funzione legislativa non è messa in discussione. La conclusione, dunque, è che il *referendum* deve qualificarsi atto con forza di legge e che tra legge e *referendum* esiste un "parallelismo" che – fatte salve le specificità di ciascuna delle due fonti – ne reclama il medesimo trattamento giuridico. Legge e *referendum* sono fonti dotate – per dirla con la prima (e più convincente, per tale profilo) giurisprudenza della Corte costituzionale – "dello stesso rango", epperciò destinate (fra l'altro) a succedersi l'una all'altra secondo le regole comuni».

l'inammissibilità dell'azione in considerazione della inesistenza di una norma che attribuisca una situazione giuridica soggettiva attiva suscettibile di tutela[41].

Diverso, invece, è il discorso in ordine alle anomie, sia per quelle originarie ma ancor più per quelle sopravvenute.

La mancanza di disciplina di un intero settore sembra ostare in modo insormontabile ad una possibilità di integrazione, atteso che in tal caso l'eventuale intervento ermeneutico del giudice finirebbe per configurare gli estremi di una forma di co-produzione non tanto normativa, quanto addirittura legislativa, certo non consentita dal combinato disposto degli artt. 70 e 101 Cost., che attribuiscono un siffatto compito al solo legislatore.

E ciò si verificherebbe non solo per le anomie originarie (frutto di una possibile volontà del legislatore di non voler normare, per i più svariati motivi, un determinato settore di fattispecie), che impedirebbero la sostituzione del giudice al legislatore, in via interpretativa, ma a maggior ragione per le anomie sopravvenute, specie per quelle venutesi a creare a seguito della abrogazione espressa di una intera disciplina[42], dato che in tal caso la volontà del legislatore di lasciare non disciplinato un intero settore sarebbe espressa ed inequivocabile, così bloccando qualunque tipo di intervento di integrazione del sistema che non passasse attraverso un procedimento legislativo, a parziale differenza dell'ipotesi, poco prima esaminata, delle anomie originarie, nelle quali la mancata regolamentazione di un settore potrebbe essere ricondotta non ad una precisa volontà, ma a fattori diversi e magari transeunti (quali la mancata attivazione della fase della iniziativa legislativa, o una particolare lentezza dei lavori parlamentari per motivi politici contingenti).

Per le anomie sopravvenute, inoltre, potrebbero valere limiti ancor più stringenti all'attività di integrazione in via interpretativa, che dovrebbe ritenersi preclusa anche nella ipotesi di una anomia derivante da abrogazione referendaria della disciplina di settore, data la natura di una sorta di legislazione negativa di essa.

---

[41] Questa strada è stata seguita dalla Sez. I Civile del Tribunale di Roma nell'ordinanza 16.12.2006, risolutiva del ben noto caso Welby, nella quale si osservò che, "in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato "accanimento terapeutico", va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito e, di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito". "Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina". Assai interessante in proposito è l'argomentazione di N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 9 ss., secondo il quale «si sostiene non di rado che tale inerzia [quella del Parlamento in determinati settori] legittimerebbe la supplenza giudiziaria nell'affermazione del diritto: giacché, se il legislatore può decidere politicamente di non dar corso alle richieste di giustizia, ciò non sarebbe invece possibile per un giudice, al quale non è mai consentito un *non liquet*. Vi è in tale argomento una singolare inversione concettuale. Quando si sostiene che il silenzio o l'inerzia del legislatore nell'accogliere il nuovo diritto o il nuovo valore legittimerebbero l'innovazione giurisprudenziale anche *praeter legem* (o addirittura *contra legem*) […], si dimentica la banale verità che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento».

[42] Cfr., sul punto, ancora F. MODUGNO, *Abrogazione*, cit., 4-5.

Certo, per l'ipotesi delle anomie sopravvenute potrebbe profilarsi un particolare problema, di difficoltosa soluzione. Si allude alla circostanza che, prima dell'intervento abrogativo (di qualunque natura esso sia), sulla disciplina previgente potrebbero essersi formati degli orientamenti giurisprudenziali, se non addirittura un diritto vivente. *Quid juris* di tali norme "create" dalla giurisprudenza dopo l'eventuale abrogazione della legislazione di riferimento? Potrebbero le stesse sopravvivere, continuando a regolamentare fattispecie che il legislatore ha invece espressamente stabilito di non disciplinare? La risposta a tale quesito sembra dover essere negativa. Invero, dopo l'intervenuta abrogazione, qualunque azione giudiziaria promossa non potrebbe che essere dichiarata inammissibile per inesistenza di una norma attributiva di una situazione soggettiva attiva, non potendo la stessa ritenersi "surrogabile" dalla norma in precedenza ricostruita in via giurisprudenziale. Per i giudizi invece ancora pendenti al momento dell'abrogazione il giudice potrebbe limitarsi alla applicazione dei principi in materia di successione delle leggi nel tempo.

2.2. (Segue)*: ipotesi particolari: l'eventualità di una legge "negativa" e le possibilità di "cristallizzazione" dell'interpretazione giurisprudenziale*

Il discorso potrebbe poi proseguire con la prospettazione di casi ad oggi mai verificatisi nel nostro sistema, ma la cui astratta prospettabilità non appare solo una ipotesi di scuola.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui il Parlamento approvi una legge (che in relazione al suo contenuto potrebbe definirsi) "negativa"; ovverosia un atto normativo con il quale si manifesti in modo chiaro, espresso ed inequivoco che il legislatore non intende (volontariamente) disciplinare un determinato settore, non confinandolo nell'area della irrilevanza giuridica, ma sottraendolo per un tempo più o meno definito ad ogni sorta di regolamentazione.

In effetti una ipotesi non dissimile da quella appena citata si è recentemente verificata in Parlamento in sede di approvazione della Legge Cirinnà (Legge 20.5.2016 n. 76), nell'ambito della quale l'istituto della c.d. *Stepchild Adoption* è stato appositamente stralciato dal Parlamento, ma subito dopo "ricreato" attraverso una peculiare e controversa interpretazione della normativa previgente dalla Corte di cassazione nella sentenza 26.5.2016 n. 12962[43].

In siffatto caso appare quanto meno opinabile che una anomia di tal fatta possa lasciare un margine di manovra all'intervento in via interpretativa da parte della giurisprudenza. Né potrebbe dubitarsi della legittimità (costituzionale) di una tale modalità di esercizio della funzione legislativa, data la sua potenziale illimitatezza[44] ed in considerazione dell'apporto

---

[43] Sulla quale si rinvia alle considerazioni critiche di I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 1 ss.

[44] Correttamente, secondo N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, cit., 10, «la discrezionalità legislativa si esercita non solo nell'espressione di nuove scelte normative, ma anche nella

positivo che una tale modalità di esercizio potrebbe avere in ordine, ad esempio, al principio della certezza del diritto[45], negli ultimi anni assai ridimensionato da orientamenti giurisprudenziali contraddittori formatisi in settori molto delicati privi di regolamentazione, prontamente riempiti in modo che potrebbe qualificarsi forse un po' troppo "creativo" dalle pronunce giurisdizionali[46], come si è verificato nel caso della interruzione volontaria di trattamenti sanitari finalizzati al mantenimento in vita (casi Englaro[47] e Welby[48]) o delle unioni omosessuali[49].

---

stessa tacita conservazione, nel tempo, delle opzioni normative già affermate nell'ordinamento. Inoltre, quel che non si decide in sede parlamentare, non per ciò solo va deciso in altre sedi, perché bisognerebbe in primo luogo chiedersi se la mancata decisione non racchiuda in realtà una decisione negativa, comunque da rispettare».

[45] Sul concetto di certezza del diritto e sulle sue numerose implicazioni specialmente nello Stato costituzionale di diritto si sofferma dettagliatamente M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 27 ss.

[46] In ordine alle conseguenze degli eccessi di "creatività" della funzione interpretativa giurisprudenziale, con particolare riferimento alla possibilità che si verifichino delle situazioni critiche di diseguaglianza, cfr. A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa su *Dis-eguaglianza e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 326 ss., nonché ID., *Il diritto giurisprudenziale "creativo" e gli incerti confini tra giurisdizione e legislazione*, in F.J. LACAVA, P. OTRANTO, A.F. URICCHIO (a cura di), *Funzione promozionale del diritto e sistemi di tutela multilivello*, Cacucci, Bari, 2017, 163 ss. Sul ruolo di "supplenza" svolto dalla magistratura si sofferma in modo molto critico anche S. STAIANO, *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *Federalismi.it*, 29.5.2013, 5 e 12, secondo il quale «è necessario chiedersi se un tale ruolo di supplenza giudiziale dell'opera del legislatore possa trovare campo senza alterare radicalmente gli equilibri (già precari) del sistema»; «tale pervasività inefficiente tocca tutte le magistrature e minaccia i principî di certezza del diritto e di legalità, perché rende incerto il giudizio sulle conseguenze giuridiche dei comportamenti dei singoli cittadini e dei gruppi sociali».

[47] Sulle peculiarità del caso Englaro si rinvia alle argomentazioni di V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, 380 ss., di R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra "diritto politico" e "diritto giurisprudenziale": qualche osservazione in margine alla vicenda Englaro*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Giappichelli, Torino, 2010, 2931 ss. e di A. GUSMAI, *Giurisdizione*, *interpretazione e co-produzione normativa*, cit., 106 ss. Sul medesimo problema cfr. altresì le interessanti considerazioni di G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Pagine, Roma, 2015, 34 ss.

[48] Sul quale cfr. N. VICECONTE, *Il diritto di rifiutare le cure: un diritto costituzionale non tutelato? Riflessioni a margine di una discussa decisione del giudice civile sul "caso Welby"*, in *Giur. cost.*, 2007, 2366 e ss. e, anche con riferimento al caso Englaro, ID., *La sospensione delle terapie salvavita: rifiuto delle cure o eutanasia? Riflessioni su autodeterminazione e diritto alla vita nella giurisprudenza delle corti italiane*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, 1 ss. Sia sul caso Englaro che su quello Welby si sofferma altresì, proprio con riferimento all'esistenza di lacune nell'ordinamento nazionale in materia, anche G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge … in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 4, la quale, sul punto, ritiene «degno di nota che si sia risolto negativamente il conflitto di attribuzioni nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Milano, proposto dalla Camera dei Deputati con l'argomento che tali autorità giudiziarie avrebbero esercitato attribuzioni proprie al potere legislativo o comunque interferito con le prerogative dello stesso», citando, tra gli altri, i commenti di R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/08)*, in *Forum costituzionale*, 2008, e R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49.

[49] Sulle quali cfr. la sentenza della Cassazione n. 4184/2009 che, secondo G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 67, «ha testualmente rivendicato: "la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto". È la clamorosa ed esplicita sconfessione del modello positivistico, accolto in Costituzione, che vede nella legge l'unica fonte del diritto. È certamente una affermazione eversiva del sistema». Sul punto si rinvia anche a V. TONDI DELLA MURA, *La nuova frontiera della regola giurisdizionale e i rischi della competizione normativa fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in M. ESPOSITO, A. LOIODICE, I. LOIODICE, V. TONDI DELLA MURA, *Temi di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 247 ss., nonché F. VARI, *Il soliloquio di Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013, 13 ss.

In una prospettiva totalmente diversa potrebbe poi ipotizzarsi anche un diverso modo attraverso il quale, in via legislativa, potrebbe prodursi un contenimento del fenomeno della co-produzione normativa da parte della giurisprudenza. Si allude in questo caso non ad ipotesi di scuola, ma a casi effettivamente verificatisi, seppure in tempi risalenti, in ordinamenti particolari.

In proposito è noto, ad esempio, che la codificazione giustinianea aveva, tra i suoi scopi, non solo quello di raccogliere in pochi testi tutti gli orientamenti giurisprudenziali (e dottrinali) stratificatisi nei secoli, ma anche la finalità precipua di impedirne la formazione di nuovi e diversi rispetto a quelli raccolti e codificati, così perseguendo «la *reductio ad unum* dell'intero ordinamento, [concepito] come sistema tendenzialmente chiuso e a sé bastante»[50], evitando così i rischi (a suo tempo evidenziati da Pomponio, le cui parole vengono testualmente riportate nel *Digesto*) dello *ius incertum* di natura giurisprudenziale[51]. «Il disegno è chiarissimo nelle due costituzioni con cui si dispone la compilazione del *Digesto* e se ne ordina la pubblicazione. Nessun giureconsulto dovrà osare per l'avvenire accostare alcun commento ai brani del *Digesto*. L'*interpretatio* dei testi contenuti nel *Digesto* è qualificata piuttosto "*perversio*", è dunque uno stravolgimento e come tale vietata»[52].

Né diverso scopo aveva, alcuni secoli dopo, la cosiddetta "chiusura della porta dell'*ijtihaād*" (ovverosia dello "sforzo interpretativo"), cioè quel fenomeno che a partire dal IV secolo dell'Islam, intorno alla metà del nostro XI secolo, ha comportato che «al giurista è interdetta l'interpretazione diretta delle fonti del *fiqh*, mentre viene piuttosto invitato a meditare e riflettere sui risultati ottenuti dalla dottrina precedente»[53], così sostanziando quella che è stata definita la "pietrificazione" o cristallizzazione del diritto mussulmano[54].

Si tratta, com'è evidente, di esperienze storicamente (e giuridicamente) assai diverse rispetto a quella italiana, non foss'altro perché hanno riguardato (in tempi remoti) sistemi sostanzialmente di *case law* (diritto romano e bizantino) o a base religiosa (*shari'a* islamica), ma entrambe sintomatiche di una esigenza che non è venuta meno nel corso dei secoli, ossia quella della riaffermazione del principio della certezza del diritto attraverso una tendenziale limitazione – o, comunque, un contenimento – dell'attività interpretativa.

Tanto è vero che in tempi ed in luoghi assai più vicini ai nostri, il fenomeno si è nuovamente ripetuto, con finalità e metodi molto simili. Si allude all'art. 5 del Codice Civile francese del 21 marzo 1804 che, com'è noto, vieta ai giudici "di pronunciare in via di disposizione generale o regolamentare nelle cause che agli stessi sono sottoposte"; in sostanza, «il giudice può quindi decidere solo applicando strettamente la legge, senza poter introdurre

---

[50] Così G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 205, che richiama alcuni passi della *Constitutio Tanta*.

[51] D. 1.2.2.3-4 e D. 1.2.2.2.

[52] G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 206 e 213, il quale aggiunge che «il disegno di Giustiniano appare in una luce ancor più chiara laddove si concordi con il Falcone che il divieto dei commenti ai testi contenuti nel *Digesto* non doveva valere per i professori che si limitavano alle attività di insegnamento, ma riguardava il *Digesto* come testo legislativo da utilizzare nei tribunali. È evidente infatti, in questa prospettiva, la preoccupazione assorbente e decisiva di garantire norme certe e stabili nella prassi giudiziale».

[53] D. SCOLART, *La Madrasa, luogo del sapere religioso e giuridico*, in D. NOVARESE (a cura di), *Accademie e scuole. Istituzioni, luoghi, personaggi, immagini della cultura e del potere*, Giuffrè, Milano, 2011, 71.

[54] L. PEGORARO e A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, 9.

alcuna nuova norma»[55]. Una siffatta limitazione appare perfettamente in linea con gli artt. 6 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, nell'imporre il principio della separazione dei poteri (peraltro indicati nel Preambolo della Dichiarazione nei soli poteri legislativo ed esecutivo, senza menzione di quello giudiziario), sottolineano la considerazione della legge quale espressione della volontà generale e quindi la sua supremazia su ogni altra fonte, con conseguente notevole riduzione del potere del giudice. Ed il quadro si completa con l'abolizione – introdotta dall'art. 4 del *Code* – della possibilità di ricorrere al *Référé législatif*, e la parallela introduzione del divieto di *non liquet*[56]: l'ordinamento giuridico così come racchiuso nel Codice è caratterizzato dalla completezza ed in quanto tale deve essere preservato da modificazioni introdotte in via interpretativa[57].

Così come si allude, altresì, all'art. 73 dello Statuto albertino, secondo il quale "l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo", in tal modo subordinando «il giudice alla legge, in chiara polemica con la prassi che durante l'*ancien régime* aveva visto i giudici assumere potestà normativa»[58].

2.3. (Segue)*: l'esperienza italiana degli ultimi anni: le tendenze codicistiche e le leggi interpretative*

Orbene, negli ultimi anni è registrabile un fenomeno parzialmente simile a quelli appena descritti anche nell'ordinamento italiano, nel quale sempre più spesso gli interventi legislativi del Parlamento in determinati settori risultano impostati sulla tecnica della codificazione degli orientamenti giurisprudenziali stratificatisi sulla legislazione previgente, com'è avvenuto, ad esempio, di recente con il D.Lgs. 2.7.2010 n. 104 (Codice del Processo Amministrativo) o del D.Lgs. 18.4.2016 n. 50 (nuovo Codice dei contratti pubblici)[59]. Certo, tale attività di "raccolta" della giurisprudenza e la sua trasformazione in normazione non è poi accom-

---

[55] Così G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 241.

[56] Il *Référé legislatif*, introdotto nel periodo rivoluzionario e modellato proprio sulla base di quanto disposto da Giustiniano nella *Constitutio Tanta* (21), prevedeva, com'è noto, la possibilità che il giudice, in caso di dubbi sulla interpretazione di una norma potesse sospendere il processo e chiedere l'intervento ermeneutico di una apposita Commissione. Per ulteriori riferimenti G. VALDITARA, *Giudici e legge*, cit., 241-242. Tale istituto è stato recentemente richiamato da V.N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, 26, proprio con riferimento alla sentenza del Tribunale di Roma del 16.12.2006 con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso nel caso Welby «adducendo l'argomento per cui il diritto al distacco [dalla ventilazione artificiale] chiesto da Welby […], pur riconosciuto esistente sarebbe tuttavia "non concretamente tutelato dall'ordinamento"» (G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge … in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, cit., 3).

[57] Sui divieti di interpretazione, con particolare riferimento alla codificazione giustinianea ed al Codice Napoleonico cfr., altresì le considerazioni di Zagrebelsky in M. BRUNELLO e G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, il Mulino, Bologna, 2016, 42-43.

[58] A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1982, 28. Sull'art. 73 dello Statuto cfr., inoltre, le interessanti considerazioni di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 85 ss.

[59] Seppur con riferimento ad ipotesi parzialmente diverse, icasticamente M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 396, evidenzia una sorta di forma di «autolesionismo del legislatore, che sempre più di frequente prevede il dovere di conformazione di atti normativi, anche primari (in genere, decreti legislativi), agli indirizzi giurisprudenziali se non a singole sentenze».

pagnata, come nelle citate precedenti esperienze, da un tentativo di "pietrificazione" dei medesimi orientamenti, finalizzato allo scopo di impedire una ulteriore interpretazione di disposizioni già frutto di interpretazioni (precedenti). Ma cosa accadrebbe ove il Parlamento decidesse di ripercorrere l'esempio giustinianeo o quello napoleonico, inserendo in una codificazione una disposizione con la quale vietasse al giudice di interpretare le norme contenute nel nuovo codice? Potrebbe una norma impedire al giudice di interpretare sé stessa, o le altre norme ad essa correlate?

In linea di massima la risposta non potrebbe che essere positiva. Deporrebbe in tal senso, anzitutto, l'esistenza di norme di interpretazione autentica. Appare evidente, infatti, che l'intervento interpretativo dello stesso legislatore non possa che porsi quale un ulteriore limite alla possibilità di assoggettare ad ulteriori operazioni ermeneutiche una disposizione che sia già stata oggetto di interpretazione da parte dello stesso soggetto che ha creato l'oggetto (disposizione) sul quale si intende operare una ulteriore attività interpretativa[60].

D'altronde, la stessa funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione potrebbe, volendo, essere letta non solo quale metodo di "omogeneizzazione" degli orientamenti giurisprudenziali, ma anche quale modo attraverso il quale impedire interpretazioni diverse da parte degli altri giudici, pur se nei limiti in cui ciò può avvenire in un sistema avente una struttura del precedente giudiziario di tipo solo *persuasive* e non vincolante, come accade invece negli ordinamenti di *common law*.

In tale diversa prospettiva non si vede, dunque, perché la possibile limitazione degli interventi interpretativi dei giudici, consentita alla Cassazione attraverso la nomofilachia, non dovrebbe ritenersi consentita anche (ed anzi, principalmente) al legislatore. Ciò d'altronde appare in linea con l'orientamento della stessa Cassazione che, in una delle prime pronunce delle Sezioni Unite[61], ebbe modo di evidenziare come "il legislatore ben possa, quando una legge abbia dato luogo ad incertezze interpretative, precisare in modo definitivo ed obbligatorio *erga omnes* il suo reale pensiero mediante la emanazione di apposita 'legge interpretativa' [la quale] allorché sia stata approvata (…), diviene obbligatoria (…) non soltanto nei confronti di tutti i cittadini, ma anche nei riguardi della magistratura, la quale non può far altro che prenderne atto ed applicarla". "In altre parole, l'emanazione di leggi interpretative è una facoltà che rientra certamente nell'ambito del potere legislativo e, quindi, non rappresenta

---

[60] In modo assai efficace e richiamando l'opinione di P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig.* IV, Sez. civ., vol. X, Utet, Torino, 1993, 33, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 73, evidenzia «che "la lotta tra le varie componenti del diritto per l'attribuzione di un senso ai testi normativi si esplica come lotta sulla controllabilità dei risultati ermeneutici. Ciascuna componente cerca così di vincolare le altre al fine di limitarne il *potere di interpretazione*" (…). Il tema della c.d. interpretazione autentica rappresenta un campo di battaglia particolarmente infuocato di tale conflitto, opponendosi alla funzione interpretativa del giudice la pretesa del legislatore di attribuire un senso al testo interpretato, in modo vincolante per tutti ed *ora* per *allora*». «In effetti, l'interpretazione autentica legislativa rappresenta il mezzo più efficace per sottoporre davvero il giudice (non alla legge, bensì) alla volontà del legislatore ed ai suoi *desiderata*». Sul punto cfr. anche le considerazioni di G. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica (brevi riflessioni a margine del recente "statuto dei diritti del contribuente")*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. II, 263 ss.

[61] Corte Cass., SS.UU., 22.1.1957 n. 168, in *Giur. cost.*, 1975, 1141 ss., riportata in A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 83.

affatto una indebita invasione dello stesso nella sfera riservata al potere giudiziario". Il punto non è tuttavia incontroverso in dottrina[62], se non altro perché potrebbe obiettarsi che l'intervento interpretativo del legislatore, traducendosi in una ulteriore disposizione (e non in una norma) lascerebbe integro il potere del giudice di procedere ad ulteriori interpretazioni, anche se potrebbe in effetti dubitarsi che la "norma" enunciata dal legislatore in via interpretativa possa ancora qualificarsi in termini di disposizione (quale enunciato linguistico), attesa la sua valenza normativa del tutto peculiare.

2.4. (Segue): *gli ulteriori limiti all'interpretazione riconducibili al tentativo di costituzionalizzazione della "clausola di sola abrogazione espressa" di cui alla riformulazione dell'art. 70 Cost. contenuta nella riforma costituzionale "Renzi-Boschi".*

Una ulteriore ipotesi di limitazione dell'attività interpretativa in via giurisprudenziale di disposizioni potrebbe, inoltre, essere individuata alla luce della diversa formulazione dell'art. 70 Cost. che si è tentato di introdurre con la riforma costituzionale del 2016 – che non ha tuttavia superato la prova del referendum del 4 dicembre – finalizzata a costituzionalizzare il principio della c.d. "clausola di sola abrogazione espressa" per le leggi bicamerali.

In verità, «la regola che certe leggi possono essere abrogate, modificate o derogate solo in forma espressa non costituisce una novità essendo stata varie volte in passato prevista da leggi ordinarie, con la conseguenza però che essa ben poteva essere a sua volta derogata da altra norma avente anch'essa forza di legge ordinaria»[63].

Una eventuale costituzionalizzazione del principio che, per determinate leggi (nella specie trattavasi delle c.d. "leggi bicamerali"), la modifica in senso abrogativo di disposizioni previgenti possa avvenire solo in forma espressa, rende evidente che alle stesse non potrebbe più ritenersi applicabile, per la risoluzione di eventuali antinomie, il criterio cronologico della abrogazione tacita o per incompatibilità di cui all'art. 15 delle preleggi.

In sostanza, in un siffatto diverso sistema, in caso di incompatibilità tra norme poste da due leggi bicamerali, se la successiva non provvedesse espressamente ad abrogare, modificare o derogare la norma incompatibile della legge anteriore, si potrebbe essere portati a ritenere «che la norma della legge successiva non "abbia la forza" di abrogare tacitamente la precedente, che dunque dovrebbe prevalere».

---

[62] Cfr. in proposito l'articolata argomentazione di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., 91-92, il quale rileva che «postulando l'idea che la norma esista come tale solo nel momento dell'applicazione essendoci, prima di essa, solamente una disposizione aperta a più significati, si può agevolmente criticare la pretesa del legislatore-interprete di porre autoritativamente *norme*, potendo il Parlamento introdurre nell'ordinamento esclusivamente *enunciati linguistici*, oggetto poi di (re)interpretazione da parte dell'applicatore», dal che deve inoltre dedursi «che anche la legge interpretativa è soggetta al potere interpretativo del giudice».

[63] A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, in Giuristi di Puglia (a cura di), *Dossier referendum*, Bari, 2016, 21.

Ne deriverebbe che la riforma costituzionale (non giunta a conclusione) abbia tentato di attribuire, mediante la modifica dell'art. 70 Cost., «alla legge bicamerale una forza passiva peculiare e potenziata, non essendo suscettibile di essere abrogata (…) da una norma incompatibile posta da fonte successiva dello stesso tipo, che non sia accompagnata da una norma di abrogazione espressa». Con la conseguenza che, «se queste disposizioni non possono mutare se non per volontà espressa e formalizzata del legislatore bicamerale, dovrebbe escludersi la liceità di ogni attività interpretativa (anche giudiziaria) finalizzata ad evidenziare abrogazioni tacite o implicite»[64].

La circostanza che il tentativo di riforma dell'art. 70 Cost. non sia giunto a conclusione, a seguito della consultazione referendaria, non ridimensiona la portata della problematica (che ben potrebbe riproporsi in un eventuale ulteriore possibile tentativo di riforma del sistema bicamerale) che è stata peraltro in più occasioni già affrontata in linea teorica, senza tuttavia raggiungere un orientamento dottrinale univoco, potendosi ritenere sia che, in presenza della costituzionalizzazione del principio della abrogazione espressa, una legge contenente una disciplina incompatibile con altra previgente, in assenza della predetta abrogazione espressa, possa essere suscettibile di annullamento per violazione di una norma sulla produzione, conservando tuttavia la sua efficacia nelle more della decisione della Corte costituzionale[65], sia che la norma successiva (incompatibile con la precedente) possa invece «essere ritenuta inefficace da ogni operatore giuridico, almeno fin quando non si doti di una norma di abrogazione espressa»[66].

In una tale prospettiva, se da un lato non sembra dubitabile che dall'espansione dell'obbligo di abrogazione espressa potrebbe conseguire una significativa riduzione dei margini di apprezzamento interpretativo dei giudici, dall'altro non può omettersi di rilevare come questi ultimi conserverebbero comunque un'ampia discrezionalità in ordine all'accertamento della eventuale esistenza di una ipotesi di abrogazione implicita e della sua correttezza o meno (anche attraverso lo strumento dell'incidente di costituzionalità).

3. Lo spazio interpretativo lasciato alla giurisdizione dalle anomie e dalle lacune del sistema

Volendo trarre delle conclusioni dalle considerazioni sinora svolte, potrebbero ipotizzarsi delle differenziazioni nei limiti che l'interprete (in particolare il giudice) può incontrare nella sua attività ermeneutica in presenza di anomie o lacune del sistema. Limiti che differirebbero proprio in relazione alla natura e tipologia del "vuoto" normativo che si intenderebbe colmare.

---

[64] A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, cit., 22.

[65] A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, cit., 22.

[66] A. FRANCO, *L'impatto della riforma costituzionale sul sistema delle fonti del diritto*, cit., 22, il quale richiama l'opinione di P. CARNEVALE, *Brevi considerazioni in tema di "oggetto proprio", clausola di "sola abrogazione espressa" e "riserva di procedimento" per le leggi bicamerali*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 1, 5.

Da questo punto di vista, se le argomentazioni svolte in precedenza sono corrette, la prima conclusione alla quale dovrebbe pervenirsi è quella della impossibilità, per l'interprete, di tentare di colmare – specialmente in via giurisprudenziale – delle anomie, siano esse originarie o sopravvenute.

In tal caso, infatti, la mancanza di disciplina normativa di un intero settore sembra costituire un ostacolo insormontabile alla integrazione in via interpretativa dell'ordinamento, sia in conseguenza della applicazione del principio di differenziazione tra *legislatio* e *jurisdictio* (non parendo ipotizzabile che quest'ultima – che è comunque produttiva, eventualmente, solo di una *case law*, legata alla soluzione di problematiche giuridiche concrete e specifiche, possa "integrare" in via giurisprudenziale un intero settore non disciplinato), sia in considerazione della circostanza che la presenza di una anomia genera nell'ordinamento il venir meno dell'intera "trama" normativa nello specifico settore considerato, rendendo così impossibile qualunque operazione di "ricucitura" dello stesso con quelli circostanti e, ancor più, il suo eventuale riempimento.

A diverse conclusioni dovrebbe invece pervenirsi nel caso della soluzione del problema delle lacune.

In tale ipotesi, infatti, al contrario della precedente, potrebbe ipotizzarsi una generale possibilità, in astratto, di colmare il vuoto di un singolo istituto (o di un suo specifico aspetto) in via interpretativa, sia essa di tipo analogico (*juris* o *legis*), o di tipo sistematico.

A tale regola generale dovrebbero, tuttavia, porsi talune limitazioni all'attività dell'interprete – come si è avuto modo di osservare in precedenza – in buona parte quasi tutte correlate anch'esse alla differenza tra attività di *legislatio* e attività di *jurisdictio*[67].

E' proprio a tale differenziazione che sembrerebbero, infatti, doversi ricondurre l'esclusione di interventi di tipo integrativo in particolare nelle ipotesi di lacune sopravvenute.

Si allude in modo specifico alle lacune venutesi a creare a seguito di una manifestazione espressa di volontà da parte del legislatore o del corpo elettorale (in sede referendaria), attraverso l'istituto della abrogazione, che mal si concilierebbe con una successiva inte-

---

[67] Potendosi in ipotesi simili concretizzare la possibilità di un vero e proprio «abuso dei poteri interpretativi», come correttamente rileva M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 14. Su tali aspetti, con particolare riferimento ai limiti che il giudice incontra nella elaborazione di possibili (ma non ammissibili) interpretazioni conformi a Costituzione e quindi sui rapporti – in materia di interpretazione – tra giurisdizione ordinaria e costituzionale, G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, cit., 11, evidenzia che «le Corti supreme non possono travalicare i confini di ciò che non è consentito nemmeno al giudice delle leggi (manipolare il testo qualificando l'operazione come interpretazione costituzionalmente orientata), dovendo piuttosto, in tal caso sollevare ricorso incidentale all'apposito organo», non potendo ritenersi ammissibili «interpretazioni *secundum Constitutionem* ma *contra legem*». Ed invero, «il problema dell'interferenza con attribuzioni tipiche del giudice delle leggi emerge sia quando le Corti supreme forzano i limiti di elasticità del testo normativo, facendo ad esso dire più di quanto possa esprimere (così invadendo il campo riservato alle decisioni manipolative), sia quando esse estendono autonomamente dispositivi di incostituzionalità emessi dal garante della rigidità del testo fondamentale riguardo a fattispecie legislative analoghe». Sui rapporti tra interpretazione giudiziaria e "sentenze-legge" della Corte costituzionale cfr. anche le considerazioni di M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, 2 ss.

grazione del vuoto normativo in sede giurisprudenziale, che verrebbe a porsi in inevitabile contrasto con la volontà espressa dal potere legislativo.

In sostanza, se tali conclusioni potessero considerarsi corrette, una possibilità di integrazione in via ermeneutica dell'ordinamento potrebbe ritenersi ammissibile nel solo caso delle lacune originarie, essendo per lo meno difficile individuare ipotesi di lacune sopravvenute non riconducibili a quelle di tipo abrogativo se non, forse, quelle conseguenti ad una pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Corte (che verrebbe a porsi, quindi, sostanzialmente come unica ipotesi nella quale potrebbe ritenersi consentito un intervento postumo di integrazione che non solo non si porrebbe in contrasto con una specifica *voluntas legis*, ma sotto taluni profili quasi "necessitato" dall'esigenza di regolamentare la singola fattispecie in attesa dell'intervento legislativo). Anche se non può omettersi di evidenziare che anche in tal caso le fattispecie considerate potrebbero configurarsi in modo molto più problematico, come ad esempio nella ipotesi di sentenze che finiscono sostanzialmente per creare diritti in materie nelle quali opera una riserva di legge, giacché in tal caso è "la legge il mezzo privilegiato destinato alla conformazione di tali diritti"[68], per cui non sembrerebbero residuare margini di possibile operatività per una "creazione" in via giurisprudenziale degli stessi.

Quanto da ultimo osservato non può tuttavia esimere da alcune considerazioni su di un'ipotesi particolare, ovvero quella della decisione che prevede che «l'oggetto del giudizio di costituzionalità sembra spostarsi dalla legge all'esercizio (o al mancato esercizio) della funzione legislativa»[69]: si tratta della sentenza additiva di principio.

Proprio in merito a questa tipologia decisoria si è sostenuto che essa, solo apparentemente additiva, non è suscettibile, in verità, di ricevere applicazione immediata: tale applicazione viene espressamente rimessa al legislatore «dal momento che un qualche cosa va stabilito in materia discrezionalmente e dunque non può essere oggi previsto dalla corte (come pure… neanche dai giudici ordinari o amministrativi, che si trovassero in presenza di una lacuna di questo tipo)»[70].

Tuttavia, se è vero che l'additiva di principio «esplicitamente evoca un'ulteriore attività legislativa»[71], è anche ed altrettanto vero che con essa la Corte "si affida" altresì ai giudici per portare a termine l'"operazione aggiuntiva".

---

[68] Cfr. sul punto l'ord. n. 334 dell'8 ottobre 2008 della Corte costituzionale (pag. 3).

[69] F.P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1993 – Conferenza stampa del Presidente*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1994, 17.

[70] L. PALADIN, *Considerazioni preliminari*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, 11-12.

[71] A. CERRI, *Appunti sul cd. "giudicato costituzionale"*, in *Giur. it.*, 2009, 2831. Peraltro, questo non impedisce di osservare, in riferimento all'incidenza del giudicato costituzionale sull'additiva di principio, che, se la Corte con l'additiva di principio ha annullato il principio inverso a quello che essa ha ritenuto di dover inserire, al legislatore sarà inibito sia di riprodurre quello stesso principio in una nuova norma identica a quella annullata sia di ridisciplinare la materia in modo non conforme ad esso: insomma, «qualsiasi norma reintrodotta che non sia compatibile con il principio "addizionato" costituirà necessariamente una specificazione di quello, negativo, espunto dall'ordinamento, e, di conseguenza, non potrà che essere valutata, nel corso di un nuovo, eventuale, giudizio di costituzionalità, come una illegittima riproduzione»: così F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir. - Agg.*, V, Giuffrè, Milano, 2001, 456.

Più in particolare, quando il principio indicato dalla Corte non è ambiguo ed oscuro, è facile che l'applicazione giurisprudenziale del principio stesso non dia esiti differenti, ma che si formi un vero e proprio diritto vivente uniforme in materia: di conseguenza, pur nell'ipotesi in cui il legislatore continuasse a non intervenire, nel frattempo sarebbe, però, possibile che pressoché in ogni parte del territorio nazionale identiche o simili istanze di giustizia trovassero identiche o analoghe risposte giudiziarie.

Tutto questo, però, merita una duplice avvertenza.

Da un lato, come rilevano alcuni acuti commentatori, si tratterebbe di una soluzione, sì, auspicabile, ma pur sempre «in sé patologica»[72] dal momento che non è il diritto vivente che deve dettare la disciplina stabile della materia.

Dall'altro lato, si deve considerare che non è detto che si formi un diritto vivente in grado di impedire contrastanti applicazioni del principio da parte dei giudici specialmente se il principio è "a trama amplissima".

Quali, poi, debbano essere le conseguenze dell'eventuale superamento – specie da parte dei giudici – dei limiti sinora individuati alla possibilità di integrazione in via interpretativa dell'ordinamento, costituisce un argomento di sicuro interesse, ma che esula dai più ristretti obiettivi che la presente indagine si prefiggeva.

---

[72] C. 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» del legislatore*, in A. RUGGERI - G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Giuffrè, Milano, 2000, 267, la quale si chiede anche se, nel caso in cui venisse sollevata la *quaestio* sul diritto vivente divenuto fonte stabile della disciplina, la Corte potrebbe azzerare gli sforzi compiuti dai giudici per tradurre in soluzioni concrete il principio senza apparire «capricciosa» agli occhi degli stessi e senza finire col «"punire" i cittadini che nel frattempo abbiano maturato un qualche affidamento nella soluzione giurisprudenziale invalsa» (p. 268).

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 04/03/2019

AUTORE: Daniele Gallo*

EFFICACIA DIRETTA DEL DIRITTO UE, PROCEDIMENTO PREGIUDIZIALE E CORTE COSTITUZIONALE: UNA LETTURA CONGIUNTA DELLE SENTENZE N. 269/2017 E 115/2018**

Sommario: 1. Il punto di vista del comunitarista: perché leggere insieme le pronunce n. 269/2017 e 115/2018 della Corte costituzionale? – 2. Logica Simmenthal-Granital, evoluzione dell'effetto diretto e rinvio pregiudiziale: i punti (finora) fermi. – 3. Doppia pregiudizialità, rilevanza dell'effetto diretto e diritti fondamentali: la logica 269/2017 quale lex specialis *della logica Simmenthal-Granital. – 4. Nozione di effetto diretto e controlimiti: la logica Taricco (sentenza n. 115/2018) e l'accentramento in capo alla Consulta della verifica circa l'efficacia interna del diritto UE. – 5. Sentenza n. 269/2017 e saga Taricco:* self restraint *della Corte di giustizia* vs judicial activism *della Consulta?*

1. Il punto di vista del comunitarista: perché leggere *insieme* le pronunce n. 269/2017 e 115/2018 della Corte costituzionale?

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 269/2017[1], in un *obiter dictum* di difficile lettura, apre un nuovo capitolo in materia di doppia pregiudizialità e tutela dei diritti fondamentali. Con la pronuncia n. 115/2018[2], invece, si confronta con il principio della legalità penale, in particolare con natura e limiti dei controlimiti. Nel farlo, si sofferma sul significato della cosiddetta regola *Taricco* concernente il calcolo della prescrizione per i reati in materia di IVA, formulata dalla Corte di giustizia con la sentenza *Taricco et al.* e precisata (dalla Grande

* Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università Luiss Guido Carli di Roma.

** Diverse delle riflessioni qui svolte originano dall'incontro, tenutosi il 29 giugno 2018 presso l'Università Statale di Milano, intitolato «La regola *Taricco* fra diritto europeo e principi supremi dell'ordinamento italiano», organizzato dalle professoresse Marilisa D'Amico e Irene Pellizzone. Ringrazio, per il confronto, Michele Massa e, per i commenti a una prima versione del lavoro, Chiara Amalfitano, Giacomo Di Federico e Giovanni Piccirilli

[1] Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 7 novembre 2017.

[2] Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 10 aprile 2018.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

Sezione) circa due anni dopo in *M.A.S. e M.B.*[3] a seguito del rinvio pregiudiziale effettuato dal Giudice delle leggi con ordinanza n. 24/2017[4].

A distanza di più di un anno dalla sentenza n. 269/2017 e a circa sette mesi dalla pronuncia n. 115/2018, mi pare opportuno leggere *insieme* le due decisioni[5] perché, a mio giudizio, è possibile ravvisare, in entrambe, i presupposti per uno snaturamento e un'erosione dei due principi *costituzionali*[6] del diritto UE deputati a governare i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali: primato ed effetto diretto.

La questione è *se* ed eventualmente *come* sia possibile configurare un sistema realmente composito e pluralista in tema di diritti fondamentali, senza mettere in crisi le esigenze di uniformità, coerenza ed effettività del diritto UE. In altre parole, come contemperare, sul piano del dialogo giurisdizionale, sovranità e sovranazionalità.

Nella sentenza n. 269/2017 la Corte costituzionale fa leva sullo strumento procedurale per attrarre a sé compiti che, a ben vedere, non le appartengono. Nella sentenza n. 115/2018 la Corte, sul piano sostanziale, appone, *de facto*, il controlimite e, nel farlo, sembra individuarne la giustificazione nello stesso diritto UE, per come interpretato dalla Corte di giustizia.

Nonostante l'assenza di un riferimento esplicito, nella sentenza n. 115/2018, alla pronuncia n. 269/2017, le due decisioni condividono la volontà di accentramento, in capo al Giudice delle leggi, di poteri e funzioni che, in verità, seguendo la logica comunitaria, spetterebbero alla Corte di giustizia, nella sua interazione con i giudici comuni. Un accentramento che, pur mirando in principio a evitare la marginalizzazione e perfino l'esautoramento della Consulta dal presidio dei diritti fondamentali, per come praticato, non mi sembra possa offrire soluzioni sistemiche alle ipotesi di disallineamento o di autentico conflitto tra ordinamenti nelle situazioni di sovrapposizione tra diritto UE e Costituzione. L'esistenza di un *fil rouge* tra le due pronunce è, peraltro, comprovata dal rinvio, nella sentenza n. 269/2017, alla decisione *M.A.S. e M.B.* Un rinvio che pare anticipare la presa di posizione assunta nella decisione n. 115/2018, ispirata da empiti dialettici piuttosto che da uno spirito dialogante con la Corte di Lussemburgo[7]. Con la fondamentale differenza, tuttavia, che, mentre al cuore della saga *Ta-*

---

[3] Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, ECLI:EU:C:2017:936.

[4] Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017. Si vedano, *inter alia*, i contributi pubblicati in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso* Taricco *e il dialogo tra Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga* Taricco", Milano, 2018.

[5] Per alcuni spunti sull'analisi congiunta delle sentenze n. 269/2017 e n. 115/2018; si veda altresì R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss.

[6] Sul tenore costituzionale di questi principi si vedano, *inter alia*, E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, p. 1 ss.; J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1990-1991, p. 2403 ss.; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*[2], Cambridge, 2015, pp. 77-146. Quanto, più specificamente, all'effetto diretto, è scritto, nella pagina *web* di celebrazione del cinquantesimo anniversario dalla pubblicazione della pronuncia *Van Gend & Loos*, reperibile *online* sul sito curia.europa.eu, che tale sentenza è da intendersi come «*source of and a framework for the principles which have shaped the constitutional structure of the European Union*».

[7] Vedi *infra*, § IV.

ricco ci sono *ratio* ed estensione del controlimite, la sentenza n. 269/2017 ha una portata decisamente più ampia, estendendosi a tutti gli scenari nei quali esiste un problema di applicabilità della Carta di Nizza e, verosimilmente, più in generale, di norme e principi del diritto UE riguardanti la tutela dei diritti fondamentali[8].

2. Logica *Simmenthal-Granital*, evoluzione dell'effetto diretto e rinvio pregiudiziale: i punti (finora) fermi

Dall'analisi della consolidata giurisprudenza europea e costituzionale su effetto diretto, primato e rinvio pregiudiziale si ricava quanto segue:

- spetta alla Corte di giustizia pronunciarsi in merito all'eventuale diretta efficacia di una norma UE, di natura primaria o secondaria;
- se esistono dubbi circa l'interpretazione o la validità di una norma UE e/o la sua diretta efficacia, il giudice comune ha la facoltà, se non di ultima istanza[9], oppure l'obbligo, se di ultima istanza[10], di porre un quesito pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, affinché egli possa successivamente valutare, sulla base della pronuncia della Corte di giustizia, l'esistenza di un contrasto tra diritto interno e diritto UE;
- se si realizza un conflitto tra ordinamenti e la norma UE è direttamente efficace, il giudice comune deve disapplicare il diritto nazionale, fatta salva la rimessione alla Corte costituzionale per possibile violazione dei cosiddetti "controlimiti";
- se il giudice interno non ha ragione di dubitare circa la natura direttamente efficace di una norma UE, senza che la Corte di giustizia si sia fino a quel momento espressamente pronunciata sulla sua efficacia interna, nulla gli impedisce di procedere alla disapplicazione del diritto nazionale;
- una norma UE, seppure in sé per sé non particolarmente determinata, può dotarsi della "qualità" dell'efficacia diretta grazie all'intervento chiarificatore della Corte di giustizia, com'è frequentemente avvenuto a partire dagli anni sessanta in relazione a

---

[8] Vedi *infra*, § III.

[9] Tranne nel caso in cui il giudice nazionale ritenga invalida la norma di diritto derivato UE; cfr., *inter alia*, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, punti 15-20; *Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, sentenza del 6 dicembre 2005, causa C-461/03, ECLI:EU:C:2005:742, punti 16-24.

[10] Salvo eccezioni; cfr., *inter alia*, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità*, sentenza del 6 ottobre 1982, causa C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, punto 21, dove è chiarito che l'articolo 267, par. 3 TFUE «va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità».

norme dei trattati, non compiute e prive di riferimenti espliciti al conferimento di posizioni giuridiche soggettive in capo agli individui[11];

- la disapplicazione del diritto nazionale può essere il prodotto di statuizioni della Corte di giustizia – *rules of reason* di origine pretoria, quindi – rispetto a norme contenute nei Trattati, in accordi internazionali conclusi dall'Unione o in regolamenti, direttive e decisioni;
- se la norma UE non è direttamente efficace ed è problematica dal punto di vista del diritto dell'Unione, il giudice comune ha tre strumenti a disposizione per risolvere la possibile antinomia: interpretare in maniera conforme (ma mai *contra legem*) il diritto nazionale al diritto UE; in caso di acclarata incompatibilità con l'ordinamento interno, sollevare questione di costituzionalità al Giudice delle leggi, qualora lo strumento dell'interpretazione conforme non sia idoneo; ricorrere in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, in presenza d'incertezze sull'interpretazione del diritto dell'Unione.

Quanto al ruolo svolto dalla Corte di giustizia nell'attribuzione dell'effetto diretto, grazie anche e soprattutto al rinvio pregiudiziale, in particolare di tipo interpretativo, già il quarto Presidente della Corte di Lussemburgo, R. Lecourt, aveva individuato nel «*triangle magique*»[12] effetto diretto/primato/rinvio pregiudiziale il "nocciolo duro" di una «*théorie judiciaire de l'intégration*» che colloca(va) la Corte di giustizia al cuore del modello politico comunitario[13].

La procedura pregiudiziale, infatti, sin dalle origini[14], è il contesto nell'ambito del quale i giudici UE rafforzano la tutela dei diritti individuali e, nel farlo, chiariscono contenuto e portata dei fondamenti del diritto europeo[15]. L'origine pretoria della dottrina *Van Gend & Loos*[16] assicura che l'istituto dell'efficacia diretta evolva – non sia cioè statico, come invece sarebbe qualora fosse ancorato a fonti normative scritte – e possa operare trasversalmente in (quasi)[17] tutti gli ambiti del diritto europeo. In quest'ottica, la Corte di giustizia agisce quale attore *primus inter pares* rispetto alle altre istituzioni europee, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto UE, in assenza di una norma primaria depu-

---

[11] Cfr., ad esempio, la giurisprudenza in merito all'articolo 34 TFUE; cfr., *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 1974, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, causa 8-74, ECLI:EU:C:1974:82.

[12] Si veda la ricostruzione di A. VAUCHEZ, *Judge-Made Law: aux origines du modèle politique communautaire (retour sur* Van Gend en Loos *et* Costa c. ENEL), in O. COSTA, P. MAGNETTE (sous la direction de), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Bruxelles, 2007, pp. 139-166, p. 139.

[13] *Ibidem*, p. 141.

[14] Si veda, nell'ampia letteratura, M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*[2], Oxford, 2014, pp. 4-10 e 23-33.

[15] Al riguardo si vedano P. PESCATORE, *International Law and Community Law – A Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1970, p. 167 ss., pp. 175-177; B. DE WITTE, *Retour à* Costa. *La primauté du droit communautaire à la lumiere du droit international*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1984, p. 425 ss., pp. 448-450.

[16] Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

[17] Fatta eccezione, in particolare, per la Politica estera e di sicurezza comune (PESC).

tata a disciplinare l'efficacia interna dell'ordinamento europeo[18]. La circostanza che la Corte di Lussemburgo sia l'unica istituzione competente a verificare se e in che termini una norma UE produca effetti diretti[19] le ha permesso d'imporre[20] una certa concezione del diritto comunitario a prescindere dal diritto costituzionale degli Stati membri. Già in *Van Gend & Loos* la Corte dichiara che la questione circa l'efficacia più o meno diretta di una norma UE non è puramente interna. Così facendo, i giudici europei mettono le basi per la giurisprudenza successiva, dalla cui lettura si desume che quel che la Corte considera "puramente interno", rientrante cioè nell'esclusiva competenza dei tribunali nazionali, è molto poco[21].

L'aspetto più innovativo di *Van Gend & Loos* e della giurisprudenza che la recepisce e sviluppa non consiste soltanto nel riconoscimento, come direttamente efficaci, delle norme del TCEE, quanto piuttosto nella circostanza che un tale riconoscimento sia sottratto alle autorità giudiziarie degli Stati membri[22], potendo e dovendo essere compiuto, a titolo vincolante, in ultima istanza e senza "appello", dalla sola Corte di giustizia[23], se e quando i tribunali nazionali non sono in grado di effettuarlo in maniera adeguata. Come osservato da Trabucchi in un suo articolo pubblicato proprio nel 1963 (anno di pubblicazione della sentenza *Van Gend & Loos*), è implicito che i diritti, di origine comunitaria, «trovano una fonte autonoma, al di fuori degli ordinamenti giuridici statali» e che tale fonte autonoma ha ragion d'essere in quanto le autorità giudiziarie nazionali sono estromesse dal pronunciarsi circa i rapporti di diritto comunitario e perché, «essendo unico il diritto comunitario, unica deve essere – nella volontà del Trattato – la sua interpretazione»[24].

---

[18] G. BEBR, *Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration – Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht-Boston, II, 1994, pp. 303-333, p. 307, nota che la Corte ha trasformato la procedura pregiudiziale «*into an indirect means of protecting individual Community rights based on directly effective provisions which had been infringed by the member States*».

[19] M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, p. 35, rilevano che l'effetto diretto c'è quando lo stabilisce la Corte di giustizia. Scrivono J. H. JANS. J. M. PRINSSEN, *Direct Effect: Convergence or Divergence?*, in J. M. PRINSSEN, A. SCHRAUWEN (eds.), *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, 2002, pp. 106-126, p. 119, che «*the ECJ should have the monopoly in terms of shaping the contours of the doctrine as such; it is the ECJ that rules exclusively on the question whether and, if so, under what circumstances, a Community law provision does or does not have direct effect*». Sul punto si vedano le osservazioni di L. DANIELE, *Corte costituzionale e direttive comunitarie*, in *Il Foro Italiano*, I, 1992, col. 662 ss., in specie col. 665.

[20] Sul nesso tra vincolatività del diritto UE, processo di costituzionalizzazione e ruolo della Corte di giustizia si veda M. CLAES, *The impact of* Van Gend en Loos *beyond the scope of EU law*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (*Comité organisateur*), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, 2013, pp. 103-110, in specie p. 104.

[21] Si veda L. POTVIN-SOLIS, *Qualification des situations purement internes*, in E. NEFRAMI (sous la direction de), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, 2015, pp. 39-100, in specie p. 62.

[22] In questo senso si veda A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, p. 259 ss., pp. 268-269. Sull'accentramento, in capo alla Corte di giustizia, di tale interpretazione si veda B. DE WITTE, *The Impact of* Van Gend en Loos *on Judicial Protection at European and National Level: Three Types of Preliminary Questions*, in A. TIZZANO A., J. KOKOTT J., S. PRECHAL (*Comité organisateur*), *op. cit.*, pp. 93-103, in specie p. 93.

[23] Sulla capacità della Corte, grazie al rinvio pregiudiziale, di determinare autonomamente l'effetto delle norme UE negli ordinamenti giuridici degli Stati membri si veda M. CREMONA, *The Judgment – Framing the Argument*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (*Comité organisateur*), *op. cit.*, pp. 23-27, in specie p. 26.

[24] A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 268.

La procedura disciplinata dall'articolo 267 TFUE, da un lato, "rassicura" i giudici degli Stati membri, i quali, a differenza di quando devono confrontarsi con il diritto internazionale, non sono lasciati soli a interpretare una fonte di diritto esterna al "loro" ordinamento[25]. Un sistema, quindi, da questo punto di vista, centralizzato[26], nella misura in cui è solo la Corte di Lussemburgo a poter interpretare, in via definitiva, il diritto primario e derivato. Il rinvio pregiudiziale, dall'altro lato, però, responsabilizza il giudice nazionale[27], giacché egli, nei limiti dei confini applicativi dell'articolo 267 TFUE e sulla base dei criteri e principi elaborati nella giurisprudenza UE, sollecitato dalle parti o *ex officio*, sceglie, se non di ultima istanza, quando rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, oppure, se di ultima istanza, è obbligato a farlo, al fine di ottenere un'interpretazione autentica del diritto europeo. Un'interpretazione che è vincolante *erga omnes*, in quanto «*autorité de la chose interprétée*»[28], per incorporazione[29], cioè, della pronuncia al dettato normativo, per tutte le autorità nazionali di tutti gli Stati membri[30]. Un sistema, cioè, decentralizzato[31], modulato su esigenze di «diretta»[32] cooperazione, «stretta»[33] collaborazione e dialogo tra giudici UE e corti nazionali, come espressamente riconosciuto a partire dalla sentenza *Schwarze*[34]. In questo senso, il giudice interno, oltre ad

---

[25] In questi termini J. H. H. WEILER, *Revisiting* Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (*Comité organisateur*), cit., pp. 11-22, p. 14. Al riguardo si veda, in termini generali, D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea*, Madrid, 2004.

[26] Così anche R. CICCONE, *Il dialogo tra giudici nazionali e giudice europeo: primato del diritto o della cooperazione?*, in U. LEANZA, A. TIZZANO, T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN, R. MASTROIANNI, P. DE PASQUALE, R. CICCONE (Comitato scientifico), *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, II, pp. 911-941, in specie p. 914.

[27] Su tale responsabilizzazione si veda F. C. MAYER, Van Gend en Loos*: The Foundation of a Community of Law*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 16-25, p. 23.

[28] Così J. BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Recueil d'Etudes, Droit communautaire et droit français*, 1999, pp. 99-111, p. 107.

[29] F.-C. JEANTET, *Originalité d'interprétation du traité de Rome*, in *La Semaine juridique*, 1966, p. I-1987; A. PEPY, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du Traité de Rome*, in *Cahiers de droit européen*, 1966, p. 459 ss., in specie pp. 484-487; G. VANDERSANDEN, *De l'autorité de chose jugeé des arrêts préjudiciels d'interprétation rendus par la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1972, p. 508 ss.; K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, pp. 243-249.

[30] Sul tema si vedano, nella sterminata letteratura, G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fonte di produzione normativa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, p. 249 ss., pp. 250-256; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia: oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, pp. 211-311; M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*[2], Oxford, 2014, pp. 441-454; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, pp. 68-82.

[31] M. DE VISSER, M. CLAES, *Courts United? On European Judicial Networks*, in A. VAUCHEZ, B. DE WITTE (eds.), *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Oxford, 2013, pp. 75-100.

[32] Corte di giustizia, ordinanza del 28 giugno 2000, *Procedimento penale a carico di Claude Laguillaumie*, causa C-116/00, ECLI:EU:C:2000:350, punto 21.

[33] Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 1994, *SMW Winzersekt GmbH c. Land Rheinland-Pfalz*, causa C-306/93, ECLI:EU:C:1994:407, punto 15.

[34] Corte di giustizia, sentenza del 1º dicembre 1965, *Firma G. Schwarze c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 16-65, ECLI:EU:C:1965:117, p. 922. Cfr. altresì, tra le altre, Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2006, *J. Slob c. Productschap Zuivel*, causa C-496/04, punto 34, ECLI:EU:C:2006:570 e Corte di giustizia, parere dell'8 marzo 2011, *Progetto di creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, punto 84, dove è scritto che «[l]l sistema introdotto dall'art. 267 TFUE istituisce […] una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale

agire come autorità di uno Stato membro, adempie, in collaborazione con la Corte, alla funzione – che egli esercita "per conto" del diritto UE – di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, situandosi all'interno della cornice istituzionale e giurisdizionale europea in quanto «parte del sistema giurisdizionale previsto dall'articolo 19, n. 1, TUE»[35].

Il procedimento pregiudiziale consente, pertanto, alla Corte di Lussemburgo, d'instaurare un sistema uniforme nell'attuazione del diritto europeo, in linea con quanto era stato affermato per la prima volta in *Da Costa* circa il compito accordato alla Corte dall'allora articolo 177 TCEE, che «mira a garantire l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario ne[gl]i […] Stati membri»[36]. Senza il «*genius*» del rinvio pregiudiziale, l'effetto diretto perderebbe la sua utilità[37], come già sottolineato dall'Avvocato generale Lagrange in *De Geus c. Bosch*[38]. Esiste una vera e propria complementarietà tra articolo 267 TFUE ed efficacia diretta[39]. Anzi, la stessa previsione, a livello di diritto primario, di una siffatta procedura, sembra presupporre[40] non solamente che il riconoscimento dell'effetto diretto spetti ai giudici UE, ma anche che le norme europee, fino a prova contraria, siano da considerarsi direttamente efficaci. Una vera e propria presunzione dell'efficacia diretta del diritto europeo, implicitamente riconosciuta in *Van Gend & Loos* e (sempre implicitamente) confermata nella giurisprudenza successiva[41]. Una presunzione che può essere "riempita" solo dalla Corte di giustizia: il giudice nazionale non ha (*rectius*, non dovrebbe avere) alcun margine di apprezzamento nella negazione dell'effetto diretto di una norma UE[42]. Una presunzione, peraltro, invertita rispetto

---

questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati».

[35] Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 15 giugno 1995, *Teresa Zabala Erasun e altri c. Instituto Nacional de Empleo*, cause riunite C-422/93, C-423/93 e C-424/93, ECLI:EU:C:1995:183, punto 15; Corte di giustizia, parere 1/09, cit., punti 69-71. Sul ruolo dell'articolo 19, par. 1 TUE nell'ordinamento europeo, letto in combinazione con l'articolo 267 TFUE, si veda, per tutti, G. TESAURO, *Art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea. Commentario*[2], Milano, 2014, pp. 195-215.

[36] Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1963, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Amministrazione olandese delle imposte*, cause riunite 28-30/62, ECLI:EU:C:1963:6, p. 73.

[37] J. H. H. WEILER, *Revisiting* Van Gend en Loos, cit., p. 12.

[38] Conclusioni del 27 febbraio 1962, causa *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH e Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, sentenza del 6 aprile 1962, causa 13-61, ECLI:EU:C:1962:11.

[39] In questi termini V. SKOURIS, *Allocution*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (*Comité organisateur*), *op. cit.*, pp. 7-9, p. 9.

[40] Secondo B. DE WITTE, *The Continuous Significance of* Van Gend en Loos, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 9-15, p. 10, la Corte di giustizia si fonderebbe su una vera e propria presunzione dell'effetto diretto piuttosto che mirare ad attrarre a sé la competenza d'interpretare il diritto UE. Al concetto di presunzione si riferiscono W. GANHOF VAN DER MEERSCH, *L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international*, Alphen aan den Rijn, 1979, p. 256 e M. BLANQUET, G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*[10], Paris, 2012, p. 377.

[41] Per una dettagliata analisi sul ragionamento presuntivo, in materia di effetto diretto, si veda, per tutti, C. WOHLFAHRT, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts. Ein Plädoyer für die Aufgabe der Kriterien hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit*, Heidelberg, 2016.

[42] Su rinvio pregiudiziale e margine di apprezzamento si veda E. NEFRAMI, *Le rôle du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel: une marge d'appréciation?*, in ID. (sous la direction de), *op. cit.*, pp. 21-38.

a quanto avviene nel diritto internazionale, con riferimento ai trattati bilaterali e multilaterali[43], dove norme direttamente efficaci certamente esistono, ma sono rare. Ciò, chiaramente, non implica che al giudice nazionale sia impedito, in assenza di dubbi circa l'efficacia diretta di una norma UE, di procedere alla disapplicazione del diritto interno, sulla base, appunto, di un ragionamento presuntivo[44].

Per quel che riguarda i rapporti tra primato, disapplicazione, procedura pregiudiziale ed effetto diretto, in *Simmenthal* è scritto che, in ragione del principio del primato, il giudice nazionale, «incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»[45].

In *Melki* la Corte di giustizia prima sottolinea che il giudice che non decide in ultima istanza «dev'essere libero, segnatamente se ritiene che la valutazione in diritto formulata dall'istanza superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le questioni con cui deve confrontarsi»[46]. Successivamente, i giudici UE rilevano che un giudice di uno Stato membro, nel caso in cui consideri che una norma nazionale non solo è contraria al diritto UE ma è anche inficiata da vizi di incostituzionalità, «non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all'art. 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale»[47]. Il principio del primato esige, in particolare, che «il giudice nazionale sia libero, in ogni fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale che ritenga necessaria»[48].

In *A. c. B.* l'articolo 267 TFUE è interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale i giudici ordinari d'appello o di ultima istanza, qualora ritengano che una legge nazionale sia contraria all'articolo 47 della Carta, «sono obbligati ad adire, nel

---

[43] Sulle differenze tra diritto internazionale e diritto UE, sotto questo profilo, si vedano R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità del diritto comunitario*, Milano, 1983, in specie p. 23; P. PESCATORE, *International Law*, cit., in specie pp. 174-175; M. WATHELET, *Du concept de l'effet direct à celui de l'invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice*, in M. HOSKINS, W. ROBINSON (eds.), *A True European. Essays for Judge David Edward*, Oxford, 2004, pp. 367-390, in specie pp. 368-369.

[44] Come correttamente rilevato da J. H. JANS. J. M. PRINSSEN, *op. cit.*, p. 119, «*[i]n view of the maxim* in dubio, pro *direct effect national courts should be very cautious about denying the direct effect of a given provision of Community law and, in cases of real doubt, should refer the case to the ECJ*». Già E. STEIN, *Lawyers*, cit., pp. 9-10, scriveva che «*because of the particular character of the Community Treaty, any presumption must be held to work in favor of, rather than against, direct effect*».

[45] Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, dispositivo.

[46] Corte di giustizia, sentenza del 22 giugno 2010, *Aziz Melki (C-188/10) e Sélim Abdeli (C-189/10)*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, punto 42.

[47] *Ibidem*, punto 45.

[48] *Ibidem*, punto 52.

corso del procedimento, la Corte costituzionale con una domanda di annullamento *erga omnes* della legge, anziché limitarsi a disapplicarla nel caso di specie, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatta procedura abbia per effetto di impedire a tali giudici ordinari […] di esercitare la loro facoltà o di adempiere al loro obbligo di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali»[49].

In *Global Starnet* è affermato che l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito «se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte»[50]. In particolare, secondo la Corte di Lussemburgo, la circostanza che la Corte costituzionale si sia pronunciata per prima sulla conformità del diritto nazionale a norme della Costituzione italiana «aventi un contenuto analogo»[51] a disposizioni del diritto UE primario non avrebbe «alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte [di giustizia] eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione»[52]. Un ragionamento questo che si applica anche alla Carta dei diritti fondamentali e ai principi generali del diritto UE, fonti che sono entrambe oggetto specifico della pronuncia insieme agli articoli 26, 49, 56, 63 e 267 TFUE[53].

In *XC, YB, ZA* la Corte di giustizia esplicitamente individua l'obbligo, per i giudici nazionali, di garantire l'effetto utile del diritto UE «disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale», sottolineando che è nel rispetto di tale quadro costituzionale «che vanno interpretati e applicati in seno all'Unione i diritti fondamentali, quali riconosciuti in particolare dalla Carta»[54].

Sul versante della giurisprudenza costituzionale italiana, in *Granital* la Corte costituzionale, dopo aver chiarito che «l'ordinamento della CEE e quello dello Stato, pur distinti ed autonomi, sono […] necessariamente coordinati», precisa che «il coordinamento discende, a sua volta, dall'avere la legge di esecuzione del Trattato trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano, beninteso nelle materie loro riservate»[55]. Il coordinamento trova nello strumento pregiudiziale un momento imprescindibile dal momento che l'articolo 267 TFUE soddisfa «la fondamentale esigenza di cer-

---

[49] Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2014, *A. c. B.*, causa C□112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, punto 46.

[50] Corte di giustizia, sentenza del 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*, causa C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985, punto 23.

[51] *Ibidem*, punto 26.

[52] *Ibidem*, punto 25.

[53] In particolare, si tratta dell'articolo 16 (Libertà impresa) e del principio della tutela del legittimo affidamento.

[54] Corte di giustizia, sentenza del 24 ottobre 2018, causa C□234/17, ECLI:EU:C:2018:853, punti 44 e 45.

[55] Corte costituzionale, sentenza n. 170 del 5 giugno 1984, par. 4.

tezza giuridica […] che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi»[56] del diritto UE per tutti gli ordinamenti nazionali. Il giudice delle leggi sottolinea, inoltre, che «l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno» non è *per se* sottratto alla sua competenza[57]. Infatti, da *Frontini*[58] in poi, la non applicazione del diritto nazionale deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente dalla Corte costituzionale, «del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona»[59].

Nella sentenza n. 284/2007 viene ribadito quanto già era stato osservato dalla Consulta in sue precedenti pronunce[60]: le statuizioni della Corte di Giustizia hanno, «al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni»[61]. *Anche* con riferimento alla portata di queste statuizioni, oltre che del diritto primario e derivato, in presenza di dubbi rilevanti sulla legittimità del diritto nazionale, «va utilizzato il rinvio pregiudiziale […] quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri»[62]. Quanto alle ipotesi di doppia pregiudizialità, rileva il Giudice delle leggi che «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata»[63].

3. Doppia pregiudizialità, rilevanza dell'effetto diretto e diritti fondamentali: la logica 269/2017 quale *lex specialis* della logica *Simmenthal-Granital*

Nella prospettiva dello studioso del diritto dell'Unione, non c'è ragione per ritenere che in materia di diritti fondamentali il quadro descritto nel § precedente debba variare. La Corte di giustizia, del resto, nella sua giurisprudenza, non ha mai differenziato a seconda che si trattasse, o meno, di diritti fondamentali. Ciò vale anche per quel che riguarda il funzionamento del meccanismo della doppia pregiudizialità in ipotesi che rientrano (o potenzialmente parrebbero rientrare) nell'ambito di applicazione della Carta e dei principi generali[64] che sono ivi cristallizzati[65].

---

[56] *Ibidem*, par. 6.
[57] *Ibidem*, par. 7.
[58] Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 18 dicembre 1973, in specie par. 9.
[59] *Granital*, cit., par. 7.
[60] Corte costituzionale, sentenza n. 113 del 19 aprile 1985 e sentenza n. 389 del 4 luglio 1989.
[61] Corte costituzionale, sentenza n. 284 del 4 luglio 2007, par. 3.
[62] *Ibidem*, par. 3.
[63] *Ibidem*, par. 3.
[64] Come noto, a partire dagli anni settanta, i diritti fondamentali penetrano nell'ordinamento UE come principi generali grazie all'elaborazione della Corte di giustizia; cfr., *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, causa 29-69, ECLI:EU:C:1969:57. L'articolo 6, par. 3 TUE, introdotto con il Trattato di Maastricht, recita: «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».
[65] La Corte di giustizia, nonostante sollecitazioni da parte delle giurisdizioni nazionali (Corte di giustizia, sentenza dell'8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, causa C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691, punto 32), non si è mai pronunciata sui rapporti tra Carta e principi generali. Seppure generalmente i giudici UE richiamino,

In questo quadro, la pronuncia n. 269/2017 segna un cambio di registro[66], per quanto concerne l'interpretazione della Carta e la concettualizzazione dei rapporti interordinamentali[67]. In particolare, con questa sentenza la Consulta sembra appropriarsi di spazi che non le sono propri. La Corte, muovendo dalla premessa che restano fermi «i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale», nota che i principi e i diritti enunciati nella Carta «intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)». È, dunque, ipotizzabile, sottolinea il Giudice delle leggi, che «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione». Esiste, allora, «la necessità di un intervento *erga omnes*» della Corte costituzionale, «anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Obiettivo ultimo, secondo i giudici costituzionali, è garantire la «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia» affinché «sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)». Il Giudice delle leggi, in relazione alle ipotesi di doppia pregiudizialità, in primo luogo ricorda, con l'ausilio della giurisprudenza UE, che la Corte di giustizia non ha mai messo in discussione ordinamenti nei quali il giudizio di costituzionalità ha carattere prioritario, in secondo luogo e in definitiva, conclude che «debba essere sollevata la questione di legittimità costitu-

---

nella stessa sentenza, sia la Carta che i principi generali (*M.A.S. e M.B.*, cit., punti 52 e 53), è capitato che la Corte, anche in epoca precedente all'entrata in vigore della Carta, in casi concernenti fatti rispetto ai quali la Carta era applicabile *ratione temporis*, menzionasse solamente i principi generali (Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, causa C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268, punto 61). Nella consapevolezza che esiste una sostanziale equivalenza tra Carta e principi (in merito cfr., *inter alia*, Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punti 18-19), va ricordato che: i principi generali spesso si atteggiano a sotto-principi e, in questa veste, fungono da declinazioni particolari dei più ampi principi codificati nella Carta, ne specificano il contenuto e quindi svolgono una funzione essenziale per la sua interpretazione; la giurisprudenza sui diritti fondamentali è più risalente e radicata di quella relativa alla Carta e, quindi, la ricostruzione effettuata dalla Corte trascende la Carta ed è ben più abbondante; dal momento che l'articolo 53 della Carta dispone che «[N]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti […] dal diritto dell'Unione», si ricava che la Carta non può ledere lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto UE, cioè dai principi generali, i quali, per come interpretati nel corso degli anni prima dell'adozione della Carta, operano da limite all'applicazione della Carta; quando la Carta non si applica *ratione temporis*, cioè i fatti sono antecedenti all'entrata in vigore della Carta come atto vincolante (1° dicembre 2009), i principi generali trovano applicazione in via suppletiva (Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 2013, *Jiří Sabou c. Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu*, causa C□276/12, ECLI:EU:C:2013:678, punti 25 e 28); se si forma un "nuovo" diritto fondamentale non previsto nella Carta, il principio generale trova attuazione in via additiva. Sulla relazione tra Carta e principi generali si vedano, nella vasta letteratura, C. AMALFITANO, *General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, pp. 57-109; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, pp. 54-64.

[66] Si vedano, tra gli altri, C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *La legislazione penale*, 2019, in corso di pubblicazione; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1 ss., p. 3; C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo* erga omnes *alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *Federalismi.it.*, 2018, p. 1 ss.

[67] Impostazione parzialmente preconizzata in A. BARBERA, *La Carta* dei *diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 6 novembre 2017, www.rivistaaic.it.

zionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»[68].

Nonostante si tratti di un *obiter dictum*, con tutte le conseguenze che ne scaturiscono in merito alla sua efficacia giuridica, e nonostante i "rassicuranti" rinvii a principi-cardine del diritto UE, in particolare a primato, effetto diretto e leale cooperazione, i passaggi della pronuncia sopra citati denotano una certa autoreferenzialità e un palese mutamento di prospettiva rispetto all'impostazione sedimentatasi nel corso degli anni in seno alla Corte costituzionale, perlomeno a partire dalla sentenza n. 170/1984.

Pur precisando che è fatta salva la possibilità, per il giudice comune, di adoperare lo strumento pregiudiziale, la Consulta pare considerare necessaria la previa rimessione degli atti a se stessa per due ragioni in particolare: la prima, esplicitata nell'*obiter*, è che la Carta, per sua natura, entra in contatto con la Costituzione; la seconda, ricavabile agevolmente in via implicita, è che attraverso la questione di costituzionalità la Corte costituzionale può verificare, preventivamente, se l'incontro-scontro tra Carta e Costituzione determini una violazione del controlimite.

Un punto centrale, a mio avviso, consiste nel fatto che l'accertamento circa la portata di una o più norme della Carta da cui desumere un possibile disallineamento tra Carta e Costituzione, anche a prescindere dalla necessità di opporre il controlimite, passa inevitabilmente per il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia per mezzo del procedimento pregiudiziale, non già tra giudice comune e Corte di Lussemburgo. Il giudice comune, anzi, verrebbe *de facto* in larga misura estromesso dal dialogo tra corti: il rinvio pregiudiziale, di tipo diffuso, grazie al quale, come si è scritto nel § precedente, il diritto UE ha potuto progredire e consolidarsi, dovrebbe lasciare spazio, nell'ambito dei diritti fondamentali, a un preventivo controllo di costituzionalità e alla sola interazione, nell'alveo dell'articolo 267 TFUE, tra Giudice delle leggi e giudici UE. E un tale accentramento in capo alla Corte costituzionale dovrebbe valere per tutte le disposizioni della Carta: non solamente per quelle prive di diretta efficacia, ma anche per quelle norme direttamente efficaci, dunque idonee a generare la disapplicazione, per come sono formulate e soprattutto per come sono state interpretate dalla Corte di giustizia, così come per quelle la cui efficacia diretta non è acclarata e rispetto alle quali, dunque, il giudice comune sarebbe tenuto a chiedere chiarimenti ai giudici UE.

La sentenza n. 269/2017, se interpretata nel senso di prevedere un obbligo di remissione prioritaria alla Consulta ogni volta che si tratti di diritti fondamentali[69], pare scontrarsi con la logica *Melki*, cioè proprio con la pronuncia che la Corte costituzionale cita a sostegno del suo *twist* giurisprudenziale. Infatti, mentre il potere di effettuare il rinvio pregiudiziale è ricondotto, in quella causa, al giudice comune francese, nella specie alla *Cour de Cassation*, nella pronuncia n. 269/2017 esso sembra dover essere ricondotto alla sola Consulta. È vero

---

[68] Corte costituzionale, sentenza n. 269/ 2017, cit., par. 5.

[69] Secondo L.S. Rossi, *La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss., p. 4 e Id., *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss., p. 8.

che la Corte costituzionale lascia libera la facoltà al giudice comune di servirsi, *ex post*, del procedimento pregiudiziale; tuttavia, mi chiedo quale sia l'effetto utile di un rinvio che il giudice comune potrebbe esercitare solo dopo aver esperito la questione di costituzionalità ai giudici costituzionali, i quali, verosimilmente, sceglierebbero di rivolgersi – *loro*, in prima persona – alla Corte di giustizia, ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Inoltre, laddove la Corte costituzionale, nella pronuncia n. 269/2017, afferma che i giudici nazionali sono liberi di «disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione»[70], parrebbe far intendere, a un'interpretazione letterale, che una tale disapplicazione sia limitata a profili diversi da quelli già esaminati dalla Corte costituzionale e ritenuti inidonei a motivare una decisione di accoglimento. Non c'è dubbio che una tale interpretazione, se esplicitata e confermata dalla Consulta nella giurisprudenza successiva, si porrebbe in netta contrapposizione con il diritto UE, nella lettura che ne dà la Corte di giustizia[71].

Oltretutto, l'intreccio tra Carta e Trattati, da un lato, e, dall'altro, tra Carta e diritto derivato *self-executing*, regolamenti e direttive *in primis*, non è certamente meno "intrusivo", nella prospettiva dell'ordinamento costituzionale italiano, del potenziale insito nella Carta, quando essa (raramente, in verità) non interagisce con altre fonti del diritto UE. E, comunque, a stretto rigore, la logica che indirizza la sentenza n. 269/2017 dovrebbe estendersi anche a portata ed efficacia dei Trattati, così come degli atti di diritto secondario, qualora governino la tutela dei diritti fondamentali. Se così fosse, gli scenari che schiude la sentenza n. 269/2017 rischierebbero di causare problemi ancora più seri, con la conseguenza che il conflitto tra ordinamenti risulterebbe ancora più ampio e imprevedibile[72].

Dalla ricostruzione fin qui svolta – sempre che sia corretta – si evince che la *ratio* ultima della pronuncia n. 269/2017 consiste nell'evitare che la Consulta sia tenuta fuori dal dialogo con la Corte di giustizia quando si tratta di diritti fondamentali[73]. Il controllo prioritario di costituzionalità non trae origine esclusivamente dalla necessità di effettuare un accertamento preventivo in merito all'insorgenza di un controlimite, sebbene una tale finalità sia insita nel tessuto argomentativo della sentenza, come sopra ricordato. Il timore della Corte costituzionale ha radici più profonde ed è rappresentato dal dover "subire" scelte, in tema di diritti fondamentali, imposte dal giudice ordinario e amministrativo italiano, tra cui, *in primis*, quella di non ricorrere al Giudice delle leggi in caso di conflitto o anche solo di distonie tra ordinamen-

---

[70] *Ibidem*, par. 5.

[71] Sul punto si vedano le riflessioni di G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 1 ss., pp. 5-6; si veda altresì M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, in corso di pubblicazione.

[72] In tema si veda C. PINELLI, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss., p. 14.

[73] Così anche G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss., p. 12.

ti[74]. Un timore questo accentuato dalla circostanza che in Italia non esiste, come in altri paesi membri dell'Unione, il ricorso per via diretta al giudice costituzionale[75], il cui impulso ricostruttivo, infatti, dipende, a monte, dalla volontà (e capacità) dei giudici comuni.

Se il timore di per sé è condivisibile, la soluzione che pare proporre la Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017, centrata sull'affermazione di un monopolio prioritario e accentrato ogniqualvolta si ponga un problema d'interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali, non è compatibile con l'ordinamento UE[76].

Escludere la disapplicazione immediata quando il diritto UE che deve trovare attuazione, per com'è formulato e per com'è interpretato dalla Corte di giustizia, è sufficientemente compiuto e, quindi, direttamente efficace, a favore della rimessione alla Corte costituzionale (e, dunque, eventualmente, della dichiarazione d'incostituzionalità delle norme interne), produce un rallentamento nella tutela dei diritti. Inoltre, come più volte ricordato fin qui, interrompere il dialogo tra giudici comuni e Corte di Lussemburgo significa "spezzare" il circolo virtuoso che tanto ha contribuito a rafforzare il processo d'integrazione europea[77]. Significa, pertanto, frenare lo sviluppo dell'ordinamento UE e il processo di attrazione, nella sfera di competenza dell'Unione, di ambiti che non sono più naturalmente riconducibili alla *domestic jurisdiction* degli Stati.

Se in presenza di un controlimite siamo in presenza di un diritto fondamentale, dunque di norme contenute nella Carta e di principi generali che sono ivi generalmente codificati, non vale l'inverso: non c'è alcuna equivalenza tra controlimite e diritto fondamentale e, comunque, nella giurisprudenza UE, una deroga generalizzata alla logica *Simmenthal*, in relazione alla Carta e ai principi generali, non viene in alcun modo teorizzata. Una deroga siffatta, infatti, relegherebbe la Corte di giustizia, se non ai margini, certamente a esercitare un ruolo secondario nella salvaguardia dei diritti fondamentali. In gioco, cioè, c'è il completamento del processo d'integrazione europea al di là del mercato e delle connesse prerogative individuali. Ritenere che le corti costituzionali degli Stati membri abbiano sempre la prima parola su contenuto, natura, portata ed effetti dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, significa impedire, a monte, quel "salto qualitativo", in termini di tutela dei diritti, che, paradossalmente, è invocato, in dottrina[78], da molti di coloro i quali sono favorevoli a un

---

[74] Sul tema si vedano J. KOMÁREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 420 ss.; M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, relazione all'incontro tra le corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola (Santiago di Compostela, 16/18-10-2014)*, www.cortecostituzionale.it.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 197 ss., pp. 200-201.

[75] Sul superamento, in concreto, del vincolo/limite dell'incidentalità, da parte del giudice comune, si veda, recentemente, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017.

[76] Una posizione altrettanto netta è formulata da R. CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2018, p. 280 ss.; L. S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale"*, cit., p. 11; A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta online*, 2018, p. 155 ss., p. 161.

[77] Vedi § 2 e *supra*, in questo §.

[78] Si vedano, *inter alia* e recentemente, M. LUCIANI, *Il futuro dell'Europa. Note a margine*, in *Nomos*, 2018, p. 1 ss. e R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

(ri)accentramento, in capo alle corti costituzionali degli Stati membri, del controllo sui diritti fondamentali. È un corto-circuito, forse politicamente ben visto oggi in tempi di euroscettiscimo e sovranismo, potenzialmente esiziale, tuttavia, per il futuro dell'Unione europea, certamente una "pietra tombale" per gli sviluppi proto-federali dell'ordinamento UE, osteggiati da alcuni, auspicati da altri, incluso chi scrive. Al riguardo, la pronuncia n. 269/2017 sorprende perché, anche prima dell'entrata in vigore della Carta, il 1° dicembre 2009, quale atto giuridico vincolante, la prima e l'ultima parola su portata ed efficacia dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo, attraverso l'enucleazione di una fonte primaria, con pari efficacia dei trattati, quali i principi generali, era stata sempre (o quasi) proferita dalla Corte di giustizia. Un'impostazione che, a partire dagli anni settanta, ha consentito ai giudici UE di non ritrarsi di fronte alla salvaguardia e all'esercizio dei diritti fondamentali.

Se il controlimite non "entra in gioco", esistono diversi scenari nell'ambito dei quali il giudice comune deve adeguarsi a quanto gli impone l'ordinamento dell'Unione. Un adeguamento che passa necessariamente per il rispetto della logica *Simmenthal*[79], il cui nucleo concettuale è rappresentato dalla *summa divisio* tra norme direttamente efficaci e non[80]. In un tale quadro, il giudice comune deve: a) rispettare la pregressa giurisprudenza UE, laddove sia sufficientemente chiara circa il contenuto della/e norma/e della Carta, e quindi seguire l'interpretazione della/e norma/e cristallizzata dalla Corte di giustizia; b) pur in assenza di una certa e consolidata giurisprudenza UE, interpretare il diritto nazionale in maniera conforme alla Carta e ai principi generali, per come sono stati ricostruiti dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, laddove possibile e nel caso in cui la/e norma/e della Carta non sia(no) direttamente efficace/i; c) rinviare alla Corte costituzionale, in presenza di un'antinomia, nel caso in cui la/e norma/e della Carta non sia(no) direttamente efficace/i e se lo strumento dell'interpretazione conforme non risulti sufficientemente adeguato; d) disapplicare il diritto nazionale contrastante qualora la/e norma/e della Carta sia(no) direttamente efficace/i, come esplicitamente affermato dalla Corte di giustizia in parecchie pronunce in relazione a principi generali e a diverse disposizioni della Carta, anche in epoca recente[81]; e)

---

[79] Ritengono che nella sentenza n. 269/2017 la Consulta richieda l'obbligo di rimessione della questione di costituzionalità anche nel caso di norme della Carta direttamente efficaci A. ANZON DEMMING, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1 ss., p. 4; A. O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1 ss., p. 14 ; M. MASSA, *op. cit.*, p. 16 ; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, www.dirittticomparati.it, 11 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017, p. 1 ss.

[80] Di *summa divisio* parla L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Bruxelles, 2006, p. 5.

[81] A titolo esemplificativo, cfr., in merito all'efficacia diretta del principio generale di non discriminazione per ragioni di età, Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, causa C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, punti 75-77, Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2010, *Seda Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, causa C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, punti 21-23, 46-53, Corte di giustizia, sentenza del 19 aprile 2016, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, causa C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, punti 27 e 43, e, in relazione all'articolo 21 della Carta, sempre sotto il profilo della non discriminazione per ragioni di età, Corte di giustizia, sentenza del 15 gennaio 2014, *Association de médiation so-*

rinviare alla Corte di giustizia qualora esistano dubbi circa la portata e/o l'efficacia interna (diretta, indiretta, diretta verticale, diretta orizzontale) della/e norma/e della Carta.

La conformità con una chiara e consolidata giurisprudenza UE su interpretazione e applicazione della Carta, il rispetto degli obblighi d'interpretazione conforme, di disapplicazione e, in presenza di dubbi circa la portata e/o l'efficacia interna della/e norma/e della Carta (e dei principi generali), di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sono imprescindibili affinché sia assicurato un omogeneo *standard* di tutela nei 28 ordinamenti degli Stati membri[82] e venga, in questo modo, scongiurato il pericolo di discriminazione tra individui quanto alla salvaguardia delle loro prerogative soggettive e alla loro azionabilità dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

In definitiva, l'auspicio è che la Corte costituzionale, nella sua giurisprudenza "*post* 269", muti atteggiamento, desistendo dalla tendenza di delineare un sistema di tutela che, a ben vedere, rischia di non apparire, nella pratica, così diverso da quello configurato nelle note sentenze gemelle su efficacia e limiti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[83]. L'alternativa, qualora la logica sottesa all'*obiter dictum*, per com'è stato qui inteso, sia confermata e rivestita di efficacia pienamente vincolante, è che l'Italia venga sottoposta a una procedura d'infrazione e, verosimilmente, a una condanna *ex* articolo 258 TFUE, come avvenuto recentemente, in relazione alla Francia e al mancato obbligo di rinvio pregiudiziale, nella sentenza *Commissione c. Francia*, del 4 ottobre 2018[84].

Sulla base delle considerazioni svolte, va capito se esistano margini per un'interpretazione "comunitariamente" orientata dell'*obiter dictum* e, in caso di risposta affermativa, in cosa potrebbe sostanziarsi il "passo indietro" della Corte costituzionale.

A mio giudizio, fatto salvo, ovviamente, l'obbligo di rinvio, da parte del giudice comune, in presenza di controlimiti, un'interpretazione dell'*obiter dictum* compatibile con il diritto UE e, nel contempo, improntata a una concezione pluralista della salvaguardia dei diritti fon-

---

ciale c. Union locale des syndicats CGT e altri, causa C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, punto 47; cfr. Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2018, *IR c. JQ*, causa C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, punti 62-71, dove la Corte di giustizia ha attribuito diretta efficacia all'articolo 21 della Carta in materia di libertà religiosa; cfr. *Åkerberg Fransson*, cit., punti 45-48, dove la Corte di giustizia ha riconosciuto la diretta efficacia dell'articolo 50 della Carta; cfr. Corte di giustizia, sentenza del 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu*, causa C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, punti 19-20 e 49-81, nella quale i giudici UE hanno considerato l'articolo 31, par. 2 della Carta, sul diritto alle ferie annuali retribuite, una disposizione direttamente efficace, nonostante l'incertezza mostrata dalla stessa Corte, in relazione alla medesima norma, poco tempo prima (Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 2016, *Alicja Sobczyszyn c. Szkoła Podstawowa w Rzeplinie*, causa C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502., punti 19-21 e Corte di giustizia, sentenza del 29 novembre 2017, *C. King c. The SashWindowWorkshop Ltd e Richard Dollar*, causa C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, punti 41-47).

[82] In questo senso si veda L. S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale"*, cit., p. 10; *contra* A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 194 ss., p. 196.

[83] Corte costituzionale, sentenza n. 348 del 22 ottobre 2007; Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 22 ottobre 2007; sul punto si veda M. MASSA, *op. cit.*, p. 3.

[84] Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, *Commissione europea c. Francia*, causa C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811. Per un commento si vedano C. FASONE, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, 3 dicembre 2018, www.dirittticomparati.it; D. SARMIENTO, *Judicial Infringements at the Court of Justice – A brief comment on the phenomenal Commission/France (C-416/17)*, 9 ottobre 2018, www.despiteourdifferencesblog.wordpress.com.

damentali, è (ancora) possibile. In quest'ottica, la Consulta potrebbe apportare qualche accorgimento e chiarimento alla ricostruzione che scaturisce dalla lettura dell'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017.

In primo luogo, se "in gioco" c'è una norma della Carta dotata di diretta efficacia, vale l'obbligo di disapplicazione imposto al giudice comune, non essendo ammesso alcun distinguo, nella giurisprudenza UE, a seconda che il tema sia o non sia riconducibile alla salvaguardia dei diritti fondamentali.

In secondo luogo, la questione sottoposta, in via prioritaria, alla Corte costituzionale, deve avere per oggetto esclusivamente profili d'illegittimità costituzionale, non di compatibilità dell'ordinamento interno con il diritto UE.

In terzo luogo, se esiste il rischio di una sovrapposizione e di una divergenza, in termini di tutela dei diritti, tra Carta e Costituzione, il giudice comune deve essere lasciato libero, se non di ultima istanza, di effettuare, in via prioritaria, il rinvio pregiudiziale, oppure deve rispettare l'obbligo, se di ultima istanza, di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, con l'eventualità che, in entrambi i casi, egli possa simultaneamente procedere alla rimessione della questione di costituzionalità[85].

In quarto luogo, nulla impedisce alla Consulta di prevedere un obbligo di (non solamente un invito alla) rimessione quando, in relazione a un profilo particolare, la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza pregressa, a prescindere che la/e norma/e della Carta in questione sia(no) dotata/e di diretta efficacia, abbia rimesso al giudice interno, quanto a interpretazione e applicazione in concreto della Carta, l'opera di contemperamento tra interessi in cui si sostanzia il principio di proporzionalità. Ciò vale anche quando ci si trovi nella fase successiva all'emanazione della sentenza pregiudiziale nella misura in cui, nell'ambito del medesimo procedimento, permanga un dubbio circa l'esistenza di un'antinomia tra lo *standard* di tutela UE e lo *standard* costituzionale e questo dubbio debba essere fugato dal giudice interno. Del resto, non è raro che, proprio in relazione ai diritti fondamentali, la Corte di giustizia si rivolga alle corti interne per valutare la natura degli interessi "in gioco" ed effettuare il bilanciamento presupposto dall'applicazione del principio di proporzionalità, anche se la disposizione della Carta di cui si tratta è direttamente efficace[86]. Insomma, non c'è automatismo tra effetto diretto e disapplicazione se residuano dubbi circa l'interpretazione del diritto interno. È sintomo del carattere non federale dell'ordinamento UE: l'obbligo di disapplicazione prescritto dalla Corte di giustizia c'è se le disposizioni di diritto interno, oggetto della disapplicazione, non esigono ulteriore spiegazione. In questo quadro, è comprensibile che il giudice comune debba rivolgersi alla Consulta perché essa effettui il bilanciamento tra prerogative opposte e, in ultima istanza, chiarisca contenuto e portata del diritto nazionale. Operazione questa necessaria per risolvere il conflitto inter-ordinamentale e attuare il diritto UE[87].

---

[85] Precedenti, in questo senso, esistono, come osservato da G. SCACCIA, *Giudici comuni*, cit., p. 2.

[86] Su questo aspetto cfr., ad esempio, *Åkerberg Fransson*, cit., punti 36 e 37.

[87] È quanto fatto, in epoca precedente al deposito della sentenza n. 269/2017, dal TAR Lazio (sezione I *quater*): cfr. l'ordinanza n. 9828 del 19 settembre 2017 (udienza pubblica presso la Consulta del 20 novembre 2018, ord. 167/2017).

In quinto luogo, i profili da sottoporre alla Corte di giustizia *ex* articolo 267 TFUE, una volta esauritasi la procedura di fronte alla Corte costituzionale, possono intersecare quelli già esaminati da quest'ultima, non dovendo essere, quindi, necessariamente differenti.

In sesto luogo, l'accentramento, in capo alla Consulta, non deve declinarsi nel monopolio, affidato al Giudice delle leggi, di effettuare il rinvio pregiudiziale, rientrando quest'ultimo, generalmente, nella competenza del giudice comune. In settimo luogo, un obbligo di previa rimessione alla Corte costituzionale potrebbe ritenersi ammissibile quando esiste un dubbio circa l'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'articolo 51, par. 1, laddove è sancito che le sue disposizioni si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»[88]. Sotto quest'ultimo profilo, quindi, l'obbligo di rinviare alla Consulta potrebbe essere legittimamente confermato a condizione che la sua previsione sia finalizzata a che il giudice comune verifichi se norme interne o condotte dello Stato mirino espressamente ad attuare il diritto UE o se interferiscano, più o meno direttamente, con l'attuazione del diritto UE. Lo scopo ultimo sarebbe quello di ricevere, dalla Consulta, una guida per capire se, nel caso concreto, la Carta trovi applicazione, fatta salva, comprensibilmente, l'ultima parola, sul punto, della Corte di giustizia[89].

In definitiva, è urgente che la Consulta chiarisca se stessa, individuando estensione e limiti dell'*obiter dictum*, per ineludibili ragioni di certezza del diritto, a beneficio degli operatori del diritto, a iniziare dai giudici comuni, e dei cittadini. Le differenti reazioni in seno alla Corte di Cassazione e la geometria variabile nell'interpretazione dell'*obiter* dimostrano fino a che punto sia indispensabile una netta presa di posizione della Corte costituzionale su doppia pregiudizialità e Carta. A titolo esemplificativo, spicca l'ordinanza n. 3831 del febbraio 2018 di rimessione alla Consulta, dove è scritto, per un verso, che il Collegio ritiene di risolvere la doppia pregiudizialità «privilegiando, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità» e, per l'altro, che parrebbe desumersi dalla lettura dell'*obiter* che, dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, «il potere del giudice comune di disapplicare la disposizione legislativa nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità sia limitato alla ipotesi che tale giudice ravvisi – eventualmente all'esito di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE – un contrasto con il diritto dell'Unione per profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale». Una limitazione questa, tuttavia, che, ad avviso della Suprema Corte, «non sembra

---

[88] Sulla nozione di ambito di applicazione cfr. *Åkerberg Fransson*, cit., punti 18 e 23. Cfr. altresì Corte di giustizia, sentenza del 15 novembre 2011, *Murat Dereci e altri contro Bundesministerium für Inneres*, causa C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734, punti 70-74; Corte di giustizia, sentenza del 10 luglio 2014, *Víctor Manuel Julian Hernández e a. c. Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) e a.*, causa C□198/13, ECLI:EU:C:2014:2055, punti 34-36 e 47; Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 9 novembre 2017, *Teodor Ispas, Anduţa Ispas c. Direcţia Generală a Finanţelor Publice Cluj*, causa C-298/16, ECLI:EU:C:2017:650, punti 45-49. In dottrina si vedano, tra le opere monografiche, N. LAZZERINI, *op. cit.*, pp. 183-270; si vedano altresì J. ZILLER, *Art. 51. Ambito di applicazione*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, pp. 1042-1057; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2018, p. 1 ss.

[89] In tema si veda G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, p. 2955 ss.

compatibile con la giurisprudenza della CGUE»[90]. Il contrasto con altre pronunce della Corte di Cassazione, tra cui la n. 12108 e la n. 13678, entrambe del maggio 2018, è evidente dal momento che qui e in altre sentenze il Giudice di legittimità sceglie di non rimettere la questione concernente l'applicazione della Carta alla Consulta, privilegiando, rispettivamente, la disapplicazione del diritto nazionale e lo strumento del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia[91].

4. Nozione di effetto diretto e controlimiti: la logica *Taricco* (sentenza n. 115/2018) e l'accentramento in capo alla Consulta della verifica circa l'efficacia interna del diritto UE.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 115/2018[92], chiude la vicenda *Taricco*.

Le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2 della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato di Lisbona, là dove dà esecuzione all'articolo 325 TFUE, sollevate dalla Corte di cassazione e dalla Corte di appello di Milano, sono state dichiarate infondate perché originavano dal presupposto che la regola *Taricco* fosse di per sé applicabile nei giudizi in corso. Una volta negata, con la sentenza *M.A.S. e M.B.* della Corte di giustizia, per come interpretata dai giudici costituzionali, l'esistenza di questo presupposto, cade altresì il possibile contrasto, rilevato dal Giudice delle leggi con ordinanza n. 24/2017, con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, in particolare con il principio di legalità in materia penale sancito nell'articolo 25, comma 2, della Costituzione. La regola *Taricco*, quindi, ad avviso della Consulta, non può trovare attuazione né ai fatti anteriori all'8 settembre 2015 (e dunque nei giudizi *a quibus*) né quando il giudice nazionale ravvisi un conflitto con il principio di legalità in materia penale.

---

[90] Corte di Cassazione, II sezione civile, ordinanza del 16 febbraio 2018, par. 11.3.6.8

[91] Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza del 17 maggio 2018; Corte di Cassazione, sezione lavoro, ordinanza del 30 maggio 2018. Nel senso di un'immediata applicazione della Carta cfr. altresì Corte di cassazione, V sezione penale, sentenza n. 45829 del 10 ottobre 2018 e Corte di Cassazione, V sez. civile, sentenza n. 27564 del 30 ottobre 2018.

[92] Si vedano C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien… ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga* Taricco, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018, www.dirittocomparati.it; M. CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, in C. AMALFITANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 391-406; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso* Taricco *e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 giugno 2018, www.penalecontemporaneo.it; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018, www.dirittocomparati.it.; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la "saga* Taricco*": tra riserva di legge, opposizione* de facto *del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European Papers*, 2018, p. 88 ss.; V. MANES, Taricco*, finale di partita*, in C. AMALFITANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 407-419; G. PICCIRILLI, *The 'Taricco Saga': the Italian Constitutional Court continues its European journey, in European Constitutional Law Review*, 2018, in corso di pubblicazione; S. POLIMENI, *Il caso* Taricco *e il gioco degli scacchi: l'"evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, 20 giugno 2018, www.osservatorioaic.it; M. DONINI, *La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola* Taricco, 11 luglio 2018, www.penalecontemporaneo.it; F. FERRARI, *«Indipendentemente dalla collocazione dei fatti»: i principî supremi come problema di rigidità costituzionale (in margine al caso* Taricco*)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1 ss.; A. RUGGERI, Taricco*, amaro finale di partita*, in *Consulta on-line*, 2018/III, p. 488 ss.

Nella sentenza n. 115/2018 la Consulta muove dalla considerazione che la Corte di giustizia, in *M.A.S. e M.B.*, conferma «i contorni della "regola *Taricco*"» e, nel farlo, individua nella «duplice componente della determinatezza e del divieto di retroattività» i due limiti alla sua applicazione[93]. Irretroattività e determinatezza sono, cioè, elementi costitutivi del principio di legalità.

La Corte costituzionale sottolinea che la pronuncia *M.A.S. e M.B.* della Corte di giustizia opera su due piani tra loro collegati: sotto il profilo dell'irretroattività, il divieto di applicazione della regola *Taricco* ai fatti anteriori all'8 settembre 2015 «discende immediatamente dal diritto dell'Unione e non richiede alcuna ulteriore verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali»; sotto il profilo della determinatezza, per giungere a disapplicare la normativa nazionale in tema di prescrizione, «è necessario che il giudice nazionale effettui uno scrutinio favorevole in merito alla compatibilità della "regola *Taricco*"» con detto principio, che è «sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione, in base all'articolo 49 della Carta»[94].

La domanda centrale è se, per gli illeciti posti in essere in epoca successiva all'8 settembre 2015, il giudice nazionale sia obbligato alla disapplicazione *in malam partem* scaturente dall'applicazione dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, oppure se una tale disapplicazione contrasti con «il principio di legalità penale, nel suo corollario della determinatezza, sia con riferimento al principio di effettività che a quello di assimilazione»[95]. Il Giudice delle leggi si pronuncia in questo secondo senso, rendendo una sentenza interpretativa di rigetto, in verità piuttosto atipica.

La Consulta, per un verso, si pone in linea con quanto osservato nell'ordinanza n. 24/2017, laddove, nella decisione n. 115/2018, conclude che la regola *Taricco* non trova spazio nell'ordinamento interno in quanto confliggente con l'identità costituzionale dello Stato italiano[96]. Per l'altro, essa sembra collocarsi al di fuori del perimetro argomentativo delineato con l'ordinanza n. 24/2017 nella misura in cui individua nel diritto UE, ossia nell'articolo 49 della Carta, la base giuridica per rendere inapplicabile la regola *Taricco*[97]. Precisano i giudici

---

[93] Corte costituzionale, sentenza n. 115/2018, cit., ritenuto in fatto, par. 12.

[94] *Ibidem*, par. 6.

[95] *Ibidem*.

[96] In *Taricco et al.*, cit., punto 53, è scritto: «[I] giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati». In *M.A.S. e M.B.*, cit., punto 46, viene affermato: «Occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati».

[97] In *Taricco et al.*, cit., punto 55, è scritto: «[C]on riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta». In *M.A.S. e M.B.*, cit., punti 51-53, viene affermato: «[S]i deve ricordare l'importanza, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile. Tale principio, quale sancito all'articolo 49 della Carta, si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione, conformemen-

costituzionali, infatti, che la disapplicazione di detta regola «ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto». Da qui la conclusione che la violazione del principio di determinatezza in materia penale «sbarr[i] la strada senza eccezioni all'ingresso della "regola *Taricco*" nel nostro ordinamento»[98].

Il problema della pronuncia n. 115/2018, a monte, sta nel convincimento – che traspare dalla lettura delle motivazioni – che la Corte di giustizia, in *M.A.S. e M.B.*, abbia messo in discussione se stessa, "rinnegando" l'assunto per cui la regola *Taricco*, stabilita circa due anni prima, sarebbe compatibile con l'ordinamento UE, *in primis* con l'articolo 49 della Carta. Certamente, un'attenuazione del ragionamento formulato in *Taricco et al.* viene prospettata in *M.A.S. e M.B.*; tuttavia, non si tratta di un radicale *revirement*, come sembrerebbe intendere il Giudice delle leggi. Con la pronuncia n. 115/2018 i giudici costituzionali, in particolare, propongono, per una via alternativa all'invocazione esplicita del controlimite, una differente, opposta concezione della relazione tra diritto UE e ordinamento nazionale.

Le criticità maggiori riguardano le relazioni "pericolose" tra principio della determinatezza e quello dell'effetto diretto. Al riguardo, la Corte costituzionale correttamente precisa che, in base al diritto dell'Unione, il principio della determinatezza è requisito del principio di legalità dei reati e delle pene, insieme alla prevedibilità e all'irretroattività. Peraltro, che la Consulta abbia attratto a sé, in via esclusiva, l'accertamento della legittimità costituzionale della regola *Taricco*, di per sé non desta particolari perplessità trattandosi di contrasto tra ordinamento dell'Unione e salvaguardia dei principi supremi dell'ordine costituzionale[99].

A sollevare perplessità sono i paragrafi 10-14 della sentenza, a iniziare dall'assunto da cui muove la Corte costituzionale: «riconoscere solo sulla base della sentenza *M.A.S. e M.B.* l'avvenuta prescrizione significherebbe comunque fare applicazione della "regola *Taricco*", sia pure individuandone i limiti temporali»[100]. Ciò sarebbe inammissibile: sottolineano, infatti, i giudici costituzionali che, «indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la "regola *Taricco*"» dal momento che essa vìola il principio di determinatezza[101]. Così facendo, la Consulta, attraverso una peculiare interpretazione della sentenza *M.A.S. e M.B.*, adopera il parametro della determinatezza quale strumento per ritenere, una volta per tutte, *senza se e senza ma* e con valenza *erga omnes*, sia la regola *Taricco* sia, a monte, l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, in grado di determinare la disapplicazione del diritto nazionale[102]. In primo luogo, nelle situazioni coperte da entrambe le disposizioni, il giudice penale non disporrebbe di solidi criteri

---

te all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, come avviene allorché essi prevedano, nell'ambito degli obblighi loro imposti dall'articolo 325 TFUE, di infliggere sanzioni penali per i reati in materia di IVA. L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può quindi contrastare con tale principio […]. Inoltre, il principio di legalità dei reati e delle pene appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

[98] Corte costituzionale, sentenza n. 115/2018, cit., par. 14.

[99] Corte costituzionale, sentenza n. 115/2018, cit., par. 8.

[100] *Ibidem*, par. 10.

[101] *Ibidem*.

[102] Si vedano le riflessioni già svolte in D. GALLO, *La Corte*, cit., pp. 889-893.

ermeneutici per ricavare una regola definita, in quanto tale applicabile nelle singole controversie. In secondo luogo, l'articolo 325 TFUE non darebbe modo al singolo di «prospettarsi la vigenza della "regola *Taricco*"»[103]. L'enunciato insito nella regola *Taricco* non può fornire sufficiente concretezza alla norma europea in ragione della sua genericità. Il discorso non cambia anche qualora detta regola dovesse essere ulteriormente precisata dalla Corte di giustizia, nel suo contenuto, nella giurisprudenza successiva, ad esempio con riferimento alla nozione di «numero considerevole di casi» o al concetto di «frode grave»[104]. Il nucleo concettuale che indirizza la Consulta sta nella considerazione che solo il legislatore può perseguire compiti di politica criminale come quello di estendere i termini di prescrizione, mai il giudice, poco importa se nazionale o europeo. Non rileva che sia la Corte di giustizia l'unico soggetto competente a fornire, ai sensi dell'art. 267 TFUE, un'interpretazione dei trattati autentica, definitiva e vincolante per tutte le giurisdizioni nazionali. Nulla potrebbe «colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»[105].

L'impianto argomentativo approntato dalla Corte costituzionale richiama il convitato di pietra, già comparso nell'ordinanza n. 24/2017[106], di tutta la vicenda *Taricco*: il principio della separazione dei poteri e il connesso canone della riserva di legge. Riserva posta, nella sentenza n. 115/2018, in collegamento funzionale con la dottrina dell'effetto diretto. Né l'art. 325 TFUE né la regola *Taricco* sono, ad avviso della Corte costituzionale, sufficientemente determinati: il primo per come è formulato, la seconda perché è creazione giurisprudenziale e, dunque, secondo la Consulta, insuscettibile, di per sé, attraverso il riempimento di contenuto di una norma primaria, a generare effetti diretti[107]. Qualsiasi regola di derivazione giurisprudenziale si surrogherebbe «integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»[108].

Il nesso tra determinatezza, riserva di legge ed effetto diretto emerge con chiarezza laddove la Consulta, nonostante ribadisca che «compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto»[109], in questo modo formalmente ancorando il proprio ragionamento alla giurisprudenza UE, esclude, subito dopo, che «un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale […] p[ossa] avere cittadinanza nel nostro ordinamento»[110]. L'ordinamento italiano

---

[103] Corte costituzionale, sentenza n. 115/2018, cit., par. 11; cfr. altresì il par. 13.

[104] *Taricco et al.*, cit., punto 58.

[105] Corte costituzionale, sentenza n. 115/2018, cit., par. 11.

[106] Corte costituzionale, ordinanza n. 24/2017, cit., par. 5, su cui si rimanda alle osservazioni in D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga* Taricco, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 249 ss., p. 271. Per il principio della riserva di legge, dal punto di vista costituzionalistico, calato in una prospettiva europea, si vedano, *inter alia*, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015 e i contributi in ID. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017.

[107] Corte costituzionale, sentenza n. 115/2018, cit., par. 11, dove è scritto che «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo».

[108] *Ibidem*, par. 12.

[109] *Ibidem*.

[110] *Ibidem*.

è impermeabile all'ingresso dell'articolo 325 TFUE e della regola *Taricco* perché, indipendentemente dal fatto che lo si qualifichi come sostitutivo oppure oppositivo[111], l'effetto prodotto da una loro applicazione congiunta, proprio in ragione della loro indeterminatezza, non consentirebbe al singolo di azionare efficacemente una norma/una regola giurisprudenziale o d'invocare un diritto/una prerogativa ivi sotteso/a.

La Corte costituzionale, escludendo la determinatezza del precetto, *de facto*, nega che esso sia sufficientemente chiaro, preciso e soprattutto incondizionato[112], cioè direttamente efficace. Piuttosto che identificare un nuovo presupposto dell'effetto diretto, si serve di un concetto differente per pervenire alla medesima conclusione. A ben vedere, la determinatezza, al cuore del ragionamento della Corte costituzionale sull'efficacia interna dell'art. 325 TFUE, in quanto associata al principio della riserva di legge, sembra fungere da controlimite, implicito, generalizzato e *pro futuro*, al riconoscimento dell'effetto diretto di una norma UE (articolo 325 TFUE) e della giurisprudenza che intende interpretarla (regola *Taricco*), piutto-

---

[111] In tale sede ci si limita a osservare che nell'effetto diretto sostitutivo la norma UE si sostituisce a quella nazionale nel governo della fattispecie mentre in quello oppositivo la fattispecie è regolamentata dal diritto nazionale che, espunto delle disposizioni incompatibili con l'ordinamento UE, continua a trovare applicazione. Sulla dicotomia effetto diretto sostitutivo/effetto diretto oppositivo si vedano le seguenti conclusioni degli avvocati generali: conclusioni di van Gerven del 26 gennaio 1993, *M. Helen Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, causa C-271/91, ECLI:EU:C:1993:30; conclusioni di Jacobs del 27 gennaio 1994, *Nicole Vaneetveld contro Le Foyer SA e Le Foyer SA c. Fédération des mutualités socialistes et syndicales de la province de Liège (FMSS)*, causa C-316/93, ECLI:EU:C:1994:32; conclusioni di Lenz del 9 febbraio 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, causa C-91/92, ECLI:EU:C:1994:45; conclusioni di Saggio del 16 dicembre 1999, *Océano Grupo Editorial SA contro Roció Murciano Quintero (C-240/98) e Salvat Editores SA c. José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) e Emilio Viñas Feliú (C-244/98)*, cause riunite C-240/98 a C-244/98, ECLI:EU:C:1999:620; conclusioni di Alber del 18 gennaio 2000, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia SpA*, causa C-343/98, ECLI:EU:C:2000:23; conclusioni di Colomer del 5 ottobre 2004, *Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) e Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, cause riunite C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2003:245; conclusioni di Bot del 7 luglio 2009, causa *Kücükdeveci*, cit., ECLI:EU:C:2009:429. In dottrina, si vedano F. DUMON, *La notion de "disposition directement applicable" en droit européen*", in *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 369 ss.; A. BLECKMANN, *L'applicabilité directe du droit communautaire*, in M. WAELBROECK, J. VELU (sous la direction de), *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, pp. 85-130; C. W. A. TIMMERMANS, *Directives: their Effect within the National Legal Systems*, in *Common Market Law Review*, 1979, p. 533 ss.; R. KOVAR, *L'intégrité de l'effet direct du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté*, in R. BIEBER, D. NICKEL (Hrsg.), *Das Europa der Zwerten Generation. Gedachtnisschrift für Christoph Sasse*, Baden-Baden, 1981, I, pp. 151-163; Y. GALMOT J.-C. BONICHOT, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, in *Revue française de droit administratif*, 1988, p. 1 ss.; M. RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative view*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 307 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002; S. PRECHAL, *Directives*[2], Oxford, 2015, pp. 97-106; M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss.; S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. BARNARD (ed. by), *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2007, pp. 35-69; S. ROBIN-OLIVIER, *The Evolution of Direct Effect in the EU: Stocktaking, Problems, Projections*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 165 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 213-274.

[112] In termini generali, sul requisito dell'incondizionatezza che assorbirebbe chiarezza e precisione si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 202-213.

sto che alla penetrazione di una norma – ritenuta direttamente efficace dalla Corte di giustizia – nel nostro ordinamento.

Nel merito, quanto all'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE, sono dell'avviso che il ragionamento della Consulta sia in linea con quel che detta dottrina/teoria è e richiede. Insomma, in *Taricco* l'ordine di disapplicazione, individuato dalla Corte di giustizia nella prima sentenza, sottoposto a un *caveat* significativo in *M.A.S. e M.B.*, non è il risultato del principio del primato *e* dell'effetto diretto, "con buona pace" di *Simmenthal*. La Corte di Lussemburgo, dal canto suo, pare dell'avviso opposto: pur non dichiarando espressamente che l'articolo 325 TFUE è direttamente efficace, sembra ritenere che lo sia laddove puntualizza, sia in *Taricco et al.* che in *M.A.S. e M.B.*, che l'articolo 325 TFUE pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione[113].

Il problema di una tale impostazione è il seguente: riscontrare l'esistenza dei classici presupposti dell'effetto diretto non significa, automaticamente, che essi siano soddisfatti. La Corte deve necessariamente motivare se vigano gli elementi costitutivi dell'effetto diretto, motivazione questa assente nel ragionamento dei giudici UE. Lo avrebbe dovuto fare, però, al fine di sciogliere le incertezze applicative scaturenti dall'articolo 325 TFUE. In effetti, che non lo faccia potrebbe proprio dipendere dal fatto che un'indagine sulla sua natura giuridica non può che portare a escluderne la diretta efficacia: potrebbe, infatti, dirsi che la norma è chiara e precisa; tuttavia, essa non sembra contenere un obbligo (e il diritto che ne costituisce la contropartita) incondizionato. Il *core* dell'effetto diretto sta, infatti, nell'incondizionatezza di un precetto, nella sua consapevole invocazione da parte del singolo e nella sua applicabilità da parte del giudice, a condizione che la norma conferisca un diritto, una posizione giuridica soggettiva al singolo o, perlomeno, che da essa derivi un vantaggio per quest'ultimo. Tutte caratteristiche di cui l'articolo 325 TFUE è privo[114].

Ora, se nel merito, come già osservato, l'opinione della Consulta è condivisibile con riferimento al tenore dell'articolo 325 TFUE, astraendoci dal caso di specie e calandoci nella prospettiva dei rapporti sistemici tra ordinamenti, è sorprendente che il Giudice delle leggi accentri su di sé, seppure non espressamente, su di sé il potere di definire quel che è direttamente efficace e quel che non lo è e, soprattutto, che escluda, a monte, la possibilità che una norma del trattato sia resa determinata dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia. Rappresenta un pilastro del diritto UE, come già è stato dimostrato[115], l'idea che una norma possa dotarsi di diretta efficacia grazie ai giudici di Lussemburgo. Ciò ha permesso alla Corte di Lussemburgo, da *Van Gend & Loos* in poi, di rendere operativi, sul piano della loro azionabilità, precetti i quali, senza l'intervento del giudice europeo, non avrebbero potuto essere considerati direttamente efficaci.

---

[113] *Taricco et al.*, cit., punto 51 e *M.A.S. e M.B.*, cit., punto 38.

[114] Sul *core* dell'effetto diretto e sulle ipotesi nelle quali l'effetto diretto scompare a beneficio del solo primato (e della conseguente disapplicazione del diritto nazionale) si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 351-418.

[115] Vedi *supra*, § 2.

Una tale ricostruzione della sentenza n. 115/2018, se corretta, pertanto, rende palese il cambiamento radicale rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale. Segna, a breve termine, la ricomposizione del conflitto con la Corte di giustizia, per quel che concerne la saga *Taricco*, ma, in prospettiva, comporta, come effetto collaterale, quello di aprire a un rapporto più dialettico che dialogico, perfino oppositivo, con Lussemburgo, in linea con le finalità che sembrano indirizzare la sentenza n. 269/2017.

Ciò detto, una chiave di lettura più "tranquillizzante", dal punto di vista dello studioso del diritto europeo, è quella di ritenere che l'approccio sopra descritto, orientato a consacrare, a livello di diritto UE, le esigenze di democrazia insite nel diritto penale, valga solamente per questo ambito del diritto, in particolare in caso di applicazione *in malam partem* del diritto UE. Se fosse così, il potenziale dirompente della sentenza n. 115/2018, pur non trascurabile, risulterebbe, senza dubbio, attenuato.

5. Sentenza n. 269/2017 e saga *Taricco*: *self restraint* della Corte di giustizia vs *judicial activism* della Consulta?

Le sentenze n. 269/2017 e n. 115/2018 della Corte costituzionale presentano un elemento in comune: entrambe, seppure professino sulla carta significative aperture al diritto UE, in verità, mostrano una chiara volontà di accentramento in capo alla Consulta e un allontanamento da assiomi e principi consolidati del diritto UE per quel che concerne i rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale.

Nella pronuncia n. 269/2017, in riferimento a doppia pregiudizialità e diritti fondamentali, la logica *Simmenthal*, in relazione all'efficacia interna dell'effetto diretto, e la logica *Melki/Global Starnet*, quanto all'effetto utile del procedimento pregiudiziale, sono messe in discussione, se non addirittura stravolte. La rassicurazione, svolta nella sentenza, circa il rispetto dei principi del primato, dell'effetto diretto e della leale cooperazione nell'ambito dell'articolo 267 TFUE, non elimina i rischi insiti nell'impostazione formulata dalla Corte costituzionale.

Nella sentenza n. 115/2018, la Consulta, nell'azionare *de facto* i controlimiti e cristallizzare nella maniera più assoluta possibile l'impermeabilità della "regola *Taricco*" nel nostro ordinamento, per un verso, esclude che norme prive di compiutezza e determinatezza possano acquisire efficacia diretta grazie all'intervento della Corte di giustizia, per l'altro, surrettiziamente, interpreta, in termini autoreferenziali, contenuto e limiti dell'effetto diretto. La duplice rassicurazione circa la volontà di recepire, nella pronuncia, il ragionamento formulato dalla Corte di giustizia in *M.A.S. e M. B.* in merito all'interpretazione dell'articolo 49 della Carta e di astenersi dall'individuare il contenuto dell'efficacia interna (più o meno diretta) dell'articolo 325 TFUE, non mi pare colga nel segno.

In entrambe le sentenze la Corte costituzionale, a mio giudizio, si spinge troppo in là. Lo fa sfruttando i vuoti lasciati dal minimalismo argomentativo della Corte di giustizia. Un *self-restraint* ingiustificato perché genera incertezze circa il funzionamento dei principi del primato e dell'effetto diretto, soprattutto se "in gioco" entrano i diritti fondamentali. Insomma, il vizio originario sta, a mio modo di vedere, nel tono spesso apodittico delle affermazioni del-

la Corte di giustizia e nell'assenza, oggi, differentemente da epoche passate, di una chiara visione, a Lussemburgo, su temi *costituzionali* e principi *costituenti* dell'ordinamento europeo. Per evitare che l'emancipazione, da parte delle corti nazionali (supreme e non), da detti principi, per come sono interpretati dai giudici UE, si realizzi, per tentare di comprimere al massimo *judicial activism* e *judicial rebellion*[116], in seno agli organi giurisdizionali nazionali, la Corte di giustizia dovrebbe tornare a fare quel che ha fatto, con audacia[117], a partire dagli anni sessanta e settanta e per un lungo periodo di tempo. Dovrebbe, cioè, "prendere sul serio" il suo ruolo di attore imprescindibile e insostituibile nella sistematizzazione dei principi del primato, dell'efficacia diretta e dell'effettività/effetto utile[118]. È sufficiente pensare ai seguenti nodi concettuali, ancora da sciogliere da parte dei giudici UE: ruolo ed effetto utile del *test* sull'effetto diretto in merito ai requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza; significato d'incondizionatezza, intesa come capacità di una norma UE di trovare attuazione in assenza di un ulteriore atto di recepimento; nesso tra diretta applicabilità e diretta efficacia; relazione tra primato ed effetto diretto quando l'attuazione della norma UE e la conseguente disapplicazione del diritto interno determinano una lesione delle prerogative individuali (anziché il conferimento di una posizione giuridica soggettiva); immediatezza dei precetti contenuti nella Carta, tenuto conto della dicotomia "diritti-principi" ivi prevista e della duplice dimensione, verticale e orizzontale, dell'effetto diretto; estensione e tenuta del divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive.

In conclusione, quando si tratta di principi *primi inter pares* di un ordinamento, da cui derivano, a cascata, altri principi, sotto principi, *rules of reasons*, il giudice dovrebbe prodigarsi il più possibile per ricostruire al meglio istituti e inquadrarli giuridicamente[119], così da colmare lacune ed evitare i rischi di possibili incongruenze. E un tale compito, quando a essere interpretato e applicato è il diritto UE, spetta alla Corte di Lussemburgo, non alla Corte costituzionale italiana o alle altre corti supreme degli altri Stati membri. Un compito, evidentemente, se ci si trova nell'ambito dei diritti fondamentali, da assolvere con particolare cura, nella consapevolezza che eventuali moti di *hybris*, in questa materia, sono ingiustificati e pericolosi[120].

---

[116] Locuzione adoperata da D. SARMIENTO, *An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)*, 2 febbraio 2017, www.verfassungsblog.de.

[117] Sul punto si veda G. TESAURO, *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice italiano come fattore insostituibile di crescita del sistema giuridico comunitario*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, pp. 1363-1373, p. 1367.

[118] Si veda D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 419-430.

[119] Sul ruolo del giudice in contesti nazionali e sovranazionali si vedano le considerazioni di A. BARAK, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 2002, p. 19 ss.

[120] In argomento si veda l'analisi già svolta in D. GALLO, *La Corte*, cit., pp. 894-895.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 07/03/2019

AUTORE: Sara Lieto*

CONFLITTO TRA POTERI E «SOGLIA DI EVIDENZA». NOTAZIONI A MARGINE DELL'ORDINANZA N. 17 DEL 2019

Sommario: 1. Premessa. – 2. La struttura del giudizio sul conflitto tra poteri. – 3. I soggetti e la materia del conflitto. – 4. Il procedimento legislativo come materia del conflitto. – 5. L'Ordinanza n. 17 del 2019. – 6. Sulla giurisdizionalizzazione del conflitto.

1. Premessa

Il 10 gennaio del 2019 la Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per decidere sull'ammissibilità del ricorso presentato da 37 senatori del PD per conflitto di attribuzione tra poteri relativamente alla procedura di approvazione della legge di bilancio. In quella stessa data la Corte ha reso noto, tramite un comunicato stampa, di aver dichiarato il ricorso inammissibile[1].Dopo circa un mese è stata deposita l'ordinanza n. 17 con le relative motivazioni.

Già dal testo del comunicato emergevano tre dati importanti: il riconoscimento del singolo parlamentare come soggetto legittimato a sollevare conflitto di attribuzione e, dunque, a poter essere identificato come potere dello Stato; il tipo di decisione (d'inammissibilità del ricorso); l'analisi nel merito del conflitto, che si contrappone al tipo di decisione adottata[2].

---

* Ricercatrice in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università di Napoli Parthenope.

[1] Per un primo commento, prima del deposito dell'ordinanza n. 17, si veda V. Baldini, *La Corte ed il conflitto di attribuzioni sollevato da parlamentari in relazione alla legge di bilancio: tra diritti violati e modelli quesiti …*, in Dirittifondamentali.it, 1, 2019, che auspica che, a partire da questa decisione, la Corte costituzionale percorra «nuovi sentieri nell'apprezzamento delle dinamiche parlamentari, se le stesse finiscano per pregiudicare in modo grave ed evidente i contenuti essenziali della democrazia parlamentare. Non può essere escluso, allora, che sia "a tempo" l'atteggiamento di *self restraint* del giudice costituzionale (e che per ora ha inteso ancora mantenere)», 6.

[2] In tal senso V. Onida, *Fiducia sulla legge di bilancio, doppio monito della Consulta*, in il Sole24 ore, 13 febbraio 2019, il quale a proposito dell'ordinanza n. 17 osserva: «Un esercizio dunque di "equilibrismo", si potreb-

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

Premesso che il risultato dell'iniziativa intrapresa è certamente positivo, in quanto la Corte sancisce definitivamente lo *status* di parlamentare come potere dello Stato, facendo fare, com'è stato opportunamente evidenziato, «un passo avanti all'incerta democrazia italiana»[3], credo che qualche riflessione vada fatta sul tipo di giudizio e sull'ampia discrezionalità di cui la Corte, nella fattispecie, si è avvalsa, entrando nel merito, pur adottando una decisione di inammissibilità[4]. La Corte, infatti, va al "nocciolo della questione" rilevando l'indubbia anomalia del procedimento di approvazione della legge di bilancio, sia pure corredandola di una serie di giustificazioni. In ogni caso parla di anomalia e di gravità delle infrazioni, misurandone l'intensità in termini di ancora accettabilità e mettendo in guardia il legislatore per il futuro.

Ciò detto, prima di passare all'analisi dei contenuti della decisione, va ricordato che la struttura del giudizio sul conflitto di attribuzione tra poteri è solitamente scandita da due fasi, una delibazione preliminare, che attiene alla verifica da parte della Corte di una serie di requisiti, oggettivi e soggettivi, e di procedura, e una fase successiva eventuale che riguarda il merito e che si realizza solo a seguito di una declaratoria di ammissibilità. Queste due fasi, in teoria, dovrebbero essere chiaramente identificabili ma la giurisprudenza della Corte costituzionale ci ha abituato a provvedimenti in cui talvolta esse si intrecciano determinando decisioni di inammissibilità che sconfinano nel merito e viceversa. La casistica a riguardo è varia e probabilmente per gli addetti ai lavori la soluzione proposta in quest'occasione non suscita neanche tanta sorpresa[5]. E' anche vero però che una maggiore linearità nell'utilizzo di un tipo di provvedimento piuttosto che di un altro sarebbe auspicabile e, nel caso in questione, avrebbe fatto anche molta differenza.

I limiti dei nostri media sono noti; il 10 gennaio 2019 la maggior parte dei quotidiani ha titolato che il ricorso dei senatori del PD è stato dichiarato inammissibile. Dunque, all'opinione pubblica è stata veicolata la notizia, assolutamente vera, di una iniziativa non andata a buon fine, che però tale non è del tutto. La decisione contiene, infatti, un importante risultato, che probabilmente si consoliderà nel tempo e che consentirà il ripristino della legalità costituzionale ogni qual volta la maggioranza di turno tenterà operazioni di sopraffazione del parlamentare. Un altro dato importante è che questa decisione contribuirà a una maggiore definizione delle prerogative delle minoranze, a partire dall'unità di base costituita dal sin-

---

be osservare, molto più consono a un esame approfondito del merito della questione che non a una semplice delibazione di ammissibilità del conflitto».

[3] Così S. Cassese, *La scelta della Consulta sui diritti del Parlamento. Il senso di una decisione*, in Corriere della sera, 13 gennaio 2019.

[4] In tal senso anche A. Ruggeri, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo … virtuale o in astratto (Nota minima a Corte costituzionale n. 17 del 2019)*, in Consulta online, 11 febbraio 2019, nella parte in cui sottolinea che «imboccata la via prescelta dalla Corte, il giudizio sull'ammissibilità del ricorso viene fatalmente a confondersi con il sindacato sul merito dello stesso», 73.

[5] In dottrina sono state anche espresse delle perplessità su questa distinzione tra fase preliminare e fase di merito, la cui ratio non sarebbe sempre persuasiva nello spiegare perché la Corte non debba invece svolgere un giudizio unico. In tal senso, si veda, e.g., P. Costanzo, *Conflitti costituzionali*, in S. Cassese (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006; ed inoltre, su quanto non siano sempre convincenti le ragioni che giustificano la natura bifasica del giudizio sul conflitto si veda, e.g., E. Malfatti, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), Aggiornamenti in tema di processo costituzionale, Torino, 2008 e ss.

golo. D'altro canto, non si può negare che i cambiamenti di orientamento delle corti sono incrementali e che si consolidano nel tempo, a piccoli passi, manifestandosi poi con più chiara evidenza quando il contesto generale lo consente. La soluzione adottata in questo caso dalla Corte, del resto, mi sembra molto in linea, nella sua *texture*, con il messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica che ha parlato di «grande compressione dell'esame parlamentare»[6]. Dunque, capisco che essa indichi una direzione ma ancora non ritenga di poter andare del tutto a fondo, confermando il suo «approccio minimalista»[7]. E capisco anche che dichiarare ammissibile il ricorso e poi rigettarlo nel merito avrebbe comportato per la Corte una maggiore esposizione, anche perché essa, a quel punto, avrebbe dovuto definire il contraddittorio per consentire la costituzione delle parti e cioè dire tra chi, nel caso, poteva ritenersi insorto il conflitto. Sul soggetto ricorrente la riserva è stata sciolta, sull'eventuale convenuto resta l'incognita. È evidente che la Corte non si è voluta spingere oltre e che non sono ancora maturi i tempi per un'inversione di tendenza. Resta, però, il fatto che una maggiore linearità nella scelta del tipo di decisione non è sempre solo una questione di forma ma anche di sostanza.

2. La struttura del giudizio sul conflitto tra poteri

A questo proposito è forse utile mettere a fuoco i tratti essenziali del giudizio sul conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato. Come già evidenziato, si tratta di un giudizio bifasico, cioè prima dell'eventuale fase inerente al merito vi è una fase preliminare, assimilabile, in un certo senso, alla declaratoria di non manifesta inammissibilità, in cui la Corte realizza una valutazione sommaria sui potenziali soggetti coinvolti e sull'oggetto della contestazione, senza tuttavia entrare nel merito. In questa fase non vi è contraddittorio, perché questo tipo di giudizio è «a parti prefigurate»[8]. In altri termini, mentre il soggetto ricorrente è identificabile *ab origine*, in quanto è da lui che parte l'iniziativa della contestazione (fermo restando che la Corte potrebbe ritenerlo non ascrivibile alla categoria dei poteri dello Stato e dunque non legittimato), il soggetto resistente è la Corte ad individuarlo. Naturalmente il ricorrente indica nel ricorso la controparte o le controparti ma ciò non vincola la Corte, tanto che nel caso in

[6] «Ieri sera ho promulgato la legge di bilancio nei termini utili a evitare l'esercizio provvisorio, pur se approvata in via definitiva dal Parlamento soltanto da poche ore. Avere scongiurato la apertura di una procedura di infrazione da parte dell'Unione Europea per il mancato rispetto di norme liberamente sottoscritte è un elemento che rafforza la fiducia e conferisce stabilità. La grande compressione dell'esame parlamentare e la mancanza di un opportuno confronto con i corpi sociali richiedono adesso un'attenta verifica dei contenuti del provvedimento. Mi auguro - vivamente - che il Parlamento, il Governo, i gruppi politici trovino il modo di discutere costruttivamente su quanto avvenuto; e assicurino per il futuro condizioni adeguate di esame e di confronto. La dimensione europea è quella in cui l'Italia ha scelto di investire e di giocare il proprio futuro; e al suo interno dobbiamo essere voce autorevole», Discorso del 31 dicembre 2018 del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella.

[7] S. Cassese, *La scelta della Consulta sui diritti del Parlamento. Il senso di una decisione*, in Corriere della sera, 13 gennaio 2019, il quale ritiene che con questa decisione «la Corte fa un grande passo avanti, dando l'impressione di restare ferma».

[8] Così G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 388.

cui nel ricorso non ci fossero precise indicazioni sui destinatari della contestazione ciò solo non sarebbe sufficiente, in teoria, a giustificare una declaratoria di inammissibilità.

Questa fase preliminare permette alla Corte anche di verificare la legittimazione a ricorrere del soggetto proponente. A differenza, infatti, del conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni, che è a parti fisse, quello sul conflitto tra poteri dello Stato si configura in varie combinazioni, non solo perché i poteri dello Stato sono molteplici ma anche perché, con il passare del tempo, la stessa giurisprudenza della Corte si è gradualmente distaccata dalla tradizionale tripartizione (legislativo, esecutivo e giudiziario) per ampliare il novero dei soggetti legittimati a ricorrere per conflitto. È nota, infatti, l'apertura a tutti gli organi ai quali la Costituzione riconosca anche solo una quota di attribuzioni chiaramente definita e l'inclusione in tale novero anche di soggetti esterni allo Stato apparato, come avvenuto nel caso del comitato promotore per l'indizione del referendum abrogativo.

Nel caso di specie siamo di fronte ad una novità. Al di là, infatti, di alcuni *obiter dicta*[9], con questa decisione la Corte individua nel singolo parlamentare un potere dello Stato. Che questo ampliamento del novero dei soggetti legittimati avvenga però con una decisione di inammissibilità desta, come si diceva, qualche perplessità. Per giungere, infatti, a una simile conclusione la Corte non può che essere entrata nel merito di quanto denunciato dai ricorrenti, e non semplicemente rilevando che il procedimento legislativo può costituire di per sé materia di conflitto, la cui risoluzione spetti alla sua competenza, ma che proprio quel procedimento di approvazione della legge di bilancio 2019 si è svolto in maniera anomala. Tanto è vero che, già nel comunicato stampa, la Corte non esita a entrare nel vivo della vicenda, a dimostrazione che la questione sottoposta al suo giudizio è andata ben oltre lo scrutinio preliminare di valutazione di non manifesta inammissibilità. Nel dichiarare il parlamentare legittimato a sollevare conflitto di attribuzione, sarebbe stato più comprensibile se la Corte avesse dichiarato ammissibile il ricorso e solo in un secondo momento, eventualmente, qualora non avesse ritenuto l'anomalia procedurale troppo grave, rigettarlo, avvertendo in ogni caso, come del resto fa già nel comunicato stampa, che la reiterazione di tale condotta potrebbe comportare per il futuro una declaratoria d'incostituzionalità.

Né la decisione d'inammissibilità, nel caso di specie, si sarebbe potuta imputare a un'indefinitezza della o delle controparti, in quanto è la Corte a definire il contraddittorio. Quindi, un'eventuale lacunosità da parte dei ricorrenti nell'individuare i poteri contro i quali rivolgere il ricorso non avrebbe potuto costituire una giustificazione a tale tipo di decisione.

---

[9] Il riferimento è all'ordinanza n. 177 del 1998 in cui relativamente al ricorso depositato il 9 settembre 1997 dal deputato al Parlamento Vittorio Sgarbi nei confronti del tribunale civile di Ferrara e del giudice istruttore del predetto tribunale, la corte dichiara inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione, precisando tuttavia che «che il conflitto sollevato dal deputato Sgarbi è circoscritto ai rapporti tra prerogative parlamentari e autorità giudiziaria delineati dall'art. 68, primo comma, Cost., restando impregiudicata la questione se in altre situazioni siano configurabili attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato»; ed inoltre all'ordinanza n. 101 del 2000, in cui la Corte, relativamente ai ricorsi presentati dall'on. Cesare Previti nei confronti del tribunale di Milano, ne dichiara l'inammissibilità relativamente a quella specifica ipotesi, riconoscendo tuttavia astrattamente che altre specifiche attribuzioni del singolo parlamentare possano essere ritenute difendibili mediante lo strumento del conflitto.

Va inoltre richiamato un importante precedente, cui si faceva prima riferimento, e cioè il riconoscimento da parte della Corte costituzionale del comitato promotore per il referendum abrogativo come potere dello Stato. In quel caso, infatti, la Corte adottò un'ordinanza (la n. 17 del 1979) di ammissibilità del ricorso, riservandosi poi il giudizio sul merito (sent. n. 69 del 1978). Rispetto alla decisione in commento, in quella occasione la Corte, considerata l'importanza dell'apertura a un soggetto esterno allo Stato apparato, si dispose a una sequenza decisionale più lineare. Tale sequenza sembra più coerente con quanto stabilito dall'art. 37, comma 4, della legge n. 87 del 1953, che recita: «Se la Corte ritiene che esiste la materia di un conflitto la cui risoluzione spetti alla sua competenza dichiara ammissibile il ricorso e ne dispone la notifica agli organi interessati». La disposizione fa riferimento ai profili oggettivi del ricorso, in altre parole la Corte deve nella fase preliminare verificare che quanto è oggetto di contestazione presenti elementi sufficienti a giustificare un suo intervento o, per usare una espressione di Carlo Mezzanotte, abbia «tono costituzionale».

A differenza dell'elemento oggettivo, più problematica è la valutazione dell'elemento soggettivo. Nel caso in cui la Corte si misuri con un'ipotesi di soggetto ricorrente non ancora riconosciuto come potere dello Stato, a maggior ragione, non può limitarsi a verificare se esiste la materia del conflitto (che pure in ogni caso, se accertata, sarebbe di per sé sufficiente per una declaratoria di ammissibilità come l'art. 37 comma 4 stabilisce) ma deve necessariamente approfondire l'oggetto del *petitum*. In altre parole, essa non può solo procedere a un riscontro circa la sussistenza in astratto della materia di un conflitto, ma deve necessariamente esplorare il merito del ricorso. Dunque, il profilo soggettivo risulta, in questo senso, strettamente legato a quello oggettivo. Solo se vi è un approfondimento della vicenda che è oggetto di contestazione, è possibile identificare i soggetti coinvolti. E ciò è tanto più vero nel caso in cui il soggetto ricorrente non vanti precedenti riconoscimenti, ma anzi la sua legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione sia ancora tutta da valutare.

3. I soggetti e la materia del conflitto

Al netto di queste considerazioni, che attengono alle diverse fasi del giudizio e alle relative decisioni, non vi è dubbio dell'importanza del risultato sul versante dell'ampliamento del novero dei soggetti legittimati. Gli argomenti a sostegno dell'inammissibilità hanno riguardato però la "materia" del conflitto. La declaratoria d'inammissibilità sarebbe stata giustificata, ai sensi dell'art. 37, comma 4, dall'inesistenza della materia del conflitto, ma non è esattamente ciò che emerge dall'ordinanza n. 17. Del resto, già nel comunicato stampa del 10 gennaio si leggeva testualmente: «La contrazione dei lavori per l'approvazione del bilancio 2019 è stata determinata da un insieme di fattori derivanti sia da specifiche esigenze di contesto sia da consolidate prassi parlamentari ultradecennali sia da nuove regole procedimentali. Tutti questi fattori hanno concorso a un'anomala accelerazione dei lavori del Senato, anche per rispettare le scadenze di fine anno imposte dalla Costituzione e dalle relative norme di attuazione, oltre che dai vincoli europei. In queste circostanze, la Corte non riscontra

nelle violazioni denunciate quel livello di manifesta gravità che, solo, potrebbe giustificare il suo intervento».

Il senso del testo è che l'anomalia c'è stata, è grave, ma non troppo. Dunque, in questa prima esternazione la Corte sembra spingersi in avanti per poi tornare sui suoi passi. La materia del conflitto c'è, ma non è sufficientemente grave. A questo proposito, va ricordato che l'articolo 37,comma 4, non fa riferimento al livello di gravità, ma semplicemente all'esistenza o meno della materia del conflitto. A ciò si aggiunga che l'ultimo capoverso del comunicato sembra invece corroborare l'idea che, al contrario, non solo la materia del conflitto esiste, ma è anche grave, altrimenti non si comprenderebbe il senso del monito. Infatti, la Corte avverte: «Resta fermo che per le leggi future simili modalità decisionali dovranno essere abbandonate altrimenti potranno non superare il vaglio di costituzionalità».

Si vedranno più diffusamente, in seguito, le argomentazioni sviluppate nell'ordinanza, ma il comunicato, che negli ultimi tempi sta prendendo piede anche per agevolare il dialogo tra Corte e opinione pubblica, andrebbe forse più calibrato. Non che esso possa essere ritenuto in assoluto un vincolo, ma certamente, se così dettagliatamente articolato nei contenuti, può in qualche misura condizionare, in termini di coerenza, gli argomenti motivazionali che saranno elaborati in seguito.

E in effetti, come vedremo, la Corte nell'ordinanza n. 17 non sembra spiegare in maniera convincente perché nel caso di specie, pur essendo i parlamentari legittimati e pur essendo stata riconosciuta l'esistenza della materia del conflitto, il ricorso è però inammissibile. Essa cioè, date le incongruenze del comunicato, non sembra del tutto riuscire nell'ordinanza a individuare sul piano argomentativo un comune denominatore che sia in grado di conciliare e ricondurre a coerenza una serie di elementi in contraddizione tra loro.

Sempre a proposito di quanto emerge dal comunicato stampa sulla materia del conflitto, la Corte – come si diceva - giustifica l'anomala accelerazione dei lavori del Senato richiamando un insieme di fattori: «specifiche esigenze di contesto»; «consolidate prassi parlamentari ultradecennali»; «nuove regole procedimentali». Tutti questi fattori, dei quali l'ordinanza n. 17 fornisce più chiare delucidazioni, avrebbero concorso all'anomala accelerazione dell'*iter legis* per rispettare «le scadenze di fine anno imposte dalla Costituzione e dalle relative norme di attuazione, oltre che dai vincoli europei». La Corte saggiamente non adopera la parola "urgenza" e non lo fa neppure nell'ordinanza (in cui invece, in conclusione, parla di «pressione di tempo»), però il senso della locuzione mi sembra chiaro. L'accelerazione c'è stata perché dettata da una necessità impellente e cioè chiudere, entro i termini, il bilancio, tenuto conto dei rallentamenti della procedura dovuti ai rilievi della Commissione europea sulla bozza del bilancio nazionale[10]. Com'è noto, infatti, al fine di evitare

[10] A riguardo A. Ruggeri, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo … virtuale o in astratto (Nota minima a Corte costituzionale n. 17 del 2019)*, op. cit., nella parte in cui identifica la decisione della corte in termini di bilanciamento: «La Corte non lo dice chiaramente ma lascia perfettamente intendere di aver effettuato un "bilanciamento" tra fine e mezzo, giustificando il secondo alla luce del primo: la violazione della sfera costituzionale delle competenze del parlamentare, insomma, v'è stata (e, francamente, è assai arduo immaginare che possa darsene una ancora più grave e vistosa di questa) ma davanti allo scopo dell'accordo faticosamente raggiunto con la Commissione, preludio del varo della legge di bilancio non accompagnato dall'avvio

politiche economiche troppo divergenti e rispettare il patto di stabilità e crescita, i paesi membri presentano alla Commissione entro il 15 ottobre una bozza di bilancio per l'anno successivo. Nel caso dell'Italia, dopo un primo rilievo in cui la Commissione lamentava che nel documento non si ravvisasse un rispetto particolarmente serio degli obblighi di bilancio è seguita una contestazione formale del bilancio italiano. Senza entrare nel dettaglio di quanto rilevato dalla Commissione e dei rischi di attivazione di ulteriori procedure per debito eccessivo, sta di fatto che nel caso in esame, che ha poi determinato il ricorso per conflitto, si è verificato un rallentamento dell'*iter legis* per la necessità di adeguare il bilancio alle regole europee, determinando in questo modo l'urgenza di accelerare i tempi di approvazione della legge. Quello dell'urgenza, per quanto in parte comprensibile, è però un argomento rischioso, che di per sé si presta a poter essere adoperato a giustificazione di qualsiasi forzatura delle procedure. Ed è bene che su questo la Corte sorvoli, in quanto, sostenere, oggi, che in fondo l'accelerazione e l'anomalia del procedimento di approvazione della legge non sono state di gravità tale da giustificare un suo intervento, perché c'era un'urgenza, può rappresentare un pericoloso argomento, domani, a giustificazione di altre infrazioni. Tradotto in altri termini, l'accelerazione ha comportato un'alterazione del normale *iter* di approvazione in forza di una necessità che integra una condizione di urgenza. E poiché *necessitas legem non habet*, che è una delle formule con cui si giustifica lo stato d'eccezione, sarebbe forse auspicabile maggiore cautela nel ricorrere a tali argomenti. Anche perché, ritornando al caso dell'approvazione della legge di bilancio, l'ordinamento avrebbe comunque sopperito all'inconveniente della mancata approvazione nei termini con l'attivazione dell'esercizio provvisorio (art. 81, comma 5)[11].

4. Il procedimento legislativo come materia del conflitto

Un'altra considerazione da fare sulla materia del conflitto è che essa attiene al procedimento legislativo e, dunque, a una materia prevalentemente disciplinata da fonte regola-

---

della procedura d'infrazione agli obblighi discendenti dall'Unione, essa deve essere lasciata nell'ombra o, diciamo pure, restare impunita», 74.

[11]Sui rischi relativi all'eventuale accoglimento del ricorso nelle relazioni del nostro paese con i *partners* europei e gli operatori economici, si veda ancora A. Ruggeri, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo … virtuale o in astratto (Nota minima a Corte costituzionale n. 17 del 2019)*, op. cit., nella parte conclusiva del suo commento in cui osserva: «È tuttavia da chiedersi quale mai possa essere il pratico effetto di un ipotetico accertamento della violazione stessa laddove quest'ultima si sia avuta in occasione dell'approvazione della legge di bilancio, ove si convenga a riguardo del fatto che immaginare la caducazione di quest'ultima, nella presente congiuntura segnata da un'avanzata integrazione sovranazionale, potrebbe rivelarsi un autentico esercizio accademico, incalcolabili essendo i guasti che potrebbero aversene al piano dei rapporti con i partners europei e gli operatori internazionali (con lo spread schizzato alle stelle, le conseguenti speculazioni dei mercati, e via dicendo). Non credo che la Corte si renderebbe facilmente disponibile ad assumersi una responsabilità politica (in senso largo e diffuso) di tale entità né, come si diceva, verosimilmente ciò le sarebbe chiesto. Il timore è, allora, che resti sterile il monito racchiuso in coda alla decisione in commento, al pari della sollecitazione rivolta dal confessore al peccatore pentito: "non farlo mai più ma, se dovessi rifarlo, io sono qui pronto ad assolverti nuovamente"», 75.

mentare. Com'è noto, mentre in passato sono stati molto frequenti i tentativi da parte di singoli parlamentari di investire la Corte del compito di risolvere contrasti con l'autorità giudiziaria per violazione dell'art. 68 in tema di immunità[12], che sono stati definiti sulla base dall'assunto della residualità dello strumento del conflitto[13], nel caso di cui si discute siamo di fronte ad un conflitto, all'interno dello stesso organo, relativo al procedimento legislativo. In proposito va ricordato un recente precedente, quello del d.d.l. Cirinnà-bis sulle unioni civili. Infatti, l'iter di approvazione di questo disegno di legge ha costituito, a sua volta, oggetto di ricorso per conflitto di attribuzione da parte di quaranta senatori del centro-destra che sostanzialmente contestavano l'inaccettabile accelerazione del procedimento legislativo, che non avrebbe consentito loro di esercitare con pienezza il proprio diritto d'iniziativa legislativa e di emendamento in aperta violazione del loro *status* di rappresentanti della Nazione ex art. 67 C. Il ricorso, tuttavia, non ha portato al risultato sperato, né sul piano soggettivo né su quello oggettivo. Sul versante del requisito soggettivo, su cui pure una dottrina consolidata si esprime da tempo in senso favorevole[14], non vi è stata un'apertura, per la quale, evidentemente, i tempi non erano ancora maturi e per la quale bisognava attendere la decisione in commento. Quel che però oggi, come nel caso del d.d.l. Cirinnà-bis, continua a costituire un argine al giudizio della Corte è la materia del conflitto. Sul punto vi sono sostanzialmente due considerazioni da fare; la prima riguarda la casistica: come si evince, infatti, dalla giurisprudenza sul tema, il conflitto di attribuzione è stato quasi esclusivamente utilizzato dai parlamentari contro il potere giudiziario a difesa della propria autonomia, mentre non con altrettanta frequenza gli organi politici hanno manifestato inclinazione a rimettere alla Corte la risoluzione di questioni che attengono a conflittualità interne. Ciò si spiega con la fisiologica tendenza a evitare la giurisdizionalizzazione del conflitto che si vorrebbe risolvere preferibilmente all'interno dell'Assemblea in ossequio e in difesa dell'autonomia della stessa[15]. La seconda considerazione da fare è che tale tendenza è sempre stata, a sua volta, avvalorata dalla Corte, che ha, sia pur con qualche sporadica apertura[16], ribadito un preciso orienta-

---

[12] Sul punto la casistica è piuttosto nutrita ed anche la dottrina a commento; tra i più recenti contributi che ripercorrono questa specifica vicenda si veda C. P. Guarini, *Spunti ricostruttivi sulla (problematica) legittimazione del singolo parlamentare al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in Rivista AIC, 4, 2017.

[13] E dunque dichiarandoli inammissibili in quanto risolvibili attraverso le ordinarie forme di tutela giurisdizionale.

[14] Per tutti, G. Zagrebelsky, *Le immunità parlamentari: natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, 1979, il quale ritiene che al parlamentare in qualità di rappresentante della nazione siano riconosciute delle specifiche attribuzioni costituzionali assolutamente meritevoli di tutela e che pertanto sia plausibile riconoscere allo stesso lo status di potere dello stato.

[15] In questo senso, si rinvia a S. Curreri, *Sul conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare a tutela del «giusto procedimento legislativo»: tanto tuonò che piovve?*, in Quaderni costituzionali, 2, 2016, 369 ss.

[16] Sent. n. 120/2014 nella parte in cui chiarisce: «Se tuttavia, adesso come allora, la *ratio* dell'insindacabilità dei regolamenti parlamentari è costituita − sul piano sistematico − dalla garanzia di indipendenza delle Camere da ogni altro potere, ciò non comporta che essi siano, come nel lontano passato, fonti puramente interne. Essi sono fonti dell'ordinamento generale della Repubblica, produttive di norme sottoposte agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali, che ne delimitano la sfera di competenza», (4.2 in diritto); ed inoltre: «anche norme non sindacabili potrebbero essere fonti di atti lesivi di diritti costituzionalmente inviolabili e, d'altra parte, deve ritenersi sempre soggetto a verifica il fondamento costituzionale di un potere decisorio che limiti quello conferito dalla Costituzione ad altre autorità. L'indipendenza delle Camere non può infatti compromettere diritti fondamentali, né pregiudicare l'attuazione di principi inderogabili», (4.4. in

mento in ordine all'insindacabilità degli *interna corporis acta* e in particolare dei regolamenti parlamentari. Detto in altri termini, essa ha contribuito a proteggere la *zona franca* dei regolamenti parlamentari in base ad un'interpretazione restrittiva di quanto stabilito dall'art. 134 C. E' stato, tuttavia, affermato in dottrina che non solo lo strumento del conflitto di attribuzione tra poteri non ha, in assoluto, soggetti, sia dal lato attivo che passivo, prefigurabili, anzi al contrario «non è l'attribuzione astratta o il riconoscimento formale, ma la situazione concreta a "creare" il potere»[17], ma anche da un punto di vista oggettivo la materia del conflitto debba essere necessariamente definita in concreto. Nel caso in cui il ricorso per conflitto abbia ad oggetto il procedimento legislativo è vero che gran parte di esso è rimesso alla disciplina regolamentare, ma è altrettanto vero che i fondamenti di esso risiedono in una disposizione costituzionale, cioè l'art. 72, di cui non può che essere la Corte competente a controllarne l'osservanza (sent. n. 9 del 1959).

Come si diceva, il ricorso per conflitto relativo alla modalità di approvazione del d.d.l. Cirinnà-bis si è concluso con una declaratoria di inammissibilità, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Con l'ordinanza n. 149 del 2016[18] la Corte non ha, infatti, ritenuto sussistere né la legittimazione a ricorrere dei senatori né la materia del conflitto in quanto «la menomazione lamentata dai ricorrenti inerisce tutta alle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari come disciplinati da norme e prassi regolamentari»[19] e che, pertanto, le eventuali violazioni «debbono trovare all'interno delle stesse Camere gli strumenti intesi a garantire il corretto svolgimento dei lavori, nonché il rispetto del diritto parlamentare, dei diritti delle minoranze e dei singoli componenti».

L'epilogo di questo precedente avrebbe potuto in un certo senso rendere prevedibile l'esito del ricorso in commento che, in ogni caso, un risultato positivo l'ha raggiunto[20]. Il piano

---

diritto). La sentenza è stata diffusamente commentata in dottrina, si veda, e.g., M. Manetti, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle camere (ben oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in Rivista AIC, ottobre, 2014; ed inoltre A. Ruggeri, *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte costituzionale n. 120 del 2014)*, in Consulta online, 2014.

[17] R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 143.

[18] L'ordinanza è stata oggetto di approfondimento da parte della dottrina; si veda in particolare S. Curreri, *In memoriam dell'art. 72, comma 1, Cost. (ordinanza n. 149/2016)*, in Quaderni costituzionali, 2, 2017, che in senso critico sottolinea: «la Corte, anziché – come ci si sarebbe atteso – procedere all'interpretazione dell'art. 72 Cost. per verificare se la fattispecie sottoposta al suo esame avesse comportato la violazione del suo contenuto minimo *diretto ed espresso*, volutamente la derubrica a mera controversia regolamentare, priva di qualsiasi rilievo costituzionale», 385.

[19] Va rilevato che in dottrina sull'inammissibilità del ricorso è stato evidenziato che l'esito sarebbe imputabile all'impostazione data al ricorso, in quanto i senatori ricorrenti si sarebbero appellati alla violazione delle norme regolamentari e della prassi come parametri interposti rispetto alle disposizioni costituzionali. In questo senso, e.g., si veda M. Manetti, *La tessera mancante: il conflitto di attribuzione promosso dalle minoranze parlamentari in materia di procedimento legislativo*, in Giur. cost, 3, 2016, 1107 ss.

[20] Va in ogni caso rilevato che l'ordinanza n. 149, secondo attenta dottrina, presenterebbe anche «elementi di possibile "apertura": non solo laddove si fa riferimento, […], alla violazione di «mere» norme regolamentari, ma anche quando si precisa che soltanto «entro i limiti» di ciò che compete al solo regolamento (cioè la disciplina di «tutto ciò che non sia direttamente ed espressamente già disciplinato dalla Costituzione»), le vicende e i rapporti attinenti alla disciplina del procedimento legislativo sono coperte dall'autonomia delle Camere. Si tratta di un confine sottile, che non indica con certezza fin dove possono spingersi le scelte regolamentari senza coinvolgere princìpi di rango costituzionale», così G. Brunelli, *Lo spazio dei regolamenti parlamentari nelle riforme istituzionali*, in Osservatorio sulle fonti, rivista online, 2, 2017, 6.

su cui la Corte continua invece a non andare è quello di definire i confini di ciò che del procedimento legislativo è direttamente disciplinato dall'art. 72, e dunque rientrante nella sua sfera di competenza, e di ciò che invece è di spettanza della fonte regolamentare.

5. L'Ordinanza n. 17 del 2019

Prima di analizzare gli argomenti della Corte sull'elemento soggettivo e su quello oggettivo del ricorso, vorrei innanzitutto partire da quella che mi sembra la chiave di volta della decisione d'inammissibilità. Si tratta del passaggio in cui la Corte descrive ciò che essa, in sostanza, deve valutare, e cioè se «le lesioni lamentate dai ricorrenti raggiungano quella *soglia di evidenza* che giustifica l'intervento della Corte per arginare l'abuso da parte delle maggioranze a tutela delle attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare», (mio il corsivo).

La Corte, nel corso del tempo, ci ha abituato a espressioni particolarmente creative e talvolta ricche di suggestioni. Però l'espressione «soglia di evidenza» mi pare di particolare effetto e, allo stesso tempo, carica d'incognite. Con essa la Corte sembra quasi voler esprimere l'unità di misura dell'evidenza, come se qualcosa potesse essere evidente da un minimo a un massimo. In ogni caso, della sussistenza delle lesioni la Corte non dubita, anche se le stesse, stando al tenore del testo, possono essere più o meno evidenti.

Senza andare troppo oltre nell'esegesi delle formule linguistiche della Corte, quella in questo caso utilizzata solleva però non pochi interrogativi. Del resto, senza soffermarci troppo dettagliatamente su specifici passaggi dell'ordinanza, quel che dal suo complesso emerge è che le lesioni lamentate dai ricorrenti sono ritenute fondate, anche se non particolarmente evidenti. Parlare di soglia di evidenza, tuttavia, induce a chiedersi quale sia allora la soglia che invece può giustificare il riconoscimento della materia del conflitto da parte della Corte e la sua conseguente competenza. La soglia di evidenza fatidica non è, dunque, stata raggiunta ma la Corte non ci dà alcuna coordinata per capire quali siano i suoi parametri di valutazione dell'evidenza. A ciò si aggiunga che, com'è stato già sottolineato, l'art. 37 parla di esistenza della materia del conflitto non di una particolare soglia di evidenza del conflitto. Sulla circostanza che il conflitto lamentato dai ricorrenti abbia «tono costituzionale»si evince da diversi passaggi, sia dell'ordinanza sia del comunicato stampa, in cui la Corte riscontra l'anomalia e la compressione dell'iter di approvazione della legge di bilancio. Che qualcosa cioè non sia andato propriamente per il verso giusto la Corte non si esime dal riconoscerlo. Andavano però elaborati degli argomenti convincenti per giustificare il mancato raggiungimento della soglia di evidenza. Il risultato però mi sembra confliggere con la chiarezza che una materia costituzionale, sia pur così complessa e a tratti sfuggente, in ogni caso esige. Probabilmente abilità filologiche più solide porterebbero a meglio intendere il significato ultimo di certe espressioni, ma resta il fatto che, allo stato, esse risultano ancora in parte oscure.

Nel dettaglio, l'ordinanza si sviluppa lungo due binari, quella del soggetto e quella dell'oggetto.

Un primo rilievo che non passa inosservato riguarda i soggetti ricorrenti. Com'è noto il ricorso è stato presentato da più soggetti: il singolo parlamentare, il gruppo parlamentare, e la minoranza di un decimo dei componenti del Senato. L'idea di diversificare le opzioni sul versante dei soggetti ricorrenti è stata buona, in quanto ha ampliato il ventaglio di possibilità. La decisione della Corte di ritenere il singolo parlamentare soggetto legittimato a sollevare il conflitto è, del resto, in linea con una serie di precedenti aperture che lasciavano intendere un orientamento sempre più definito in questo senso.

Quel che lascia alquanto perplessi sono gli argomenti che ha invece utilizzato la Corte per escluder gli altri due soggetti, il gruppo e la minoranza di un decimo dei senatori. Per quanto riguarda quest'ultima, si legge testualmente nell'ordinanza: «Nel caso di specie, non può ritenersi legittimata a sollevare conflitto di attribuzioni (ex art. 37 della legge n. 87 del 1953) la minoranza di un decimo dei componenti del Senato, perché la quota di attribuzioni che la Costituzione conferisce a una tale frazione del corpo dei parlamentari riguarda ambiti diversi da quelli oggetto del presente conflitto». La Corte, in altre parole, procede con il metodo del parallelismo tra il soggetto e l'oggetto del conflitto; il soggetto cioè non è un'entità separata dalla materia del conflitto e legittimata a sollevarlo nella misura in cui sia destinataria di specifiche attribuzioni costituzionali, ma è tale solo setali attribuzioni trovano risonanza effettiva nella materia in contestazione. La Corte sposa invece una linea di eccessivo formalismo a proposito dell'esclusione del gruppo parlamentare, determinandosi in tale scelta per ragioni che attengono alla mancanza, nel ricorso, della necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale.

Anche se forse discutibile, la scelta di metodo della Corte, di riconoscere la legittimazione del soggetto in base al riscontro delle sue attribuzioni nella materia specifica del conflitto, ha una sua coerenza. Infatti, nel riconoscere il parlamentare come potere dello Stato essa fonda il suo ragionamento sulla premessa di non aver mai negato in radice la sua legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione, ma semplicemente di non averlo fatto finora perché, a differenza del caso in esame, tale legittimazione in concreto non era sussistente nelle specifiche ipotesi che le sono state presentate. Il parallelismo è, dunque, ribadito dalla Corte («La legittimazione attiva del singolo parlamentare deve, tuttavia, essere rigorosamente circoscritta quanto al profilo oggettivo, ossia alle menomazioni censurabili in sede di conflitto», 3.5 in diritto) che, però, così facendo, lega a filo doppio il giudizio sul soggetto con quello relativo alla specifica materia del conflitto, entrando in questo modo, come ho già sottolineato, nel merito della questione.

Sull'oggetto, cioè sulla materia del conflitto, valgono in un certo senso le impressioni che già dal comunicato stampa si potevano trarre. Più nel dettaglio, nell'ordinanza la Corte elaboragli argomenti relativi ai ben noti "tre fattori", preannunciati nel comunicato, a sostegno della sua decisione. Mi sembra questa la parte più interessante dell'ordinanza che però poco collima con una decisione d'inammissibilità, entrando, come si diceva, la Corte in modo piuttosto deciso nel cuore della materia del conflitto.

I tre fattori trascurati dai ricorrenti, che hanno determinato il non raggiungimento della soglia di evidenza sono, come già detto, le specifiche esigenze di contesto (la lunga interlo-

cuzione con le istituzioni dell'Unione europea), le consolidate prassi parlamentari ultradecennali (approvazione dei disegni di legge attraverso il voto di fiducia apposto su un maxiemendamento governativo), le nuove regole procedimentali (le riforme apportate al regolamento del Senato della Repubblica nel dicembre 2017). A riguardo, nell'ordinanza n. 17 c'è un passaggio chiave, sul quale è bene soffermare l'attenzione, ed è quello in cui la Corte afferma: «Non v'è dubbio che le carenze lamentate dal ricorso abbiano determinato una compressione dell'esame parlamentare; tuttavia il ricorso trascura alcuni elementi procedimentali e di contesto, i quali, se fossero stati debitamente tenuti in considerazione, avrebbero offerto un quadro più complesso e sfumato rispetto a quanto rappresentato dai senatori ricorrenti e all'interno del quale le violazioni lamentate non appaiono di evidenza tale da superare il vaglio di ammissibilità del conflitto». Partiamo innanzitutto dalle «carenze»: esse hanno senza dubbio determinato una «compressione dell'esame parlamentare». Sul punto la Corte è chiara; tale riscontro è effettivo ed evidente. Tale evidenza però viene immediatamente messa in discussione dal richiamo ai "tre fattori", non tenuti in debito conto dai ricorrenti, che se invece fossero stati considerati *avrebbero* (è importante sottolineare l'uso da parte della Corte del condizionale) potuto rendere più comprensibile (e accettabile?) la compressione dell'esame parlamentare. A riguardo va osservato che, al di là dell'incidenza che, di fatto, tali fattori possano aver avuto sull'andamento dell'esame parlamentare della legge di bilancio, la Corte, in ogni caso, riconosce il fondamento delle carenze lamentate dai ricorrenti. A questo riguardo, però, se ha ancora un senso la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, va sottolineato che rispetto al *petitum* formulato dai ricorrenti la Corte una risposta chiara la fornisce ed è in senso affermativo («Non v'è dubbio che le carenze lamentate dal ricorso abbiano determinato una compressione dell'esame parlamentare;»). Tutto il resto sono argomenti per supportare quella che potremmo chiamare la meta-decisione della Corte che è appunto di non voler definire, per il momento, i confini tra i parametri costituzionali e i regolamenti parlamentari relativamente al procedimento legislativo. Che però i parametri costituzionali sul procedimento legislativo abbiano subito nel corso dell'esame e approvazione della legge di bilancio una forzatura, si evince anche dagli argomenti proposti dalla Corte per riconoscere al singolo parlamentare la legittimazione come potere dello Stato a sollevare ricorso per conflitto. Come ho già evidenziato, secondo la Corte, la legittimazione attiva del singolo parlamentare deve essere rilevabile in relazione con le menomazioni censurabili in sede di conflitto. Nel caso in esame, il ricorso «non è riconducibile alle fattispecie su cui questa Corte si è già espressa in senso negativo. Si tratta, dunque, di una situazione impregiudicata, da esaminare, nella sua specificità, alla luce dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di conflitto tra poteri dello Stato, che richiedono di valutare se i senatori ricorrano dinanzi a questa Corte «per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» e, conseguentemente, possano qualificarsi «come organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono», ai sensi dell'art. 37, primo comma, della legge n. 87 del 1953». Mi sembra chiaro il ragionamento della Corte. La legittimazione del parlamentare, anche in passato, risultava configurabile in astratto, ma era carente sul piano concreto, in quanto non coerente con la materia del conflitto che veniva denunciata. Se questo è il sillogismo adoperato dalla Corte, intan-

to si è potuto riconoscere, nel caso in esame, il singolo parlamentare come potere dello Stato in quanto tra le attribuzioni che gli sono proprie e la materia del conflitto la Corte ha ravvisato un evidente collegamento. Che però tale collegamento sia configurabile, nel caso di specie, solo in astratto non mi sembra in linea con il tenore complessivo dell'ordinanza che in più punti riconosce invece la compressione dell'iter legislativo. Ed è proprio in virtù di tale constatazione, ossia della sussistenza di menomazioni censurabili in concreto, che essa si esprime positivamente sulla sussistenza del requisito soggettivo.

Detto in altre parole, è proprio dal rilievo dell'esistenza della materia del conflitto (che non può esistere in astratto ma solo in concreto, a meno di non voler incorrere in un'evidente contraddizione in termini) che la Corte ha potuto "in concreto" riconoscere a ciascun parlamentare la legittimazione a ricorrere per conflitto di attribuzioni.

n questo caso, inoltre, la Corte innova configurando nell'ambito della più ampia categoria del conflitto interorganico una sottospecie di tipo infra organico, cioè tra parti di organo, come avviene, del resto, anche in altri ordinamenti come quello tedesco, su cui avrò modo in seguito di tornare.

6. Sulla giurisdizionalizzazione del conflitto

All'indomani della decisione del 10 gennaio 2019, è stato osservato che la Corte con questa decisione non abbia voluto giurisdizionalizzare il conflitto politico[21]. Tale rilievo non mi sembra condivisibile per una serie di ragioni. Innanzitutto, è vero che i gruppi e le minoranze non rilevano come soggetti legittimati ma è anche vero che essi, con questo precedente, assumono sia pure attraverso le loro singole unità costitutive (i parlamentari) la possibilità di azionare la giustizia costituzionale. Il conflitto politico, naturalmente, dovrebbe esplicarsi in altra sede ma fin quando (e se) non saranno ripristinate le condizioni per un più equilibrato confronto in assemblea, meglio giurisdizionalizzarlo per questa via piuttosto che attraverso quella incidentale, con l'azione di accertamento, che mette in campo un terzo soggetto, il giudice, rendendo il quadro ancora più complesso.

Questa specifica vicenda sul conflitto richiama, per certi versi, quanto accaduto con la legge elettorale. Anche se si tratta di due tipologie distinte di giudizio, l'una sul conflitto tra poteri l'altra sul controllo di costituzionalità delle leggi[22], appaiono evidenti alcuni elementi di comunanza. In entrambi i casi, infatti, il contesto assembleare, sede della rappresentanza, non è stato in grado di ospitare, così come invece dovrebbe fisiologicamente essere, il dibattito tra maggioranza e minoranze. Anzi, più precisamente, nel caso della legge elettorale Calderoli sembra quasi che il dibattito in quella sede sulla necessità di modificare la legge più che difficilmente praticabile sia stato volutamente evitato. Ciò che si vuol rilevare, in ogni

[21] Così M. Villone, *La decisione sul ricorso pd. Rispetto delle Camere, spiraglio della Corte*, in il Manifesto, 11 gennaio, 2019.

[22] Anche se va ricordato il tentativo di azionare il controllo della legge elettorale attraverso il giudizio per conflitto; si vedano a riguardo le ordinanze n. 277 e n. 280 del 2017 e l'ordinanza n. 181 del 2018.

caso, è che con sempre maggior frequenza – e queste due vicende ne sono la dimostrazione – si registra una tendenza da parte delle minoranze a giurisdizionalizzare il conflitto piuttosto che trovare il modo di realizzarlo nella sede che gli è propria.

A proposito della vicenda del controllo di costituzionalità delle leggi elettorali, è stata avanzata l'ipotesi di una soggettività che si cela dietro i cittadini elettori che propongono l'azione di accertamento per tutelare il proprio diritto di voto potenzialmente leso da una legge elettorale forse incostituzionale[23]. Tale operazione processuale, condotta a partire dai primi tentativi di sottoporre la legge Calderoli al controllo di costituzionalità e successivamente consolidata per azionare il giudizio della Corte costituzionale sulle leggi elettorali, è sembrata un chiaro tentativo, andato a buon fine, di giurisdizionalizzare il conflitto. Questa soggettività, formalmente identificabile nei cittadini elettori, ma assimilabile in concreto a una sorta di comitato promotore, ha chiaramente natura politica. Essa tuttavia non riuscendo o non volendo far valere le proprie istanze di cambiamento in assemblea ha preferito, attraverso la via giudiziaria, affidarle al giudizio della Corte. Quando è stato sollevato il conflitto di attribuzione tra poteri, in riferimento al procedimento di approvazione della legge di bilancio, mi è sembrato che questa potesse costituire un'importante occasione per la Corte per fare chiarezza sul modo più appropriato per dare voce alle minoranze parlamentari. Sebbene il metodo, ormai consolidato, dell'azione di accertamento abbia prodotto i suoi frutti, esso non solo produce effetti distorsivi sul modello incidentale, ma sconta anche l'intermediazione del giudice *a quo*, coinvolgendolo di fatto nello scontro politico. Con questa decisione invece si rimette ordine e si attribuisce, senza equivoci e senza condizionamenti da parte di altri poteri, alle minoranze, per il tramite della loro unità costitutiva, la legittimazione a far valere e a difendere le loro attribuzioni nei confronti di maggioranze poco inclini al confronto e al rispetto dell'ordine costituzionale.

Anche se le due vicende riguardano tipologie di giudizi alquanto diversi, si confida nel fatto che il solco tracciato da questa decisione sul conflitto possa essere un ulteriore tassello in un sistema di giustizia costituzionale che evolve, tentando di dare risposte più esaustive, sia pure in modo incrementale, ai problemi di costituzionalità e di ridurre le *zone d'ombra*, evitando però eccessive torsioni dei modelli di giudizio codificati. A questo proposito, va fatta qualche considerazione più ampia sulle origini del giudizio sul conflitto. Innanzitutto, va detto che in Europa, prima ancora che si definisse in tutti i suoi elementi un sistema di giustizia costituzionale prevalentemente incentrato sul controllo di costituzionalità delle leggi, esso aveva un ruolo essenzialmente arbitrale.

Il giudizio sul conflitto tra poteri o tra organi costituzionali era un istituto già esistente nel XIX secolo. In questa prima fase però l'organo che si pronuncia sul conflitto è un organo di governo e solo gradualmente esso assume carattere giurisdizionale. In Germania la Costituzione del 1871 affida alla camera federale la risoluzione del conflitto tra stati membri. In Francia l'Assemblea costituente, successiva alla rivoluzione, affida al re il compito di giudica-

[23] Si veda in questo senso S. Lieto, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018.

re sui conflitti tra i tribunali e gli apparati amministrativi. In Italia è importato in un primo momento il modello francese e il giudizio sul conflitto è poi attribuito, poco prima dell'unificazione nazionale, con la legge Rattazzi n. 3780 del 1859, al Consiglio di Stato e poi a veri e propri organi giurisdizionali come la Cassazione (legge n. 3761 del 1877, che assegna il giudizio sul conflitto alle sezioni unite della Cassazione romana).

Va precisato, inoltre, che queste prime esperienze di giudizio sul conflitto tra poteri costituirono prevalentemente un rimedio accordato al potere esecutivo nei confronti dei giudici, tanto che, in Italia ad esempio, il prefetto era il soggetto legittimato al ricorso. Dunque, in questa prima fase, il giudizio sul conflitto non presenta quell'estensione che assumerà in seguito, di riguardare cioè la risoluzione di un contrasto che si sia venuto a creare tra soggetti posti su di un piano di parità ed equilibrio[24].

Quando agli inizi del 900 si definì più compiutamente il modello di giustizia costituzionale in Europa i conflitti interorganici ed intersoggettivi vengono definitivamente giurisdizionalizzati, nel senso che vengono affidati alle corti che emettono sentenze, applicando i parametri costituzionali, e non decisioni politiche.

Nel secondo dopoguerra, il processo di completamento del sistema di giustizia costituzionale si compie ed entrambe le funzioni, ovvero quella di risoluzione delle controversie costituzionali (derivante dalla tradizione tedesca) che riguarda essenzialmente le norme costituzionali sull'organizzazione dei poteri dello Stato, e quella del controllo di costituzionalità delle leggi (di derivazione austriaca), ne diventano parti integranti.

Assistiamo dunque a un passaggio da un giudizio (quello sul conflitto) più politicizzato a uno invece più giurisdizionalizzato, in quanto affidato alle corti.

Nonostante questo passaggio, residua in ogni caso, nel giudizio sul conflitto, una forte componente di politicità. Questo si capisce tenendo presente la distinzione che la dottrina ha fatto tra controllo astratto e controllo concreto. A prescindere dalla circostanza che esso riguardi una legge o un altro atto, quello astratto comporta da parte delle corti di doversi misurare non con una norma nella sua applicazione, ma con una disposizione astratta, ad esempio quella che fissa i limiti delle rispettive sfere di competenza dei poteri dello Stato o dello Stato e delle regioni. Il controllo astratto, in altre parole, determina nella corte un approccio nel giudizio più politico. Viceversa il controllo concreto, riguardando la dimensione dell'applicazione della norma, fa espandere e prevalere la natura giurisdizionale del controllo.

I principali modelli di riferimento europei di giustizia costituzionale sono stati due. Innanzitutto abbiamo il modello austriaco che, com'è noto, fu profondamente condizionato dalla visione kelseniana della giustizia costituzionale. Per Kelsen, infatti, essa consisteva nel controllo di costituzionalità delle leggi e non di altri atti, il cui controllo andava essenzialmente rimesso alla giurisdizione ordinaria oppure a quella amministrativa. Nonostante questa premessa, egli, anche per ragioni di economicità, aveva comunque ipotizzato che i conflitti rela-

[24] Sull'evoluzione dei conflitti tra poteri nell'ordinamento italiano, si v. A Pizzorusso, *La magistratura come parte dei conflitti di attribuzioni*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Bologna, 1982, 197 ss.

tivi ad alcuni atti politici, al contenzioso elettorale, e alle questioni di competenza tipiche di uno stato federale[25]potessero essere attribuite alla corte costituzionale, intendendo però questa funzione di natura secondaria. Il modello tedesco, invece, contemplava l'ipotesi delle controversie costituzionali (*Organstreitigkeiten* nella Costituzione di Bonn, che esclude però la magistratura). Tale modello molto influì sull'idea di giustizia costituzionale di Carl Schmitt, che non manifestò particolare propensione al controllo di costituzionalità delle leggi da parte di una corte costituzionale, ma fu assolutamente a favore di una soluzione giurisdizionale delle controversie costituzionali, a condizione però che queste non avessero un impulso individuale[26].

Il modello tedesco rappresenta, dunque, per il giudizio sul conflitto interorganico il riferimento principale, anche se la previsione, non solo a livello costituzionale, di tale istituto non è in assoluto una costante nei sistemi di giustizia costituzionale.

Più nel dettaglio, gli ordinamenti in cui il giudizio sul conflitto interorganico (o tra poteri dello stato) è previsto sono l'Italia, la Germania, l'Austria e la Spagna. Quello intersoggettivo è più diffuso; ad esempio è previsto in Spagna (conflitto tra stato e comunità autonome), in Belgio (conflitti tra stato, regioni e comunità linguistiche), in Italia, Germania, etc.

Il caso tedesco è particolarmente interessante ai fini della novità introdotta dalla recente decisione della nostra Corte sui parlamentari. Infatti, l'art. 93, comma 1, della Legge fondamentale prevede: «La Corte costituzionale federale decide sull'interpretazione della presente Legge fondamentale in seguito a controversie sulla portata dei diritti e dei doveri di un organo supremo federale *o di altri interessati*, ai quali siano stati conferiti propri diritti dalla presente Legge fondamentale o dal regolamento interno di un organo supremo federale», (mio il corsivo).Detto in altri termini, nel caso tedesco è ammesso conflitto infraorganico, cioè sollevato da "parti di organo". Nel caso del parlamento, ad esempio, i gruppi o anche i singoli parlamentari, in una duplice veste, e cioè sia per difendere le loro prerogative individuali sia come sostituti processuali dell'organo cui appartengono. A questo proposito, c'è una sentenza del 3/05/2016 BvE/4/14 sui diritti delle minoranze parlamentari, che è particolarmente interessante, ai fini delle riflessioni sull'ordinanza n. 17, perché la Corte, a proposito del concetto di opposizione, la intende come «una pluralità, o addirittura una quantità di raggruppamenti, quali gruppi o sottogruppi di singoli deputati che non raggiungono la consistenza numerica necessaria per un costituirsi in gruppo» (par. 93 della pronuncia).

[25]H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 183.

[26] Sul punto si veda la ricostruzione di J. Luther, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni tra poteri*, in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato, Torino, 1993, sulla polemica che vide coinvolto Schmitt riguardo all'ipotesi di riforma dell'art. 19 Cost. Weimar, 103 ss.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Stefano Rossi*

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E LIBERTÀ PERSONALE. IL MONITO DELLA CORTE E LE SCELTE DEL LEGISLATORE

Sommario: 1. Le migrazioni come specchio – 2. Respingimento (immediato e differito) nel T.U. Immigrazione – 3. I dubbi del giudice a Corte – 4. Respingimento differito e garanzie della libertà personale – 4.1. Respingimento differito e riserva di giurisdizione – 4.2. Respingimento differito e riserva di legge – 4.3. Respingimento differito e normativa eurounitaria – 5. Un'inammissibilità dovuta, un monito necessario

1. Le migrazioni come specchio

La definizione di un'efficace politica migratoria – nelle sue componenti di contrasto all'immigrazione irregolare e di integrazione ed inquadramento normativo del migrante regolare – rappresenta un elemento essenziale e connotante ogni società moderna, che denota la sua capacità di far fronte alle continue trasformazioni, al costante divenire del processo di globalizzazione. Le migrazioni svolgono pertanto una irrinunciabile "funzione specchio" rispetto ai crittotipi[1] che dominano il nostro ordinamento, rappresentando un'«occasione privilegiata […] per rendere palese ciò che è latente nella costituzione e nel funzionamento di un ordine sociale, per smascherare ciò che è mascherato, per rivelare ciò che si ha interesse ad ignorare e lasciare in uno stato di "innocenza" o ignoranza sociale, per portare alla luce o ingrandire (ecco l'effetto specchio) ciò che abitualmente è nascosto nell'inconscio sociale ed è perciò votato a rimanere nell'ombra, allo stato di segreto o non pensato sociale»[2].

---

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

[1] Il crittotipo o criptotipo è quella regola implicita, cui ci si conforma senza averne piena consapevolezza, essendo il risultato di un pensiero inconscio – che concorre a formale la mentalità e gli schemi del giurista – determinato dal contesto storico, culturale e sociale in un dato ordinamento giuridico. Cfr. R. SACCO, *Crittotipo*, in *Dig. it*., *sez. civ*., IV, 1989, 39 s.

[2] A. SAYAD, *La doppia pena del migrante. Riflessioni sul "pensiero di stato"*, in *Dentro/Fuori. Scenari dell'esclusione - Aut Aut*, 1996, 10, 275, 8 ss. Sul tema si precisa che «malgrado l'estrema diversità delle

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

I flussi migratori hanno ridisegnato lo scenario sociale e culturale del nostro paese nel corso degli ultimi trent'anni, imponendo agli attori sociali e alle autorità di governo la sfida di ripensare le politiche di integrazione e di elaborare una nuova definizione del concetto di cittadinanza sociale[3], tale da strutturare meccanismi per valorizzare l'afflusso di capitale umano. Tuttavia, sebbene il numero crescente di non-cittadini all'interno delle nostre comunità avrebbe imposto una considerazione attenta e una revisione degli strumenti democratici di inclusione sociale, con la finalità di evitare che questi (*in primis* la cittadinanza) si potessero tradurre in dispositivi di differenziazione e discriminazione, con la conseguente marginalizzazione delle minoranze etniche, questo percorso di elaborazione è risultato stentato e contraddittorio. Ciò ha determinato un fenomeno di reflusso che, nell'attualità, viene ad essere favorito dalla progressiva erosione del sentimento comunitario che affondava le sue radici negli ideali di solidarietà ed eguaglianza – comunemente giustificato dall'urgente necessità di proteggere interessi securitari e dalla perdurante crisi economica – portando come conseguenza diretta ad una regressione delle politiche d'integrazione.

Il diritto dell'immigrazione in questo contesto si rappresenta dunque come un "rilevatore sociale", laddove le politiche in materia si sono venute strutturando a partire dall'idea di un fenomeno intrinsecamente portatore di conflittualità sociale[4], il che ha ispirato strategie normative ispirate non semplicemente alla mera limitazione degli ingressi, bensì anche ad un tendenziale disconoscimento dei diritti degli immigrati irregolari come di quelli già regolarmente soggiornanti[5].

In questa prospettiva le politiche di gestione dei flussi migratori e le conseguenti misure di organizzazione e di coordinamento, concretizzantesi in un complesso ed articolato sistema di accoglienza, così come – in vista della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica – nell'emanazione di provvedimenti di respingimento ed espulsione, fanno emergere criticità specie in relazione all'attitudine di tali strumenti a consentire il giusto bilanciamento tra il rispetto delle norme tese a disciplinare le condizioni e le procedure di ingresso e soggiorno all'interno del territorio dello Stato e la salvaguardia delle libertà fondamentali della persona[6].

---

situazioni, malgrado le sue variazioni nel tempo e nello spazio, il fenomeno dell'emigrazione-immigrazione manifesta delle costanti, cioè delle caratteristiche (sociali, economiche, giuridiche, politiche) che si ritrovano lungo tutta la sua storia. Queste costanti costituiscono una sorta di fondo comune irriducibile, che è il prodotto e al tempo stesso l'oggettivazione del "pensiero di stato", una forma di pensiero che riflette, mediante le proprie strutture (mentali), le strutture dello stato, che così prendono corpo» (ID., *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Raffaello Cortina, Milano, 2002, 367).

[3] Si veda D. COSTANTINI, F. PEROCCO, L. ZAGATO (a cura di), *Trasformazioni e crisi della cittadinanza sociale*, Edizioni Cà Foscari, Venezia, 2014.

[4] A. DE BONIS, M. FERRERO, *Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, 2, 54-55.

[5] F. BELVISI, *Società multiculturale, persona e Costituzione: l'immigrato come pariah*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, XII, 80 ss. Secondo G. ZINCONE, *Secondo rapporto sull'immigrazione in Italia*, il Mulino, Bologna, 2001, 23 s. ha coniato per tale situazione il concetto di «interazione a basso conflitto»: limitare i diritti degli immigrati per favorirne l'accettazione da parte della popolazione autoctona, la quale dovrebbe sentirsi rassicurata dalla subalternità giuridica dei nuovi arrivati. Si genera così un paradosso: la negazione dei diritti è fatta passare come uno strumento di integrazione.

[6] L. MASERA, *"Terra bruciata"attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il 'pacchetto sicurezza' 2009*, Giappichelli, Torino, 2009, 79; F.B. MORELLI, *Intervento*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella*

Sempre più spesso infatti «gli interessi sottostanti alle esigenze di tutela delle politiche migratorie, aventi a loro volta rilievo costituzionale, [vengono ad] essere bilanciati in senso deteriore [alle] esigenze di tutela dei diritti inviolabili della persona umana, indipendentemente dal fatto che la persona stessa partecipi o meno alla comunità territoriale»[7].

Se la legge "Turco-Napolitano" (l. n. 40/1998) – tentativo organico e ambizioso di ristrutturare sistematicamente la legislazione migratoria – si era proposta di dare coerenza ad un quadro frammentario, a partire dal riconoscimento del ruolo svolto dagli enti locali nell'accoglienza e nell'integrazione degli stranieri[8] sino al coordinamento dei sistemi di controllo, di regolarizzazione dei flussi e di integrazione degli stranieri residenti[9], è con la legge "Bossi-Fini" (l. n. 189/2002) che la normativa si è orientata in maniera decisa nella definizione di dispositivi volti a limitare l'ingresso degli stranieri, introducendo un apparato sanzionatorio che, sulla scia di un crescente senso di insicurezza, anche economica, avvertito dall'opinione pubblica, ha contribuito a trasformare il problema dell'immigrazione in un problema di ordine pubblico, determinando così un sensibile affievolimento nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali degli immigrati[10].

L'elaborazione del paradigma *sicuritario* nel contesto della normativa sull'immigrazione, così come nel dibattito pubblico sul tema, si compone attraverso l'intreccio tra "sovrastrutture", concetti e rappresentazioni che, interagendo in termini dirimenti per la qualità democratica della società, determinano una interazione mobile tra i differenti piani, delineando lo spazio – non solo semantico – nel quale differenti dispositivi interagiscono tra loro reciprocamente.

Le dimensioni dell'immigrazione e i suoi riflessi normativi sono quindi il risultato di un peculiare processo culturale che prova a mediare fra esigenze materiali e bisogni di riconoscimento, definendo anche l'orizzonte della produzione simbolica estremamente incisivo in materia.

---

restrizione della libertà personale, Giappichelli, Torino, 2013, 98.

[7] A. LOLLO, *Prime osservazioni su eguaglianza e inclusione*, in *Giurcost.org.*, 2012, 11. Sul punto v. anche F. SCUTO, *Contrasto all'immigrazione "irregolare" e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in G. D'IGNAZIO, S. GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010, 587 ss.

[8] Si precisa che l'uso del concetto di straniero è utilizzato facendosi riferimento agli stranieri cittadini di Stati non aderenti all'Unione europea.

[9] Il d.lgs. 286/1998 (testo unico per l'immigrazione) contiene, oltre a norme di "polizia degli stranieri" (che prima erano contenute nel testo unico di pubblica sicurezza: r.d. 773/1931), anche il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dello straniero irregolarmente soggiornante (il diritto alla salute, all'adempimento dell'obbligo scolastico, alla difesa, alla protezione diplomatica e consolare: artt. 2, comma 5, 2, comma 7, 35, 38 T.U.I.). Cfr. R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, 2, 1-28.

[10] L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, 3, 9 ss.; M. LIVI BACCI, *Immigrazione: nuova legge, ma quale politica?*, in *Il Mulino*, 2002, 5, 903 ss.; per trattazioni ampie G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, 193 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, 198 ss.; C. CORSI, *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2013, VI, 861 ss.; E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI. F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013, 61 ss.

La disciplina vigente – senza margini di flessibilità volti a contemplare procedure per una fisiologica permanenza dell'immigrato sul nostro territorio né meccanismi di regolarizzazione degli ingressi o soggiorni illegali – condiziona l'immigrazione regolare esclusivamente alla conclusione di un contratto di lavoro, il che, delineando regole insostenibilmente restrittive, oltre a incidere in modo corrosivo su ambiti appartenenti alla sfera dei diritti internazionalmente riconosciuti al migrante, rischia paradossalmente di negare in radice la propria ragion d'essere di una disciplina in materia, stante i suoi automatismi che determinano condizioni criminogene per il migrante[11].

In tal senso le popolazioni immigrate sono state sottoposte ad una sorta di "diritto speciale"[12], frutto combinato di uno statuto formale e di prassi materiali entrambe tese ad inferiorizzare i cittadini stranieri che sono stati considerati essenzialmente secondo una prospettiva monodimensionale[13].

Anche dal contesto normativo vigente emerge infatti una rappresentazione diffusa dei migranti stigmatizzante, criminalizzante, quasi una categoria liminare dell'immaginario che tende a privilegiare stereotipi, pregiudizi e accenti emotivi, piuttosto che la realtà dei fatti e dei protagonisti delle storie di migrazione[14].

Alla domanda di sicurezza, il legislatore ha pressoché esclusivamente risposto attraverso il diritto penale, così assecondando la facile tentazione – a fronte di possibili e necessari interventi extra-penali di controllo e prevenzione dell'immigrazione irregolare senza dubbio impegnativi sul piano economico – di fare appello all'effetto istantaneo di stigmatizzazio-

---

[11] M. PELISSERO, *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust*., 2007, 686 s., ove si sottolinea che il rapporto tra diritto penale e immigrazione presenta una pluralità di sfaccettature che richiedono approcci differenti, «laddove troppo spesso nell'opinione pubblica assistiamo a una semplicistica omogeneizzazione degli immigrati-autori di reato, che si trasforma nella percezione dell'immigrato come soggetto pericoloso».

[12] Così P. BASSO, F. PEROCCO, *Uomini, non schiavi*, in ID. (a cura di), *Immigrazione e trasformazione della società*, FrancoAngeli, Milano, 2000, 13-15 secondo cui «la legalità che vige per gli immigrati è differente da quella comune. In Italia essi vivono in un quadro di diritto speciale che in pratica li priva permanentemente dei diritti politici. Non possono stampare giornali, non possono indire manifestazioni (a meno che qualche cittadino italiano non se ne assuma la responsabilità), non possono votare, non è permesso loro, salvo che in casi molto rari, di avere accesso alla cittadinanza; e non pochi 'diritti sociali' gli sono contestati nei fatti, a cominciare dall'accesso al peraltro limitatissimo patrimonio delle abitazioni statali. La situazione non è identica in tutti i Paesi europei, però in nessuno di essi si può dire risolta o vicina alla risoluzione la 'questione immigrazione'. [...] Non è di sicuro una simile condizione di inferiorità sociale ciò a cui gli immigrati aspiravano nei loro 'sogni'. Ecco perché il loro rapporto con le società occidentali [...] non può che essere un rapporto conflittuale». Nello stesso senso, con riferimento al decreto Minniti, M.C. AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il decreto legge n. 13 del 2017 e il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 26 che rileva il consolidarsi del paradigma alla base della legislazione in materia, ovvero «il declinare la libertà degli stranieri irregolari come una libertà diversa, giustificando in base a questa diversità la sottrazione a fondamentali garanzie costituzionali»; A. BONOMI, *Lo straniero nei centri e la Costituzione: qualche osservazione alla luce delle modifiche apportate dalla l. n. 46/2017 di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 13/2017*, in *Forum Quad. cost. – Rassegna*, 2018, 3, 1-21

[13] E. ROSSI, *Da cittadini vs. stranieri a regolari vs. irregolari. Considerazioni sull'evoluzione della disciplina giuridica dei non cittadini nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2010, 87 ss.

[14] A. DAL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999, 27 ss.

ne dell'irregolarità e al presunto effetto di deterrenza e intimidazione del soggetto migrante scaturente dalla minaccia della pena quale primario strumento di contenimento dei flussi[15].

Cifra ideologica di questo diritto discriminante[16] è stata rappresentata dall'aggravante introdotta dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125) come punto 11-bis dell'art. 61 c.p., ovvero «l'avere il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale». L'aggravante – poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale[17] – palesava al primo sguardo l'aspetto infame della discriminazione secondo condizioni personali, quali quelle connesse all'ingresso o permanenza illegittima nel territorio nazionale, di chi poi si è reso autore d'un reato. La previsione dell'aggravante non garantiva in modo efficace la sicurezza, ma metteva in scena una risposta retoricamente soddisfacente a fronte di uno stato d'animo diffuso riconducibile all'affermazione della società del rischio, cui si aggiungono situazioni che invero più che incidere su un effettivo aumento dell'insicurezza, incidono sulla percezione che della stessa ha la collettività, quali il degrado urbano, l'erosione dello Stato sociale, la *street criminality*[18].

La stessa ispirazione connota il recente e discusso d.l. 4 ottobre 2018, n. 113[19] che, oltre ad abolire la protezione umanitaria, prevede nuove forme di trattenimento dello straniero, nonché un generale allungamento della durata del trattenimento, sia in relazione alla convalida del provvedimento di accompagnamento immediato alla frontiera, sia alla permanenza negli *hotspot* e Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) ai fini dell'identificazione dello straniero[20]. Emblematica appare poi la disposizione del predetto decreto che pone un interdetto all'iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, con l'effetto di precludere l'accesso a servizi e benefici integranti diritti fondamentali della persona[21].

L'impostazione di questa strategia normativa conferma come, piuttosto che un governo politico dell'insicurezza e della paura, ovvero una strategia tesa a governare sia la percezione di insicurezza, sia le fonti di eventuali maggiori occasioni di illecito, quella che si è dispiegata è piuttosto un'azione di governo "attraverso" l'insicurezza e la paura, che confida essenzialmente nella forza dell'intervento penale diffuso e di una generalizzata criminalizzazione (nel senso di costruzione quale illecito penale) di ogni rischio sociale, e che ha bisogno di produrre sempre più insicurezza e paura al fine di costruire su di esse un nuovo ordine[22].

---

[15] Sul punto le riflessioni di F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, in part. 30 s.

[16] Esempio di «uguaglianza calpestata» come definì l'aggravante S. RODOTÀ, *Sicurezza. L'uguaglianza calpestata*, in *La Repubblica*, 22 maggio 2008. In dottrina G.D. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1634 ss.; G.L. GATTA, *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, *ivi*, 2009, 713 ss.; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, 16 ss.

[17] Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249.

[18] D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2009, 2, 553 s.

[19] Convertito, con modificazioni, in legge1 dicembre 2018, n. 132. Per un commento S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, 2018, 22, 1-14.

[20] Si veda il parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura del 21 novembre 2018.

[21] Sul conflitto tra sindaci ed esecutivo scatenato da tale disposizione si veda A. MORELLI, *La "ribellione" dei sindaci contro il "decreto sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in *Consultaonline*, 2019, 1, 1-6.

[22] D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 1081 s.

Questo aspetto venne ben colto da Fausto Bricola che parlava di una peculiare «politicità della materia dell'immigrazione»[23], una terra di mezzo dominata non dal principio di legalità, ma da quello opposto dalla ragion di Stato, in cui la competenza del potere esecutivo si traduce nella centralità del ruolo dell'autorità di polizia, nella conseguente "amministrativizzazione" dei diritti del migrante, che, a sua volta, si è accompagnata ad una «sterilizzazione dell'intervento della giurisdizione» e drastica semplificazione delle procedure.

Quelle che il legislatore si ostina a seguire divengono anche coordinate performative, capaci sul piano sociale di creare linguaggio, mentalità e costume, mentre sul piano ordinamentale sperimentano sugli immigrati regimi giuridici speciali e separati, domani esportabili in altri ambiti egualmente sensibili.

Questa impostazione si salda all'altro vizio strutturale che condiziona le scelte del legislatore, il quale ha affrontato come fosse patologico un fenomeno, come quello migratorio, che lungi dall'essere contingente e transitorio è divenuto fisiologico consolidandosi nel tempo, il che avrebbe pertanto richiesto il coraggio di dettare una disciplina dei flussi volta essenzialmente alla inclusione ed integrazione degli immigrati nel tessuto economico e sociale del paese (da attuarsi in forme e modi realisticamente sostenibili), mantenendo marginali – e ispirati ad una logica di *extrema ratio* – gli interventi repressivi (limitati ad aspetti realmente patologici del fenomeno).

Appare quindi evidente come il dilemma circa le forme e declinazioni della disciplina dei flussi migratori imponga il confronto con questioni nevralgiche, alla confluenza di problematiche economiche e sociali prima che prettamente giuridiche, che richiedono di essere governate nell'ambito di una strategia complessiva e coerente che persegua l'obiettivo dell'efficacia di una regolamentazione necessariamente trasversale e interdisciplinare. In questo senso se nessuno può seriamente mettere in dubbio la discrezionalità (o sovranità) dello Stato nelle scelte relative all'accesso degli stranieri nel proprio territorio o al loro allontanamento, vi è da sottolineare come tali scelte trovino un limite e debbano essere bilanciate con il necessario rispetto (o minor sacrificio possibile) del principio di solidarietà che discende dai principi costituzionali così come dal diritto internazionale convenzionale riconoscendo, in ragione del diverso *status* attribuito al non cittadino (rifugiato, richiedente asilo, migrante regolare o irregolare), un'ampia ed articolata serie di diritti fondamentali[24].

In tale prospettiva, letta in filigrana alla luce del dettato e dello spirito del testo costituzionale, la discrezionalità del legislatore, chiamato a disciplinare attraverso la legge il trattamento dello straniero, è pertanto lungi dall'essere incondizionata[25], essendo di contro vincolata anche alla concreta attuazione di diritti che non solo possono dipendere dalla mera pre-

---

[23] F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionale della prevenzione*, in *Scritti di diritto penale*, I, t. II, Giuffrè, Milano, 1997, 871 ss., spec. 945 s.

[24] F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012, 110 ss.

[25] Corte cost., 3 luglio 2013, n. 202 secondo cui «La discrezionalità legislativa non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino».

senza dello straniero alla frontiera (prima ancora del suo completo ingresso nel territorio), ma che, laddove non si tratti di diritti di libertà *stricto sensu* intesi, comportano financo l'obbligo di interventi positivi delle competenti autorità nazionali (come nel caso della tutela del diritto alla salute)[26]. L'immagine della condizione giuridica dello straniero dipende quindi dalla continua interazione tra le varie fonti di disciplinamento sociale e dall'interazione tra i diversi livelli di governo, indice di un "movimento" che gli stessi diritti seguono tra tendenze politico-legislative e forme di tutela giurisdizionale più o meno intensa[27].

Le scelte di fondo di ogni ordinamento nella definizione della propria politica migratoria fanno emergere le risorse e capacità, così come i pregiudizi e i limiti insiti nelle scelte normative, specie in settori, come quello in argomento, in cui si tratta di fronteggiare la molteplicità ed eterogeneità delle dinamiche innescate da una realtà complessa e cangiante. Il punto di snodo si rintraccia allora nella definizione di una 'giusta distanza'[28], e più precisamente nella capacità di concepire un complesso normativo – quale presupposto di un modello di società – che, pur non derogando a valori e principi ritenuti fondamentali ed irrinunciabili, sappia concedere quel necessario margine di flessibilità in grado di ammortizzare l'impatto del fenomeno migratorio, di integrare gli inevitabili elementi di diversità culturale, religiosa e sociale che l'accompagnano, senza che ciò ne intacchi l'identità anzi, al contrario, rappresentandone una conferma[29].

Si tratta in sostanza di risolvere il "dilemma del porcospino"[30], laddove l'ordinamento (e il suo legislatore) deve dar prova di piena maturità sapendo giostrarsi tra il bisogno fon-

---

[26] R. CHERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, *cit.*, 8 secondo cui «alla sovranità dello Stato-soggetto è subentrata la sovranità di una Costituzione il cui motivo ispiratore non è la mera regolazione dello Stato e dei suoi poteri, ma la valorizzazione della persona umana».

[27] Così anche C. BERTOLINO, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza tra gli Stati*, in *Riv. AIC*, 2018, 1, 18 che nota «discutere di accoglienza e respingimento comporta insomma, di necessità, per l'uomo e soprattutto per il diritto, il non esaurirsi nel proprio spazio sovrano, ma riconoscere piuttosto e garantire il diritto di 'appartenenza all'umanità', dal quale discenderebbe, una volta avvenuti il riconoscimento e l'ammissione dello straniero nel proprio territorio, una limitazione per la discrezionalità sovrana della comunità e dei poteri pubblici».

[28] La Corte costituzionale ha sottolineato come sia compito ineludibile dello Stato presidiare le proprie frontiere e far rispettare le regole stabilite in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza, nella misura in cui la regolamentazione dell'ingresso e soggiorno dello straniero è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (Corte cost., 26 giugno 1969, n. 104; 23 luglio 1974, n. 244; 24 febbraio 1994, n. 62; 21 novembre 1997 n. 353; 26 maggio 2006, n. 206; 16 maggio 2008, n. 148; 8 luglio 2010, n. 250).

[29] Pur approcciando il tema da prospettive differenti G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Riv. AIC*, 1/2017 e V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, *ivi*, 4/2015.

[30] Il riferimento è ad A. SCHOPENHAUER, *Parerga e Paralipomena* (1851), II, Adelphi, Milano, 2003, 884 che utilizza tale metafora per rappresentare la complessità dei rapporti umano, così «una compagnia di porcospini, in una fredda giornata d'inverno, si strinsero vicini, per proteggersi, col calore reciproco, dal rimanere assiderati. Ben presto, però, sentirono il dolore delle spine reciproche; il dolore li costrinse ad allontanarsi di nuovo l'uno dall'altro. Quando poi il bisogno di scaldarsi li portò di nuovo a stare insieme, si ripeté quell'altro malanno; di modo che venivano sballottati avanti e indietro tra due mali: il freddo e il dolore. Tutto questo durò finché non ebbero trovato una moderata distanza reciproca, che rappresentava per loro la migliore posizione».

damentale di creare legami e di aprirsi a nuovi innesti e quello di conservare il proprio equilibrio interno, al fine di salvaguardare diritti e condizioni giuridiche irrinunciabili[31].

2. Respingimento (immediato e differito) nel T.U. Immigrazione

Questo contributo prende occasione da una sentenza del giudice costituzionale (sent. n. 275/2017) per ripercorrere criticamente la disciplina normativa del respingimento alla frontiera, affrontando alcuni snodi critici della normativa vigente (o meglio delle sue omissioni) per valutare il senso del monito lanciato dalla Corte al legislatore.

Nel complesso e stratificato sistema di allontanamento dello straniero, «l'ordinamento di polizia degli immigrati risponde ad un fine che tutto concepisce ed ha una fine che tutto ricomprende: assicurare l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale, il prima possibile e preferibilmente in forma coattiva»[32]. In questo contesto il respingimento *ex* art. 10 d.lg. n. 286 del 1998 rappresenta un istituto poco considerato dalla giurisprudenza e scarsamente approfondito dalla dottrina rispetto all'ipotesi dell'espulsione, nonostante la sua crescente applicazione in occasione dei sempre più frequenti sbarchi sulle nostre coste provenienti dal Nord Africa[33].

È utile precisare che sono riconducibili al concetto di "respingimento" tre diverse ipotesi, connotate da unità finalistica ed eterogeneità di forme e contenuti: la prima fattispecie regolamenta il diniego opposto agli stranieri che si presentino alla frontiera senza i requisiti per l'ingresso sul territorio nazionale (c.d. respingimento «immediato»); la seconda ipotesi disciplina l'accompagnamento alla frontiera disposto con decreto motivato del questore degli stranieri che, «sottraendosi ai controlli», abbiano fatto ingresso nel territorio dello Stato e siano stati «fermati all'ingresso o subito dopo» (c.d. respingimento «differito»)[34]. In quest'ultimo caso non vi è un'immediata attuazione del provvedimento, ma si applica una

---

[31] A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 46 secondo cui «L'immigrazione, dunque, si pone quale campo di prova e cartina di tornasole sia per l'effettività dei diritti, come diritti universali e come diritti costituzionali, sia per l'ancoraggio dei processi decisionali e normativi ai parametri propri di una democrazia, sia per la tenuta della Costituzione».

[32] A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in Associazione italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2009, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XIV Convegno annuale, Cagliari 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, 339 s.

[33] Con l'eccezione di P. BONETTI, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizi*one. Atti del Seminario «Amicus Curiae» tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001, Giappichelli, Torino, 2001, 48 ss.; M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Milano-Valencia, 2005, 243 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., 222 ss.; M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, 305 ss.

[34] Si vedano le riflessioni di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, *cit.*, 308 ss.; N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 681 ss., sp. 695 s.; G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2009, 163 ss., sp. 192 s.

procedura simile a quella prevista per l'esecuzione forzata dell'espulsione, ovvero mediante adozione di un provvedimento di accompagnamento alla frontiera da parte del questore, a cui si può accompagnare – nelle more del procedimento – il trattenimento temporaneo dello straniero in un centro di permanenza per i rimpatri. Infine la terza fattispecie investe l'accompagnamento alla frontiera – disposto con decreto motivato questorile – dei soggetti che, pur non essendo legittimati all'ingresso nel territorio dello Stato, siano stati temporaneamente ammessi «per necessità di pubblico soccorso» (cd. «respingimento umanitario»).

Le diverse forme di respingimento sopra descritte presentano evidenti differenze quanto a legittimazione attiva, presupposti di applicazione e, soprattutto, il gradiente di incisione sulle differenti situazioni giuridiche soggettive. In particolare, il respingimento «immediato» è un provvedimento di natura obbligatoria[35], che attraverso l'imposizione di un divieto rivolto agli stranieri, limita la libertà di circolazione in un momento in cui non vi è ancora stato l'ingresso nel territorio nazionale; diversamente, il respingimento «differito» – disciplinato in duplice forma dall'art. 10, comma 2, T.U.I. – è un provvedimento che impone un intervento coercitivo sulla persona fisica del migrante per ricondurlo al paese di ultima provenienza, una volta avvenuto l'ingresso sul territorio nazionale.

Interessanti appaiono in tal senso le considerazioni del Consiglio di Stato secondo cui «il potere di respingimento è infatti lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza fra le fattispecie considerate dei due commi dell'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è quello del respingimento *in limine*, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione o comunque di diniego del permesso di soggiorno. Tuttavia nelle ipotesi considerate nel comma 2 la norma consente – a titolo di eccezione – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una *fictio iuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora *in limine* e quindi soggetto a quel potere di respingimento che invece senza la *fictio iuris* non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero»[36].

A differenza del respingimento «immediato», quello «differito» non si limita a circoscrivere la libertà di circolazione, incidendo altresì in modo significativo sulla libertà personale dello straniero in termini analoghi a quelli oggetto di censura da parte della Corte costituzionale nelle pronunce in materia di accompagnamento immediato alla frontiera conseguente ad espulsione[37]. Lo stesso Garante dei diritti delle persone detenute ha dedicato specifica

---

[35] Provvedimento e non quindi mera attività di polizia, anche ai sensi dell'art. 13, comma 2, Regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un *Codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone* (cd. codice frontiere Schengen) per cui «Il respingimento può essere disposto *solo* con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise».

[36] Cons. St., sez. III, 13 settembre 2013, n. 4543.

[37] Si vedano le sentenze Corte cost. nn. 105/2001 e 222/2004. Il richiamo ai principi affermati in queste sentenze non è estraneo al tema qui trattato laddove vi sono margini di sovrapponibilità tra respingimento differito

attenzione ai respingimenti differiti «considerando il loro impatto psichico ed emotivo (potenzialmente traumatico, laddove messi in atto nei confronti di persone da poco soccorse), valutando gli aspetti critici correlati all'effettiva

comprensione delle informazioni fornite dopo lo sbarco, all'accesso alla procedura di asilo, nonché a efficaci meccanismi di individuazione delle vulnerabilità meritevoli di protezione»[38].

È bene rammentare ancora che la Corte costituzionale è intervenuta sulla disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero espulso, riconoscendone espressamente l'incidenza sulla libertà personale e la conseguente inerenza alla sfera delle garanzie dell'art. 13 Cost. Così nella sentenza n. 105/2001[39] il giudice costituzionale ha sostenuto che l'accompagnamento alla frontiera «inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione»[40].

Nella successiva sentenza n. 222/2004 la Corte ha affrontato il nodo problematico della disciplina dell'accompagnamento alla frontiera quale misura autonoma e non, come nella pronuncia del 2001, quale logico presupposto del trattenimento nei centri di permanenza temporanea, adottando una pronuncia additiva di principio volta a sanare i molteplici vizi afferenti alla disciplina procedurale in materia salvaguardando «la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 della Costituzione, e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria» nelle quarantotto ore successive alla comunicazione da parte del questore, così come «il diritto di difesa dello

---

ed espulsione disposta dal prefetto, caso per caso, nei confronti dello straniero che è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera (art. 13, comma 2, lett. a), T.U.I.): in entrambi i casi le condotte sono simili, trattandosi di ingresso illegale, ma, mentre nel caso dell'espulsione l'ingresso irregolare si è perfezionato da tempo, nel respingimento lo straniero è colto in situazione di ingresso irregolare subito dopo l'ingresso, cioè in prossimità della frontiera. Non essendo possibile definire uniformemente il concetto temporale e spaziale della locuzione "subito dopo" riferita all'avvenuto ingresso dello straniero nel territorio nazionale, consegue che l'autorità di pubblica sicurezza goda di una certa discrezionalità nel disporre l'espulsione o il respingimento in casi assolutamente simili tra loro.

[38] Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, Roma, 2018, 243 s.

[39] G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione. Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105*, in *Giur. cost*., 2001, 3, 1680 ss.

[40] Il vuoto di tutela registrato nella sentenza ha successivamente spinto il legislatore ad intervenire con il d.l. n. 51 del 2002, il cui art. 2 – cosi come modificato in sede di conversione nella legge n. 106/2002 – prevede l'obbligo del questore di comunicare il provvedimento *de quo* immediatamente e comunque entro quarantotto ore dalla sua adozione al tribunale in composizione monocratica territorialmente competente il provvedimento con il quale è disposto l'accompagnamento alla frontiera. Il tribunale, verificata la sussistenza dei requisiti, può convalidare il provvedimento entro le quarantotto ore successive alla comunicazione. Vi è da dire che attribuendosi natura immediatamente esecutiva al provvedimento del questore, spesso l'autorità giudiziaria si trova a convalidare un provvedimento il cui destinatario, nel frattempo, è già stato materialmente espulso. Queste criticità sono state oggetto della successiva pronuncia n. 222/2004.

straniero nel suo nucleo incomprimibile, visto che la disposizione censurata non prevede (...) che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza del difensore»[41].

I principi affermati in queste pronunce si riflettono inevitabilmente anche sulla legittimità del respingimento «differito», quale provvedimento coercitivo avente contenuti analoghi all'espulsione prefettizia, soprattutto se si riflette sul fatto che, a differenza dell'art. 13 T.U.I., in virtù del quale il procedimento espulsivo si struttura in termini «bifasici» anche in ragione della partecipazione di due diverse autorità di pubblica sicurezza (per cui il decreto adottato dal prefetto è associato all'esecuzione con accompagnamento coattivo disposta dal questore), nell'art. 10, comma 2, l'accompagnamento coattivo rappresenta un elemento strutturante il provvedimento del questore con cui viene sancito il respingimento[42].

Ad ulteriore conferma si deve notare come, mentre per l'espulsione prefettizia sia ammissibile l'esecuzione volontaria[43], il respingimento differito sia sempre eseguito coattivamente, con accompagnamento alla frontiera o previo trattenimento negli appositi centri (C.P.R.). A differenza che nell'espulsione, tuttavia, per il provvedimento di respingimento la legge non richiede una convalida in sede giurisdizionale, salvo laddove non sia accompagnato da eventuale provvedimento di trattenimento nel C.P.R.[44].

L'istituto del respingimento differito presenta evidenti criticità[45], specie per la mancata previsione di procedure giurisdizionali normativamente necessitate, il che determina un ri-

---

[41] Su cui il commento di A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri tra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'altra "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum Quad. cost.* (25 luglio 2004). Da sottolineare che il Governo, con il d.l. 19 settembre 2004, n. 241, ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di provvedere, «a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 15 luglio 2004», ha modificato la disciplina delle espulsioni al fine di garantire piena efficacia alla garanzie previste dall'art. 13 Cost. e «contestualmente, prevedere adeguate misure per assicurare la massima celerità dei provvedimenti di convalida e di esecuzione delle espulsioni». Il decreto legge ha, dunque, sostituito il testo del comma 5 *bis* dell'art. 13 del testo unico disponendo che il provvedimento di accompagnamento coattivo debba essere comunicato al giudice entro quarantotto ore dall'adozione e debba essere convalidato da questo nelle successive quarantotto, stabilendo espressamente che esso non possa essere eseguito prima di tale convalida («il provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospeso fino alla decisione sulla sua convalida»). Si è previsto altresì che, in attesa della definizione del procedimento, lo straniero venga trattenuto in un apposito centro; che l'udienza per la convalida si svolga in camera di consiglio con la partecipazione necessaria di un difensore e che debba essere sentito l'interessato, se comparso ed infine che la decisione sia presa con decreto motivato, impugnabile in Cassazione (senza però che tale ricorso sospenda l'esecuzione del provvedimento).

[42] A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. merito*, 2012, 5, 1146 s.

[43] Stabilisce infatti l'art. 13, comma 5, T.U.I. (a seguito del d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito dalla l. 2 agosto 2011, n. 129, di attuazione della direttiva 2008/115/Ce, c.d. "rimpatri") che se non ricorrono i presupposti per l'accompagnamento coattivo indicati dal precedente comma 4, lo straniero espulso può chiedere al prefetto la concessione di un termine per la partenza volontaria.

[44] Come nota V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2018)*, in *Federalismi.it*, 2018, 17, 10 «la sovrapponibilità dei due ambiti applicativi di respingimento differito ed espulsione è evidente, così come lo è la necessità di precisare dove si ponga il confine tra i due provvedimenti di allontanamento. Allo stato attuale della legislazione l'autorità amministrativa gode infatti di un'ampissima discrezionalità nello scegliere quale misura adottare, che va senz'altro arginata».

[45] P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. NASCIMBENE (a

schio di elusione delle garanzie specifiche previste dall'ordinamento. La nostra legislazione infatti non indica espressamente i mezzi di tutela giurisdizionale, anche se l'art. 14, par. 3 del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen) prevede che le persone respinte abbiano diritto di presentare ricorso, pur privo di efficacia sospensiva automatica, conformemente alla legislazione nazionale.

Conseguentemente, in mancanza di un'indicazione normativa espressa relativa alla giurisdizione, si sono ricostruiti in via curiale i percorsi di tutela mediante impugnazione del provvedimento di respingimento, riscontrandosi due opposti indirizzi quanto alla competenza giurisdizionale. Un primo orientamento, ora minoritario, ha optato per l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, in considerazione della natura autoritativa del provvedimento e della conseguente titolarità, in capo allo straniero, di interessi legittimi[46]. L'opposto indirizzo, muovendo dalle affinità tra respingimenti ed espulsioni, ha ritenuto applicabile analogicamente ai respingimenti l'art. 13, comma 8, T.U.I., che contempla la giurisdizione del giudice ordinario. A sancire tale arresto hanno contribuito le pronunce delle sezioni unite della Cassazione[47] lungo un percorso motivazionale incentrato sulla natura di diritto umano fondamentale della posizione giuridica soggettiva – come disegnata dal complesso delle norme, nazionali e internazionali, in materia di immigrazione – sulla quale il respingimento viene ad incidere.

Dato che, per poter procedere al respingimento, il questore deve accertare in positivo la sussistenza delle circostanze di fatto puntualmente indicate dalla legge, ed in negativo l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme relative all'asilo politico, al riconoscimento dello *status* di rifugiato o all'adozione di misure di protezione sussidiaria[48],

---

cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, 280 ss.; A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, *cit*., 354 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione*, *cit.*, 150 s.; ID., *Il respingimento, l'espulsione e l'esecuzione dell'espulsione, il trattenimento del cittadino di un paese terzo o di un altro paese dell'Unione europea*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*[3], Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, 233-235.

[46] Cons. St., sez. I, parere 4 febbraio 2011, n. 571.

[47] Cass. civ., sez. un., 10 giugno 2013, n. 14502; 17 giugno 2013, n. 15115 con nota di N. VETTORI, *Il respingimento dello straniero: le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice (Nota a Corte di Cass. civ., S.U., 10 giugno 2013, n. 14502 e Cass. civ., S.U., 17 giugno 2013, n. 15115)*, in *Giustamm.it*, 1/2013. In sentenza si precisa che «spetta al giudice ordinario, in mancanza di norma derogatrice al criterio generale, la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, incidendo il relativo provvedimento su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, in quanto rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'Amministrazione, all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge e a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale» (Cass. civ., sez. un., n. 15115/2013).

[48] Il sistema delle tutele in tema di asilo inibisce il respingimento alla frontiera (così l'art. 10, comma 4, T.U.I.). A tal proposito, all'art. 10 ter, comma 1, T.U.I. (introdotto con d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. in l. 13 aprile 2017, n. 46), è riconosciuto allo straniero, fermato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, il diritto all'informazione sulla procedura di protezione internazionale (nonché sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito), assicurato presso appositi punti di crisi, allestiti nell'ambito dei centri governativi di prima accoglienza.

conseguentemente all'amministrazione – andando ad incidere con la propria decisione sulla sfera posta a tutela di diritti umani inviolabili – non può riconoscersi alcun potere di ponderazione comparativa di interessi, ossia discrezionale in senso pieno, ma soltanto una funzione di accertamento confinata all'area della discrezionalità tecnica[49]. In virtù di questa prospettiva, da un lato l'assenza di potere discrezionale in capo all'amministrazione, dall'altro la natura di diritto soggettivo della posizione tutelata, unitamente alla mancanza di una norma di deroga che assegni al giudice amministrativo la giurisdizione su diritti soggettivi, hanno concorso ad assegnare al giudice ordinario la giurisdizione[50].

Passando al tema dei poteri di cognizione del giudicante sul provvedimento amministrativo, si deve rammentare come l'oggetto del giudizio si sostanzi nella verifica del corretto esercizio del potere di respingimento, con particolare riferimento alla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge che involgono spesso in apprezzamenti tecnico-discrezionali – quelli relativi alla pericolosità sociale dello straniero – aventi natura opinabile[51]. Ad imporre la necessità di uno *strict scrutiny* vi è altresì la circostanza che ad essere oggetto di sindacato non è semplicemente «l'atto, ma i diritti soggettivi che esso comprime e le condizioni per la loro legittima compressione»[52], il che conduce ad un accertamento pieno del rapporto giuridico sottostante, in relazione a tutte le figure di eccesso di potere, senza circoscrivere la cognizione con riferimento esclusivo alla particolare ipotesi dello sviamento.

L'ampiezza del sindacato si riflette sui poteri decisori che assumono natura costitutiva nei confronti del provvedimento di respingimento ed espulsione, secondo il modello della giurisdizione piena. Anche in assenza di una previsione espressa – come affermato dalla Corte costituzionale – il quadro tracciato dalla Costituzione consente di attribuire al giudice ordinario, investito della tutela di diritti soggettivi, il potere di annullare un atto autoritativo o addirittura di sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione di un dato provvedimento[53]. In questo senso i poteri attribuiti all'organo giudicante sono stati interpretati in senso estensivo esprimendosi a fisarmonica a partire dalla disapplicazione incidentale[54] sino a numerosi esempi non solo di annullamento[55], ma anche di revoca e/o sostituzione dell'atto impugnato[56].

Dei differenti procedimenti che governano il fenomeno migratorio, quello dell'allontanamento si declina bilanciando esigenze di efficacia della misura stessa ed obbli-

---

[49] In questo senso M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, *cit.*, 371 secondo cui «il diritto amministrativo dell'immigrazione non assolve la sua fondamentale funzione di controllo del pubblico potere a protezione delle libertà individuali perché si fonda su una idea 'debole' di libertà, svincolata dal suo fondamento costituzionale e ridotta, invece, alla legalità. Fallisce, quindi, perché è un diritto amministrativo senza basi costituzionali».

[50] In senso critico, S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Dir. proc. amm*., 2017, 1, 534 ss.

[51] Cass. civ., sez. VI, ord. 21 luglio 2017, n. 18133; Cass., sez. VI, 8 settembre 2011, n. 18482; Cass., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 17585; Cass., sez. I, 7 dicembre 2005, n. 27068; Cass., sez. I, 10 aprile 2003, n. 5661 nel senso di un controllo estrinseco, non meramente formale.

[52] Cass., sez. I, 16 giugno 2004, n. 11321.

[53] Corte cost., ord. 17 maggio 2001, n. 140; Corte cost., ord. 28 maggio 2001, n. 165.

[54] App. Trento, 16 agosto 2010.

[55] ex plurimis, per la dichiarazione di nullità del decreto di respingimento differito, Trib. Catania, ord. 30 gennaio 2016, n. 1738; per l'annullamento, Trib. Catania, ord. 27 gennaio 2016, n. 1340; Giud. Pace Bari, 7 dicembre 2013; Giud. Pace Bari, ord. 11 novembre 2015, n. 1275.

[56] Cass. civ., sez. VI-1, 1º settembre 2015, n. 17408.

ghi di tutela dei diritti della persona, che risultano incisi in modo particolarmente diretto e potenzialmente irreversibile dai provvedimenti di respingimento. Pertanto se la possibilità, per il legislatore, di dettare una disciplina flessibile rappresenta una mediazione tra esigenze di garanzia della collettività e dei diritti dei singoli (tali da scongiurare possibili abusi da parte dell'amministrazione), al contempo, la vaghezza delle disposizioni normative, l'assenza di dispositivi di garanzia (quali la convalida automatica del provvedimento amministrativo) oltre a profili di irragionevolezza della disciplina vigente pongono in dubbio il rispetto di alcuni principi fondamentali del nostro sistema costituzionale, quali la libertà personale, il diritto di difesa e quello di legalità.

La legislazione vigente in materia di immigrazione rappresenta semplicemente «una proposta di soluzioni e di coesistenze possibili, ovvero un "compromesso delle possibilità", non un progetto rigidamente ordinante che possa essere assunto come un *a priori* dotato di forza propria»[57], sicchè vi è la necessità di vagliarlo criticamente. Diversamente un atteggiamento realista, frutto di un appiattimento del dover essere sull'essere, si risolverebbe nella legittimazione dell'esistente, pur se contrario al diritto, ed equivarrebbe a un'abdicazione al ruolo normativo del diritto e a quello critico del giurista.

3. I dubbi del giudice di merito a Corte

I dubbi di costituzionalità relativi al respingimento differito sono stati oggetto anche di relazioni di Commissioni parlamentari e richiami al Parlamento da parte del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale[58], trovando infine concreta espressione nell'ordinanza di remissione del Tribunale di Palermo del 17 novembre 2016.

A fronte dell'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 2, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sollevata dal legale del ricorrente, il giudice *a quo* ne argomenta la non manifesta infondatezza a partire dall'inquadramento del provvedimento di respingimento differito quale atto limitativo della libertà personale, nella misura in cui si prescrive venga eseguito con accompagnamento alla frontiera, ossia mediante una misura di carattere coercitivo[59].

Ne conseguirebbe quindi la violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, comma 2, Cost., nonché dell'obbligo di convalida del provvedimento temporaneamente adottato dall'autorità di pubblica sicurezza prescritto al comma 3, dato che il respingimento è disposto dal solo Questore senza che si dia luogo a convalida da parte dell'autorità giudiziale.

---

[57] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1994, 10 s.

[58] Relazione in data 3 maggio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, istituita dalla Camera dei deputati, in ***www.camera.it***, 105-106; inoltre Relazione al Parlamento del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presentata alla Camera dei deputati il 21 marzo 2017, in *www.camera.it*, 121.

[59] Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105.

Il meccanismo normativo alla base del respingimento differito comporterebbe inoltre una violazione della riserva di legge prevista dall'art. 10, comma 2 e dall'art. 13 Cost. per due ordini di ragioni: a) stante l'evidente genericità di uno dei presupposti – ovvero essere fermato lo straniero «subito dopo» l'ingresso nel territorio – che non viene sanata nemmeno mediante un'interpretazione conforme alle normativa europea di riferimento[60]; b) nella misura in cui il medesimo presupposto del respingimento differito (l'ingresso nel territorio dello Stato senza averne i requisiti o eludendo i controlli di frontiera) è previsto anche dall'art. 13, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 286 del 1998 per l'adozione da parte del prefetto del provvedimento amministrativo di espulsione. Tale contiguità normativa consentirebbe all'amministrazione di decidere discrezionalmente quale tipo di provvedimento (respingimento o espulsione) adottare nei confronti dello straniero che abbia appena fatto ingresso irregolare.

Infine il giudice richiama, quali norme interposte rispetto all'art. 117 Cost., le garanzie dettate dall'art. 4 par. 4 della direttiva 2008/115/UE sui rimpatri degli stranieri in situazione di soggiorno irregolare, mancando una disposizione interna volta a far sì che il trattamento e il livello di protezione accordati agli stranieri respinti non siano meno favorevoli a quelli previsti dalla medesima direttiva all'art. 8 parr. 4 e 5 (limitazioni del ricorso alle misure coercitive), all'art. 9 par. 2, lett. a) (possibilità di rinvio dell'allontanamento a causa dello stato fisico o mentale dello straniero) e agli artt. 16 e 17 (condizioni di trattenimento).

Sotto il profilo della rilevanza si sottolinea come l'accompagnamento alla frontiera resti sempre efficace quale effetto obbligatorio e inderogabile di ogni provvedimento di respingimento, ancorchè non venga in concreto eseguito per ragioni oggettive, anche temporanee, in presenza delle quali il questore potrebbe impartire allo straniero un distinto ordine di lasciare il territorio dello Stato ai sensi dell'art. 14, comma 5-bis, d.lgs. n. 286 del 1998, com'era avvenuto nel caso di specie.

Il giudice si premura di segnalare come un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale non creerebbe alcuna lacuna normativa, essendo comunque prevista dall'art. 13, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 286 del 1998 l'adozione del provvedimento amministrativo di espulsione per situazioni analoghe di ingresso irregolare, così evitando ogni violazione degli obblighi imposti dalle norme europee: il respingimento differito verrebbe quindi caducato, pur rimanendo per la medesima ipotesi l'espulsione amministrativa.

4. Respingimento differito e garanzie della libertà personale

La scarna disciplina del respingimento differito non riesce a sostenere l'incisività del provvedimento che disciplina, facendo emergere gravi distonie rispetto al dettato costituzionale. Tra queste vi è sicuramente quella derivante dalla configurazione dello stesso provve-

[60] Il riferimento è all'art. 2 par. 2 lett. a) della direttiva rimpatri secondo cui la disciplina ivi prevista può essere applicata ai cittadino di paesi terzi ove «(…) fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno».

dimento[61] come coattivo[62] – e non semplicemente obbligatorio – quando eseguito mediante accompagnamento alla frontiera, di per sè limitativo della libertà personale *ex* art. 13 Cost.[63].

Com'è noto, nella più risalente giurisprudenza costituzionale, la libertà personale è stata interpretata come libertà dagli arresti e da qualunque esercizio di «*potestà coercitiva personale*»[64]. L'idea che la libertà personale costituisca primariamente una garanzia di tutela avverso le tradizionali forme di limitazione che si esplicano in misure di coercizione fisica o, meglio, di coazione della persona, si pone come un dato di partenza che rappresenta, se si vuole, anche un punto di arrivo nella riflessione della giurisprudenza costituzionale sul tema[65]. L'art. 13 Cost. dunque verrebbe ad assicurare alla persona la «possibilità di disporre in via esclusiva del proprio essere fisico» contro «qualunque azione di altri uomini che deliberatamente, operando sul nostro corpo, immobilizzandolo, manomettendolo, chiudendolo in una cella e così via, toglie alla nostra volontà la possibilità di disporre a suo talento»[66].

Sembra utile soffermarsi sul punto chiarendo, nel solco di autorevole dottrina, come le garanzie previste nell'art. 13 Cost. siano volte a tutelare «la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere, conseguenti a una situazione di coazione fisica», laddove, diversamente l'art. 23 Cost., al quale viene affidato il patrocinio della libertà individuale, involga «la libertà del singolo di autodeterminarsi nei limiti degli obblighi e dei divieti di carattere personale o patrimoniale imposti dalle pubbliche autorità "in base alla legge"»[67]. Si viene, in coerenza con tale distinzione di funzioni, ad escludere dalla disciplina dell'art. 13 tutte quelle misure che siano meramente obbligatorie, le quali, proprio in quanto tali, sono non coercitive, ovvero in cui la realizzazione del comportamento imposto è rimessa alla «"collaborazione" più o meno "spontanea" del destinatario del provvedimento»[68]. Il *discrimen* per individuare quali misure sono comprese entro l'ombrello dell'art. 13

---

[61] Ritenevano che il respingimento dovesse qualificarsi come mera attività materiale G. SAVIO, *Respingimento, espulsione, trattenimento e accompagnamento alla frontiera (i presupposti e le procedure), la revoca e il reingresso, la segnalazione Schengen*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2008, 7 s.; M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl*., 2000, 822 s.; in senso contrario per la natura provvedimentale C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001, 157; A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, *cit*., 352 s.

[62] Vi è da sottolineare come di per sé il provvedimento di respingimento immediato alla frontiera non incida sul diritto alla libertà personale, ma si traduca in una limitazione della libertà di circolazione e di soggiorno, diritto pieno solo per il cittadino e non per lo straniero. Cfr. M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, *cit*., 824 s.

[63] G. AMATO, *Art. 13,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna□Roma, 1977, 3 ss.; M. RUOTOLO, *Art. 13*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 323 ss.

[64] Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11.

[65] Corte cost., 23 giugno 1956, n. 2; Corte cost., 15 luglio 1959, n. 49; Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45; Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68. In dottrina E. BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad*., 1951, IV, 272; S. GALEOTTI, *Rilievi segnaletici e restrizioni della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1962, 859 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, 30; G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *cit*., 4 ss., in particolare 51. Per una riflessione ampia P. CARETTI, *La disciplina della libertà personale nei più recenti sviluppi legislativi*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Barile*, Cedam, Padova, 1990, 235 ss.

[66] S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1953, 10 e 12.

[67] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, *cit.*, 174 ss.

[68] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, *cit*., 179.

Cost. risiede, secondo autorevole dottrina[69], nella *coercitività* delle misure, a nulla rilevando il *nomen juris* con cui le stesse misure sono state catalogate dal legislatore; allo stesso tempo, non sono riconducibili all'art. 13 Cost. tutte le misure che, benchè coercitive rispetto alla libertà fisica della persona, rientrano nella specifica disciplina di altre norme costituzionali. Coercitività che non si avrà solo perchè la mancata ottemperanza di un obbligo o di un divieto siano presidiati da sanzione penale detentiva o da sanzione che incida comunque su un diritto inviolabile[70], in quanto alla violazione non consegue inevitabilmente ed automaticamente l'applicazione giudiziale della misura coercitiva, che invece si colloca in ambiti, tempi e modalità diversi da quelli della trasgressione[71].

Questa valutazione rigida è stata progressivamente resa flessibile come emerge in quelle sentenze del giudice costituzionale[72] nelle quali la Corte, per verificare la sussistenza di una restrizione della libertà personale, si è costruito un giudizio, volto a verificare caso per caso, se la misura censurata concretizzasse quell'«assoggettamento fisico o morale di una persona al potere dell'organo di polizia, tale da costituire una restrizione della libertà personale equiparabile all'arresto». I limiti del semplice criterio coattivo erano peraltro già emersi nella prima giurisprudenza costituzionale[73], la quale facendo propria una nozione estensiva della libertà personale aveva censurato quelle limitazioni che si traducono in una «sorta di degradazione giuridica» dell'individuo. Tale giurisprudenza aveva tra l'altro trovato il sostegno di autorevole dottrina, la quale, nell'annotare un successivo arresto in cui la Corte aveva confermato la legittimità dell'ordine di rimpatrio obbligatorio[74] non rinvenendo in esso alcuna forma di degradazione, propugnava «l'assunzione di un concetto di libertà personale (…) estesa fino a comprendere anche la salvaguardia delle altre forme di limitazione alla disponibilità della persona stessa, le quali richiedano non già solo valutazioni di esigenze oggettive di sicurezza o di sanità, ma anche apprezzamenti discrezionali relativi alle qualità morali dei soggetti cui esse si indirizzano, e tali, quando si concretino in un accertamento di minorata socialità dei medesimi, da influenzare la loro capacità generale, la loro dignità». In virtù di tale elaborazione, l'art. 13 Cost. sarebbe stato volto a garantire non solo le coazioni fisiche in senso stretto, ma anche ordini, obblighi e ingiunzioni che, pur facendo difetto dell'esecuzione in forma coattiva, comportassero un giudizio di disvalore sulla personalità morale dell'individuo. Ciò presupponeva però la necessità di attribuire al concetto di «degradazione giuridica» un significato rigoroso, tale da porre sotto giudizio la stessa situazione da cui era

---

[69] G. VASSALLI, *Libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, 365 ss.

[70] A. CERRI, *Libertà. II. Libertà personale – Dir. cost*., in *Enc. giur*., XIX, Treccani, Roma, 1991, 5.

[71] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, *cit*., 181; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, 188.

[72] *Ex pluris* Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, su cui V. ANDRIOLI, *Libertà personale e rilievi segnaletici*, in *Giur. cost*., 1962, 541 ss.; Corte cost, 30 maggio 1963, n. 74. Per un'applicazione più recente Corte cost., 12 giugno 1996, n. 193.

[73] Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11.

[74] Corte cost., 30 giugno 1960, n. 45, in dottrina C. MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 ss.; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*[8], II, Cedam, Padova, 1969, 955 che, a supporto della più ampia ricostruzione della libertà personale, richiama la proibizione di violenze fisiche e morali di cui al quarto comma dell'art. 13 Cost.

sorta la condizione di inferiorità, ossia la qualifica presupposta che giustificava gli obblighi imposti alla persona, tali da proiettarla in uno stato socialmente degradato[75].

Particolare interesse assume, per quanto ci riguarda, la sentenza n. 105 del 2001, chiamata a valutare della legittimità costituzionale delle norme che prevedono il trattenimento dello straniero presso gli allora «centri di permanenza temporanea e assistenza» nell'ambito della procedura di espulsione amministrativa disposta dal prefetto. Facendo leva sulla clausola residuale dell'art. 13 Cost., ovvero alle «altre restrizioni della libertà personale», la Corte ha riconosciuto che «nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, [si determina] quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale»[76]. Per la Corte costituzionale ciò che rileva è dunque la natura del provvedimento, la sua capacità di incidere su di una definita sfera fisica di autodeterminazione del soggetto, non già le finalità della misura, che possono essere – o sembrino – le più nobili e condivisibili[77]. In via ulteriore emerge dalla motivazione una sorta di assimilazione tra la mortificazione della dignità umana e la condizione deteriore di assoggettamento fisico all'altrui potere come se l'una fosse intrinseca a tale condizione e non l'effetto di quest'ultima. Si prospetta dunque lo sviluppo di una valutazione in concreto, caso per caso, che tenga conto della durata della restrizione, della sua ripetizione nel tempo, delle condizioni in cui si sia concretata, al fine di operare un giudizio sulla base dell'elaborazione di *standard* a carattere generale.

Alla luce dell'analisi svolta non sembrano porsi dubbi relativamente alla riconducibilità della misura del respingimento differito entro l'ombrello dell'art. 13 Cost.[78], quale strumento limitativo della libertà personale a cui debbono essere applicate le garanzie previste dalla Carta fondamentale.

4.1. Respingimento differito e riserva di giurisdizione

I primi tre commi dell'articolo 13 si strutturano secondo uno schema di regola ed eccezione: in questo senso «l'impalcatura del sistema dei limiti alla libertà personale si sostanzia nella struttura a cerchi concentrici disegnata dall'art. 13, commi 1-3, Cost.: la formula d'esordio contiene la fondamentale statuizione dell'inviolabilità della garanzia; i successivi

---

[75] A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, 52, 98 ss., sp. 120 s. secondo cui «il valore tutelato dalla fattispecie *ex* art. 13 Cost. va[da] individuato nel libero sviluppo della persona attraverso il godimento della libertà fisica e che la "pretesa alla libertà personale" vada definita come pretesa a che non vengano posti limiti (…) alla libertà fisica, se non con le garanzie *ex* artt. 13 e 111 Cost., che abbiano come presupposto una valutazione negativa della personalità morale del colpito o, comunque, come effetto un'incidenza sulla dignità sociale del colpito».

[76] Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 298; Corte cost., 6 dicembre 2001, n. 388.

[77] Così E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 2001, 4, 2709 ss.

[78] Affermazione che viene confermata nella pronuncia qui commentata Corte cost. 20 dicembre 2017, n. 275. Su cui P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2018.

commi 2-3 – di precipuo interesse strategico nel quadro della disciplina costituzionale del processo penale – tracciano un duplice ordine di limiti, guidando in termini analitici la discrezionalità legislativa in materia»[79].

La regola generale di cui all'art. 13, comma 2, Cost. prevede che ogni restrizione della libertà personale debba essere adottata con provvedimento motivato dalla sola autorità giudiziaria nei casi e nei modi previsti dalla legge. La disposizione pone quindi nelle mani dei giudici la garanzia della tutela della libertà personale attraverso la previsione della riserva di giurisdizione e della motivazione dei provvedimenti.

Nel caso del respingimento differito, emergono due incisive omissioni che interessano i rapporti tra il provvedimento e l'intervento dell'autorità giudiziaria: nulla è prescritto riguardo le forme e procedure di impugnazione del decreto di respingimento e, parimenti, non è stato apprestato nessun meccanismo di convalida[80], il che confligge con l'esigenza di legalità sottesa alla materia.

Vi è da notare come l'impugnazione del decreto di respingimento non possa essere considerata una garanzia equivalente all'attribuzione della competenza all'autorità giudiziaria ad adottare il provvedimento di respingimento, né alla convalida giurisdizionale nei termini previsti dall'art. 13, comma 3, Cost. che peraltro è istituto del tutto differente dal ricorso giurisdizionale di fronte al giudice ordinario, che, di per sé, è privo di alcuna efficacia sospensiva del provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione[81].

Come si è notato, «siamo in presenza di una gestione della vicenda dell'allontanamento dello straniero integralmente appaltata all'autorità amministrativa, dove non è *mai* previsto l'intervento di un giudice né per convalidare l'ordine di espulsione né per autorizzarne l'esecuzione coattiva (che pure è misura incidente sulla libertà personale), con gravi problemi di tenuta delle garanzie relative al diritto di difesa e al ruolo costituzionale della giurisdizione. A ciò si aggiunge il pericolo concreto che il rimpatrio forzato sia indirizzato verso paesi in cui l'espulso potrebbe essere esposto al rischio di gravi violazioni dei diritti umani, nonostante in simili casi debba valere il divieto assoluto di *refoulement,* cui anche l'Italia è vincolata»[82].

---

[79] G. DI CHIARA, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, 306.

[80] Come nota tuttavia P. BONETTI, *Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2000, 4, 25 s. «la riserva di giurisdizione ha natura diversa dall'esercizio del diritto alla difesa previsto dall'art. 24 Cost.: il preventivo vaglio giurisdizionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale è una garanzia diversa e distinta dal diritto dato all'interessato di esercitare una tutela giurisdizionale contro tali provvedimenti».

[81] La convalida giurisdizionale infatti incide sull'essenza stessa del provvedimento restrittivo, deve essere sempre prevista d'ufficio e la sua mancata adozione nei termini determina la cessazione e l'inefficacia del provvedimento stesso.

[82] A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, *cit*., 348 s. rileva inoltre che «la ragione è semplice: sia per il legislatore della Napolitano-Turco, sia per il legislatore della Bossi-Fini, *tutte* le misure di allontanamento (espulsione e respingimento) *comunque* eseguite (in forma obbligatoria o coattiva) sono state pensate come incidenti *esclusivamente* sulla libertà di circolazione dello straniero, dunque non necessitanti di una qualche convalida giurisdizionale. Il respingimento differito non fa eccezione».

A differenza della normativa in materia di espulsione, laddove si disciplina il ricorso di fronte al giudice di pace, vi è una lacuna – nella specifica *sedes materiae* come nel resto del T.U.I – quanto ai mezzi di impugnazione del decreto di respingimento differito[83], il che non preclude l'impugnabilità del provvedimento, delineata in via curiale[84], comunque garantita non solo ai sensi dell'art. 24 Cost., ma anche in virtù dell'art. 113 Cost. alla stregua del quale «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi».

In virtù dell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 il provvedimento di respingimento differito deve essere sempre necessariamente disposto soltanto dal questore, autorità amministrativa di pubblica sicurezza, e in nessun caso tale provvedimento può essere adottato dall'autorità giudiziaria, benché debba essere eseguito con modalità coercitive, cioè con accompagnamento alla frontiera, a cura della medesima autorità di pubblica sicurezza.

Questa ipotesi è quindi riconducibile alle prescrizioni sui limiti alla libertà personale dettate dalla Carta costituzionale che possono essere descritte metaforicamente come una struttura normativa a «*cerchi concentrici*»[85], conchiusa dall'estrema garanzia di libertà rappresentata dall'art. 13, comma 3. Di conseguenza non appare irrilevante la deroga alla riserva di giurisdizione di cui al comma 2 dell'art. 10 citato, stante l'attribuzione, pur provvisoria, di un potere di intervento sulla libertà personale degli individui che di regola il sistema attribuisce all'autorità giudiziaria[86].

Vi è da rammentare come, accanto al dato procedurale, la Costituzione richieda il rispetto dei requisiti di eccezionalità, necessità e urgenza che debbono connotare il provvedimento adottato dall'autorità di pubblica sicurezza. In particolare, l'art. 13, comma 3, non viene a legittimare l'intervento dell'autorità di polizia nei «casi eccezionali» in funzione di una valutazione quantitativa, in termini di infrequenza, bensì in relazione al criterio di natura qua-

---

[83] Così A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, *cit.*, 1146 s. che rileva come solo nel regolamento di attuazione del T.U.I., all'art. 3, comma 3, sia previsto che tra le «comunicazioni allo straniero» sia resa, anche rispetto al provvedimento di respingimento, l'indicazione delle «eventuali modalità di impugnazione».

[84] La giurisprudenza di legittimità, in punto individuazione del giudice competente, indicava il giudice di pace, «non potendosi (…) applicare analogicamente la speciale competenza del giudice di pace prevista (…) per l'impugnazione dei provvedimenti di espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c. » (Cass. civ., sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115).

[85] G. DI CHIARA, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, *cit*., 306 s.

[86] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, *cit*., 198 ss. secondo cui «per quanto riguarda i poteri dell'autorità di polizia, deve essere sottolineato che non esistono, nella logica a cui si ispira il combinato disposto del secondo e del terzo comma, poteri "propri" di tale autorità (in relazione all'esercizio dei quali il controllo dell'autorità giudiziaria sarebbe conseguentemente limitato alla mera legalità "formale" del provvedimento). (…) Ciò conferma che i poteri della polizia previsti nel terzo comma dell'art. 13 sono meramente "sostitutivi" di quelli conferiti all'autorità giudiziaria. Da ciò consegue: a) che essi possono essere autonomamente esercitati solo in casi di "necessità e urgenza", e non anche quando la polizia avrebbe tutto il tempo di munirsi dell'autorizzazione del magistrato (…); b) che il controllo giudiziario si estende sino all'esame del "merito" delle restrizioni adottate».

litativa in forza del quale in quei casi si deroga – introducendo un'eccezione – alla regola generale dell'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria[87].

Se, a seguito della già citata sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale, il legislatore ha introdotto nel d.lgs. n. 286 del 1998 l'art. 13, comma 5-*bis*, che prevede la convalida giurisdizionale del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione, una previsione analoga non è rinvenibile con riguardo all'accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento.

La problematicità di tale lacuna emerge in particolare nelle ipotesi in cui il decreto di respingimento sia immediatamente eseguibile e, quindi, lo schema previsto dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 trovi la sua "fisiologica" attuazione, con l'effettivo accompagnamento alla frontiera dello straniero respinto senza che si debba provvedere ad un suo formale trattenimento presso un CPR. In questo caso, diversamente, l'intervento dell'autorità giudiziaria conduce a vagliare la convalida ai sensi dell'art. 14, commi 3, 4 e 5, T.U.I. Tuttavia, dall'art. 14, comma 4, si evince che la verifica della sussistenza dei presupposti del respingimento non fa parte del giudizio di convalida del trattenimento dell'espulso.

Peraltro se la riserva di giurisdizione contenuta nell'art. 13, ma anche negli artt. 14, 15 e 21 Cost., deve essere letta alla luce dell'art. 24 e dell'art. 111, sembra difficile che tale riserva possa dirsi rispettata quando al giudice non viene offerta neppure la possibilità di ascoltare le ragioni dello straniero, assistito da un difensore, che intenda contestare il provvedimento dell'amministrazione.

In sintesi l'assenza di un controllo giurisdizionale e la rapidità di esecuzione della misura disposta dal questore (oltre che l'inesistente interesse dello straniero ad impugnare, una volta rimpatriato, il provvedimento di respingimento differito cui la legislazione non collega alcun divieto di reingresso) rendono la disciplina omissiva del respingimento differito una zona franca per il sindacato di costituzionalità[88].

4.2. Respingimento differito e riserva di legge

Ad avviso del giudice remittente, l'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 violerebbe la riserva di legge posta sia dall'art. 10, comma 2, Cost., sia dall'art. 13, comma 3, Cost. «per l'evidente genericità di uno dei presupposti» previsti per l'adozione del provvedimento di respingimento differito.

Come si è già visto, il respingimento differito può essere disposto nei confronti dello straniero non autorizzato che sia fermato all'ingresso o «*subito dopo*». Tale ultima clausola viene a legittimare prassi distorsive del dettato normativo che, consentendo letture estensive,

---

[87] Corte cost., 20 aprile 1977, n. 64.

[88] F.B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente* sine titulo *sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento,* in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009, 163 s.

permettono l'adozione di provvedimenti di respingimento differito a distanza di giorni, e talvolta anche di settimane, dall'ingresso e contestuale "fermo" dello straniero.

Le tendenze in atto nella prassi amministrativa fanno sì che il concreto declinarsi del principio di legalità sempre più spesso si ponga in tensione con l'esigenza di conseguire un effettivo risultato, anche a prescindere dal dato normativo[89]. Così in concreto, «nella stragrande maggioranza dei casi, accade che lo straniero appena sbarcato venga fermato e ristretto *de facto* presso un centro di detenzione amministrativa e solo dopo diversi giorni, gli venga notificato il provvedimento di respingimento, il più delle volte seguito da un formale decreto di trattenimento che viene convalidato apparentemente in termini, pur fondandosi su un provvedimento di respingimento tardivo»[90]. La norma censurata avrebbe quindi attribuito un potere normativo sconnesso dai presupposti fattuali che legittimano l'eccezionalità ed urgenza, lasciando spazio a forme di discrezionalità (o di arbitrio) tendenzialmente illimitate e capaci di incidere sulla libertà dei singoli[91].

La Corte costituzionale considera implicita nel carattere di tassatività che connota le ipotesi disciplinate dall'art. 13, comma 3, Cost., la condizione di certezza ed inequivocità delle circostanze ricorrendo le quali la misura coercitiva è consentita[92]. Nonostante ciò i presupposti della misura esaminata si palesano così vaghi da erodere il principio di tassatività: in particolare locuzioni quali quella del fermo avvenuto «subito dopo», il cui accertamento richiede una valutazione caratterizzata da notevoli margini di discrezionalità[93], non idonea a soddisfare quell'obbiettivo di certezza del diritto sottesa all'art. 13, comma 3, Cost.

Il carattere rinforzato della riserva di legge comporta poi anche la possibilità di sindacare il rispetto di quest'ultima sotto il profilo del contenuto, che deve essere conforme alle norme e ai trattati internazionali che riguardano la condizione giuridica dello straniero, i quali comprendono il diritto internazionale dei diritti umani, essendo lo straniero in primo luogo una persona umana.

In questo senso l'imprescindibile necessità che in «ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione»[94]. Non è pertanto sufficiente che il potere attribuito dalla legge venga finalizzato alla

---

[89] M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 19 ss.

[90] Così A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento «differito» intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, *cit.*, 1148 s.

[91] Ciò è conseguenza dell'annullamento del requisito dell'urgenza sottesa all'esercizio dei due distinti poteri connessi all'espulsione e respingimento e, al contempo, riconoscendo che dove c'è scelta, di norma, c'è discrezionalità viene a destrutturare la necessità del potere di respingimento differito.

[92] Corte Cost., 29 aprile 1982, n. 79.

[93] R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdiz*ione, *cit*., 13.

[94] Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303; Corte cost., 6 febbraio 2009, n. 32; Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115.

tutela di un bene o di un valore, essendo altresì indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.

La vaghezza è un'incertezza riguardo ai confini di un concetto derivante dalla "porosita" del linguaggio che, nella specie – avendo la formula «subito dopo» natura spaziale e temporale – rende impossibile individuare in modo puntuale il presupposto fattuale in presenza del quale è consentita la restrizione della libertà personale e rende, peraltro, arduo distinguere il respingimento rispetto all'ipotesi dell'espulsione che il prefetto – non il questore – può disporre nei confronti dello straniero che sia «entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto», ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 286 del 1998.

La clausola di sussidiarietà, delineata nell'art. 13, comma 2, lett. a), consente un coordinamento tra le due fattispecie normative in virtù di un discrimine di natura cronologica: così è il fattore temporale, entro cui si declina l'esercizio dei rispettivi poteri, a determinare cerchie di «urgenza» decrescenti. Così il respingimento è procedura che si concreta nell'immediatezza dell'ingresso irregolare o immediatamente dopo, sempre che la dilazione consenta una regolare convalida del connesso accompagnamento coattivo, mentre l'espulsione prefettizia dovrebbe risultare applicabile, in via ordinaria, ogniqualvolta ciò non sia possibile.

Dilatando il presupposto temporale del provvedimento, la vaghezza della locuzione «subito dopo» rende non giustiziabile il confine tra i due regimi del respingimento differito e dell'espulsione prefettizia, con la conseguenza di attribuire un vero e proprio potere arbitrario all'amministrazione nell'adozione del provvedimento più adeguato alla bisogna[95].

In sostanza «il cortocircuito normativo, conseguenza di una riserva di legge rinforzata (*ex* art. 10, comma 2, Cost.) non rispettata, nasconde dietro l'etichetta di respingimento differito una vera e propria espulsione anticipata eseguita coercitivamente, per la quale la legge farebbe scattare l'obbligo di convalida ad opera di un giudice. E così, come in un gioco di prestigio, scompare d'incanto ogni effettiva tutela giurisdizionale»[96].

4.3. Respingimento differito e normativa eurounitaria

Secondo il giudice remittente, l'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998 violerebbe l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto la disciplina legislativa del respingimento differito si porrebbe in contrasto con l'art. 4, par. 4, della direttiva 2008/115/CE, in particolare per ciò che attiene alle garanzie, cui la norma europea rinvia, in tema di utilizzo di misure coercitive (art. 8, parr. 4 e 5), di rinvio dell'allontanamento (art. 9, par. 2, lett. a) e di condizioni di trattenimento (artt. 16 e 17).

---

[95] Tenuto conto che, nonostante l'equivalenza funzionale tra i due provvedimenti e la loro fungibilità in concreto, vi sono differenze notevoli, in termini di tutela dello straniero.

[96] A. PUGIOTTO, *"Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, *cit*., 352 s.

La direttiva 2008/115 ha come fine, sancito nel suo articolo 1, quello di stabilire le norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, conformemente ai diritti fondamentali e al diritto internazionale. Dal suo considerando 4 si evince che tale direttiva intende introdurre norme chiare, trasparenti ed eque atte a delineare meccanismo di rimpatrio efficaci nel contesto di una generale politica d'immigrazione correttamente gestita[97].

A norma del par. 2 dell'art. 2, gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare tale direttiva in determinate situazioni ben definite, potendo non applicare la direttiva ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera esterna di uno Stato membro, dal quale non abbiano ottenuto un valido titolo di soggiorno.

Sebbene quindi l'istituto del respingimento sia sottratto all'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, l'art. 4, par. 4, di tale direttiva imporrebbe comunque agli Stati membri di assicurare agli stranieri che vi sono sottoposti un livello minimo di tutela, attraverso il rinvio ad altre disposizioni della medesima direttiva anch'esse tuttavia riconducibili alla sfera delle norme di principio, una serie di canoni o parametri che devono orientare le scelte legislative nazionali, rimettendo comunque agli Stati membri l'esatta determinazione del livello di tutela garantito.

La stessa Corte di giustizia ha sottolineato come «finalità di quest'ultima disposizione, quale risulta dai lavori preparatori della direttiva, consist[a] nel consentire agli Stati membri di continuare ad applicare alle loro frontiere esterne procedure di rimpatrio nazionali semplificate, senza dover seguire tutte le fasi nelle quali si sviluppano le procedure previste dalla citata direttiva, al fine di poter allontanare più rapidamente i cittadini di paesi terzi scoperti mentre attraversano tali frontiere. Il menzionato articolo 4, paragrafo 4, è diretto in tale contesto a garantire che dette procedure nazionali semplificate rispettino le garanzie minime previste dalla direttiva 2008/115, tra le quali figurano, in particolare, le condizioni relative al trattenimento di cui agli articoli 16 e 17 di tale direttiva»[98].

Se è pur vero che solamente gli artt. 15 e 16 della direttiva sono stati dichiarati dalla Corte di giustizia «incondizionati e sufficientemente precisi da non richiedere ulteriori specifici elementi perché gli Stati membri li possano mettere in atto»[99], tuttavia come si è evidenziato nella giurisprudenza costituzionale «la ricognizione in concreto di tali presupposti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione della direttiva comunitaria e delle sue singole disposizioni, che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia»[100]. Nella specie pare emergere un'antinomia gerarchica sanabile, per via interpre-

---

[97] C. FAVILLI, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 2011, 3, 693 ss.; G. SAVIO, *Lo stato di attuazione della direttiva rimpatri e il nuovo regolamento unico per i CIE*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, 3-4, 64 ss.; M. SAVINO, *L'amministrativizzazione della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khalaifia*, *ivi*, 2015, 3-4, 50 ss.

[98] Corte di giustizia, grande camera, 7 giugno 2016, causa 47/15, *Sélima Affum*, §. 74.

[99] Corte di giustizia, 28 aprile 2011, causa 61/11, *El Dridi*, §. 47.

[100] Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168.

tativa, dal giudice di merito, al quale compete, non solo, il potere di controllare e verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa, bensì, anche, di provvedere direttamente all'applicazione della misura più idonea, tenuto conto delle circostanze di fatto che qualificano la vicenda in questione.

Se si ha peraltro riguardo al grado di armonizzazione delle procedure vincolanti fornito dalla direttiva, il risultato – analizzato alla luce del grado di tutela previsto per gli stranieri irregolari – non può essere considerato soddisfacente, né utile a fungere da parametro, dato che quasi tutte le previsioni principali della direttiva impongono una procedura uniforme, ma al tempo stesso lasciano liberi gli Stati membri di introdurre delle deroghe ad essa.

5. Un'inammissibilità dovuta, un monito necessario

Nonostante le eccezioni di incostituzionalità del respingimento differito sopra illustrate, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 275/2017, dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza, rinviando il momento della censura mediante un espresso e severo monito al legislatore nel quale si preannuncia una dichiarazione di incostituzionalità in mancanza di innovazioni normative[101].

L'inammissibilità è conseguenza anche del caso oggetto del giudizio *a quo,* che nasce dal ricorso proposto da un cittadino pakistano avverso il decreto di respingimento con accompagnamento alla frontiera adottato dalla Questura di Trapani. Il questore aveva due opzioni, darvi immediata esecuzione o, in caso di temporanea impossibilità di eseguire l'accompagnamento, avrebbe dovuto disporre il trattenimento dello straniero in un centro (CPR), in vista della preparazione del rimpatrio. Stante l'impossibilità di trattenimento, la Questura adottò – contestualmente al decreto di respingimento – un ordine di allontanamento da eseguire entro sette giorni, ai sensi dell'art. 14, comma 5-*bis*, d.lgs. n. 286 del 1998[102]. Quest'ultimo provvedimento impedirebbe di portare ad esecuzione il respingimento mediante accompagnamento alla frontiera, privando perciò di rilevanza le questioni sollevate. Inoltre la successiva richiesta di protezione internazionale proposta dal cittadino straniero aveva indotto la Questura a sospendere l'esecutività del decreto di respingimento e dell'ordine di allontanamento in pendenza della decisione della Commissione territoriale competente per il riconoscimento della protezione internazionale.

---

[101] C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2013, 241 ss.

[102] In conformità ad una prassi sancita dalla nota n. 400/B/2016/16/P/34-91/7/1° Serv. del 2 gennaio 2016 del Servizio immigrazione del Ministero dell'interno. Come nota P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, *cit.*, 9 «Tale prassi amministrativa, frequente nel quadro della gestione amministrativa dei migranti stranieri sbarcati irregolarmente sulle coste italiane o salvate nel mare internazionale, sembra dare luogo alla sequenza atto di respingimento differito-ordine di allontanamento non appena terminata la procedura di identificazione nei Centri *hotspot*». Sugli *hotspot* S. PENASA, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie)*, in F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, ESI, Napoli, 2017, 395 ss.

Vi è da notare come da questa ricostruzione dei fatti di causa emerga una certa tendenza alla "amministrativizzazione" della disciplina. A tal riguardo, oltre alle numerose circolari ministeriali che vanno ad orientare l'attività degli uffici competenti in materia di immigrazione – Prefetture, Questure, Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, ecc. – molteplici sono le zone grigie nelle quali, in assenza di una regolamentazione per via legislativa, dilaga la discrezionalità amministrativa.

Anche per questo, pur partendo dalle stesse circostanze di fatto, il giudice *a quo* ha sottolineato nell'ordinanza che «l'accompagnamento alla frontiera resta sempre efficace quale effetto obbligatorio e inderogabile di ogni provvedimento di respingimento, ancorché in concreto esso non venga eseguito per ragioni oggettive, anche temporanee».

È tuttavia la stessa natura dell'ordine di accompagnamento a smentire tale ricostruzione, nella misura in cui l'urgenza, che è condizione integrante l'atto, rende necessaria una sua esecuzione immediata, non potendo altrimenti essere legittimata una protrazione della restrizione alla libertà personale dello straniero.

Nel ragionare in ordine alla mancanza di rilevanza, inoltre, la Corte costituzionale decostruisce l'interpretazione del giudice rimettente, osservando il carattere alternativo, anzi sostitutivo, e non certo contestuale del decreto di respingimento rispetto all'ordine di allontanamento[103]. In quest'ultima ipotesi però, pur perseguendosi ugualmente lo scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero, non si viene ad operare una restrizione della sua libertà personale.

Non pare secondario segnalare come la giurisprudenza sia costante «nel ritenere che l'intimazione a lasciare il territorio dello Stato italiano non [sia] un atto funzionalmente distinto dal decreto di espulsione, dal momento che ne determina solo le concrete modalità esecutive. Conseguentemente la giurisdizione sulle controversie che riguardano solo l'intimazione, come nella fattispecie in esame, non può essere scissa dal provvedimento cui accede, permanendo la giurisdizione sul provvedimento di espulsione del giudice di pace ai sensi dell'art. 13, comma 8, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286»[104]. L'ordine del questore non assume quindi valenza funzionalmente autonoma, il che influisce anche sulla legittimità di eventuali provvedimenti espulsivi successivi all'inottemperanza del predetto ordine, laddove «con l'applicazione – immediata e puntuale – della c.d. direttiva rimpatri, la norma autorizzante l'intimazione di allontanamento entro 5 gg., originariamente valida, è divenuta inapplicabile, tanto per i suoi effetti cogenti sullo straniero [non commette reato se non si allontana nel termine di 5 gg.] quanto per quelli autorizzatori di natura consequenziale, perché in contrasto con le previsioni della Direttiva (art. 7, par. 1) ed è pertanto dal giudice nazionale immediatamente disapplicabile. Di conseguenza, se viene meno per effetto della disapplicazione l'intimazione espulsiva, viene a cadere l'unico titolo legittimante l'espulsione che sia stata

---

[103] Corte cost., 26 ottobre 2007, n. 357 secondo cui tale istituto non incide sulla libertà personale, non avendo esecuzione coattiva; Corte cost., 21 giugno 2007, n. 228; Corte cost., 7 luglio 2006, n. 280.

[104] Tar Umbria, sez. I, 28 novembre 2011, n. 508; Tar Emilia Romagna, Bologna, 28 giugno 2010, n. 6104; Tar Lazio, Latina, 14 novembre 2007, n. 1210; Tar Marche, 12 luglio 2006, n. 544; Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2006, n. 2518.

adottata con riguardo all'art. 14, co. 5 ter»[105]. Se dunque l'inosservanza dell'ordine di allontanamento non giustifica un provvedimento espulsivo, il ragionamento della Corte – volto a realizzare una *actio finium regundorum* tra gli istituti – risulta rafforzato.

L'alternatività dei due provvedimenti si riflette inoltre sul regime di validità, influenzando l'adozione dell'uno quella dell'altro: in questi termini non può ritenersi che il decreto di respingimento a cui consegue un ordine di accompagnamento, in attesa del volontario allontanamento dello straniero, rimanga temporaneamente sospeso, per riprendere poi vigore ed essere eseguito a discrezione dell'autorità di polizia. In quest'ultimo caso infatti il provvedimento coattivo da eseguire non immediatamente, ma in un momento successivo, avrebbe un'incidenza priva di attualità, e solo eventuale, sulla libertà personale, laddove peraltro nemmeno la convalida verrebbe a rappresentare una garanzia effettiva, producendo altresì «l'anomalo effetto di attribuire all'autorità di polizia, sulla base di proprie valutazioni, anche a distanza di tempo dall'ingresso nel territorio dello Stato, la facoltà di eseguire l'accompagnamento senza alcun ulteriore controllo da parte dell'autorità giudiziaria»[106].

La Corte in tal senso offre un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa influente sul respingimento differito valorizzando i limiti prescritti dagli artt. 10, comma 2, e 13 Cost., in particolare la tassatività della previsione legislativa che interdice la concessione di forme di discrezionalità (non regolata) all'autorità di pubblica sicurezza nella scelta circa i tempi e i modi dell'adozione e dell'esecuzione di provvedimenti restrittivi della libertà personale al di fuori di quelli espressamente previsti in una disposizione legislativa.

Se la Corte si fosse arrestata alla semplice dichiarazione di inammissibilità avrebbe certamente offerto una influente interpretazione della normativa volta a raddrizzare il "legno storto" della prassi amministrativa in materia di respingimento differito, senza tuttavia incidere sul *vulnus* che la connota. La sentenza scongiura però il rischio che il giudice costituzionale non si pronunciasse argomentando su questo punto dirimente, frustrato dalla mancanza del presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituito dal profilo della rilevanza. Tale felice esito è determinato dal fatto che, nella specie, l'inammissibilità, per quanto decisione di natura processuale, si esprime "sul" merito, ossia si pone come una di quelle «pronunce che, pur non essendo afferenti al merito, [hanno] un effetto decisorio e chiudono (…) il processo davanti alla Corte»[107], aprendo la strada ad altri percorsi.

In particolare, si nota in sentenza come «l'inammissibilità delle questioni non p[ossa] esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridi-

---

[105] Cass. civ., sez. VI, ord. 20 aprile 2012, n. 6312; Cass. civ., sez. VI, 21 febbraio 2017, n. 4522; Cass. civ., sez. VI, ord. 17 maggio 2017, n. 12334

[106] Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275, §. 3-4 secondo cui «Il giudice rimettente però non ha considerato che nel caso in esame già al tempo dell'adozione dell'ordinanza di rimessione era venuta meno l'efficacia coercitiva dell'atto impugnato nel giudizio principale, e che, di conseguenza, con riferimento all'accompagnamento coattivo alla frontiera, la disposizione censurata non avrebbe più potuto avere applicazione. Errando nel valutare tale profilo e asserendo invece che il censurato art. 10, comma 2, avrebbe continuato a regolare interamente la fattispecie, anche con riferimento all'effetto obbligatorio e inderogabile dell'accompagnamento alla frontiera, il giudice a quo non ha tenuto conto del difetto di rilevanza che rende le questioni inammissibili».

[107] M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984, 13 s.

co del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, co. 3, Cost.»[108].

Il monito contenuto in sentenza è espressione di quella funzione di «magistero»[109] che è attribuzione della Corte, laddove la stessa «si sofferma ad affermare e specificare i criteri cui dovrebbe attenersi l'opera di revisione legislativa, [venendo] a porre, indirettamente, limiti e vincoli (benchè non obbligatori) all'indirizzo politico»[110]. Da guardiano attivo della Carta fondamentale e dei suoi principi, il giudice costituzionale – anche attraverso i moniti – struttura una sorta di collaborazione informale con il Parlamento, nella misura in cui tali sentenze rappresentano «lo svolgimento della premessa relativa alla natura autentica della giurisdizione costituzionale che non è (o ha cessato di essere) semplice giurisdizione caducatoria o di annullamento (…) ma che è destinata a concorrere alla elaborazione legislativa e allo svolgimento dei fini e dei programmi costituzionali»[111]. Rileggendo il principio di legalità costituzionale, la sentenza monito designa una fase di una più complessa procedura aperta e partecipata, che è auspicabile porti alla scrittura o, come nel caso di specie, alla modifica di una disciplina legislativa, altrimenti incostituzionale.

Diversamente, a fronte dell'inerzia del legislatore, sarà tuttavia inevitabile che la Corte, dopo essersi rivolta direttamente al Parlamento, cercando di facilitare e, soprattutto, promuovere un intervento di riforma legislativa, proceda a sanzionare l'illegittimità denunciata[112].

La Corte, nella sentenza commentata, delinea un monito vincolato sotto un duplice profilo: da un lato, confermando che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera è, in quanto tale, provvedimento restrittivo della libertà personale, dall'altro, richiedendo implicitamente – tramite il richiamo all'art. 13, comma 3, Cost. – almeno l'introduzione della convalida giurisdizionale.

Peraltro «il significato del riferimento della sentenza al comma 3 e non al comma 2 dell'art. 13 Cost. deve essere inteso non già in senso riduttivo, bensì in senso pienamente garantista della libertà personale e al contempo conservatore delle disposizioni legislative

---

[108] Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 275, §. 4.

[109] F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir*., X, Giuffrè, Milano, 1982, 987.

[110] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, VI, Cedam, Padova, 1958, 282, n. 8

[111] F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 1985, 533 s.

[112] Secondo P. FALZEA, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 2000, 121 ss. l'intervento valutativo della Corte, nel tempo «è divenuto più duttile e articolato e viene indirizzato a privilegiare, rispetto alla costituzionalità della singola norma, la costituzionalità complessiva dell'ordinamento giuridico nella prospettiva dell'inerzia legislativa. Appartiene a questo orientamento, attento più alla globalità del diritto positivo che alla individualità della singola norma, il ricorso della Corte a pronunce di rigetto tutte le volte in cui l'ordinamento giuridico, privato della norma individualmente incostituzionale, risulterebbe compromesso nella sua stessa legittimità costituzionale complessiva. È ben visibile tutto un filone giurisprudenziale improntato alla ponderazione tra la situazione dell'ordinamento con la presenza della norma giudicata incostituzionale e la situazione che verrebbe a determinarsi a seguito della sentenza di annullamento non seguita da un pronto intervento reintegrativo del legislatore».

vigenti e appare la logica conseguenza dell'interpretazione costituzionalmente conforme che la stessa sentenza dà del respingimento da eseguirsi con accompagnamento immediato alla frontiera»[113].

In questa prospettiva la disciplina dettata dall'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998 può essere ricondotta nei limiti della legittimità costituzionale non soltanto introducendo una convalida giurisdizionale, bensì soddisfando anche tutti gli altri requisiti indicati nell'art. 13, comma 3, Cost., ossia l'esistenza di ipotesi di necessità e di urgenza che siano eccezionali e che anche per questo debbono essere tassativamente descritte dalla disposizione legislativa.

Così l'interpretazione della norma legislativa offerta dalla Corte è divenuta costituzionalmente obbligatoria, nel senso che il respingimento differito da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera deve di per sé concretarsi solo in casi di urgenza nei quali sia effettivamente attuabile con immediatezza ovvero nei termini massimi in cui sia possibile il trattenimento del respinto in un apposito centro di permanenza. Conseguentemente la misura può essere prevista e disposta non certo come modalità ordinaria di esecuzione del respingimento differito, ma soltanto in quelle ipotesi eccezionali, da prescrivere in modo tassativo, nelle quali l'accompagnamento stesso sia effettivamente possibile, lasciando perciò l'attuazione di tutte le altre ipotesi di esecuzione del respingimento differito alla mera intimazione allo straniero respinto a lasciare il territorio nazionale.

Concludendo, la sentenza dimostra, ancora una volta, quale sia lo sforzo che viene richiesto al diritto – nonché ai suoi attori istituzionali – per assicurare anche in condizioni di emergenza il fisiologico svolgimento della sua funzione tipica – la gestione dei fenomeni sociali –, in un quadro di effettiva applicazione delle garanzie costituzionali, sia in senso procedurale, che sostanziale, ai fini della tutela dei diritti fondamentali.

---

[113] P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, *cit.*, 15.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Caterina Tomba*

LA PREGIUDIZIALITÀ DELLE QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

Sommario: 1. Premessa – 2. La definizione di giudizio a quo *"dipendente" dalla questione di legittimità costituzionale – 3. Evoluzione normativa: dalla responsabilità civile del giudice alla responsabilità dello Stato-giudice – 4. La "sede" del dubbio di legittimità costituzionale – 5. La "prima volta": la sentenza n. 18 del 1989 – 6. La sentenza n. 164 del 2017, dalla rilevanza in astratto alla rilevanza in concreto – 7. Segue: la sentenza n. 142 del 2018 – 8. Conclusione.*

1. Premessa

Il presente contributo vuole ripercorrere la giurisprudenza costituzionale in tema di responsabilità civile dei magistrati avendo precipuamente riguardo al profilo processuale della ammissibilità delle questioni in ordine al requisito della rilevanza. Come si cercherà di dimostrare, le norme sulla responsabilità civile dei magistrati si prestano ad essere oggetto di una trattazione autonoma rispetto al più generico orientamento della Corte sul tema in parola. Le norme regolative dell'esercizio della funzione giudiziaria, infatti, difficilmente potrebbero trovare applicazione in un giudizio "comune" dal quale possa sorgere l'incidente di incostituzionalità, ciò mostrando le evidenti difficoltà che potrebbero sorgere in ordine alla sussistenza del requisito della rilevanza. L'idoneità o inidoneità del giudizio costituzionale, allora, può essere misurata diversamente a seconda della differente interpretazione che si voglia dare alle disposizioni processuali che regolano tale giudizio. Tale interpretazione costituisce l'oggetto della presente trattazione, avendo la Corte sintetizzato, a nostro avviso correttamente, le diverse esigenze che nell'ipotesi in parola vengono in rilievo. Preliminarmente saranno, però, necessari alcuni cenni ai caratteri di incidentalità e di concretezza del giudizio di legittimità costituzionale nonché alla evoluzione normativa del regime di responsabilità civile dei magistrati, per poi, più dettagliatamente, esaminare la giurisprudenza costituzionale in materia.

* Dottore di ricerca in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

2. La definizione di giudizio *a quo* "dipendente" dalla questione di legittimità costituzionale

Il carattere di incidentalità del giudizio di legittimità costituzionale previsto nel nostro sistema costituzionale rappresenta, come noto, il legame soggettivo e oggettivo che intercorre (o deve intercorrere) tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem*[1]. Senza ripercorrere le note fasi giurisprudenziali[2] e dottrinarie[3] in ordine all'identificazione dei diversi strumenti che caratterizzano l'incidentalità e alla loro differente qualificazione a seconda delle "stagioni" della giurisprudenza costituzionale[4], valga per ora la generica affermazione per cui l'incidentalità deriva da due disposizioni, le quali disegnano tale collegamento sotto un duplice profilo: la norma di apertura della legge cost. n. 1 del 1948[5] esprime la necessità che *la questione* di legittimità sorga in capo ad un giudice – anche se in seguito alla sollecitazione delle parti – nel corso di un giudizio[6]; la *qualificazione*[7] del tipo di legame intercorrente tra i due giudizi si rintraccia, invece, nell'art. 23, secondo comma, della legge n. 87 del 1953[8], nella parte in cui afferma che l'autorità giurisdizionale emette l'ordinanza di rimessione[9] «qualora il giudizio

---

[1] Una completa ricostruzione del contesto normativo, costituzionale e legislativo, nel quale la Corte si è trovata ad operare nel 1956 si trova ora in G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi,* Napoli, 2017, 153 ss.

[2] Utile rassegna giurisprudenziale si trova in R. NEVOLA – D. DIACO – M. BONI (a cura di), *Il requisito della rilevanza della questione incidentale di legittimità costituzionale. Selezione ragionata di giurisprudenza costituzionale,* in cortecostituzionale.it, ottobre 2016.

[3] Oltre a G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale,* cit., 203 ss., si veda F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione",* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Torino, 2002, 146 ss.

[4] Si rinvia, anche in questo caso, a G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale,* cit., in particolare 203 ss. Si veda anche L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea,* Napoli, 2012, 35 ss.

[5] «La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione».

[6] Si tratta, quindi, di una "supposizione" che la legge costituzionale pone in ordine alla sede nella quale il dubbio possa sorgere. L'introduzione del giudizio per la via incidentale è il sistema «supponente lo svolgersi (in atto) di un altro antecedente giudizio», così F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, parte I, 1966, 221 ss., pubblicato in forma di volume, Napoli, 1966, 6. V. CRISAFULLI, *Sulla sindacabilità da parte della Corte costituzionale della «rilevanza» della questione di legittimità costituzionale,* in *Giur. cost.,* 1957, 608, intravedeva nella disposizione costituzionale una allusione implicita «alla necessaria pertinenza alla causa principale della questione di legittimità costituzionale».

[7] O la "precisazione", usando le parole di V. CRISAFULLI, *Sulla sindacabilità da parte della Corte costituzionale della «rilevanza»*, cit., 608.

[8] Su cui cfr. N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1988, 804 ss.

[9] Con contestuale sospensione del giudizio *a quo.* Sul punto si segnala una recente pronuncia della Corte in cui l'eccezione di inammissibilità sollevata in relazione alla mancata sospensione del giudizio *a quo* è stata dichiara infondata. In particolare, il giudizio era stato sospeso solo parzialmente, nei limiti dell'oggetto dell'udienza nella quale veniva in rilievo la norma impugnata (trattasi della norma che disciplina le ipotesi di sciopero degli avvocati nelle udienze in cui sia parte un imputato sottoposto a custodia cautelare). La Corte, parzialmente in contrasto con i propri precedenti, ha affermato che l'«art. 23 della legge n. 87 del 1953, interpretato alla luce del principio della ragionevole durata del processo che pervade ogni giudizio – civile, penale, o amministrativo che sia –, non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compi-

non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale». La legge costituzionale definisce, quindi, il soggetto titolare del potere di sollevare la *quaestio* (il giudice) e l'attività soggettiva in cui tale potere possa essere esercitato (nell'esercizio della funzione giurisdizionale), e la legge ordinaria integra tale presupposto soggettivo con un presupposto oggettivo[10] qualificante la *conditio* in presenza della quale tale potere possa essere esercitato (quando, dunque, sussiste il rapporto di dipendenza tra i due giudizi)[11]. Il collegamento oggettivo tra i due giudizi è espresso dal concetto di «rilevanza», vale a dire l'esistenza del «nesso di strumentalità tra la questione di costituzionalità e la risoluzione del giudizio *a quo*»[12] che fornisce il carattere di concretezza al giudizio di legittimità costituzionale, pur rendendo quest'ultimo autonomo rispetto al giudizio principale. La rilevanza qualifica, quindi, il rapporto tra i due giudizi nei noti e ormai diffusamente condivisi termini di "pregiudizialità costituzionale"[13], concetto ben lontano dalla tradizionale categoria processualistica[14] della pregiudizialità ma alla quale si accomuna per la devoluzione ad altro giudice della decisione di una questione necessaria al giudice pregiudicato ma ad essa non legittimato[15].

La difficoltà definitoria, accentuata dalla ondivaga giurisprudenza costituzionale sul punto, della pregiudizialità costituzionale si riscontra, soprattutto, guardando alle implicazioni derivanti dalle ipotesi in cui essa risulti carente.

Per un verso, infatti, il rapporto di pregiudizialità si sostanzia nella *applicabilità* della norma indubbiata e sottoposta all'attenzione della Corte nel giudizio *a quo*, in ciò comprendendo tanto le norme sostanziali quanto le norme processuali che il giudice (e in seguito la

---

mento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante. Resta fermo il controllo da parte di questa Corte dell'effettiva possibilità di circoscrivere la rilevanza della questione, che rimane pur sempre incidentale e che, come tale, è pregiudiziale rispetto ad una decisione del giudice rimettente» Corte cost., sent. n. 180 del 2018, punto 7 *Cons. dir*.

[10] «La rilevanza esprime il legame "oggettivo" che collega la questione di costituzionalità al giudizio *a quo*», F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 163.

[11] Di recente, vd. R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.,* in *ConsultaOnLine,* 2015, 354. La specificazione di cui all'art. 23, come noto, ha suscitato, fino agli anni '70, dubbi, risolti dalla Corte nell'ord. n. 130 del 1971, circa la sua conformità a quanto sancito dalla legge cost. n. 1 del 1948. V., al riguardo, G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale,* in *Giur. cost.,* 1969, 1001 ss.

[12] Per tutti, F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, *«Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi,* Milano, 1972.

[13] L'espressione, pur in un'accezione del tutto diversa, appare per la prima volta in M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile,* Milano, 1957. Critici dell'uso di tale categoria F. PIERANDREI, (voce) *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.,* X, Milano, 1962, 952 s. e S. SATTA, *Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo,* in *Riv. dir. proc.,* 1959, 591 ss.

[14] Sull'utilizzo, inadeguato, delle categorie processuali in riferimento ad un giudizio del tutto peculiare, dotato di una «specialissima struttura», quale quello della Corte costituzionale, in particolare, F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, *«Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi,* cit., 35 ss.

[15] V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi,* in *Riv. dir. pubbl.,* I, 1950, 36 ss. già rilevava, ancor prima dell'adozione della legge del '53, che la pregiudizialità tecnica non avrebbe potuto trovare spazio nel giudizio sulle leggi data l'impossibilità, in questo caso, di un'attivazione autonoma, indipendente, del giudizio pregiudicante.

Corte) ritenga debbano essere applicate al caso concreto, sì da escludere che il giudizio principale si configuri come mera occasione utile al vaglio di illegittimità costituzionale[16]. Nel caso in cui la norma indubbiata sia estranea al giudizio *a quo,* la questione dovrebbe essere dichiarata inammissibile.

La non estraneità della norma al giudizio *a quo* comporta, nella configurazione che ne è stata data, l'affermazione dell'assunto per cui il requisito della rilevanza della questione, e dunque il giudizio circa l'applicabilità della norma nel giudizio principale, debba sussistere al tempo della sollevazione della questione di legittimità ma non debba, in termini generali, persistere in pendenza del giudizio della Corte. E allo stesso modo si spiega l'inammissibilità di questioni ipotetiche, meramente interpretative, ovvero teoriche, che prescindano dall'applicazione concreta della norma e siano volte al solo chiarimento interpretativo delle disposizioni. D'altronde, il giudizio della Corte costituzionale presuppone l'individuazione di una *norma* perché è su questa, e non sulla disposizione, che verte il suo sindacato ed è solo su questa che la Corte si può esprimere[17].

È noto, però, che la Corte abbia utilizzato il requisito della rilevanza come strumento per ampliare o restringere le occasioni nelle quali esprimersi sul merito[18]. La rilevanza, nel senso di applicabilità della norma al caso concreto, è stata, quindi, configurata come diretta applicabilità, mera influenza, obiettivo collegamento, strumentalità e così via. In altre parole, la Corte ha diversamente modulato la sostanza del requisito in questione a seconda della volontà, per ragioni da alcuni tacciate, in certi casi, di mera opportunità politica[19], di esprimersi o meno sul merito. Ad ogni modo, ciò che vogliamo evidenziare è che il requisito in parola, per come espresso dall'art. 23, l. n. 87 del 1953 ed interpretato dalla Corte costituzionale, porta con sé uno specifico carattere del nostro sindacato di legittimità costituzionale, la concretezza[20]: il giudizio della Corte deve riguardare norme la cui applicazione risulti immediata nel giudizio dal quale proviene il dubbio di legittimità.

---

[16] In tal senso, invece, F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale,* cit., 297.

[17] Diversa, invece, l'impostazione teorica nel giudizio in via principale, anch'esso avente ad oggetto le norme, ma nel quale non ne è presupposta l'individuazione tanto da consentire la sottoposizione alla Corte di questioni meramente interpretative. In senso contrario sembra che la Corte si sia espressa in un'isolata decisione, nella quale ha ritenuto estensibile l'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione anche alle parti del giudizio in via principale (*sic*!), Corte cost., sent. n. 153 del 2015 con la quale la questione viene dichiarata inammissibile «per mancato esperimento del tentativo d'interpretazione conforme a Costituzione».

[18] Sul punto cfr. P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi,* Torino, 2000, 216 ss.

[19] Per una rassegna della più recente giurisprudenza costituzionale "sospetta di politicità" si conceda il rinvio a GIU. SERGES – C. TOMBA (a cura di), *«Il pendolo della Corte». Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giuridisdizionale".* Dossier *sulla giurisprudenza costituzionale,* in ROMBOLI R. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giuridisdizionale",* Torino, 2017, 533 ss. Per le decisioni che interessano gli aspetti più strettamente processuali si vedano, in particolare, 568 ss.

[20] Sullo specifico carattere della concretezza si veda, *in primis*, A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi,* in *Quad. cost.,* 1982, 521 ss. Sui diversi caratteri della concretezza cfr., M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale,* Padova, 1984; A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto,* in *Jus,* 1994, 91 ss.

Per altro verso, dall'innegabile diversa natura dei giudizi *a quibus* e del giudizio sulle leggi discende che quest'ultimo non possa essere considerato come una "prosecuzione" del primo presso altro giudice[21], ma debba essere qualificato come un giudizio autonomo[22] rispetto al giudizio *a quo.* L'oggetto dei due giudizi è, infatti, diverso: il giudizio principale ha per oggetto la tutela di posizioni giuridiche soggettive di cui venga lamentata una lesione; il giudizio della Corte l'accertamento della incostituzionalità della norma. Ciò comporta l'inammissibilità, a nostro avviso non già per ragioni legislative, quanto per ragioni sistemiche, di questioni che provengano da giudizi che non siano indirizzati alla tutela di posizioni giuridiche soggettive[23]. Corollario del principio di autonomia del giudizio sulle leggi, quindi, è la negazione che possa prospettarsi una totale coincidenza tra l'esito del giudizio *a quo* e l'esito del giudizio di legittimità costituzionale. Si tratta, come noto, del divieto di *fictio litis,* vale a dire del divieto di sottoporre alla Corte questioni sorte nell'ambito di un giudizio «svincolato da esigenze applicative»[24], divieto volto ad evitare la trasformazione del giudizio incidentale in un'azione diretta mascherata[25]. Tale divieto esprime, quindi, l'esigenza di tutelare non tanto, o almeno non direttamente, il carattere di concretezza del sindacato di legittimità, quanto, piuttosto, il carattere d' incidentalità del nostro modello[26], peraltro esplicitamente espresso dalla legge cost. n. 1 del 1948. Il tema del divieto di *fictio litis,* qui solo sommariamente affrontato[27], non riguarda direttamente la nostra riflessione. Ciò che, ai nostri fini, deve

---

[21] Per superare tale ostacolo definitorio si è preferito parlare di «pregiudizialità logica» in luogo della pregiudizialità tecnica, sì da escludere che il giudizio della Corte possa rappresentare tecnicamente la prosecuzione del giudizio principale. Autorevole dottrina ha, infatti, puntualizzato, facendo leva su tale caratterizzazione della pregiudizialità, che ciò che costituisce prosecuzione non è il giudizio della Corte, bensì la questione sottopostale. In tale direzione si spiegherebbe la non rilevabilità, nel giudizio di legittimità costituzionale, dei vizi del processo principale e l'assenza delle parti nel giudizio della Corte. In tale ricostruzione la questione di legittimità costituzionale verrebbe qualificata come questione pregiudiziale e, al contempo, si giustificherebbe l'autonomia che caratterizza il suo giudizio. Si veda, da ultimo, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni,* Bologna, 2018, 112. Propende, invece, per una valorizzazione del ruolo delle parti anche nel giudizio incidentale, con conseguente stretta applicazione del principio del contraddittorio, G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi: il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016.

[22] Autonomia particolarmente valorizzata da F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sulla autonomia del giudizio costituzionale,* cit., part. 278 ss., il quale afferma l'assoluta prevalenza dell'interesse pubblico all'eliminazione dall'ordinamento di norme contrarie a Costituzione sull'interesse particolare delle parti del processo principale e del giudice *a quo* a che, in tale giudizio, non vengano applicate norme incostituzionali.

[23] Tenendo comunque presente che la definizione del concetto di giurisdizionalità "ai limitati fini" della legittimazione a sollevare questioni in via incidentale si presta, come peraltro affermato dalla Corte fin dalle sue più risalenti pronunce (fra tutte, sent. n. 129 del 1957, in cui si legge che i termini "giudice" e "giudizio" vengono utilizzati dal legislatore «in maniera generica e con vario significato»), ad essere adattata alle esigenze del caso concreto, soprattutto alla luce delle continue trasformazioni che i processi giurisdizionali subiscono ad opera del legislatore nella determinazione tanto delle regole del processo quanto dei poteri e delle funzioni attribuiti agli organi giurisdizionali. Si veda, di recente, M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di «rendere giustizia costituzionale»,* in *RivistaAIC,* n. 1/2015.

[24] G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale,* cit., 113.

[25] Rilevando, come noto, il divieto di *fictio litis* in senso oggettivo, non potendo, la Corte, preoccuparsi dello scopo personale che spinge ad instaurare un giudizio.

[26] Ovvero del "canone", secondo la suggestiva posizione di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale,* cit., *passim.*

[27] Su cui, di recente, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale,* cit. Sul punto si veda anche L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea,* cit., in particolare 73 ss.

essere sottolineato è che il divieto in questione, pur nella sua attuale diversa concezione[28], risponde ad un'esigenza costituzionale espressa, eventualmente bilanciabile con altre esigenze costituzionali e perciò, a determinate condizioni, parzialmente sacrificabile. D'altronde quest'ultima sembrerebbe essere la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sua recente giurisprudenza in tema di sindacabilità delle leggi elettorali: la Corte ha, infatti, ammesso questioni di legittimità sollevate nel corso di giudizi di accertamento del diritto – in cui la coincidenza dei *petita* risultava, se non evidente, almeno probabile – , così sacrificando l'esigenza della stretta incidentalità per come fin qui declinata, esclusivamente nelle ipotesi in cui la presunta lesione del diritto provenisse dalla (sospetta) incostituzionalità di una legge priva di una differente sede giurisdizionale atta a garantire la tutela ed, eventualmente, il ristoro dei danni da questa provocati (sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017[29]); nelle diverse ipotesi in cui la lesione fosse derivata da leggi elettorali, quali quelle relative alle elezioni al Parlamento europeo[30] ovvero alle elezioni regionali[31], non coperte dal disposto di cui all'art. 66 Cost., potendo tale lesione essere accertata e tutelata in diverse sedi giurisdizionali, il sacrificio del principio in questione non è apparso necessario, ben potendo, eventuali questioni di legittimità, trovare una sede idonea nella quale essere sollevate. A conferma di quanto appena descritto, inoltre, sembrerebbe accorrere il recente comunicato stampa del 25 ottobre 2018[32], in cui si preannuncia il rigetto della questione di legittimità sollevata dal Consiglio di Stato in relazione alla soglia di sbarramento di cui alla legge n. 18 del 1979 come modificata dalla legge n. 10 del 2009 per le elezioni al Parlamento europeo: la Corte ha certamente ritenuto di poter sindacare nel merito la questione, ciò facendo presumere, con un certo grado di probabilità, che la sussistenza del requisito di pregiudizialità sia stata determinata dalla correttezza della sede dalla quale questa gli sia pervenuta.

---

[28] O, almeno, nella peculiare declinazione fatta propria dalla Corte a partire dalla sent. n. 1 del 2014, sui cui cfr. GIO. SERGES*, Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *RivistaAIC*, 21 marzo 2014. L'autonomia del giudizio della Corte costituzionale ha, inoltre, giustificato, a nostro avviso correttamente, l'ammissibilità di questioni di legittimità sollevate nel corso di giudizi amministrativi meramente impugnatori in cui l'ostacolo della coincidenza dei *petita,* seppur meno evidente e sostanzialmente più facilmente tollerabile rispetto ai casi di giudizi di mero accertamento, è stato superato in ragione della struttura peculiare del tipo di giudizio, tale da consentire di non riscontrare, in tali casi, una violazione del divieto di *fictio litis*. Si veda, fra tutte, Corte cost., sent. n. 4 del 2000, richiamata, peraltro, dalla Corte a sostegno della posizione assunta in tema di leggi elettorali.

[29] Le decisioni in parola hanno attratto, inevitabilmente, l'attenzione di numerosissimi autori, tanto in ragione delle peculiarità processuali di cui stiamo trattando, quanto, soprattutto, in ragione della valenza politica dei rispettivi accoglimenti. Valga, qui, il solo rinvio, anche per i riferimenti a tale dottrina, a G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale,* cit., 25 ss.

[30] Corte cost., sent. n. 110 del 2015 e ord. n. 165 del 2016, su cui si vedano F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti:* overruling *o continuità?*, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 886 ss.; A. ROMANO, *Accesso alla giustizia costituzionale ed eguaglianza del voto. Legittimazione delle Corti e discrezionalità legislativa*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 2, 431 ss.; S. LIETO – P. PASQUINO, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in forumcostituzionale.it, 2015.

[31] Corte cost., sent. n. 193 del 2015. V. A. CHIUSOLO, *Una rilettura della recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale: dalla sent. 1/2014 alla sent. 35/2017, tra* "revirements" *e conferme*, in forumcostituzionale.it, 2017.

[32] Comunicato stampa della Corte costituzionale pubblicato il 7 novembre 2018, a seguito della camera di consiglio del 25 ottobre 2018, in cortecostituzionale.it.

Tornando all'aspetto che maggiormente rileva in questa riflessione, il carattere della concretezza garantito dal requisito di ammissibilità della rilevanza della questione assume un fondamentale corollario: se la questione deve riguardare norme applicabili nel giudizio *a quo*, tale applicabilità deve essere attuale, concreta, non meramente potenziale o eventuale, non consentendo che vengano sottoposte alla Corte questioni premature. Tale corollario costituisce il rovesciamento della medaglia di quanto detto in precedenza: se eventuali mutamenti normativi, fattuali, giurisprudenziali ovvero processuali non intaccano, di regola[33], il giudizio circa la rilevanza della questione, ciò si traduce in uno specifico carattere della rilevanza: la sua *staticità*. La pregiudizialità costituzionale deve, infatti, sussistere *al tempo* in cui sorge il dubbio di legittimità, impedendo in concreto al giudice di proseguire nel suo giudizio. È tale impedimento in concreto che non consente di sollevare questioni di legittimità in un momento antecedente e, dunque, prematuro. Descritta in questi termini, quindi, la nozione di rilevanza sembrerebbe allontanarsi dalla tradizionale posizione per cui la pregiudizialità investe tanto la questione, nel senso della applicabilità della norma al caso concreto, quanto la decisione della Corte, necessariamente produttiva di effetti nel giudizio d'origine. Stando, però, alla più recente giurisprudenza in tema di limitazione degli effetti temporali delle proprie decisioni e, a nostro parere, alla obiettiva difficoltà circa la concreta prevedibilità della effettiva influenza che la decisione di legittimità possa esercitare sul giudice *a quo* una volta ripreso il giudizio – difficoltà che deriva dalla progressione temporale del giudizio della Corte, che, per il tramite della tecnica del bilanciamento, potrebbe giustificare l'influenza al momento della sollevazione della questione e smentirla al momento della decisione – appare preferibile aderire alla tesi di autorevole dottrina che ritiene di far prevalere il carattere di autonomia del giudizio di legittimità su quello del necessario collegamento funzionale con il giudizio *a quo*[34].

Nel giudizio di legittimità costituzionale che ha ad oggetto norme che non debbano essere "applicate" al caso concreto, ovvero che non incidano sulle posizioni giuridiche soggettive tutelate nel giudizio *a quo*, bensì riguardino direttamente o indirettamente il giudizio stesso, nel suo essere e divenire, quali quelle relative allo *status* dei magistrati e, come vedremo, alla responsabilità – dello Stato o del giudice – derivante da attività giurisdizionale, la linea di confine tra l'ammissibilità e l'inammissibilità si pone proprio sulla soglia tra impedimento/non impedimento a decidere.

---

[33] Salvo il caso in cui, a giudizio della Corte, lo *ius superveniens* non sia tale da rendere necessaria una nuova valutazione circa la rilevanza ad opera del giudice *a quo.* Ipotesi, peraltro, che non dovrebbe determinare l'inammissibilità della questione bensì la restituzione degli atti. Sul punto si rinvia a R. ROMBOLI, *Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice* a quo, in *Giur. cost*., I, 1992, 453 ss.

[34] Ci riferiamo, in particolare, alla posizione di P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del Giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 395 ss.

3. L'evoluzione normativa della responsabilità civile dei giudici: dal giudice allo Stato-giudice

Per comprendere la peculiarità del giudizio di ammissibilità in punto di rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale attinenti alla responsabilità civile dei magistrati è necessario – considerata, come vedremo, l'incidenza della disciplina concreta su tale giudizio – ripercorrere brevemente l'evoluzione della normativa in parola.

La prima disciplina organica della materia è stata introdotta dalla legge n. 117 del 1988[35], varata all'indomani del *referendum* abrogativo del 1987, il cui esito positivo aveva determinato l'abrogazione – e la conseguente estensione ai magistrati della disciplina comune di responsabilità – della normativa precedentemente contenuta nel codice di procedura civile del 1940[36].

Nonostante la sopravvenienza dei principii costituzionali di cui agli artt. 28, 101 e ss. Cost., dunque, il legislatore ordinario si è preoccupato di intervenire sulla materia soltanto 40 anni più tardi, ciò suscitando notevoli perplessità[37] in ordine alla perdurante (in)compatibilità della disciplina pre-repubblicana con il nuovo assetto costituzionale.

In ordine ai profili sostanziali del regime di responsabilità[38], la legge[39] ha identificato l'ingiustizia del danno, e dunque la sua risarcibilità, nella riconducibilità dello stesso ad un

---

[35] Legge 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), G.U. n. 88 del 15/04/1988.

[36] Si trattava di tre disposizioni, rispettivamente: art. 55 c.p.c. (Responsabilità civile del giudice): «Il giudice è civilmente responsabile soltanto: 1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione; 2) quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero. Le ipotesi previste nel numero 2 possono aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito»; art. 56 c.p.c. (Autorizzazione): «La domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza l'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia. A richiesta della parte autorizzata, la Corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda. Le disposizioni del presente articolo e del precedente non si applicano in caso di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in seguito a condanna penale»; art. 74 c.p.c. (Responsabilità del pubblico ministero): «Le norme sulla responsabilità del giudice e sull'esercizio dell'azione relativa si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione».

[37] Perplessità puntualmente poste al vaglio della Corte costituzionale nel 1968, la quale, pur esprimendosi nel senso del rigetto delle varie questioni sottopostele, ha affermato il principio fondamentale per cui l'art. 28 Cost. debba ritenersi riferibile anche ai magistrati, con conseguente estendibilità della responsabilità di questi ultimi allo Stato. Corte cost., sent. n. 2 del 1968, in particolare punto 2 *Cons. dir.*: «in virtù dell'art. 28 della Costituzione, là dove è responsabile il "funzionario" o "dipendente", lo sarà negli stessi limiti lo Stato […]: e, poiché questo è il modello sul quale occorre ormai interpretare le due norme denunciate, in esse dovrà leggersi anche la responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni di cui risponde il giudice nell'esercizio del suo ministero (cit. art. 55)».

[38] Per una disanima completa della disciplina in parola cfr., almeno, AA. VV., *La responsabilità civile dello Stato giudice (Commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117 in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati),* Padova, 1990; N. PICARDI – R. VACCARELLA (a cura di), *La responsabilità dello Stato giudice*, Padova, 1990; A. R. BRIGUGLIO – A. SIRACUSANO, *Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati (commento all'art. 2 della l. 13 aprile 1988, n. 117),* in *Le nuove leggi civili commentate,* 6/1989; M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, 1988; G. P. CIRILLO – F. SORRENTINO, *La responsabilità del giudice: legge 117/1988,* Napoli, 1988; A. GIULIANI – N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995.

comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere da un magistrato con "dolo" o "colpa grave" nell'esercizio delle sue funzioni ovvero all'ipotesi di "diniego di giustizia"[40]. Rispetto alle ipotesi precedenti, il primo elemento di novità consiste nell'addizione dei comportamenti caratterizzati dall'elemento soggettivo della colpa grave – ipotesi che la Corte costituzionale aveva già ritenuto opportuna, seppur non costituzionalmente obbligata[41] –, dettagliatamente e tassativamente specificati dalla medesima disposizione. L'art. 2, comma 3, della legge n. 117, infatti, prevedeva che costituissero colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. La specificazione delle ipotesi di colpa grave, come si può facilmente evincere dal testo legislativo, ha avuto l'intento e la funzione di limitare la qualificazione generica della colpa grave, prevedendo che quasi tutte le ipotesi tipizzate fossero determinate dall'ulteriore elemento psicologico della negligenza inescusabile[42].

Ulteriore e, probabilmente, più incisiva limitazione della responsabilità era contenuta nella c.d. "clausola di salvaguardia" dell'indipendenza funzionale del giudice, espressa dal comma 2 dell'art. 2 della legge, in virtù della quale «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto (*sic!*) né quella di valutazione del fatto e delle prove». La clausola operava in relazione a tutte le ipotesi di illecito, ciò determinando una *sostanziale irresponsabilità* del giudice, essendo difficilmente riconducibili all'attività giudiziaria atti o provvedimenti che non siano frutto di interpretazione, tanto nella veste di interpretazione-attività, quanto in quella di interpretazione-risultato.

In ordine ai profili processuali la novella del 1988 ha radicalmente modificato la disciplina precedente, dando definitivamente attuazione all'art. 28 Cost. per come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 2 del 1968. La legge n. 117 ha, infatti, separato

---

[39] Applicabile «a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria», art. 1, L. n. 117 del 1988.

[40] Cfr. art. 2, L. n. 117 del 1988.

[41] In particolare in Corte cost., sent. n. 2 del 1968: «Quanto alle altre violazioni di diritti soggettivi, cioè ai danni cagionati dal giudice per colpa grave o lieve o senza colpa, il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale; ma niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie (se esistono)».

[42] La differenza tra "colpa grave" e "negligenza inescusabile", concetti entrambi non chiariti dalla normativa in questione, è stata individuata dalla Corte di cassazione in due fondamentali pronunce: Corte cass., Sez. III, sent. n. 7272 del 18 marzo 2008, in cui si legge che «l'ipotesi di colpa grave di cui all'art. 2, comma 3, l. n. 117/88 sussiste quando il comportamento del magistrato si concretizza in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, che comporta l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo e lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero»; Corte cass., Sez. III, Sent. n. 15227 del 5 luglio 2007 relativa alla negligenza inescusabile, la quale «esige un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 cod. civ., nel senso che si esige che la colpa stessa si presenti come "non spiegabile", e cioè priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato» (cfr. già Corte cass., Sez. I, sent. n. 6950 del 26 luglio 1994).

per la prima volta la responsabilità dello Stato per il danno patito dal privato in esito a comportamenti, atti o provvedimenti giudiziari, dalla responsabilità del magistrato autore di essi. È stata, dunque, esclusa l'azione diretta del privato danneggiato nei confronti del magistrato: da questo momento, chi ritenga di aver subìto un danno ingiusto non può agire direttamente contro il magistrato autore dell'atto o del provvedimento, ma deve agire contro lo Stato[43] il quale, una volta intervenuto il giudicato risarcitorio e a determinate condizioni, esercita l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato[44]. Entrambe le azioni vengono dettagliatamente disciplinate dalla legge, ma il profilo processuale che maggiormente interessa il discorso che stiamo svolgendo è quello di cui all'art. 5, disciplinante l'oggi abrogata delibazione preliminare di ammissibilità dell'azione contro lo Stato-giudice. Oggetto di tale giudizio era la verifica dei presupposti dell'azione e del rispetto dei termini nonché una preliminare valutazione circa la non manifesta infondatezza dei motivi fondanti la pretesa risarcitoria. L'attivazione del filtro di ammissibilità per quest'ultimo motivo ha costituito, insieme agli strumenti che abbiamo indicato in precedenza, uno degli espedienti sostanzialmente impeditivi dell'azione risarcitoria, presupposto, quest'ultima, per l'attivazione dell'azione di rivalsa. L'azione nei confronti del magistrato, infatti, doveva essere esercitata entro un anno dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale se nel giudizio risarcitorio fosse stata accertata la responsabilità dello Stato. Il comma 3 dell'art. 8 della legge n. 117 prevedeva, inoltre, che la misura della rivalsa non potesse superare una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento era proposta, anche se dal fatto fosse derivato danno a più persone e queste avessero agito con distinte azioni di responsabilità, limite che non si applicava al fatto commesso con dolo. L'esecuzione della rivalsa, quando effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non poteva comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto. Nel caso in cui il danno fosse conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio, anche nei confronti dello Stato come responsabile civile, venivano regolati dalle norme ordinarie. Il danneggiato, quindi, poteva agire direttamente nei confronti del magistrato e dello Stato, quale responsabile civile, e l'azione di regresso dello Stato veniva disciplinata dalle norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

Il regime di responsabilità risultante dalla legge n. 117 del 1988 si è dimostrato, quindi, inidoneo a dare risposta alle sentite esigenze di ristoro di fronte ai danni prodotti da alcuni errori giudiziari, in particolare verificatisi sul finire degli anni '80[45].

---

[43] Art. 2, comma 1, L. n. 117 del 1988.

[44] Artt. 7 e ss. L. n. 117 del 1988.

[45] Tanto che la legge in questione è stata oggetto, nel 1995 e nel 1999, di due richieste referendarie, tutte dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale. In entrambi i casi la Corte ha dichiarato inammissibile il quesito, in quanto assolutamente e oggettivamente carente quanto a chiarezza, poiché «così come configurata, la medesima domanda referendaria può intendersi orientata a due diversi e contrastanti obiettivi: alla eliminazione della responsabilità dello Stato, nei cui confronti l'azione di risarcimento non dovrebbe né potrebbe essere più rivolta, oppure, alternativamente, ad una (possibile) affermazione di responsabilità del magistrato con la (even-

Molte delle criticità della disciplina in questione sono state messe in luce dalla giurisprudenza comunitaria, la quale ha reso necessaria e improrogabile[46] una radicale riforma del sistema risarcitorio da illecito giudiziario. In particolare, la Corte di giustizia si è espressa in due fondamentali decisioni: l'una riferita al regime previsto dall'ordinamento austriaco, nota ai più come sentenza *Köbler*[47], i cui principii hanno costituito il fondamento della giurisprudenza successiva; l'altra, indirizzata direttamente al nostro ordinamento – Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03, TDM *c.* Italia[48] – in cui la Corte, in ragione di quanto affermato nella pronuncia precedente, ha rilevato l'incompatibilità del regime di responsabilità disciplinato dalla legge n. 117 del 1988 con l'ordinamento comunitario. Con riferimento, in primo luogo,

---

tualmente) concorrente e coesistente responsabilità dello Stato». Corte cost., sent. n. 34 del 1997, punto 4 *Cons. dir.* In senso analogo, Corte cost., sent. n. 38 del 2000.

[46] Di diverso avviso sembrerebbe A. PIZZORUSSO, *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea,* in *RivistaAIC,* 2006.

[47] Corte giust., 30 settembre 2003, C-224/01. Cfr E. SCODITTI, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale,* in *Foro it.,* IV, 2004; R. CONTI, *nota a Corte di giustizia CE, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224-01,* Köbler *c. Repubblica d'Austria,* in *Danno e responsabilità,* 2004; S. BASTIANON, *Giudici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Responsabilità civile e previdenza,* 2004. Secondo la Corte, una tutela effettiva dei diritti soggettivi derivanti dall'ordinamento comunitario (oggi euro-unitario) porta con sé, necessariamente, il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili e, quindi, anche quando la violazione di cui trattasi derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Perché possa sorgere tale obbligo risarcitorio sono condizioni necessarie e sufficienti che la norma di diritto comunitario violata attribuisca diritti ai singoli, che la violazione sia sufficientemente caratterizzata e che sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subìto dalle parti lese. A ciò, sottolinea la Corte, non osta l'esistenza di un giudicato, posto che il riconoscimento della responsabilità dello Stato per la decisione di un suo organo giurisdizionale «non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione […] perché non ha lo stesso oggetto» e non implica l'identità soggettiva delle parti e neppure «la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno». Il principio rilevante in ordine alle questioni che più ci interessano in questa sede è, però, quello contenuto nel par. 40, il cui la Corte, ben sapendo che le precedenti statuizioni si sarebbero potute ritenere contrastanti con il principio di indipendenza del giudice, afferma che tale responsabilità «riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato», facendone derivare che «non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado». È evidente che i principii affermati nella succitata sentenza mostravano quanto la disciplina nazionale si ponesse in contrasto con il diritto UE, lasciando ai giudici nazionali, come è stato osservato, diverse possibilità di reazione: si sarebbe potuta tentare, forzatamente, un'interpretazione della legge n. 117/1988 in senso conforme alla giurisprudenza *Köbler*; disapplicare le disposizioni interne contrastanti con quest'ultima, ritenendola direttamente applicabile; ovvero sollevare una questione di pregiudizialità di fronte alla Corte di Giustizia , strada, quest'ultima, successivamente percorsa. Sul punto vd. N. ZANON, *Profili costituzionali della legge sulla responsabilità civile del magistrato (L. 117/88, Artt. 1-8), con particolare riferimento alla tutela dell'indipendenza funzionale dei magistrati*, in www.personaedanno.it/CSM, 26 giugno 2010.

[48] Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03 su cui cfr. F. BIONDI, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in www.forumcostituzionale.it, 19 giugno 2006; C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del mediterraneo contro Italia,* in *Riv. trim dir. proc. civ.,* 2007, 678 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una* case story *in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv*., n. 2/2006, 356 ss.; A. DAMATO, *Cancellato il limite che subordina l'azione alla dimostrazione del dolo o colpa grave*, in *Guida al diritto,* IV, 2006; P. MORELLI, *Quarto grado di giudizio per i "diritti UE". Il danno del giudice: respinte le restrizioni della legge n. 117/1988,* in *Dir. e giustizia,* 2006, 104 ss.; G. MERONE, *Il naufragio europeo della legge sulla responsabilità dei magistrati,* in *Dir. e giustizia,* 2006, 3 ss.; G. AFFERINI, *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza,* in *Nuova giurisprudenza commentata,* 2007, 267 ss.

alla clausola di salvaguardia per attività interpretativa, la Corte ha affermato che la responsabilità dello Stato non possa essere esclusa per il solo motivo che la violazione del diritto comunitario derivante da una pronuncia giurisdizionale risulti dall'interpretazione delle disposizioni di diritto, non potendosi presumere in modo assoluto che tale illecito venga commesso, appunto, nell'esercizio di una tale attività. Con riguardo alla seconda parte della clausola di salvaguardia, relativa alla valutazione del fatto e delle prove, pur riconoscendo che tale attività rientri nei connotati propri della funzione giurisdizionale, la Corte ha affermato che essa può condurre ugualmente, in certi casi, ad una manifesta violazione del diritto. Incompatibile con il diritto europeo risulta, inoltre, la eccessiva compressione dell'elemento soggettivo costituito dalla colpa grave poiché tipizzata ulteriormente in negligenza inescusabile, escludente, di fatto, la risarcibilità del danno. Ciò che si pone in contrasto con i principii europei è, in definitiva, l'esclusione di ogni possibilità di sussistenza della responsabilità dello Stato nel caso in cui la violazione, anche gravemente colposa, del diritto europeo sia il risultato di attività interpretativa e/o valutativa.

In seguito alla sentenza Traghetti del Mediterraneo *c.* Italia, non avendo essa trovato alcuna risposta da parte del legislatore nazionale, è stata aperta una procedura d'infrazione che si è conclusa, inevitabilmente, con una sentenza di condanna[49]. Ciononostante, il legislatore italiano si è mostrato per lungo tempo inerte. La riforma del sistema di responsabilità civile dello Stato e del magistrato per i comportamenti adottati nell'esercizio delle funzioni di quest'ultimo è stata compiuta soltanto nel 2015, ben 9 anni dopo la sentenza TDM, con l'adozione della legge n. 18 del 2015[50].

La novella del 2015 ha confermato la struttura del "doppio binario" processuale e ha introdotto il c.d. "doppio binario" sostanziale, accentuando[51] l'autonomia della responsabilità

---

[49] La Commissione europea, con lettera di costituzione in mora *ex* articolo 226 del Trattato CE del 9 ottobre 2009, ha contestato all'Italia di essere venuta meno agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione in virtù del principio generale della responsabilità degli Stati membri in caso di violazione del diritto comunitario imputabile ad un loro organo giurisdizionale. Qualche mese dopo, con lettera del 22 marzo 2010, la Commissione ha fatto pervenire alla Repubblica italiana un parere motivato, invitandola ad adottare le misure necessarie per conformarsi, entro il termine di due mesi a decorrere dalla sua ricezione, a quanto addebitatole. Ritenendo di non aver ricevuto adeguata risposta, il 29 luglio 2010 la Commissione europea ha convenuto l'Italia innanzi alla Corte di giustizia mediante ricorso per inadempimento degli obblighi derivanti dai trattati *ex* articolo 258 TFUE, ribadendo quanto già espresso nella messa in mora e, sostanzialmente, quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza Traghetti del Mediterraneo. La vicenda si è, infine, conclusa con la sentenza della terza sezione della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, C-379/10, Commissione europea c. Repubblica italiana . La Corte ha ritenuto fondati, come era prevedibile, gli addebiti rilevati dalla Commissione ed ha statuito che «la Repubblica italiana […] è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado». Da ultimo, con lettera di messa in mora *ex* art. 260 TFUE, il 26 settembre 2013 la Commissione contestava all'Italia di non aver adottato alcuna iniziativa volta ad adempiere alla sentenza conclusiva della procedura di infrazione.

[50] Legge 27 febbraio 2015, n. 18, «Disciplina della responsabilità civile dei magistrati», G.U. n. 52 del 4/03/2015. Per una puntuale ricostruzione della disciplina si veda P. D'OVIDIO, *La responsabilità civile del magistrato,* in V. TENORE (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità,* Milano, 2016.

[51] La giurisprudenza europea sembrava aver suggerito il superamento della esatta coincidenza tra responsabilità dello Stato-giudice e responsabilità del magistrato, non essendo conforme al diritto UE limitare la responsabilità dello Stato negli stessi termini in cui venga limitata quella del giudice. Le risposte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità, in attesa della riforma, non sono state univoche. Mentre sul versante applicativo si è il più delle volte fatto ricorso alla disapplicazione del comma 2 dell'art. 2, la dottrina aveva a più voci auspicato un ripensamento del regime previsto dalla legge n. 117/1988, non essendo concretamente possibile farvi

dello Stato rispetto a quella del magistrato: «pur non avendo abbandonato del tutto il riferimento alla "condotta" del magistrato», ha in ogni caso, opportunamente, superato «il parallelismo tra la responsabilità dello Stato e quella dei giudici»[52]. In linea con quanto aveva già da tempo affermato la Corte costituzionale[53] e, come abbiamo visto, la Corte di giustizia il legislatore ha – finalmente – accolto l'idea per cui l'art. 28 Cost. impone sì una coincidenza "minima" tra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato, ma consente, e nel delicato equilibrio tra tutela dei diritti e garanzia di indipendenza probabilmente impone, una espansione della prima rispetto alla seconda. È stato eliminato, in altre parole, l'automatismo, soggettivo e oggettivo, in virtù del quale all'avvenuta imposizione del risarcimento nei confronti dello Stato corrispondeva analoga responsabilità in capo al magistrato.

I danni risarcibili ad opera dello Stato, a seguito della novella genericamente comprensivi di quelli non patrimoniali[54], possono derivare dall'adozione di atti o provvedimenti caratterizzata dall'elemento soggettivo della colpa grave, oggi radicalmente modificato rispetto alla disciplina precedente. È stata operata una oggettivizzazione della colpa «prescindendo, in virtù dell'eliminazione del riferimento alla "negligenza inescusabile", da ogni indagine di

---

derivare una disciplina coerente attraverso strumenti ermeneutici (o disapplicativi), BIONDI F., *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati,* cit., 4 ss.. In particolare, è stato osservato che, anche ammettendo che lo strumento della disapplicazione potesse tutelare il danneggiato da una violazione del diritto UE, altrettanto non sarebbe valso per il caso in cui il danno fosse stato prodotto dalla violazione del diritto interno, vigendo, in tal caso incontestabilmente, la l. 117/1988 con tutte le relative limitazioni *ivi* previste, V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una* case story *in attesa del finale*, cit., 374; A. DAMATO, *Cancellato il limite che subordina l'azione alla dimostrazione del dolo o colpa grave*, cit. Le soluzioni a tal fine suggerite sono state diverse: v'è stato chi, ricorrendo alla distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, ha ritenuto di riferire la giurisprudenza europea solo ai primi, escludendo il prodursi della disparità di trattamento ai secondi, F. P. LUISO, *La responsabilità civile del magistrato,* cit.; *contra* A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria,* in A. PACE – S. BARTOLE – R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia,* Napoli, 2010, 28 ss.; altri hanno ritenuto di poter differenziare i livelli di rilevanza di cui alla precedente giurisprudenza comunitaria, derivandone la non applicabilità della legge n. 117 del 1988 all'ipotesi contemplata dalla Corte di giustizia perché riferibile, in realtà, alla sola responsabilità del magistrato e non alla responsabilità dello Stato in senso proprio, E. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione Europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore. Nota a CGUE sez. III 24 novembre 2011 (causa C−379/10)*, in *Foro it.*, n. 1/2012, 420; G. AFFERINI, *La disciplina italiana della responsabilità civile dello,* cit., 268. Entrambe le prospettate soluzioni, però, non sembrano convincenti. Non si può dubitare che la giurisprudenza della Corte si riferisca alla legge in questione, risultando insostenibile ricostruirne la conformità al diritto UE anche con riferimento agli *errores in iudicando*. L'ulteriore problema della (suggerita) non coincidenza tra i due binari della responsabilità si è posto, in particolare, in ragione della previsione della responsabilità dello Stato-giudice per atti esclusivamente dolosi o gravemente colposi compiuti dal magistrato. Al riguardo è stato osservato che la Corte di giustizia, pur avendo rimesso al legislatore nazionale il compito di stabilire le modalità sostanziali e procedurali per l'accertamento dell'illecito, ha posto un limite minimo al di sotto del quale tale discrezionalità non possa essere esercitata: il parametro della violazione manifesta costituisce, in altre parole, il livello minimo di garanzia posta a tutela del soggetto danneggiato dal comportamento del giudice, C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del mediterraneo contro Italia,* cit., 681 ss.

[52] F. BIONDI, *La nuova disciplina della responsabilità civile dello Stato(e dei magistrati). Osservazioni a prima lettura,* in *Studium iuris*, n. 9/2015, 965. *Contra*, G. AMOROSO, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria*, in *Quest. giust.,* n. 3/ 2015, *passim.*

[53] In particolare, Corte cost., sent. n. 2 del 1968 punto 2 *Cons. dir.*

[54] In tal senso è stato modificato il comma 1, dell'art. 2 (ad opera della lett. *a)*, comma 1, dell'art. 2 l. n. 18 del 2015), della l. 117/88 il quale prevedeva la risarcibilità dei danni non patrimoniali per la sola ipotesi di privazione della libertà personale.

tipo soggettivo in ordine all'operato dell'apparato statale»[55]. La legge del 2015, infatti, indica le seguenti ipotesi tipiche di colpa grave: «la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea»; «il travisamento del fatto o delle prove»; «l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento», «l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione»[56]. Con riferimento al primo degli illeciti tipizzati, inoltre, sono stati introdotti[57] una serie di indici rivelatori, non esclusivi, della sussistenza della violazione raggruppabili in due categorie: indici soggettivi, consistenti nella valutabilità della semplicità interpretativa della disposizione violata nonché nell'inescusabilità e gravità dell'osservanza, i quali valgono a rivelare la violazione tanto del diritto interno quanto del diritto europeo; e indici oggettivi, riferibili alla violazione del solo diritto europeo e consistenti nella «mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea».

L'intervento normativo ha riguardato, inoltre, la clausola di salvaguardia. Per il tramite di una interpolazione che ha premesso un'eccezione alla generica estensione della clausola, è stato raggiunto il risultato normativo della sua non applicabilità alle ipotesi di colpa grave codificate negli articoli sopra citati[58]. La colpa grave, quindi, si porrebbe oltre i confini propri dell'interpretazione e della valutazione del fatto e delle prove, come d'altronde la Corte di giustizia aveva già suggerito nelle sue precedenti decisioni[59].

---

[55] In senso critico, *Parere del Consiglio superiore della magistratura sul disegno di legge governativo S. 1626*, delibera del 29 ottobre 2014, in www.csm.it.

[56] Art. 2, comma 3, l. 117/88 come modificato dalla lett. *c)* dell'art. 2, l. 18/2015.

[57] Art. 2, comma 3-*bis*, l. 117/88 aggiunto dalla lett. *c)* dell'art. 2, l. 18/2015.

[58] L'interpolazione della disposizione originaria, in realtà, avrebbe prodotto, secondo alcuni, una soppressione di fatto di detta clausola, risultando alquanto difficile comprendere quale sia lo spazio in cui questa continui ad operare. L'unica ipotesi residualmente coperta dalla garanzia, infatti, risulterebbe quella del diniego di giustizia, in cui, però, lo spazio interpretativo parrebbe essere particolarmente limitato. In tal senso M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici,* in www.osservatorioaic.it, n. 2/2015, 16, con adesione di F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, 2018, 243 s.

[59] È giusto il caso di sottolineare che, qualora l'intervento legislativo avesse riguardato la sola violazione del diritto europeo, ne sarebbe derivata «una diversa considerazione del diritto interno [che] avrebbe rischiato di porsi in contrasto con l'art. 3 Cost.», G. GRASSO, *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it*., V, 2015, 281 ss. Peraltro tale eventualità avrebbe determinato una violazione, come aveva già paventato Alessandro Pace, anche dell'art. 54 Cost., che imponendo l'osservanza della legge – e della Costituzione – a tutti i cittadini, non consente che venga prevista «una disciplina più severa a tutela dell'efficacia della normativa comunitaria […] preoccupa[ndosi] delle possibili violazioni del diritto dell'Unione più di quanto [ci] si preoccupi delle violazioni del diritto nazionale», A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *RivistaAIC,* n. 1/2012, 7. Sul rapporto tra la giurisprudenza comunitaria e la novella del 2015 si veda anche G. CAMPANELLI, *L'incidenza delle pronunce della Corte di Giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in *Il Foro it.,* V, 2015, parte V*,* 299 ss.; ID., *La riforma della responsabilità civile dei magistrati: l'impatto delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e il profilo (problematico) dell'eliminazione del filtro di ammissibilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 379 ss.

Agli interventi sostanziali appena citati, inoltre, si aggiungono numerosi interventi processuali, primo fra tutti l'abolizione del giudizio preliminare di ammissibilità (il c.d. "filtro")[60]. La domanda di risarcimento nei confronti dello Stato è, dunque, proposta direttamente al giudice civile competente *ex* art. 11 c.p.p. senza che ne sia preventivamente vagliata la sua ammissibilità.

A ciò si accompagna, in linea con il succitato superamento del parallelismo tra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato, una radicale ed integrale modifica dei presupposti per l'esercizio dell'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato. Mantenuto il presupposto dell'avvenuto risarcimento sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale, l'azione è oggi espressamente prevista come obbligatoria solo nel caso in cui gli illeciti siano stati determinati da dolo o negligenza inescusabile[61]. L'elemento soggettivo la cui sussistenza consente l'azione di rivalsa è, dunque, limitato alle sole ipotesi, più stringenti, del dolo e, soprattutto, della colpa grave connotata da negligenza inescusabile. L'ampiezza della responsabilità dello Stato conseguente alla novella del 2015 non corrisponderebbe, quindi, ad una equivalente ampiezza della responsabilità del giudice. Sul punto, invero, si deve rilevare che ai fini del risarcimento ad opera dello Stato la legge richiede che la violazione manifesta di legge debba essere valutata anche in ragione della sua "inescusabilità", il che sembrerebbe sovrapporsi al presupposto soggettivo dell'azione di rivalsa. Non può dirsi pacifico, quindi, che il superamento sia stato realmente attuato, ma al riguardo risulta necessaria una valutazione *ex post*, operata alla luce della giurisprudenza di merito che si svilupperà sul tema[62].

---

[60] A seguito dell'abrogazione dell'art. 5 dell'originario testo normativo ad opera dell'art. 4, comma 2, della legge n. 18 del 2015. Al riguardo R. G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati,* in *RivistaAIC,* n. 4/2017, 16 ha osservato che l'abolizione del filtro sarebbe solo in parte riconducibile alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ciò non escludendone, però, una sua giustificabilità. Sul punto è il caso di ricordare che la Corte costituzionale aveva in due occasioni affermato che «la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda [...] garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possono turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricusazione» (Corte cost., sent. n. 18 del 1989) affermandone «il rilievo costituzionale […] garant[endo, il filtro] la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale» (Corte cost., sent. n. 468 del 1990). Parte della dottrina ha osservato che, pur ritenendo tale abolizione «irrazionale ed inopportuna», in ogni caso questa non sembrerebbe potersi considerare contrastante «né con la indipendenza del potere giudiziario, posto che non determina di per sé né la incompatibilità/ricusabilità del giudice né un automatismo tra azione civile e azione disciplinare […], né con i diritti di difesa del giudice, rispetto al quale il giudizio attivato non produce effetto, ma unicamente legittima, *ex post* l'azione di rivalsa e nemmeno in ogni caso, stante la diversità di presupposti (in specie la necessità della negligenza inescusabile) nei casi di rivalsa obbligatoria e stante la opinabilità della rivalsa negli altri casi», così F. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati: recenti novità*, in *Nomos*, n. 3/2016, 23.

[61] Il nuovo meccanismo dell'azione di rivalsa pone delicati problemi interpretativi. Sul punto, pur condividendo il rilievo per cui il discrimine tra illeciti determinanti l'obbligo dell'esercizio dell'azione e altri illeciti sembrerebbe del tutto irrazionale (F. BIONDI, *La nuova disciplina della responsabilità civile dello Stato(e dei magistrati). Osservazioni a prima lettura,* in *Studium iuris*, n. 9/2015, 967), sembrerebbe da accogliere l'impostazione secondo la quale nelle ipotesi nelle quali tale obbligo non sussiste l'azione di rivalsa debba essere considerata come una facoltà, non potendosi escludere che questa, discrezionalmente, venga esercitata. In tale ultimo senso, R. G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati,* cit., 19 ss.; *contra*, M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici,* cit., 18 ss.

[62] F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 247; F. BIONDI, *La nuova disciplina della responsabilità civile dello Stato (e dei magistrati)*, cit., 964 osserva, peraltro, che tale ambiguità deriva da

La normativa brevemente ricostruita pone numerose problematiche non solo in ordine alla sua legittimità costituzionale, ma anche in relazione alla sua corretta – non facile – interpretazione e alla sua coincidenza – o non coincidenza – con la giurisprudenza della Corte di giustizia. In questa sede, però, ciò che rileva non è risolvere i molteplici interrogativi di ordine sostanziale che gran parte della dottrina si è già, peraltro, posta[63], bensì quello di comprendere, nei termini che seguiranno, come l'apparente, potenziale o effettiva lesione delle garanzie costituzionali poste in capo ai magistrati abbia influito e influisca, per sua natura ovvero *de iure condito,* sulla valutazione e oggettiva configurazione della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale prospettate e prospettabili alla Corte costituzionale.

4. La "sede" del dubbio di legittimità costituzionale

Come emerge dalla ricostruzione normativa sommariamente esposta, le questioni di legittimità costituzionale che abbiano ad oggetto le norme relative al regime di responsabilità per attività giudiziaria potrebbero sorgere in diverse sedi.

Nella vigenza del codice di procedura civile il magistrato – anche su sollecitazione delle parti – che dubitasse della legittimità degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. avrebbe potuto rimettere la questione in un ordinario giudizio – ritenendo, come vedremo, che la potenzialità dell'attivazione del rimedio risarcitorio potesse influire sulla propria serenità di giudizio – nonché, naturalmente, nel corso del giudizio sul risarcimento. Poiché, invero, l'unica questione di

---

un'incongruenza di fondo della nuova disciplina, innestata in un sistema nato per disciplinare la responsabilità del magistrato fondata sui suoi comportamenti negligenti e, oggi, avente una natura risarcitoria oggettiva dello Stato.

[63] F. BIONDI, *La nuova disciplina della responsabilità civile dello Stato (e dei magistrati),* cit.; ID., *La riforma della responsabilità civile del magistrato: una responsabilità più dello Stato che dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali,* 2/2015; ID., *Sulla responsabilità civile e dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, in *Quest. giust.,* n. 3/ 2015, 165 ss.; V. E. MACCORA, *Introduzione. La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il dibattito culturale dalla legge Vassalli alla legge n. 18 del 2015. Le prospettive future*, ivi, 157 ss.; G. AMOROSO, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria,* cit., 181 ss.; F. DAL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative,* ivi*,* 187 ss.; E. CESQUI, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto,* ivi*,* 197 ss.; E. SCODITTI, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete,* ivi*,* 175 ss.; ID., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Il Foro it.,* V, 2015, 317 ss.; G. GRASSO, *Note introduttive,* ivi, 281 ss.; V. VIGORITI, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi,* ivi*,* 287 ss.; C. M. BARONE, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione,* ivi*,* 291 ss.; G. SCARSELLI, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati,* ivi*,* 326 ss.; G. CIANI, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare,* ivi*,* 330 ss.; G. D'AURIA, *«L'altra responsabilità» dei magistrati,* ivi*,* 340 ss.; R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?,* ivi*,* 346 ss.; F. CORTESE – S. PENASA, *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2015, 1026 ss.; J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in www.federalismi.it, n. 7/2016; L. DI MAJO, *Profili critici della "nuova" responsabilità civile dei magistrati: oltre la previgente disciplina?,* in *Diritto Pubblico Rassegna Online*, n. 1/2016; M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, cit.; F. DAL CANTO, *La riforma della responsabilità civile del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, 405 ss.; A. D'ALOIA, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in www.forumcostituzionale.it, 29 marzo 2015; M. R. DONNARUMMA, *La riforma della legge "Vassalli" sulla responsabilità civile dei magistrati: "passaggio storico" o mero* bluff?, in *Nomos*, n. 1/2015.

legittimità è stata sollevata proprio in tale ultima sede, all'epoca non si sono posti particolari problemi di ammissibilità[64]. Non v'è dubbio, infatti, che nel caso di specie la questione fosse ammissibile, sia perché avente ad oggetto norme applicabili al giudizio *a quo,* sia perché il giudice non avrebbe potuto proseguire il suo giudizio, ritenendo, la parte privata, di convenire nel giudizio risarcitorio il Ministero della giustizia in luogo del magistrato. Era necessario, per la soluzione del giudizio *a quo*, che la Corte si esprimesse sull'estensibilità dell'art. 28 Cost. ai magistrati.

Nella vigenza dell'originaria formulazione della legge n. 117 del 1988, invece, le varie questioni di legittimità costituzionale si sarebbero potute porre sia, per la ragioni di cui sopra, nel corso di un giudizio "comune", sia nel giudizio relativo all'ammissibilità della domanda risarcitoria (il c.d. "filtro", tanto nella sua prima delibazione, quanto nella sede delle eventuali impugnazioni), sia nel giudizio tra il cittadino presunto leso e lo Stato-giudice, sia, infine, nel corso del giudizio sull'azione di rivalsa. È evidente che se fossero sorte questioni negli ultimi tre casi non vi sarebbero stati particolari profili di problematicità in ordine al requisito della rilevanza, poiché, salvo l'ordinario scrutinio cui siano abituati, si sarebbe trattato in linea di massima di norme applicabili ai giudizi *a quibus*. Certo non tutte le norme della legge n. 117/88 avrebbero trovato applicazione in tutte e tre le sedi, ma una lesione dell'indipendenza funzionale interna ed esterna del magistrato eventuale e/o potenziale non sarebbe stata ipotizzabile. Al più, si sarebbe potuta ritenere irrilevante una questione avente ad oggetto, ad esempio, il *quantum* della rivalsa se sollevata nel corso del giudizio sull'ammissibilità, oppure i termini di proposizione della domanda nel giudizio di rivalsa, e così via. Sta di fatto, però, che, come vedremo, dieci ordinanze di rimessione riguardanti la disciplina in parola sono state emanate tutte nel corso di giudizi che non vertevano sulla responsabilità civile dello Stato-giudice né sull'azione di rivalsa né, tanto meno, sull'ammissibilità della domanda. Si è trattato di giudizi di svariato genere, penali, civili, amministrativi ed anche tributari, del tutto estranei al giudizio di responsabilità. Come vedremo nel prossimo paragrafo, dunque, la Corte costituzionale si è trovata a dover far fronte ad un numero molto elevato di questioni in una fase storica particolarmente delicata, ciò influendo, indubbiamente, sul giudizio da essa effettuato in ordine al requisito della rilevanza.

Venendo alle più recenti questioni, anche la novella del 2015 ha consentito, in linea astratta, la proponibilità di questioni di legittimità in diverse sedi. Si tratta degli stessi meccanismi derivati dalla legge del 1988, rispetto ai quali, però, deve operarsi una fondamentale distinzione: scomparso il filtro di ammissibilità, è scomparsa anche una possibile sede del giudizio *a quo.* Le sedi, quindi, per sollevare questioni sono i giudizi "comuni", i giudizi di responsabilità dello Stato e i giudizi sulla rivalsa. Anche in questo caso, nelle due occasioni in cui la Corte si è espressa[65], alcune – ma non tutte – ordinanze di rimessione provenivano da giudizi comuni, estranei al giudizio sulla responsabilità da attività giudiziaria, ciò presentando

[64] Si tratta della più volte richiamata sent. n. 2 del 1968.
[65] Sentenze n. 164 del 2017 e 142 del 2018.

i medesimi profili di problematicità del requisito della pregiudizialità costituzionale. Gli esiti, come vedremo, sono stati, però, del tutto diversi rispetto all'occasione precedente.

5. La "prima volta": la sentenza n. 18 del 1989

La sentenza n. 18 è stata decisa l'11 gennaio 1989, dopo essere stata discussa nell'udienza pubblica del 29 novembre 1988. Tale dato, generalmente poco rilevante nell'analisi della giurisprudenza costituzionale, appare in questo caso di particolare importanza. L'oggetto di tutte le questioni di legittimità sollevate dai vari giudici *a quibus*[66] consisteva in alcune disposizioni della legge n. 117 del 1988, entrate in vigore il 16 aprile dello stesso anno. Il breve arco temporale intercorrente tra l'entrata in vigore della legge e la sentenza della Corte e, soprattutto, l'adozione delle prime ordinanze di rimessione – l'ordinanza n. 270 del 1988 è stata emessa il 29 aprile dello stesso anno, 13 giorni dopo l'entrata in vigore della legge *de qua* – dimostra indubbiamente quanto, già dai lavori preparatori della legge in parola[67], fosse sentita nelle aule dei tribunali l'esigenza di sottoporre le varie questioni al giudizio della Corte, prescindendo dalle concrete implicazioni applicative che questa avrebbe potuto produrre.

Nel merito[68], le disposizioni censurate erano numerose, alcune condivise dai vari giudici rimettenti ed altre isolatamente impugnate. La «questione più generale» – usando le parole della Corte – riguardava l'estensione della responsabilità alle ipotesi caratterizzate da colpa grave, ritenuta in contrasto con gli artt. 101, 104 e 108 Cost., di per sé idonea, secondo i rimettenti, a ledere l'imparzialità del giudice e la sua soggezione soltanto alla legge, poiché «la possibilità di un "controprocesso", con finalità sanzionatorie a carico del magistrato, farebbe sorgere in lui, al momento della decisione di ogni controversia, un elemento

---

[66] R.O. n. 270 del 1988 (Tribunale civile di Roma); R.O. n. 326 del 1988 (Tribunale civile di Roma); R.O. n. 327 del 1988 (Tribunale civile di Biella); R.O. n. 350 del 1988 (Tribunale civile di Catanzaro); R.O. n. 358 del 1988 (Pretore di Roma); R.O. n. 382 del 1988 (Corte d'Appello penale di Trieste); R.O. n. 396 del 1988 (Tribunale penale di Bari); R.O. n. 422 del 1988 (Commissione tributaria di Ravenna); R.O. n. 448 del 1988 (Commissione tributaria di Roma); R.O. n. 460 del 1988 (T.A.R. Sicilia).

[67] Per una disamina delle diverse proposte di legge confluite in Parlamento anche prima del *referendum* abrogativo rinviamo a N. PICARDI, *Introduzione,* in AA. VV., *La responsabilità civile dello Stato giudice (Commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117 in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati),* Padova, 1990, 9, nota 6.

[68] Sulla decisione, soprattutto per i profili di merito, cfr. a prima lettura A. GIULIANI – N. PICARDI, *I profili di costituzionalità della legge 13 aprile 1988, n. 117, e la sentenza 19 gennaio 1989, n. 18, della Corte costituzionale*, in L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati,* Milano, 1988; A. BEVERE, *Dal giudice-funzionario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, in *Giur. cost.*, II, 1989, 106 ss.; C. CONSOLO, *La responsabilità dei giudici appartenenti ad organi collegiali "a composizione mista" e la verbalizzazione condizionata*., in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, n. 2/1989, 565 ss.; F. DEL CASTELLO, *Finalmente conclusa la* querelle *sulle responsabilità dei giudici*., in *Giust. civ.*, n. 4/1989, 786 ss.; E. FAZZALARI, *Una legge "difficile"*, in *Giur. cost.*, II, 1989, 104 ss.; M. GIANNUZZI, *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura*, in *Giur. it.*, n. 10/1989, 1431 ss.; T. RAFARACI, *La rivisitata responsabilità civile dei magistrati: il primo intervento della Corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, n. 4/1989, 615 ss.; L. SCOTTI, *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta*, in *Foro it.*, n. 2/1989, 307 ss.; F. SORRENTINO, *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989, in tema di responsabilità civile dei giudici*, in *Cassazione penale*, n. 4/1989, 563 ss.

d'interesse personale alla prudenza, al conformismo, alle scelte meno rischiose in relazione agl'interessi economici coinvolti nella causa"»[69]. In relazione a tale questione, che pure appare la più debole in punto di rilevanza dato il generico riferimento alla lesione della serenità del giudice e data l'assenza di specificazioni riguardo all'individuazione di quali delle varie ipotesi tipizzate di colpa grave avrebbe prodotto l'effetto di incostituzionalità, non è stata eccepita l'inammissibilità per difetto di rilevanza, ciò agevolando la Corte nell'esimersi a rilevarne eventualmente il difetto. La questione, dopo un lungo e preciso *excursus* sull'evoluzione storica della responsabilità civile dei magistrati e con un puntuale richiamo alla giurisprudenza precedente della stessa Corte, è stata dichiarata, come noto, infondata. Senza voler ripercorrere il quadro motivazionale della Corte, che in tale sede rileva marginalmente, giova rammentare il presupposto "valutativo" che fonda il rigetto della questione: si legge nella sentenza che «la disciplina posta dalla l. n. 117 del 1988 è caratterizzata dalla *costante cura di predisporre misure e cautele idonee* a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria» (corsivo aggiunto)[70]. Le tassative ipotesi di responsabilità *ivi* previste non sarebbero, quindi, «idonee a turbare la serenità e l'imparzialità del giudizio […]. La garanzia costituzionale della sua indipendenza è diretta infatti a tutelare, *in primis,* l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. Tale attività non può dar luogo a responsabilità (art. 2 n. 2 l. 117 cit.) ed il legislatore ha ampliato la sfera d'irresponsabilità, fino al punto in cui l'esercizio della giurisdizione, in difformità da doveri fondamentali, non si traduca in violazione inescusabile della legge o in ignoranza inescusabile dei fatti in causa, la cui esistenza non è controversa». Tale disciplina non indurrebbe, prosegue la Corte, «il giudice a scelte interpretative accomodanti e a decisioni meno rischiose in relazione agli interessi in causa, così influendo negativamente sulla sua imparzialità»[71]. Ulteriore garanzia posta a carico del giudice sarebbe costituita, peraltro, anche dalle norme processuali, in quanto l'art. 5, nell'introdurre e disciplinare il filtro di ammissibilità, «garantisce *adeguatamente* il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricusazione» (corsivo aggiunto)[72]. È stato osservato che, con tale statuizione, la Corte avrebbe lasciato intendere che la previsione processuale di un filtro di ammissibilità fosse una soluzione costituzionalmente obbligata[73], tanto che, come vedremo, la sua abolizione avvenuta con la legge n. 18 del 2015 ha suscitato qualche perplessità ed è stata oggetto di altra questione di legittimità costituzionale.

---

[69] Corte cost., sent. n. 18 del 1989, punto 2 *Cons. dir.*
[70] Corte cost., sent. n. 18 del 1989, punto 9 *Cons. dir.*
[71] Corte cost., sent. n. 18 del 1989, punto 10 *Cons. dir.*
[72] *Ibidem.*
[73] A. BONOMI, *Profili di costituzionalità della responsabilità civile del magistrato con particolare riferimento ad un'ipotesi di riforma e alcuni ceni sui profili di costituzionalità della responsabilità disciplinare*, in www.forumcostituzionale.it, 26 ottobre 2012, 5; G. FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in *Dir. soc.,* 1/2012, 11, ritiene, peraltro, riconducibile tale impostazione già alla sentenza n. 26 del 1987.

In ogni caso la Corte ha accolto solo una delle questioni di legittimità prospettatele, in particolare quella relativa ai primi due commi dell'art. 16 della legge n. 117/1988[74], ritenuti contrastanti con il principio del buon andamento dell'amministrazione, riferibile anche all'amministrazione della giustizia, nella parte in cui prevedono «la compilazione obbligatoria del processo verbale in relazione ad ogni deliberazione del collegio, *anziché* la compilazione facoltativa di esso nelle sole ipotesi in cui la richiedano uno o più membri del collegio medesimo»[75].

Venendo a ciò che interessa il nostro discorso, l'Avvocatura dello Stato aveva eccepito il difetto di rilevanza per tutte le altre questioni sottoposte alla Corte, poiché le norme impugnate non sarebbero state applicabili ai giudizi dai quali provenivano le ordinanze di rimessione. Nessuno dei giudizi in parola, infatti, aveva ad oggetto la responsabilità dei magistrati. Non v'è dubbio, allora, che, *prima facie,* tutte le ordinanze avrebbero difettato per carenza di rilevanza. Come abbiamo visto nel primo paragrafo, però, il concetto di rilevanza non si esaurisce nella mera applicabilità della norma al caso concreto. La pregiudizialità costituzionale deve essere intesa in un senso più ampio, sì da garantire la soddisfazione tanto degli interessi delle parti private quanto l'interesse pubblico all'eliminazione dall'ordinamento di norme incostituzionali. Tale delicatissimo equilibrio è reso ancor più precario quando il giudizio di legittimità abbia ad oggetto norme "sul giudizio", e non norme "del giudizio". In questi casi, si aggiunge, l'interesse particolare da tutelare è quello posto in capo non solo alle parti private, ma, soprattutto, al giudice del caso concreto.

In astratto, infatti, norme che rendano l'attività giudiziaria di per sé contraria ai principii fondamentali in tema di giurisdizione ben potrebbero essere implicate in qualsiasi occasione di esercizio dell'attività giudiziaria. Allora, in tali casi, è necessaria un'ulteriore valutazione circa l'effettiva potenziale lesione dei principii in parola: la Corte dovrebbe verificare, caso per caso, "*quanto*" tale lesione sia *probabile*, escludendo l'ammissibilità di questioni fondate su una lesione "del tutto improbabile" ovvero la cui potenzialità non sia verificabile in astratto e necessiti, invece, di essere verificata in concreto. La scelta dei termini appena utilizzati non è casuale: la concretezza del giudizio di legittimità costituzionale richiede, nel caso di specie, una valutazione preventiva circa la concreta lesione dei principii in tema di giurisdizione. Se la lesione apparisse del tutto astratta, il giudizio di legittimità costituzionale si trasformerebbe in un sindacato astratto, a nulla rilevando la provenienza giudiziaria della questione. Appare evidente, in questa ricostruzione, l'intersecazione tra valutazione del merito della questione e valutazione della sua rilevanza. Tale intreccio potrebbe riguardare, a seconda dell'evidenza della prevedibilità della lesione, o il giudizio circa la non manifesta infon-

---

[74] I quali disponevano, intervenendo su entrambi i codici di procedura, che: «dei provvedimenti collegiali è compilato sommario processo verbale il quale deve contenere la menzione della unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i componenti del collegio stesso, è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio».

[75] Corte cost., sent. n. 18 del 1989, punto 2.7 *Cons. dir.* Il carattere sostitutivo della sentenza appare a nostro avviso inequivocabile.

datezza – rilevabile con il medesimo strumento decisorio, l'ordinanza, con cui la Corte potrebbe dichiarare la questione irrilevante – ovvero il giudizio circa l'infondatezza, non manifesta, della *quaestio* – rilevabile, quindi, con sentenza di rigetto.

In quest'ottica, a nostro avviso, dovrebbe essere letto il punto 13 del *Considerato in diritto*, che merita di essere riportato testualmente: «l'art. 23 della l. 11 marzo 1953, n. 87, stabilendo che la questione di costituzionalità proposta debba esser tale che "il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione" di essa, implica, di regola, che la rilevanza sia strettamente correlata all'applicabilità della norma impugnata nel giudizio *a quo*. Tuttavia, come questa Corte ha già implicitamente ritenuto in altre occasioni (cfr. Corte cost. 24 novembre 1982, n. 196; 4 luglio 1977, n. 125; 15 maggio 1974, n. 128), debbono ritenersi influenti sul giudizio anche le norme che, pur non essendo direttamente applicabili nel giudizio *a quo*, attengono allo *status* del giudice, alla sua composizione nonché, in generale, alle garanzie e ai doveri che riguardano il suo operare. L'eventuale incostituzionalità di tali norme è destinata ad influire su ciascun processo pendente davanti al giudice del quale regolano lo *status*, la composizione, le garanzie e i doveri: in sintesi, la "protezione" dell'esercizio della funzione, nella quale i doveri si accompagnano ai diritti».

Per comprendere la *ratio* di tale decisione si deve necessariamente tenere in considerazione, a nostro avviso, l'ambiente giurisprudenziale, storico, politico e, soprattutto, legislativo in cui essa si inserisce.

Il contesto storico-politico nel quale la sentenza in parola è stata decisa è, infatti, quello della prima legge organica in tema di responsabilità civile dei magistrati nella storia dell'Italia unita, adottata, come abbiamo evidenziato, ben 40 anni dopo l'avvento della Costituzione – e, con essa, dei "nuovi" principii in tema di giurisdizione – e ben 20 anni dopo l'affermazione di principio per cui l'art. 28 Cost. si estende ai magistrati. I tempi appena descritti mostrano, quindi, con tutta evidenza quanto fosse necessario che la Corte costituzionale si esprimesse sull'effettiva considerazione che la legge in parola apprestasse all'indipendenza, imparzialità e autonomia dei magistrati, da un lato, e alle esigenze di soddisfazione dei privati, dall'altro, e, conseguentemente, alla ragionevolezza del bilanciamento tra essi operato. Che la Corte abbia tenuto in considerazione, peraltro, anche tale esigenza è dimostrato dai tempi di adozione della sua decisione, che, come abbiamo evidenziato, è intervenuta solo pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge in questione, fornendo una tempestiva risposta alle istanze dei giudici *a quibus*, considerata anche la carenza di giurisprudenza significativa sul tema. A ciò si aggiunga che, quanto al peso attribuibile alla tutela del danneggiato nel bilanciamento tra i due valori, la giurisprudenza sovranazionale non aveva ancora fornito quei pregnanti indirizzi di cui alla sentenza *Köbler* e successive, ciò giustificando l'atteggiamento culturale del tempo, più attento alla tutela della posizione costituzionale dei magistrati che a quella dei cittadini danneggiati. Ciò spiegherebbe anche l'affermazione per cui il sistema procedimentale del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria sia stato percepito dalla Corte quasi come costituzionalmente necessario, venendo solo parzialmente e marginalmente in rilievo le esigenze di effettività di tutela del danneggia-

to che, peraltro, l'interpretazione successiva della Corte di cassazione ha reso bisognevoli di maggiori tutele[76].

La valutazione che opera la Corte, in altre parole, si sostanzia nella preferenza e prevalenza attribuita all'interesse generale all'eliminazione (o prevenzione) di norme incostituzionali sull'interesse delle parti alla non applicazione di norme incostituzionali nel caso concreto – interesse in tali ipotesi del tutto carente, non essendo ad esse indirizzate, neppure potenzialmente, le norme indubbiate – secondo l'impostazione che tende a far prevalere il carattere di autonomia del giudizio di costituzionalità su quello della concretezza. Nel caso di specie, l'apertura del requisito di rilevanza assumerebbe, quindi, una funzione di garanzia particolarmente incisiva in ordine ai principii di indipendenza, imparzialità e autonomia dell'ordine giudiziario e del magistrato.

Nel contesto della giurisprudenza costituzionale, invero, la sentenza in parola costituisce un vero e proprio caso isolato. La stessa giurisprudenza richiamata dalla Corte in materia di *status* dei magistrati non sembrerebbe porsi in linea con la sentenza n. 18 del 1989, risultando in realtà «più aderente alla *ratio decidendi*» rispetto a quest'ultima[77]. Anche la giurisprudenza successiva sembrerebbe essersi discostata dalla sentenza *de qua*: valga il solo esempio dell'ordinanza n. 421 del 2008, avente ad oggetto le norme relative al trattamento economico dei magistrati, in cui viene affermato che tali norme «non assumono rilevanza alcuna in ordine alla decisione delle controversie soggette alla cognizione di questi, né incidono sulla indipendenza degli organi giudiziari dagli altri poteri»[78], escludendo, per tali ragioni, la rilevanza della questione.

Da un punto di vista più generale, però, esclusa la questione relativa alla generica estensione dell'elemento soggettivo della colpa grave, tutte le altre questioni avevano ad oggetto specifici profili della legge inerenti le "*modalità di adozione dei provvedimenti*"[79]. Il nesso che lega l'imputabilità della responsabilità ai soggetti concretamente autori dei provvedimenti giudiziari appare del tutto evidente: non stupisce[80], allora, che, dato il quadro normativo di riferimento specificamente oggetto delle questioni di legittimità costituzionale, la Corte abbia ritenuto queste ultime pregiudiziali rispetto ai giudizi *a quibus.* Forse ciò che desta maggiori perplessità è, invece, la generica affermazione per cui tali norme sarebbero ricon-

---

[76] Il legame esistente tra la decisione della Corte costituzionale e il successivo atteggiamento della Corte di cassazione è stato ben evidenziato da G. CAMPANELLI, *Lo "scudo" giurisprudenziale quale principale fattore della "inapplicabilità" della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?,* in ID. (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali,* Pisa, 2013.

[77] C. CONSOLO, *La responsabilità dei giudici appartenenti ad organi collegiali "a composizione mista" e la verbalizzazione condizionata*., cit., 565, nota 1.

[78] Principio peraltro ribadito anche nella successiva Corte cost., ord. n. 180 del 2006, sempre in tema di trattamento economico dei magistrati.

[79] In tal senso anche A. CERRI, *Considerazioni problematiche sulla "rilevanza indiretta" e sul "riscontro" del vizio di costituzionalità lamentato nella fattispecie concreta all'esame del giudice* "a quo", in *Giur. cost.*, 2017, 4, 1520.

[80] *Contra,* G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?,* in *Giudizio "*a quo*" e promovimento del processo costituzionale,* Milano, 1990, 134 ss., che legge in tale impostazione una attenuazione dell'ordinario *iter* argomentativo e valutativo cui è solita ricorrere la Corte in tema di rilevanza.

ducibili nell'alveo delle norme inerenti lo «*status* di giudice», la «sua composizione, nonché, in generale, [le] garanzie e [i] doveri che riguardano il suo operare». Sarebbe stata opportuna, allora, una maggiore attenzione, in punto di motivazione sulla rilevanza, al *concreto nesso di consequenzialità* esistente fra le norme impugnate e la potenziale, questa sì, responsabilità attribuibile al magistrato, consequenzialità ancor più evidente considerata l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa a seguito di condanna al risarcimento nei confronti dello Stato.

6. La sentenza n. 164 del 2017, dalla rilevanza in astratto alla rilevanza in concreto

La sentenza del 1989 ha costituito, in punto di rilevanza, uno scoglio difficile da superare. Come abbiamo visto, infatti, la generica statuizione della Corte sul punto, a prima lettura, difficilmente si sarebbe potuta prestare ad adattamenti interpretativi che tenessero in considerazione la portata specifica che in quel contesto avrebbe potuto avere.

Così, a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge n. 18 del 2015, alcuni giudici non si sono posti particolari remore nel sollevare questioni di legittimità nel corso di giudizi estranei alla responsabilità civile dello Stato ovvero alle azioni di rivalsa[81]. Per di più, non deve essere tralasciata l'incidenza quasi totale della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle possibili interpretazioni della legge in questione, adottata, appunto, in sua risposta.

In questo scenario si inserisce, quindi, la sentenza n. 164 del 2017 della Corte costituzionale, prima decisione sul tema dopo i quasi trent'anni di vigenza della vecchia formulazione della legge n. 117 del 1988, e successiva alla conclusione della vicenda europea sulla responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione.

Rispetto all'occasione precedente, la Corte si è trovata di fronte ad ordinanze di rimessione emesse non solo nel corso di giudizi "comuni"[82], ma anche nel corso di un giudizio di responsabilità dello Stato per attività giudiziaria[83]. Tale dato non deve essere tralasciato: nonostante non vi fosse coincidenza tra i dubbi sollevati dal Tribunale di Genova e gli altri giudici rimettenti, la Corte avrebbe comunque potuto scrutinare nel merito la legge n. 18/2015 senza dover ricorrere ad una forzatura nell'interpretazione del requisito della rilevanza – o meglio, senza accogliere un'impostazione astratta della stessa – e cogliere tale occasione per affermare principii generali utilizzabili come una sorta di "valutazione" circa l'intero impianto normativo appena introdotto, come d'altronde aveva fatto subito dopo l'entrata in vigore della legge Vassalli.

---

[81] D'altronde, «almeno a prima vista, poteva apparire tutto sommato probabile che la Corte ritenesse rilevanti tutte le questioni sollevate». Così S. CATALANO, *L'irrilevanza delle questioni sulla responsabilità civile dei magistrati: un cambio di rotta "mascherato" da conferma del precedente?*, in www.forumcostituzionale.it, 2017, 2.

[82] R.O. n. 198 del 2015 (Tribunale ordinario di Verona); R.O. n. 218 del 2015 (Tribunale ordinario di Treviso); R.O. n. 113 del 2016 (Tribunale ordinario di Catania); R.O. n. 126 del 2016 (Tribunale ordinario di Enna).

[83] R.O. n. 130 del 2016 (Tribunale ordinario di Genova).

Più specificamente[84], le quattro ordinanze emesse nel corso dei giudizi "comuni" hanno motivato sostanzialmente in modo analogo in punto di pregiudizialità delle questioni di legittimità costituzionale, richiamando enfaticamente il precedente del 1989[85]. Il fulcro di tale motivazione consiste nella supposta concreta *produttività di una responsabilità "potenziale"*, potenzialità che si giustificherebbe data la complessità dei giudizi cui erano chiamati tutti i rimettenti. La disciplina di cui alla legge n. 18 del 2015 inciderebbe «in generale» sulla libertà valutativa dei fatti e delle prove, potendo essere contestata dalle parti qualsiasi decisione adottabile, riconducibile alla fattispecie del travisamento del fatto e delle prove e, quindi, ad una delle ipotesi tipiche di colpa grave integranti responsabilità. La prospettata lesione della libertà valutativa, inoltre, si estenderebbe a lesione della libertà interpretativa della legge, prospettando, il solo Tribunale di Enna, l'ipotesi di colpa grave per violazione manifesta del diritto nel caso di contrasto del suo particolare provvedimento con una precedente pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale[86], dalla quale questi ritiene di doversi discostare, ciò determinando, potenzialmente, responsabilità dello Stato e "probabile" soggezione all'azione di rivalsa.

L'Avvocatura dello Stato ha, come era prevedibile, eccepito l'inammissibilità di tutte le questioni poste con le richiamate ordinanze. In primo luogo, rileva l'Avvocatura, le norme indubbiate si applicherebbero solo nel caso «in cui il giudicante adottasse un provvedimento errato con dolo o colpa grave» – e, dunque, nel caso di una «patologia conclamata del futuro provvedimento»[87] –, all'esito di tutti i gradi di giudizio, previa valutazione di altro giudice circa l'erroneità del provvedimento. Se si ritenessero ammissibili tutte le questioni, ciò comporterebbe, prosegue l'Avvocatura, che qualsiasi intervento normativo avente ad oggetto una

---

[84] Per una disamina del merito delle questioni prospettate si vedano F. CORTESE – S. PENASA, *Ancora sulla responsabilità civile e disciplinare dei magistrati ordinari: due pronunce sintomatiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 2, 505 ss.; L. LONGHI, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati al giudizio della Corte costituzionale: i sottili equilibri tra diritto del danneggiato da un provvedimento giudiziario e tutela dell'indipendenza della funzione giurisdizionale in attesa della prova del tempo*, in *Giur. cost.*, 2017, 4, 1524 ss.; A. M. MARZOCCO, *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro "non è costituzionalmente necessario"*. "Nihil novi", in *Giur. cost.*, 2017, 4, 1961 ss.; R. G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, cit.; F. SORRENTINO, *Sull'attenuazione della clausola di salvaguardia in materia di responsabilità civile del magistrato: questioni ancora aperte?*, in *Quest. giust.,* 27 giugno 2018.

[85] Alcune delle ordinanze, peraltro, richiamano altri due precedenti: la sent. n. 243 del 1989, che testualmente ripropone il punto 13 *Cons. dir.* della sentenza Pescatore; e la sent. n. 237 del 2013, in cui il principio potrebbe sembrare esser stato ribadito in modo implicito. Quest'ultima pronuncia, invero, non sembra possa annoverarsi tra le decisioni rilevanti in materia, poiché inerente la soppressione di diversi uffici giudiziari ai quali i giudici *a quibus* appartenevano, ciò escludendo in radice profili di inammissibilità per difetto di rilevanza. In tal senso anche A. CERRI, *Considerazioni problematiche sulla "rilevanza indiretta"*, cit., 1520. In questi termini si è, peraltro, espressa la stessa Corte nella decisione che stiamo analizzando. Cfr. Corte cost., sent. n. 164 del 2017, punto 3.3 *Cons. dir.*

[86] Si tratta, nel caso specifico, dell'ord. n. 295 del 1989, che il Tribunale di Enna contesta ma dalla quale ritiene di non potersi discostare alla luce della pronuncia Sezioni Unite civili, 16 dicembre 2013, n. 27986 in cui si affermerebbe che costituisce colpa grave del magistrato, per "violazione manifesta del diritto", l'avere adottato un'interpretazione della legge in contrasto con l'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale in una sentenza o in un'ordinanza interpretative di rigetto, resa in un diverso processo. In realtà, la decisione delle Sezioni Unite non intende sancire un vincolo interpretativo in positivo per i giudici diversi dal giudice *a quo*, bensì un mero vincolo in negativo, non potendo il giudice accogliere un'interpretazione incostituzionale soprattutto se già esclusa, tra le righe, dalla Corte.

[87] Corte cost., sent. n. 164 del 2017, punto 3 *Cons. dir.*

qualsiasi disposizione inerente la responsabilità civile dello Stato e del magistrato potrebbe essere paradossalmente scrutinato dalla Corte in un incidente di costituzionalità sorto in una qualsiasi fase, di un qualsiasi grado, di un qualsiasi processo o procedimento in cui si eserciti attività giurisdizionale, ciò producendo «effetti distorsivi sul funzionamento dell'intero sistema giudiziario, in contrasto, peraltro, con i principi costituzionali e del diritto dell'U.E. sull'effettività della tutela giurisdizionale»[88].

Il nodo della questione è dunque il seguente: superare la sentenza c.d. "Pescatore" del 1989 ovvero percorrere la strada della rilevanza "astratta"? La Corte, come vedremo, sembra aver adottato una soluzione intermedia, la quale a nostro avviso è giustificata dal nuovo contesto in cui si è trovata ad operare[89].

Dal punto di vista normativo, infatti, l'eliminazione dell'obbligatorietà dell'azione di rivalsa ha, per così dire, spostato il problema della garanzia della posizione costituzionale del giudice in un momento diverso e fondato su presupposti differenti rispetto a quanto discendeva dall'impianto normativo del 1988.

Sul piano giurisprudenziale, inoltre, la Corte di giustizia ha rafforzato, con la giurisprudenza *Köbler,* l'esigenza di tutela del danneggiato dal provvedimento giudiziario, rispetto alla quale il legislatore nazionale ha risposto ampliando le ipotesi di *risarcibilità ad opera dello Stato*. Il tutto senza parallelamente prevedere altrettanto ampliate ipotesi di *responsabilità del magistrato* giustificative dell'azione di rivalsa. A ben vedere, ciò non vuol dire che tutte le ipotesi in parola siano di per sé e deduttivamente conformi a Costituzione, ben potendosi, in concreto, prospettare profili di illegittimità in violazione delle garanzie dell'attività giudiziaria. Sul piano logico-applicativo, tuttavia, tale incostituzionalità potrebbe venire in rilievo solo in sede di rivalsa, non rilevando *a priori* in sede di giudizio "comune".

Sul piano strettamente applicativo, poi, la prassi giurisprudenziale precedente aveva mostrato una netta preferenza per la tutela delle garanzie costituzionali dei magistrati in danno della tutela del cittadino leso, interpretando in modo quasi del tutto preclusivo le condizioni di esercizio dell'azione di responsabilità ed impedendo, di fatto, l'attivazione del sistema di tutela.

Il bilanciamento in astratto che aveva caratterizzato la sentenza del 1989, quindi, non avrebbe trovato ragion d'essere in tale nuovo contesto, in cui i parametri di legittimità sono certamente mutati ad opera della giurisprudenza europea. In altre parole, oggi, il mutamento in questione determina la necessità di verificare, in concreto, la ragionevolezza del bilanciamento, soprattutto alla luce dell'interpretazione ai fini applicativi delle disposizioni della legge n. 18/2015 che, nel tempo, venga fornita.

Non si vuole affermare, però, che sia sempre necessario che le questioni di legittimità costituzionale, aventi ad oggetto la disciplina della responsabilità civile, debbano sorgere ne-

---

[88] Corte cost., sent. n. 164 del 2017, punti 1.7.1 e 3 *Rit. fatt.*

[89] S. CATALANO, *L'irrilevanza delle questioni sulla responsabilità civile dei magistrati: un cambio di rotta "mascherato" da conferma del precedente?,* cit., 4, ritiene che sarebbe stato più opportuno scegliere tra le due alternative. La decisione in parola viene, infatti, letta come un *overruling* "mascherato", nella sostanza lontano dalla sentenza Pescatore ma formalmente con questa non contrastante.

cessariamente nel corso di un giudizio su quest'ultima: ben potrebbe verificarsi – come d'altronde accaduto nell'occasione immediatamente successiva di cui tratteremo a breve – che un'eventuale decisione giudiziaria sia "obbligata" al punto da non lasciare spazio alla libertà interpretativa. Il che comporterebbe, inoltre, che anche il giudice della rivalsa non potrebbe discrezionalmente valutare il ricorrere delle ipotesi di cui alla legge n. 18/2015, trovandosi essenzialmente di fronte all'automatismo decisione/risarcimento/condanna. Tuttavia, il "pericolo" della condanna al risarcimento, o meglio della condanna al pagamento nella rivalsa, dovrebbe essere, per giustificare la pregiudizialità della questione d'incostituzionalità, "attuale e concreto", emergere dal caso di specie ed essere valutabile in modo obiettivo dalla Corte costituzionale[90].

In questa prospettiva la motivazione della Corte appare convincente.

La non pertinenza del richiamo operato dai rimettenti alla sent. n. 18 del 1989 viene, infatti, motivata in base al «ben diverso àmbito dell'incidente di costituzionalità nel quale vennero a collocarsi le richiamate affermazioni di questa Corte»[91]. Nel caso precedente, «le *quaestiones* sulla responsabilità civile dei magistrati erano […] rilevanti in quanto direttamente collegate con profili attinenti alla struttura dell'organo e ad ipotizzate "distinzioni" funzionali interne ad esso: dunque, alla sua stessa composizione»[92]. Differentemente dalla vicenda del 1989, prosegue la Corte, mancherebbe, in questa occasione, «la necessaria relazione di "dipendenza funzionale" tra giudizio *a quo* e tema agitato attraverso la questione di legittimità costituzionale: relazione che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, deve assumere i connotati della pregiudizialità, la quale comporta l'impossibilità di definire il procedimento pregiudicato in assenza della delibazione della *quaestio* pregiudicante»[93]. Ciò posto, non deve escludersi «a priori che norme, pur non immediatamente applicabili nel processo, vadano ad incidere in maniera *evidente ed attuale* sulle garanzie costituzionali della funzione giurisdizionale, così condizionando l'esercizio della relativa attività» (corsivo aggiunto). È necessario che vi sia «una effettiva interferenza sulle condizioni di indipendenza e terzietà nel decidere, a prescindere da qualsiasi profilo che possa riguardare un eventuale "perturbamento psicologico" del singolo giudice»[94].

Qui il punto che dimostra quanto finora abbiamo cercato di affermare: «*ai fini della rilevanza occorrerà ulteriormente verificare se la norma asseritamente interferente sullo* status *di magistrato ne comprometta o possa comprometterne l'indipendenza e la terzietà in relazione alla concreta* regiudicanda *posta al suo esame ed alla specifica e conseguente decisione che è chiamato ad adottare nel giudizio* a quo» (corsivo nostro)[95]. Tale affermazione

---

[90] Si tratterebbe, in senso simile, delle ipotesi di rilevanza "indiretta" di cui parla Cerri, tra le quali rientrerebbero, secondo l'opinione dell'Autore, anche le questioni di cui alla sentenza n. 164/2017. A. CERRI, *Considerazioni problematiche sulla "rilevanza indiretta"*, cit., 1519 ss. Sulla rilevanza indiretta e sul riscontro del vizio si veda anche C. ESPOSITO, *"Identificazione" e "rilevanza" delle questioni nei giudizi incidentali,* in *Giur. cost.,* 1960, 1213 ss.

[91] Corte cost., sent. n. 164 del 2017, punto 3.4 *Cons. dir.*

[92] *Ibidem.*

[93] Corte cost., sent. n. 164 del 2017, punto 3.5 *Cons. dir.*

[94] Corte cost., sent. n. 164 del 2017, punto 3.6 *Cons. dir.*

[95] *Ibidem.*

potrebbe far dubitare del carattere "processuale" dello scrutinio sulla rilevanza. Se la Corte, ai fini della rilevanza, ritiene di dover previamente verificare se la norma indubbiata "comprometta o possa compromettere" l'indipendenza e la terzietà del giudice, non sarebbe questo un giudizio anticipato sul merito della questione? Come a dire che le questioni di legittimità inerenti la responsabilità civile del giudice, sollevate nel corso di giudizi "comuni", debbano essere ritenute rilevanti soltanto nel caso in cui si prospetti la lesione dell'indipendenza e della terzietà, ipotesi che dovrebbe sorreggere l'accoglimento della questione. Come abbiamo rilevato in precedenza, infatti, non sembra possa dubitarsi che in questi casi vi sia una mescolanza tra giudizio di merito e giudizio di ammissibilità. A ben vedere, però, il giudizio di merito della Corte costituzionale, alla luce dei parametri che abbiamo evidenziato in precedenza, non consisterà nella mera individuazione della non conformità ai principii di cui agli artt. 101 e ss. Nel nuovo contesto normativo e giurisprudenziale il giudizio della Corte si sostanzia in una valutazione circa la *ragionevolezza del bilanciamento* tra i numerosi valori costituzionali che vengono in rilievo quando si tratti di responsabilità civile dello Stato e del magistrato per i danni provocati da provvedimenti o atti giurisdizionali.

Ciò non toglie, però, che in questi casi un giudizio "preventivo" sul grado di compromissione dei principii costituzionali sia connaturato, a nostro avviso, nella materia stessa.

Quanto abbiamo appena affermato viene confermato dalla successiva decisione della Corte avente ad oggetto (anche) alcune norme della legge n. 117/1988 come modificata dalla legge n. 18/2015.

7. *Segue*: la sentenza n. 142 del 2018

L'ultima delle decisioni che interessano la disciplina della responsabilità civile dei magistrati è la recente sentenza n. 142 del 2018, anch'essa adottata in seguito alla sollevazione di alcune questioni di legittimità costituzionale con ordinanza di rimessione emessa nel corso di un giudizio estraneo all'azione risarcitoria e all'azione di rivalsa. Il Tribunale di Enna[96], nello specifico, poneva due questioni di legittimità: l'una concernente la legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona[97], nella parte in cui, ai sensi dell'art. 288 TFUE «così come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, si prevede che la decisione della Commissione rivolta agli Stati, ormai divenuta inoppugnabile dinnanzi agli organi giurisdizionali comunitari, sia obbligatoria e vincolante in tutti i suoi elementi, anche per i giudici nazionali» e, ai sensi dell'art. 267 TFUE «così come interpretato nella sentenza della C.G.U.E., 30 settembre 2003, causa 224/01, si prevede che nell'attività interpretativa il giudice debba tenere conto delle posizioni espresse dalle istituzioni europee non giurisdizionali»; l'altra, che più ci riguarda, in relazione all'inclusione, *ex* art. 2, comma 1, lett. *c)*, l. n. 18/2015, «tra le ipotesi di manifesta violazione del diritto dell'Unione europea il contrasto tra un atto o un provvedimento giudiziario e l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione

[96] R.O. n. 103 del 2016.
[97] In particolare, l'art. 2 della legge n. 130 del 2008.

europea sulla vincolatività delle decisioni della Commissione europea per il giudice nazionale».

Per comprendere l'*iter* argomentativo della Corte è necessario riassumere brevemente i fatti di causa, essendo significativi del giudizio di rilevanza operato dalla Corte in ordine alla seconda delle questioni prospettate.

Nel corso di un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, veniva in rilievo una decisione della Commissione europea[98] che, qualificando una certa misura come aiuto di Stato, ne aveva autorizzato l'erogazione per un periodo di tempo limitato. Tale decisione, nella specie, era divenuta «inoppugnabile poiché nessuna delle parti in causa aveva dedotto di averla impugnata e neppure ne aveva contestato, incidentalmente, la validità». Il rilievo di illegittimità del giudice *a quo* consisteva, sostanzialmente, nel fatto che, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia richiamata, questi sarebbe stato vincolato dalla decisione della Commissione europea, senza potervisi discostare in ordine alla qualificazione della misura quale aiuto di Stato. La conseguenza del mancato adeguamento sarebbe stata, quindi, l'insorgenza dell'ipotesi responsabilità civile di cui alla disposizione impugnata. Tale situazione avrebbe determinato, nell'ottica del rimettente, una violazione degli artt. 101 e 104 Cost., nonché dell'art. 24 Cost. con riguardo al diritto del cittadino ad un giudice terzo e imparziale.

In punto di rilevanza, il giudice *a quo* aveva rilevato che fosse necessario, ai fini del suo giudizio, qualificare la misura oggetto della controversia[99] come aiuto di Stato, qualificazione che, come abbiamo visto, era già stata effettuata dalla Commissione europea nella citata decisione, ma alla quale il giudice del processo principale riteneva di non potersi adeguare.

Risultava, dunque, *pregiudiziale* scrutinare l'effettiva vincolatività della decisione della Commissione al fine di sancirne, eventualmente, l'illegittimità costituzionale nei termini prospettati dal giudice *a quo.* Sul punto, come rileva a Corte, la costante giurisprudenza della Corte di giustizia[100] afferma che «la valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno[101] rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell'Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul punto». Ciononostante, il ruolo dei giudici nazionali in tale procedimento

---

[98] C(2002)4786 del 6 dicembre 2002.

[99] Nella specie si trattava di una indennità prevista dall'art. 1 della legge della Regione Siciliana 5 giugno 1989, n. 12 (Interventi per favorire il risanamento e il reintegro degli allevamenti zootecnici colpiti dalla tubercolosi, dalla brucellosi e da altre malattie infettive e diffusive e contributi alle associazioni degli allevatori). La disposizione regionale prevedeva, infatti, che ai proprietari di bestiame da allevamento che avessero provveduto al loro abbattimento in seguito al riscontro di determinate patologie particolarmente gravi e contagiose venisse corrisposta un'indennità a titolo di ristoro per la perdita economica conseguente alla diminuzione del bestiame.

[100] Vengono richiamate, in particolare, le decisioni della Corte di giustizia, sentenza 26 ottobre 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*; sentenza 15 settembre 2016, C-574/14, *PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA* e sentenza 19 marzo 2015, C-672/13, OTP *Bank Nyrt.*

[101] Verifica necessaria ai sensi del combinato disposto degli artt. 107 e 108 TFUE, concernenti il generico divieto di aiuti di Stato che falsino o minaccino di falsare la concorrenza, poiché incompatibili con il mercato interno, e le relative deroghe a tale divieto che possono essere concesse *anche* previa valutazione della Commissione europea.

di valutazione non è marginale[102]: in primo luogo, *ab origine*, ai giudici nazionali spetta un primo scrutinio circa la possibilità che una certa misura rientri nella nozione di aiuto di Stato al fine di verificarne l'effettiva sottoposizione alla procedura di controllo, potendo, in tale sede, adire la Commissione stessa nonché la Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale; in secondo luogo, in caso di violazione dell'art. 108 TFUE, spetta ai giudici nazionali verificare la validità degli atti posti in essere in virtù della violazione; infine, e questo è il caso che importa il giudizio *a quo*, qualora la Commissione sia intervenuta in seguito a tale procedimento di controllo, la decisione assunta è obbligatoria per tutti gli organi dello Stato membro, *salva la sua rimozione nei casi e nei modi previsti dall'art. 263 TFUE.* Il controllo di legittimità degli atti dell'Unione, in ossequio al primato del diritto euro-unitario e in conformità con l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, spetta in via esclusiva alla Corte di giustizia, ciò comprendendo anche le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato. Anche in tale sede, però, il giudice nazionale svolge un ruolo di non secondaria importanza: gli eventuali e presunti vizi di validità delle decisioni in parola possono essere rilevati dal giudice nazionale anche su richiesta delle parti, sospendendo il giudizio in corso e attivando il procedimento pregiudiziale per accertamento di validità disciplinato dall'art. 267, paragrafo 1, lett. *b)*, TFUE. Invero, come noto, la pregiudiziale per accertamento di validità può essere promossa, in virtù della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, soltanto con riguardo a decisioni non definitive. Si tratta dell'ipotesi in cui la decisione non sia stata impugnata né dallo Stato, né dai privati secondo la procedura di cui all'art. 263 TFUE. Il caso di specie, come correttamente rileva la Corte, non rientra peraltro nemmeno nelle ipotesi di cui all'ultima procedura richiamata: «contrariamente a quanto si afferma nell'ordinanza di rimessione, nessun ostacolo incontra, dunque, per questo verso, l'eventuale rinvio pregiudiziale di validità da parte del giudice rimettente»[103].

In sostanza, cercando si semplificare la questione, il presunto vincolo cui si ritiene sottoposto il giudice *a quo* non sussiste. Cadendo il vincolo, cade la lesione dell'indipendenza funzionale esterna lamentata dal giudice rimettente. A ciò riteniamo di aggiungere che, anche volendo ritenere che la fattispecie concreta non consentisse al giudice di sollevare il rinvio pregiudiziale di accertamento di validità ritenendo la decisione in questione definitiva, l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, limitandone la sovranità, acconsente che anche gli organi giudiziari siano sottoposti alla giurisdizione esclusiva, per le materie previste dal Trattato, della Corte di giustizia. Ciò comporta anche la legittimità della vincolatività delle decisioni "amministrative" dell'Unione per tutti gli organi dello Stato, compresi i giudici nazionali, facendo salva l'ipotesi di invalidità delle decisioni stesse. Ma anche nel caso in cui si trattasse di decisioni viziate, esigenze di certezza del diritto giustificano la rilevabilità degli eventuali vizi nei limiti – temporali, oggettivi e soggettivi – previsti dal Trattato. Oltre tali limiti, si deve supporre che i vizi in questione siano sanati: o per inerzia dei legittimati all'impugnazione, nel caso di mancato rispetto dei termini; o per carenza di interesse

[102] «ai giudici nazionali spetta un ruolo "complementare e distinto"», così Corte cost., sent. n. 142 del 2018, punto 4.1 *Cons. dir.*

[103] Corte cost., sent. n. 142 del 2018, punto 4.3 *Cons. dir.*

generale, nel caso di mancata impugnazione ad opera dello Stato; ovvero per carenza di interesse particolare, nel caso di mancata impugnazione da parte dei privati interessati dalla decisione viziata.

Così brevemente ricostruita l'argomentazione della Corte in ordine alla prima questione di legittimità, si può cogliere la *ratio* della decisione di inammissibilità con riguardo alla questione relativa alla disciplina della responsabilità civile.

Il giudice *a quo* impugnava, come abbiamo visto, quell'indice oggettivo di rivelazione della violazione del diritto europeo consistente nel «contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea», per l'ipotesi in cui quest'ultima affermava la «vincolatività delle decisioni della Commissione europea per il giudice nazionale».

Il percorso argomentativo del rimettente è di facile intuizione: ritenendosi vincolato all'adozione di un provvedimento determinato, in cui la propria discrezionalità sarebbe venuta meno, e ritenendo tale condizione illegittima, l'adozione del provvedimento in contrasto con le statuizioni della Corte di giustizia avrebbe a sua volta determinato l'insorgere dell'ipotesi di cui alla disposizione impugnata. Al riguardo, a nostro avviso, è d'uopo una precisazione. Le ipotesi "automatiche" di responsabilità del magistrato soggettivamente inteso non coincidono integralmente con le ipotesi determinanti risarcimento ad opera dello Stato. Come abbiamo visto in precedenza, infatti, una delle principali innovazioni prodotte dalla riforma del 2015 consiste nella scissione, dal punto di vista oggettivo, della responsabilità dello Stato da quella del magistrato. L'ipotesi di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, che viene in questo caso in rilievo, è diversamente modulata a seconda che determini la responsabilità dello Stato ovvero l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa (e, quindi, la sostanziale automaticità della responsabilità del magistrato). Nel primo caso, infatti, tale illecito rileva se commesso con colpa grave; nel secondo caso, invece, è richiesta l'ulteriore condizione soggettiva della negligenza inescusabile. Ciò determina necessariamente una differente valutazione circa la "potenzialità" della sussistenza di responsabilità a seconda che si tratti di illeciti per i quali l'esercizio dell'azione di rivalsa sia prevista come obbligatoria ed altri illeciti[104].

Fatta questa precisazione, nel caso di specie, anche volendo ritenere che si trattasse aprioristicamente di "pericolo concreto ed attuale" di responsabilità, la prima delle questioni di legittimità ha assunto la funzione di presupposto necessario della seconda. Venendo meno il supposto obbligo di adeguamento alla decisione della Commissione europea, nei termini con cui lo ha ricostruito la Corte, il "pericolo" ritenuto attuale e concreto ha inevitabilmente

[104] Profili di illegittimità costituzionale della norma in questione potrebbero emergere, piuttosto, nel caso in cui il giudice che ritenga di non potersi adeguare all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia fondi il proprio convincimento sull'attivazione dei "controlimiti". Pur non integrando l'ipotesi di obbligatorietà dell'azione di rivalsa, non essendo probabilmente configurabile in un caso del genere la negligenza inescusabile, non si può escludere che ciò configuri gli estremi dell'illecito di violazione del diritto dell'Unione europea. Tale eventualità, invero, non potrebbe sorgere qualora si accogliesse la più recente impostazione della Corte costituzionale in virtù della quale l'attivazione dei "controlimiti" dovrebbe essere di competenza esclusiva dell'organo di giustizia costituzionale. Diversamente, invece, non sembra che la disposizione legislativa lasci spazio, almeno ad una lettura testuale, all'esclusione della responsabilità dello Stato nell'ipotesi in questione.

perso i caratteri di attualità e concretezza. Il tutto riverberandosi sulla sussistenza della rilevanza della questione inerente la responsabilità civile del magistrato. In tale ottica, dunque, la *ratio* che ha sorretto la decisione di inammissibilità di tale consequenziale questione risulta comprensibile e, a nostro avviso, condivisibile.

8. Conclusione

La giurisprudenza costituzionale in materia di responsabilità civile dei magistrati è, come emerge dalla trattazione, modesta. Le occasioni nelle quali la Corte si è espressa al riguardo sono state particolarmente rare, ma non prive di una costante *ratio* di fondo tanto in ordine al merito delle singole questioni prospettate, quanto in ordine al problematico profilo della rilevanza di queste ultime. A nostro parere, in relazione a tale ultimo profilo che costituisce l'oggetto di questa riflessione, dalle vicende richiamate è possibile trarre un principio generale che deriva sia dall'impostazione assunta dalla Corte sia, ancor più, dalla specifica natura delle disposizioni in tema di responsabilità civile dello Stato e, in particolar modo, del magistrato.

I destinatari diretti e indiretti di tali disposizioni non possono che essere gli esercenti la funzione giudiziaria. È, infatti, da tale esercizio che può derivare il danno risarcibile con le azioni disciplinate dalla normativa in questione. Ciò comporta, inevitabilmente, che vi possano essere dei casi in cui, con maggiore o minore incidenza, i giudici si trovino a dover decidere concrete controversie esercitando la propria funzione con modalità che potrebbero, astrattamente, integrare gli illeciti di cui alla legge n. 117/1988. In tali casi ben potrebbe verificarsi che la concreta decisione che il giudice ritenga di dover adottare faccia sorgere il pericolo – non la certezza – che si instauri il sistema di tutele predisposte dall'ordinamento. Quale potrebbe essere, in questi casi, il confine tra questioni premature ed eventuali, perciò inammissibili, e questioni, al contrario, ammissibili? A noi sembra che la Corte costituzionale abbia fornito importanti indicazioni al riguardo. Affinché una questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso di un giudizio "comune" possa essere ritenuta pregiudiziale per la decisione che il giudice *a quo* debba assumere in tale giudizio è necessario che il *pericolo* di insorgenza dell'illecito integrante responsabilità sua o dello Stato sia *concreto ed attuale*. Dovrebbe presentarsi un reale e preventivamente verificabile *rapporto di consequenzialità* tra la probabile decisione del caso concreto e uno degli illeciti di cui alla legge n. 117/88, tale da poter essere sottoposto al vaglio della Corte che ne verificherà, nel merito, l'eventuale illegittimità costituzionale. L'ultima delle decisioni che abbiamo analizzato rappresenta perfettamente la necessità dell'esistenza di tale rapporto: esclusa l'esistenza del vincolo, si esclude il rapporto di consequenzialità e, dunque, la rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

In conclusione, il rapporto di pregiudizialità tra questioni di legittimità costituzionale e giudizi *a quibus* assume i caratteri di una sorta di giudizio preliminare circa l'effettiva potenzialità della lesione dei principii costituzionali in tema di giurisdizione, assimilabile, in gran parte, al giudizio circa la non manifesta infondatezza. Vi sarà pregiudizialità solo nel caso in cui sia quanto meno sufficientemente potenziale la lesione in parola, ciò non escludendo che

l’esito del giudizio possa essere il rigetto della questione. Come abbiamo affermato in precedenza, infatti, nella valutazione di merito avente ad oggetto la disciplina in questione la Corte verificherà non solo l’eventuale non conformità agli artt. 101 e ss. della disciplina, ma anche, e soprattutto, la ragionevolezza dell’eventuale sacrificio parziale di questi ultimi al fine di assicurare una effettiva tutela del danneggiato.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 16/01/2019

AUTORE: Giorgio Maniaci*

PERCHÉ ABBIAMO UN DIRITTO COSTITUZIONALMENTE GARANTITO ALL'EUTANASIA E AL SUICIDIO ASSISTITO

"Non possiamo strappare una sola pagina della nostra vita, ma possiamo buttare l'intero libro nel fuoco".

(George Sand, *Mauprat*, cap. XI)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Argomenti pro o contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito. – 3. Argomenti più forti contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito. – 4. L'argomento perfezionista. – 5. Sacralità della vita umana. – 6. Dignità umana. – 7. Prevenire rischi e abusi. – Bibliografia.

1. Introduzione

In questo articolo, argomenterò che la costituzione italiana garantisce un diritto generale all'eutanasia e al suicidio assistito a persone, in sintesi, gravemente malate, o che abbiano una disabilità permanente. Sosterrò, in particolare, che l'attuale proibizione dell'eutanasia attiva, prevista dall'articolo 579 c.p. it., per come interpretato dalla Corte di Cassazione, è parzialmente incostituzionale, così come è parzialmente incostituzionale la norma prevista dall'articolo 580 c.p. it. nei limiti in cui punisce l'aiuto al suicidio. Entrambe le norme sono incostituzionali soltanto nei limiti previsti da una dottrina antipaternalista moderata, cioè liberale.

* Associato di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Palermo.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

Possiamo denominare *paternalismo giuridico* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la (minaccia dell'uso della) forza, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano razionali e libere da coazione altrui, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi in modo significativo di cagionare, a se stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico.

Possiamo denominare, invece, *antipaternalismo giuridico moderato* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, *non* ha il diritto di usare la (minaccia dell'uso della) forza, contro la volontà di un individuo adulto, al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi in modo significativo di cagionare, a se stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico, se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto, volontà di compiere attività pericolose e/o dannose, si sia formata in modo razionale, e sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive[1]. In base all'antipaternalismo moderato, infatti, se il consenso dell'individuo non è, nel senso specificato, viziato, la sua libertà d'azione può essere limitata solo se cagiona danni a terzi[2]. D'ora

---

[1] Cfr. B. Gert, C. Culver, *Paternalistic Behavior*, «Philosophy and Public Affairs», 6, 1976; D. VanDeVeer, *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 22. Per un'approfondita analisi del concetto di paternalismo politico e giuridico cfr. M. Alemany, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, cap. I, pp. 343 ss.; E. Diciotti, *Paternalismo*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI/2, 1986, pp. 557 ss. La definizione qui accolta di «antipaternalismo moderato» è analoga a quella di «soft paternalism» di Joel Feinberg, concezione, quest'ultima, che, tuttavia, secondo Feinberg stesso non avrebbe nulla di paternalista. Cfr. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, New York, OUP, 1986, pp. 12 ss.

[2] Il concetto di danno è molto complesso e non può essere analizzato attentamente in questa sede. In generale, si possono distinguere sette tipi di «danno» (lista che è volutamente non esaustiva): 1) danno fisico (Tizio lede l'integrità fisica di Caio), 2) danno psicofisico (in seguito ad un incidente cagionato da Tizio, Caio cade in depressione o soffre di un grave stress post-traumatico), 3) danno economico, 4) *danno esistenziale*, cioè interferenza significativa nella sfera corporea/percettiva di una persona, nel suo domicilio, ovvero lesione della sua identità personale, cioè del nome, dell'immagine, della reputazione, della rappresentazione veritiera della propria identità, della riservatezza; 5) danno relazionale (non essere apprezzati, stimati all'interno del gruppo sociale di riferimento), 6) danno psichico/emotivo (Tizio prova, in modo intenso e prolungato, rabbia nei confronti di Caio a causa del comportamento di quest'ultimo). È dubbio se si possa parlare di un vero e proprio «danno morale» (ad esempio, il comportamento adottato da Caio lo sta conducendo sulla via della perdizione o della perversione morale), soprattutto quale danno a terzi. Feinberg sostiene di no. Sicuramente la distinzione paternalismo/antipaternalismo non ha molto senso se si include nel concetto di «danni a terzi» il danno morale. Concordo, su questo punto, con J. Waldron, *Mill and the Value of Moral Distress*, in *Liberal Rights*, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 126. Considerare il danno psichico o relazionale, da solo, come una ragione sufficiente per esercitare la coazione penale è in contrasto con il valore dell'autonomia individuale, e con la concezione antipaternalista qui difesa, salvo che siano i bambini a subire un danno psicologico. In quanto giustificherebbe restrizioni molto forti della libertà individuale: si potrebbe vietare a Caio di sposare una ebrea perché la famiglia fondamentalista musulmana ne soffrirebbe molto emotivamente, a Tizio di compiere orge in casa sua perché i vicini provano rabbia nel sapere che tali orge avvengono nell'appartamento di Tizio. Cfr. M. Alemany, *El paternalismo jurídico*, cit., pp. 381 ss.; E. Diciotti, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in «Ragion pratica», 24, 2005, pp. 100 ss., 112; J. Feinberg, *Harm to Self*, cit., pp. 10 ss.; J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, New York, OUP, 1984, pp. 31 ss. In realtà, secondo Feinberg, una concezione liberale, e dunque anche l'antipaternalismo, potrebbe consentire legittimamente l'uso della forza, contro l'individuo, anche

in poi, per semplicità, parlerò di antipaternalismo per riferirmi sempre all'antipaternalismo giuridico *moderato*.

Questo significa che la Corte Costituzionale italiana dovrebbe emanare una sentenza di parziale illegittimità costituzionale degli artt. 579 e 580 c.p. it., nella parte in cui proibiscono l'eutanasia attiva e il suicidio assistito alle condizioni previste da una dottrina antipaternalista, cioè liberale, qualora l'aiuto al suicidio non implichi, come afferma la Cassazione, la determinazione del proposito suicida prima inesistente o il rafforzamento del proposito già esistente[3]. È importante che si tratti di una dichiarazione di illegittimità parziale, anche perché, come sottolinea Ugo Adamo, una sentenza di accoglimento totale *secca* potrebbe essere pericolosa, potrebbe far riemergere l'applicabilità del 575 c.p. it., la norma che punisce l'omicidio. Quali sono le condizioni previste da una dottrina antipaternalista? Per evitare possibili errori o, peggio, complotti da parte di *parenti-serpenti*, è preferibile, infatti, che l'eutanasia e il suicidio assistito siano considerati legittimi solo se compiuti da un medico, presso istituzioni pubbliche o private convenzionate (salvo impossibilità di spostare il paziente da casa sua), che assicurino, come già previsto dalle leggi belga, olandese e svizzera, che la volontà di compiere l'eutanasia o il suicidio assistito, la volontà di un individuo adulto, si sia formata in modo razionale, e sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo, e sufficientemente libera da pressioni coercitive.

In tal senso, dopo la sentenza di illegittimità parziale, sarebbe sufficiente che il legislatore ordinario italiano con una legge o il ministro della salute italiano con decreto stabilisca le procedure da seguire, negli ospedali italiani, per richiedere e ottenere l'eutanasia e il suicidio assistito.

Sarebbe, invece, del tutto lecito, come nel recente caso di Fabiano Antoniani, detto dj Fabo, accompagnato da Marco Cappato in Svizzera, dove è morto, a seguito di suicidio assistito, alle 11.40 del 27 febbraio 2017, richiedere e ottenere l'eutanasia o il suicidio assistito nei paesi in cui sono legalmente previsti, caso in relazione al quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. it. Sarebbe, in particolare, del tutto da evitare, in seno al giudizio della Corte Costituzionale, come auspicata da alcuni autori, «una interpretazione del concetto di agevolazione che, senza procedere sulla sottile linea di confine tra atti preparatori ed esecutivi del suicidio, valorizzi il valore meramente solidaristico di

---

per impedire che venga arrecata una seria molestia (*serious offense*) a terzi. Ma non sono d'accordo. Infatti, ho sostenuto che, in base al Principio del danno, è possibile risolvere molti casi, probabilmente tutti i casi di *offences* o *nuisances* rilevanti, svuotando, in tal senso, di utilità l'*Offence Principle*, ad esempio quelli di persone che urinano, defecano, gettano spazzatura, vomitano, smembrano cadaveri, ascoltano radio a tutto volume, per strada o in luoghi pubblici. Si tratta di condotte che, se compiute da poche persone, non creano, *stricto sensu*, danni alla salute, ma solo appunto nausea, imbarazzo, disgusto. Ma se compiute da molte persone, in un breve lasso di tempo, o peggio per un lungo periodo, aumentano considerevolmente il rischio di diffusione di batteri e infezioni patogene, o di disturbi uditivi, oltre a provocare un'interferenza nella sfera corporea di altri che sono costretti a toccare materiale infetto (feci, urina, vomito, cadaveri). Si tratta, in altri termini, di danni cumulativi o incrementali. Per altri comportamenti, nudismo o rapporti sessuali su un autobus, è sufficiente vietarli per evitare il rischio di un danno all'equilibrio psicofisico dei minori. Cfr. J. Feinberg, *Harm to Others*, cit., pp. 26 ss., 45 ss.,136; G. Maniaci, *Come interpretare il Principio del danno*, "Ragion Pratica", 1, 2017.

[3] Cass. pen., Sez. I, n. 3147/1998.

condotte estranee alla sfera di formazione della volontà suicidaria e non costituenti antecedente causale necessario del suicidio (in tal senso "*fungibili*"), quali il mero accompagnamento o l'informazione all'aspirante suicida della clinica estera presso la quale è possibile praticare il gesto finale»[4], perché tale interpretazione snaturerebbe totalmente lo scopo politico, intrinseco, dell'eccezione di legittimità costituzionale sollevata e dell'autoincriminazione di Cappato, cioè rendere legittimo in Italia il suicidio assistito (e non soltanto il mero accompagnamento fino in Svizzera del suicida)[5].

In tal senso, va nella giusta direzione, ma è del tutto insufficiente l'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018, in merito alla questione di legittimità costituzionale della norma che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio, nella quale la Corte afferma, dal punto di vista procedurale: lasciando «al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia – la Corte ritiene, dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019».

Per quanto riguarda il merito, i giudici affermano che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è apprezzabile per le seguenti ragioni. L'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere.

La circostanza, del tutto comprensibile e rispondente ad una opzione da tempo universalmente radicata, che l'ordinamento non sanzioni chi abbia tentato di porre fine alla propria vita non rende affatto incoerente la scelta di punire chi cooperi materialmente alla dissoluzione della vita altrui, coadiuvando il suicida nell'attuazione del suo proposito. Condotta, questa, che – diversamente dalla prima – fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una relatio ad alteros di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita. Il divieto in parola conserva una propria evidente ragion d'essere anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni

---

[4] P. Fimiani, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato,* "Diritto Penale contemporaneo", 28, 22 maggio 2018, https://www.penalecontemporaneo.it/d/6040-le-responsabilita-penali-nelle-scelte-di-fine-vita-in-attesa-della-corte-costituzionale-nel-caso-ca.

[5] Chiarisce il punto A. Massaro, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: Illegittimità dell'aiuto al suicidio*?, "Diritto Penale contemporaneo", 14 giugno 2018, 22, https://www.penalecontemporaneo.it/d/6101-il-caso-cappato-di-fronte-al-giudice-delle-leggi-illegittimita-costituzionale-dell-aiuto-al-suicidio.

di personale tornaconto. Al legislatore penale non può ritenersi inibito, dunque, vietare condotte che spianino la strada a scelte suicide, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite. Anzi, è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)».

E, tuttavia, con riferimento a persone affette da una malattia irreversibile, fonte di sofferenze psichiche o fisiche ritenute intollerabili, tenute in vita attraverso trattamenti vitali, ma che nonostante ciò siano capaci di prendere decisioni libere e consapevoli, la Corte afferma che «Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale.

Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione.

Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)».

In conclusione, ci sono due possibilità. O l'incriminazione parziale dell'aiuto al suicidio serve per evitare abusi e rischi, cioè tutelare le persone più sole e vulnerabili, infelici o depresse, il che si può fare, come vedremo, attraverso le medesime procedure previste da tutte le leggi (e i progetti di legge) sulla legalizzazione dell'eutanasia o del suicidio assistito, e dal-

la medesima concezione antipaternalista, cioè un colloquio con un medico in un ospedale pubblico o privato convenzionato, videoregistrato, con uno psicologo, videoregistrato, in un ospedale pubblico o privato convenzionato, colloquio che accerti che la volontà del paziente di morire sia fondata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, espressa da persona sufficientemente razionale e capace di intendere volere, sufficientemente libera da pressioni coercitive, stabile nel tempo. Il che eviterebbe che, e lascerebbe punito il caso in cui, come segnalato dalla Corte, una persona qualunque, magari per personale tornaconto, possa indurre e aiutare al suicidio chiunque sia affetto da una malattia, cioè il potenziale suicida subisca "interferenze coercitive" o sia "indotto" a suicidarsi da propositi altrui, nel qual caso vi sarebbe un rafforzamento o una determinazione del proposito suicida, cosa temuta dalla Corte. E allora, se la Corte non vuole contraddirsi, il medesimo diritto a congedarsi dalla vita e liberarsi dalle sofferenze va attribuito, in base alla procedura prevista, a coloro che sono affetti da grave malattia e provino sofferenze per loro inaccettabili, anche se *non sono tenuti* in vita attraverso trattamenti vitali.

Oppure, seconda possibilità, per qualche ragione, non spiegata dalla Corte, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio e dell'eutanasia attiva è legittima, perché il diritto alla vita prevale sull'autodeterminazione dell'individuo e allora anche le persone più fragili e vulnerabili, se gravemente malate e sofferenti, mantenute in vita da sostegni vitali, non possono ottenere il suicidio assistito, e non dovrebbero neppure avere il diritto di interrompere trattamenti vitali, così come previsto dalla legge sulle DAT, cosa negata dalla Corte.

In particolare, non argomenterò in favore della dichiarazione di totale illegittimità costituzionale della norma del codice penale (579 c.p. it.) che punisce l'omicidio del consenziente e di totale illegittimità della norma che punisce l'aiuto al suicidio (580 c.p. it.). Per ragioni probatorie, è preferibile che tale norma rimanga valida, altrimenti qualunque killer potrebbe falsificare un documento scritto nel quale la vittima afferma di voler essere uccisa. Il killer potrebbe, perfino, estorcere alla vittima una dichiarazione videoregistrata in cui afferma di voler essere uccisa. Non vi sono buone ragioni per correre questo rischio. Nello stesso senso, come già detto, sarebbe punibile chi determina o rafforza il proposito suicida di una persona infelice. Per argomentare in favore di un diritto costituzionalmente garantito, alle condizioni previste da una dottrina liberale, all'eutanasia e al suicidio assistito, sosterrò che i pochi argomenti morali razionalmente adducibili contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito non trovano un sostegno valido nella costituzione italiana.

2. Argomenti pro o contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito

Nella letteratura medica e filosofica, normalmente, quando si parla di eutanasia attiva (volontaria), si fa riferimento a una situazione nella quale un paziente gravemente malato o terminale, al fine di evitare una profonda sofferenza, chiede al proprio medico di essere ucciso mediante un'iniezione letale. L'eutanasia è definita *attiva,* perché se il medico non avesse compiuto l'azione rilevante (iniezione letale) il paziente non sarebbe morto con le medesime modalità o sarebbe morto in un tempo successivo.

Il concetto di eutanasia passiva (volontaria) fa, normalmente, riferimento a una situazione nella quale il medico sospende, dietro esplicita richiesta di un paziente o in base a dichiarazioni anticipate del paziente medesimo, un trattamento, in genere non strettamente terapeutico, che mantiene il paziente ancora in vita (ad esempio idratazione, alimentazione, ventilazione artificiale) ovvero omette di somministrare o effettuare un trattamento (ad esempio, intubazione tracheale, rianimazione cardiopolmonare, trasfusione di sangue) necessario alla sopravvivenza del paziente, seguendo in tal senso dichiarazioni attuali o antecedenti del paziente medesimo. L'eutanasia sarebbe passiva, perché omettendo di compiere un'azione rilevante, o compiendo un'azione rilevante (distacco dell'alimentazione artificiale), il medico *lascia* morire il paziente, cioè lascia che la malattia segua il suo decorso naturale, malattia che condurrà il paziente, in assenza di trattamenti medici, in breve tempo alla morte[6].

Infine, quando si parla di suicidio assistito si fa, normalmente, riferimento a una situazione nella quale il medico aiuta a morire una persona gravemente malata o gravemente disabile, ad esempio prescrivendole i farmaci necessari per realizzare il desiderio di suicidarsi in modo indolore o aiutandola materialmente (ad esempio, nel caso di persone tetraplegiche o gravemente disabili) a suicidarsi (preparazione del farmaco e dei macchinari necessari a somministrarlo), lasciandole l'esecuzione dell'ultimo atto[7].

Ora, in base a una certa interpretazione dell'art. 32 cost. it., di alcune disposizioni del codice penale italiano (artt. 40 ss., 579 c.p. ss.), o contenute in altri testi legislativi, come del resto accade in molti altri ordinamenti giuridici occidentali, l'attuale giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione e costituzionale, ritiene nell'ordinamento giuridico italiano lecito il rifiuto di un paziente adulto, capace di intendere e volere, e informato dei fatti rilevanti di iniziare o continuare terapie (oncologiche ad esempio) salva-vita; ritiene lecita la sospensione dell'idratazione e alimentazione artificiale nei confronti di un paziente adulto, caduto in stato vegetativo persistente per un tempo sufficientemente lungo, qualora queste fossero le sue volontà, lasciate per iscritto o chiaramente manifestate in precedenza (come nel caso *Englaro*); nonché ritiene lecita l'omessa somministrazione o la sospensione, su richiesta esplicita

---

[6] Cfr. Amato, S., *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 111 ss.; Biggs H., *Euthanasia. Death with Dignity and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 44 ss.; Bok, S., *Euthanasia*, in Dworkin G., Frey R., Bok S. (eds.), *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide*, 1998, tr. it. *Eutanasia*, in Id., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, 135-161, p. 136 ss.; Brock, D.W., *Voluntary Active Euthanasia*, «The Hastings Center Report», 22, 2, 1992; D'Agostino F., *Bioetica*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 229 ss.; D'Agostino, F. *Bioetica e biopolitica*. *Ventuno voci fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 226-227; Young, R., *Voluntary Euthanasia*, «Stanford Encyclopedia of Philosophy», 2010. Alcuni autori parlano di eutanasia (*involuntary euthanasia*) anche con riferimento all'ipotesi in cui medici o psichiatri, accecati da ideologie razziste o eugenetiche, come nel caso della Germania nazista, provocassero la morte di persone ritenute "inferiori", perché disabili, affette da patologie fisiche o gravi disturbi di personalità, contro la loro volontà. L'uso in questo caso del termine "eutanasia", soprattutto con riferimento al problema della legalizzazione dell'eutanasia, non ha molto senso. Se la vittima esprime chiaramente una volontà contraria all'"eutanasia" è preferibile parlare di omicidio. Cfr. Biggs H., *Euthanasia. Death with Dignity and the Law*, cit., p. 12.

[7] Cfr. Biggs H., *Euthanasia. Death with Dignity and the Law*, op. cit., p. 60 ss.; Bok, S., *Physician-Assisted Suicide*, in Dworkin G., Frey R., Bok S. (eds.), *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide* (1998), tr. it. *Suicidio medicalmente assistito*, in Id., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, 162-177, p. 162 ss.

di un paziente adulto, capace di intendere e volere e informato dei fatti rilevanti, di un trattamento sanitario, come la ventilazione artificiale, che non ha finalità strettamente curative, ma ne assicura il mantenimento in vita (come nel caso *Welby*).

In altri termini, nell'ordinamento giuridico italiano, è considerata lecita, in molti casi, l'eutanasia passiva. La definitiva legalizzazione dell'eutanasia passiva e della possibilità di effettuare delle dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT) in materia di trattamenti sanitari salva-vita è avvenuta con la legge italiana n° 219 del 22 dicembre 2017. In base all'art. 4, "Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie"[8].

Mentre, come già detto, la medesima giurisprudenza ritiene sicuramente illecita, per contrasto con l'art. 579 c.p. it. che punisce l'omicidio del consenziente, l'eutanasia attiva volontaria, così come è punito il suicidio assistito, per contrasto con l'art. 580 c.p. it. che punisce chi ne agevola l'esecuzione[9].

C'è essenzialmente, in ambito morale, solo un argomento fondamentale adducibile in favore dell'eutanasia attiva e passiva (d'ora in poi parlerò solo di eutanasia) e del suicidio assistito. È il valore dell'autonomia individuale[10], il diritto di autodeterminarsi, di vivere la propria vita, nei limiti umanamente possibili, in accordo con i propri ideali, i propri valori, desideri, le proprie concezioni filosofiche, religiose, estetiche (purché non si cagionino danni a ter-

---

[8] Cfr. R. Fattibene, *A chi spetta la "disponibilità della disponibilità della vita"? La disciplina del fine-vita come occasione di riflessione sulla partecipazione democratica nelle questioni biogiuridiche*, "Osservatorio Costituzionale", 3, 2018.

[9] Cfr. Cass. civ. n. 21748 del 16/10/2007 (*Englaro*); Tribunale di Roma n. 2049 del 2007 (*Welby*); Crespi, Forti, Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2011, art. 579 ss.; Lattanzi G. (a cura di), *Codice penale. Annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2011, art. 579 ss. A certe condizioni, giurisprudenza recente attribuisce ad un paziente adulto il diritto di rifiutare, tramite un consenso informato antecedentemente espresso, una trasfusione di sangue (anche) qualora il paziente stesso versi in una situazione di temporanea incapacità di intendere e volere e sia in pericolo di vita. Cfr. L. 833/1978; L. 145/2001; Cass. civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676.

[10] L'autonomia, il diritto di autodeterminarsi, è chiaramente il valore cardine, centrale, tutelato da una concezione antipaternalista, valore che giustifica i requisiti che devono essere soddisfatti perché la volontà di qualcuno di compiere attività pericolose o dannose per sé stesso possa considerarsi "validamente espressa". In estrema sintesi, sulla sua mente e sul suo corpo l'individuo è sovrano, perché la sua vita e la sua integrità non appartengono a Dio, o ai suoi rappresentanti in terra, alla natura o alla comunità. Cfr. L. Ferrajoli, *Trattamenti sanitari forzati*, «Ragion pratica», 32, 2009, pp. 357 ss.; U. Scarpelli, *Bioetica laica*, Milano, Baldini & Castoldi, 1998, pp. 5 ss., 37 ss., 123 ss. Il concetto di autonomia è, ovviamente, molto complesso e non può essere qui approfondito. Cfr. B. Celano, *L'eguaglianza nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale*, in F. Squarcini (a cura di), *Mai praticamente uguali. Studi e ricerche sulla disuguaglianza e sull'inferiorità nelle tradizioni religiose*, Firenze, Società editrice fiorentina, 2007, pp. 11-43; E. Diciotti, *Paternalismo*, cit., pp. 581 ss.; J. Feinberg, *Harm to Self*, cit., p. 27 ss.; J. Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 369 ss. Tutti questi autori credono nei limiti profondi del libero arbitrio, nella misura in cui è ridicolo pensare che le persone *scelgano liberamente* i propri desideri o ideali. «The notion of choosing, from ground zero, makes no sense. Sooner or later we find ourselves, as in Neurath's metaphor of the ship in mid-ocean, being reconstructed while sailing, in mid-history». J. Feinberg, *Harm to Self*, cit., pp. 35, 46.

zi)[11]. Come già detto, sono quattro i requisiti che un soggetto adulto deve possedere per avere un grado sufficiente di autonomia. Sufficiente razionalità e capacità di intendere e volere, sufficiente libertà da pressioni coercitive, stabilità nel tempo dei desideri, conoscenza dei fatti rilevanti. Per evitare che lo psichiatra dell'ospedale decida in base ai suoi giudizi di valore se un paziente è razionale o meno, la concezione della razionalità utilizzata deve essere formale. Dunque, rendono distorto un giudizio credenze palesemente false, contraddizioni evidenti, psicopatologie gravi come schizofrenia, che può provocare allucinazioni visive o uditive, o gravi disturbi nevrotici. La psicopatologia deve essere rilevante. Se un paziente soffre di disturbi ossessivo-compulsivi e vuole suicidarsi perché ha un tumore, il sintomo non è rilevante. Si ha un'incapacità di intendere e volere, ad esempio, nel caso di intossicazione da alcol o droghe, stato di shock, ipnosi. Il requisito della stabilità nel tempo dei desideri è soddisfatto se viene dato al paziente un breve tempo entro il quale decidere se morire, onde evitare decisioni impulsive, affrettate, superficiali da parte di persone infelici della propria impulsività o superficialità o gravemente ignoranti.

Difficile è il caso dei disturbi dell'umore, ansia e depressione, di cui soffrono alcune o molte persone gravemente malate, terminali o gravemente disabili. Se si considera il desiderio di suicidarsi uno dei sintomi della depressione, e la depressione sempre una patologia clinica, allora vi sarebbe un vizio della volontà, e difficilmente a questi pazienti sarebbe concesso di morire tramite eutanasia o suicidio assistito. Si creerebbe un vero e proprio *cul de sac*. Se una persona è gravemente malata in molti casi sarà depressa e, dunque, non può validamente morire, tramite eutanasia e suicidio assistito, perché appunto depressa; se una persona non è gravemente malata, non è per questa ragione depressa, e può richiedere il suicidio assistito, ma non lo otterrà perché non è gravemente malata. In questo modo, di fatto, si impedisce alla maggioranza delle persone gravemente malate di accedere all'eutanasia e al suicidio assistito. Al contrario, come dice Feinberg, per una persona che è rimasta tetraplegica o che ha una sclerosi multipla in stato avanzato un certo livello di ansia e depressione possono essere considerati *normali*, in quanto è il desiderio di suicidarsi e la perdita dell'autonomia fisica la causa della depressione, cioè degli altri sintomi, mancanza di appetito, insonnia, perdita di peso, non la depressione la causa dei pensieri suicidi[12].

Il valore dell'autonomia trova pieno sostegno nella costituzione italiana. Giurisprudenza costante della Corte di cassazione e della Corte costituzionale ritiene che gli artt. 2, 13 e 32 della costituzione italiana, che tutelano esplicitamente i diritti inviolabili dell'uomo, la libertà personale e il diritto alla salute, tutelino anche ciò che viene denominato principio di autodeterminazione dell'individuo, come si evince, tra le tante, dalla sentenza n. 438 del 2008[13].

---

[11] Come dice Alberto Romano, «Essa [l'autonomia] pare indicare soprattutto la possibilità di un soggetto di determinare con proprie decisioni il proprio comportamento; più semplicemente, di comportarsi secondo proprie scelte». A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, "Digesto Discipline Pubblicistiche", 1987, 31.

[12] Cfr. J. Feinberg, *Harm to Self*, NY, Oxford University Press, 354 ss.

[13] «La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che

Tale principio di autodeterminazione non è altro che la traduzione giuridica dell'argomento morale dell'autonomia individuale. Il medesimo principio di autodeterminazione sta alla base di uno dei capisaldi dell'ordinamento italiano, e di altri ordinamenti occidentali, cioè il principio del consenso informato.

Qualunque trattamento sanitario può essere effettuato da un medico solo in presenza del consenso del paziente e nei limiti in cui tale consenso sia stato espresso. Ciò vale anche per il rifiuto delle cosiddette cure salva-vita, per cui nessun medico può imporre con la forza un trattamento, ad esempio oncologico, che abbia un'elevata probabilità di salvare il paziente. Il diritto di rifiutare le cure salva-vita, il diritto all'eutanasia passiva, costituzionalmente garantiti, trovano il loro sostegno nel principio di autodeterminazione e nel diritto alla salute, nel diritto a curarsi e a non curarsi.

Vi è normalmente un nocciolo comune di significato, come notato da vari autori, nei vari sensi di autonomia, individuale, territoriale, contabile, negoziale, amministrativa. In tutti i casi, o nella maggior parte di essi, il soggetto individuale o collettivo ha la potestà di individuare o produrre le norme, regole, principi, valori, che devono governare un certo ambito di competenza, e agire conformemente a tali norme, libero da interferenze o pressioni coercitive, pressioni coercitive che possono consistere in violenze di terzi o in situazioni di grave necessità (ad esempio, povertà) prodotte dalla mancata tutela dei diritti fondamentali[14]. Nel caso dell'autonomia individuale il campo di competenza è la vita e l'uso del corpo, nel caso dell'autonomia negoziale il potere di produrre validamente norme che disciplinano rapporti patrimoniali[15]. In questo senso, condivido una concezione dell'autonomia non libertaria (solo "negativa"), ma liberal-egualitaria, fondata su due fuochi, il diritto ad essere lasciati in pace, cioè il diritto ad essere indipendenti, e il diritto a non essere lasciati soli, cioè il diritto alla dipendenza e alla relazionalità, che implica il diritto alla casa, alla salute, all'istruzione, compatibile con la concezione femminista di Ronchetti[16]. Una concezione liberal-egualitaria non

---

devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione». Cfr. Cfr. A. Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. del diritto*, XXIV, 1974, pp. 287 ss.; L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'Agostino (a cura di), *Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno U.G.C.I.*, Pavia, 4-5-dicembre 2009, *Quaderni di Iustitia*, Milano, 2012; S. Gambino, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, "Forum Quaderni costituzionali", 2011.

[14] L. Ronchetti, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, 104 ss., 120 ss., 191 ss.; Alberto Romano, in particolare, afferma: «Quindi, anzitutto, deve essere comunque definita come la possibilità di porre in essere atti giuridici, o quanto meno giuridicamente rilevanti». A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, "Digesto Discipline Pubblicistiche", 1987, 31. Nello stesso senso, F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, 223, nt. 190.

[15] Giannini scrive che l'autonomia privata è «una "posizione necessaria" di libertà e di autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento». M.S. Giannini, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 851 ss., ripubblicato con il titolo *Autonomia*, in *Studi in onore di Luigi Rossi*, Milano, 1952 ora in ID., *Scritti*, III, *1949-1954*, Milano, 2003, 376.

[16] Come dice Ronchetti, «se la relazionalità è costitutiva del soggetto, significa che i soggetti non nascono autonomi, ma lo *diventano*: "ciascun essere umano deve sviluppare e mantenere la capacità di *trovare* la propria legge e il compito è capire quali forme sociali, relazioni, e pratiche personali rafforzano tale capacità". Nedelsky evidenzia le parole *diventare* e *trovare* per sottolineare che non si tratta tanto di "scegliere" la propria legge, ma di "trovarla" perché la propria legge è forgiata dal contesto sociale e relazionale in cui è calato il soggetto». L. Ronchetti, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, 120.

produce normalmente, e non incentiva né promuove, l'isolamento, l'autarchia, la autoreferenzialità, ed è consapevole che ciascun individuo nasce e cresce all'interno di un contesto socio-culturale, un contesto di ampi condizionamenti, in una rete di relazioni affettive, sociali, economiche, che, tuttavia, come vedremo, ha il diritto di mantenere, ma anche di spezzare. In questo contesto, il principio di autodeterminazione e il diritto alla salute sono strettamente collegati al diritto al libero sviluppo della personalità, all'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, perché compito della Repubblica è rimuovere gli ostacoli di ordine sociale ed economico che impediscono il libero sviluppo della personalità[17].

Il medesimo principio di autodeterminazione, unitamente alla libertà dal dolore, diritto inviolabile di tutti gli esseri umani, fonda il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito. In tal senso, non argomenterò in favore di un diritto generale di morire, ma soltanto di un diritto all'eutanasia e al suicidio assistito attribuito a persone gravemente malate, o che abbiano una disabilità permanente, o la cui notevole anzianità implica il deterioramento delle facoltà cognitive e fisiche come nel caso *Gross* portato dinanzi la Corte Europea dei diritti dell'uomo, che li fa soffrire (psicologicamente o fisicamente) molto[18]. In particolare, tale diritto non implicherebbe alcun dovere di uccidere che «ricadrebbe sul soggetto a cui è affidata la cura del malato, e quindi alla rottura della struttura relazionale del diritto nel rapporto tra medico e paziente». Non soltanto il medico avrebbe il diritto all'obiezione di coscienza, ma «non si potrebbe, comunque, parlare di dovere di uccidere incombente sul medico, quanto piuttosto – così come del resto succede per la richiesta di aborto – di facoltà di potersi liberamente formare un proprio convincimento interiore circa l'atteggiamento da tenere nei casi in cui venisse richiesto un *atto di eutanasia*»[19].

Quale argomento potrebbe essere addotto contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito? Vi sono due gruppi di argomenti morali che possono essere addotti contro la legalizzazione dell'eutanasia e del suicidio assistito. Argomenti più *forti* e argomenti più *deboli*. Due, in particolare, sono, in ambito morale, gli argomenti principali contro la legalizzazione dell'eutanasia e del suicidio assistito, una versione olista o organicista di quello utilitarista e quello perfezionista. Poi ci sono gli argomenti deboli, quelli affetti da gravi vizi logici o problemi di razionalità, ad esempio grave indeterminatezza, e, dunque, parassitari, perché pre-

---

[17] Cfr. L. Ronchetti, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018, 192; M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, p. 50.

[18] Sembra condividere la medesima conclusione Donini. Cfr. M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, "Diritto penale contemporaneo", 24 ss., 15 marzo 2017, https://www.penalecontemporaneo.it/d/5283-la-necessita-di-diritti-infelici-il-diritto-di-morire-come-limite-allintervento-penale.

[19] U. Adamo, *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità v. Libertà?*, "Giurisprudenza costituzionale", 3, 2016, 1265. Onde evitare i problemi esistenti con la legge sull'interruzione di gravidanza, cioè l'impossibilità di molti ospedali a effettuarla a causa dell'elevato numero di ginecologi e anestesisti obiettori, per l'eutanasia o il suicidio assistito si dovrebbe prevedere l'obbligo per ogni struttura ospedaliera di effettuarli, anche, ad esempio, ove i medici obiettori superassero il 50% dei medici disponibili, trasferendo medici obiettori o assumendo soltanto medici non obiettori. Va da sé che la stessa identica soluzione dovrebbe essere prevista per l'interruzione di gravidanza, in quanto allo stato attuale la parte della legge che obbliga le strutture ospedaliere ad effettuare le interruzioni di gravidanza è inapplicata e non adempiuta.

suppongono verosimilmente altri argomenti. Mi occuperò separatamente degli argomenti più forti e di quelli cosiddetti più deboli.

3. Argomenti più forti contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito

Questi due argomenti, quello utilitarista/organicista e quello perfezionista, non sono più forti in un senso morale o giuridico, ma solo in un senso logico, in quanto non sembrano affetti da gravi ed evidenti vizi logici, sebbene abbiano alcuni problemi di razionalità. L'argomento utilitarista/organicista può essere utilizzato per giustificare divieti che sono, o sembrano, di carattere paternalista, come il divieto del suicidio assistito, o del consumo di determinate sostanze stupefacenti. L'argomento sostiene che l'individuo non può cagionare, o correre un rischio elevato di cagionare, un danno alla propria vita o integrità, perché l'individuo è, per sua natura, un essere relazionale, che instaura e costruisce legami con la comunità di appartenenza, molti dei quali, una volta costituiti, non potrebbero più essere legittimamente rescissi. Legami finalizzati, ad esempio, a produrre reddito per sé e gli altri, accrescere il benessere psicofisico, o semplicemente psichico, altrui, di amici, colleghi, genitori, parenti, partner.

> «Nessuno – si afferma – è completamente isolato; è impossibile arrecare un danno serio o permanente a se stessi senza che il male si estenda almeno fino a chi ci è più vicino, e spesso molto oltre. Se un uomo lede le sue proprietà, danneggia chi direttamente o indirettamente ne traeva sostentamento […] se deteriora le sue facoltà fisiche o mentali […] si pone nell'incapacità di rendere i servigi di cui è in generale debitore ai suoi simili […]. Se il gioco d'azzardo, l'ubriachezza, l'incontinenza, la pigrizia, o la sporcizia sono altrettanto nocivi alla felicità […] che la maggior parte degli atti vietati dalla legge, perché (ci si potrebbe chiedere) la legge non dovrebbe cercare di reprimerli, nella misura in cui ciò è possibile e socialmente utile?»[20]

E, tuttavia, l'idea di qualificare come *giuridicamente non rescindibile* la maggior parte dei legami affettivi, sociali, economici, che l'individuo instaura con la collettività, soprattutto quelli *originari*, e non liberamente costituiti dall'individuo stesso, tramite matrimoni, contratti, ecc., non solo è moralmente aberrante, perché trasforma l'individuo in uno *strumento* al servizio dello Stato o della comunità organizzata, per massimizzare l'utilità della sua maggioranza, ma sembra anche incostituzionale e incoerente alla luce di molti principi stabiliti nelle costituzioni degli Stati occidentali e di molte leggi che ne rappresentano una realizzazione

[20] J.S. Mill, *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, il Saggiatore, 1997, p. 92. Questo sembra anche il caso di M. Romano. Quest'ultimo afferma: «Ritengo eccessivo affermare un autentico diritto soggettivo di scegliere il tempo e il modo di por fine alla propria vita. Anche in una visione totalmente estranea ad istanze religiose, come deve avvenire in un ordinamento laico, non credo possa annullarsi un momento comunitario». M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 143-166, p. 165.

(ad esempio, artt. 13, 16, 32 cost. it.). Penso alle leggi, e ai principi costituzionali che ne rappresentano una giustificazione, che rendono penalmente e civilmente lecito, entro certi limiti, il non lavorare, l'espatrio *definitivo* di un cittadino o di un residente, il mendicare senza molestie agli altri, o alle leggi che non puniscono penalmente o civilmente il suicidio, il tentato suicidio, il rifiuto di cure mediche salva-vita, il divorzio o il compiere, tra le mura domestiche, azioni che possono condurre in breve tempo alla morte, ad esempio bere molto alcol. Indipendentemente da legami liberamente costituiti dall'individuo, sembra che gli unici doveri che implicano un *facere* dell'individuo stesso, e che sono di fatto, ed è giusto che siano, riconosciuti dalle costituzioni occidentali contemporanee, come del resto nella stessa concezione di Mill, sono doveri nei confronti di persone specifiche, come discendenti o ascendenti, non certo doveri nei confronti della collettività[21]. Lo stesso dovere di difendere la patria (art. 52 cost. it.), ove si traduca, come peraltro non accade più in molti paesi, nell'obbligo di svolgere il servizio militare, può essere paralizzato dall'obiezione di coscienza, mentre il dovere di pagare le tasse presuppone che vi sia un qualche reddito o patrimonio. L'unica eccezione, che non vale in Italia, è il dovere di svolgere il servizio civile, per coloro che non svolgono il servizio militare. Tale eccezione, tuttavia, non riguarda le persone che, in base alla tesi qui sostenuta, possono richiedere l'eutanasia e il suicidio assistito, trattandosi di persone gravemente malate o disabili, che verosimilmente sarebbero esonerate dal servizio militare, e dunque dall'obbligo di svolgere quello civile, in base all'art. 582 del D.P.R. 90 del 2010 e a norme analoghe previste nei paesi europei. Gli stessi doveri di solidarietà sociale ed economica, previsti dall'art. 2 cost. it., sono interpretati normalmente come doveri materiali, che presuppongono un reddito o un patrimonio, che non impongono una prestazione personale.

L'argomento, dunque, in base al quale l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale preclude il riconoscimento del diritto all'eutanasia e al suicidio assistito non è fondato. Gran parte della legislazione occidentale, come dirò in seguito, riconosce, infatti, normalmente ai cittadini la libertà di non lavorare, di mendicare senza molestie e di espatriare definitivamente all'estero (assolti obblighi fiscali e contrattuali pendenti), dunque l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale presuppone normalmente che il soggetto titolare del dovere sia vivo o abbia un reddito. Tali doveri di solidarietà economica e sociale non implicano normalmente il dovere di vivere e di lavorare, ma al contrario, poiché *ad impossibilia nemo tenetur*, non possono essere oggetto di pretesa qualora la vita e il reddito non siano presenti. La possibilità di imporre prestazioni personali, non patrimoniali, dipende dal fatto che il cittadino abbia compiuto un reato o sono il corrispettivo di un sussidio di disoccupazione. Non è possibile per legge imporre una prestazione personale in base al mero dovere di solidarietà economica e sociale, ad esempio un obbligo di svolgere una prestazione lavorativa o di prendersi cura direttamente di qualcuno (salvo, eventualmente, che

[21] Cfr. J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, cit., pp. 93-94. L'unica eccezione potrebbe essere l'ipotesi di catastrofe o guerra imminente, che lo stesso Feinberg considera nell'esempio del «garrison of John Wayne under attack from warlike Indians», ma che avrebbe comunque una giustificazione antipaternalista, data la necessità di salvare la vita di parecchie, centinaia o migliaia di, persone. Cfr. J. Feinberg, *Harm to Self*, cit., pp. 22-23. Del resto anche i doveri nei confronti di ascendenti e discendenti potrebbero giustificarsi in base al principio del danno a terzi.

sia un figlio o un genitore). L'unica eccezione, prevista dalla legge, riguarda i mezzi di sussistenza nei confronti dei figli e degli ascendenti economicamente non indipendenti, o del coniuge, obblighi ai quali il titolare non può sottrarsi con dolo o colpa, cioè decidendo volontariamente di non lavorare[22]. E, tuttavia, gli obblighi di assistenza familiare possono essere adempiuti anche attraverso terzi cui è dovuto un corrispettivo per il lavoro di cura e assistenza[23].

Bisogna tenere conto, tuttavia, che anche nel caso degli obblighi di assistenza familiare, il titolare dell'obbligo può sottrarsi ad essi nel caso in cui non sia in grado di provvedere ai mezzi di sussistenza dei familiari senza sua colpa, cosa che capita normalmente alle persone che richiedono l'eutanasia o il suicidio assistito, perché si tratta normalmente di persone gravemente malate o affette da gravi disabilità. Richiedere, in tal senso, l'adempimento di obblighi di solidarietà a persone che non possono adempierli sarebbe disumano e crudele. In conclusione, si potrebbe operare, a livello costituzionale, un bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione e gli obblighi di assistenza nei confronti dei figli, data la particolare importanza dell'educazione e della cura di un minore, e data la sostanziale volontarietà della scelta di avere figli, precludendo il suicidio assistito o l'eutanasia a genitori di figli minori, economicamente non indipendenti, genitori che non siano affetti da gravi malattie o gravi disabilità.

Attribuire ai cittadini il diritto, costituzionalmente garantito, di non lavorare o di mendicare senza molestie agli altri può sembrare in contrasto con l'art. 4 cost. it., 2° comma, secondo il quale ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Due le interpretazioni possibili, basate su un'etica liberale, del secondo comma dell'art. 4. La prima, secondo la quale l'art. 4 va interpretato nel senso liberale, cioè è l'individuo medesimo che stabilisce quale attività concorra meglio al progresso materiale o morale della società e se tale attività è non lavorare, coltivare orchidee e farsi mantenere dalla suocera chi potrebbe muovere un'obiezione costituzionalmente orientata? Tale interpretazione è sicuramente plausibile e coerente con la giurisprudenza e la legislazione attuale secondo la quale espatriare definitivamente o non lavorare (senza indennità di disoccupazione) sono attività civilmente e penalmente lecite, che nessuna autorità pubblica ha il diritto o l'obbligo di impedire, salvo venga compiuto un reato, come la violazione degli obblighi di assistenza familiare (a differenza con quanto accade con la autorità di P.S. nei confronti del suicidio). Una persona, a causa di aspri conflitti con la famiglia o con alcuni soggetti gerarchicamente superiori sul luogo di lavoro, può perfettamente ritenere che espatriare definitivamente o ritirarsi a vita nella propria casa di campagna e raccogliere i frutti della propria terra sia il migliore contributo che possa dare alla propria nazione.

---

[22] Cfr. Crespi, Stella, Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam Padova, 2001, 1806 ss.

[23] In base ad una certa interpretazione degli articoli 570 c.p. e 591 c.p., l'abbandono dell'anziano genitore incapace non si verifica se quest'ultimo è consegnato per essere custodito ad un ente di assistenza pubblica, e l'obbligo di prestare i mezzi di assistenza di cui all'art. 570 non è chiaro se debba essere prestato anche da chi, discendente, non abbia egli stesso mezzi sufficienti.

Un simpatico anziano misantropo, con figli adulti e indipendenti, e una rendita cospicua, non ha il diritto di ritirarsi a vita nella propria casa di campagna, rompere tutti i legami familiari, affettivi, sociali ed economici (tranne quelli necessari alla coltivazione della terra), allontanarsi definitivamente da qualunque essere umano, ordinare i semi e ogni altro bene via internet, e vivere soltanto nella sua amata serra, con i suoi libri, i suoi film, il suo vino, con i frutti della sua terra? Mi sembra una interpretazione costituzionale inevitabile. In questo caso, non sarebbe vero, come afferma D'Agostino, che la vita è necessariamente condivisione di esperienze, perché il vecchio misantropo non condividerebbe le sue esperienze estetiche, visive, gustative, uditive con nessuno, con nessun animale vivente che possa condividere esperienze (e non con una pianta). La stessa cosa succede con l'eutanasia e il suicidio assistito, in alcune circostanze alcune persone gravemente malate ritengono che il contributo più grande che possano dare alla nazione sia scomparire per sempre. In ultima analisi, delle due l'una. O si ritiene l'ultima libertà, quella dalla sofferenza, nei casi di eutanasia e suicidio assistito, che rescinde i legami affettivi e sociali, un contributo possibile alla nazione, che l'agente stesso considera soggettivamente tale, oppure si nega che morendo un individuo gravemente malato possa dare, *oggettivamente*, un contributo alla nazione. Nel qual caso si dovrebbe spiegare come *costringendolo* a vivere una vita di sofferenze, nell'odio della comunità e dello Stato che lo mantengono, contro la sua volontà, nelle condizioni indesiderate, egli possa dare un contributo al progresso spirituale della nazione, e perché si attribuisce il medesimo diritto, alla rescissione dei legami affettivi e sociali, a colui che espatria definitivamente (e che, ad esempio, nasconde la propria provenienza e non crea, dove espatria, alcun legame sociale e affettivo). Salvo ritenere, cosa che sembra particolarmente assurda, che il semplice *restare in vita*, ad esempio espatriando all'estero, pur avendo rescisso legami affettivi e sociali con la patria, pur non producendo alcuna opera artistica o culturale di rilievo, sia, in qualche senso, oggettivamente un contributo spirituale alla nazione. Si può costringere qualcuno a dare un contributo spirituale alla nazione? Non mi sembra.

Oppure, seconda possibilità, e anche questa è un'interpretazione altrettanto plausibile e coerente con la giurisprudenza e la legislazione attuale, si dà per scontato che le persone che non lavorano, vivendo nell'indigenza, o mendicano senza molestie, si trovano in una situazione di grave difficoltà psichica o sociale, che, dunque, non hanno ragionevolmente *scelto* di non lavorare o mendicare, di modo che, secondo quanto previsto dall'art. 4, non si trovano nella *possibilità* di concorrere al progresso materiale o morale della società. Tale interpretazione varrebbe anche per le persone che vogliono ricorrere all'eutanasia e al suicidio assistito, essendo persone normalmente affette da gravi malattie o gravi disabilità, che, dunque, in un certo senso, non hanno *scelto* di non concorrere al progresso morale o materiale della società. In altri termini, loro stesse ritengono di non poter più concorrere al progresso materiale o spirituale della società, e ciò in base a una condizione invalidante che non dipende dalla loro volontà. Il che non significa, ovviamente, che qualunque persona affetta da grave malattia o disabilità non possa concorrere al progresso materiale o spirituale. Dipende dai suoi valori, dalle sue concezioni filosofiche o religiose.

L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 4 è oscillante. Se nella sentenza n° 350 del 1997 la Consulta parla ancora del diritto-dovere di lavorare sancito dall'art. 4, nel-

la sentenza n° 519 del 1995 la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 630 del codice penale che puniva il mendicare senza molestie, modificando, in tal senso, precedente giurisprudenza che intravedeva proprio nel divieto di mendicare un rafforzamento implicito dell'obbligo di lavorare. In tale sentenza, tuttavia, la Corte non si sofferma sulle implicazioni che tale dichiarazione di illegittimità porta con sé. Se i cittadini hanno il diritto di mendicare senza molestie, ciò non implica che abbiano il diritto di non lavorare? La Corte afferma esplicitamente che il mendicare senza molestie non cagiona alcun danno o lesione di beni giuridicamente rilevanti, come la tranquillità sociale e l'ordine pubblico e che l'estendersi della miseria è una conseguenza, purtroppo, del sistema economico di alcune società sviluppate. In tal senso, la Corte sicuramente non sarebbe in disaccordo con un'interpretazione dell'art. 4 secondo la quale alcune persone si possono trovare in una situazione di grave difficoltà psichica, fisica e sociale, tale per cui esse *non possono* concorrere al progresso materiale o spirituale della società e, dunque, in certo senso, sono costrette a mendicare. Tale interpretazione è sufficiente al nostro scopo, in quanto le persone che richiedono l'eutanasia o il suicidio assistito sono normalmente affette da gravi disabilità o da gravi malattie, dunque, in base alla loro concezione filosofica o religiosa, non possono concorrere al progresso materiale o spirituale.

E, tuttavia, in base a quanto dice esplicitamente la Corte, non si può escludere neppure la prima interpretazione dell'art. 4, quella più liberale, secondo la quale ciascuno stabilisce da sé come e in che misura concorrere al progresso materiale o spirituale della società. La Corte, infatti, non afferma che non sussiste il reato di mendicare soltanto nell'ipotesi in cui l'individuo sia in qualche senso *costretto* (dalla povertà) a mendicare. Non si può escludere, infatti, che il girovagare, viaggiare facendo l'autostop, dormire sotto un portico, suonare per strada, e mendicare, siano attività da alcuni, sicuramente una minoranza, *scelte*, come rifiuto di dare un contributo a una società capitalistica vissuta come profondamente ingiusta, repressiva, produttrice di gravi disuguaglianze, di danni all'ambiente. Del resto, vi sono alcuni gruppi religiosi che richiedono la questua, come i devoti di Krishna, dunque vietarla urterebbe anche contro il principio di uguale trattamento delle religioni. E tale scelta di mendicare non è esclusa a priori dalla Consulta come una delle possibilità, sebbene la Corte non lo dica espressamente. La fattispecie criminosa che punisce il mendicare, secondo la Consulta, va dichiarata illegittima in ogni circostanza, anche quando, dunque, il mendicare sia oggetto di una *scelta* ideologica ben precisa. Come sottolinea Del Re, «l'accattonaggio, come scelta di vita volontaria (...) è espressione della coscienza religiosa o di altra visione alternativa della società; la concezione che la ispira può essere da noi biasimata, considerata immorale... ma spetta allo Stato l'*enforcement of morals*?»[24].

Un'interpretazione liberale dell'art. 4 sembra essere sostenuta anche da autorevole dottrina, a larghissima maggioranza. Innanzitutto, si fa notare come il lavoro non si esplica

[24] Del Re, *Questua, colletta e mendicità: dalla repressione del parassitismo alla garanzia costituzionale di libera scelta di vita*, "Giurisprudenza costituzionale", 1982, I, 473. Sulla incostituzionalità delle norme che punivano gli oziosi e i vagabondi, per contrasto col principio di tassatività e di riserva di legge assoluta, cfr. anche Mancini, art. 4 cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 1975, § 15.

solo nelle sue forme materiali, ma anche in quelle spirituali e morali. Dunque, può dare un contributo utile alla società non solo il filosofo o l'asceta, ma anche lo hippie che si ribella alla società[25]. In secondo luogo, anche gli studiosi che, in base all'art. 4 cost., individuano un obbligo di lavorare, lo ritengono un dovere morale, privo di sanzioni giuridiche (D'Eufemia, Giannini, Crisafulli)[26]. Ove anche l'obbligo di lavorare fosse interpretato come un obbligo giuridico, tale operazione ermeneutica è propedeutica semplicemente a giustificare la tesi condivisibile secondo cui soltanto i disoccupati involontari, non anche gli oziosi volontari, possano accedere alle forme di assistenza sociale previste dalla costituzione, che, infatti, all'art. 38 garantisce il godimento degli istituti di assistenza soltanto agli inabili al lavoro (Mancini). In tal senso, qualunque forma di assistenza ai vagabondi e agli emarginati, come la ricerca di impieghi idonei, l'assistenza familiare, il favorire la loro riqualificazione attraverso la frequenza di corsi professionali, non dovrebbe mai essere imposta con la forza (Mancini, Bricola), salvo casi gravi di pericolo per sé o gli altri che prevedono un trattamento sanitario obbligatorio[27]. Per giungere, tuttavia, a tale conclusione, non è necessario postulare un obbligo giuridico di lavorare, assistito dalla sanzione del mancato godimento dell'assistenza sociale, quanto piuttosto è sufficiente porre delle condizioni (ad esempio, l'involontarietà dello stato di disoccupazione) al diritto dei disoccupati di ottenere sussidi e altra assistenza. Offrire assistenza sociale agli oziosi volontari rappresenta un danno economico consistente per la collettività (ulteriore rispetto alla legittima assistenza nei confronti dei disoccupati involontari), che non trova giustificazione nella opportunità di soddisfare bisogni fondamentali che le persone non riescono, nonostante la buona volontà, a soddisfare.

In conclusione, va ricordato che la stessa Carta di Nizza, all'art. 5, sancisce che nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio[28], dunque «il 2° comma dell'art 4 con il suo amplissimo riferimento alle possibilità ed alle inclinazioni finisce per costituire più un limite per l'azione statale, che non un obbligo per il soggetto privato»[29]. In altri termini, non sembrano sussistere i presupposti giuridici nel nostro ordinamento per un intervento coattivo dell'autorità di pubblica sicurezza, che preveda un *trattamento lavorativo obbligatorio*, come esistono i trattamenti sanitari obbligatori, previsti per le persone affette da gravi disturbi di personalità. In altri termini, quello di non lavorare è anche un diritto nel senso di una *pretesa* nei confronti dell'ordinamento, dello Stato e dei suoi organi, di non interferenza coattiva nella sfera del singolo non lavoratore (salvi gli obblighi di assistenza familiare).

Altrettanto aberrante sarebbe la concezione etico-politica, paternalista o meno, in base alla quale la libertà dell'individuo può essere limitata non solo al fine di evitare che terzi subiscano un mancato guadagno, ma anche al fine di non arrecare una *sofferenza psicologi-*

---

[25] Sul punto cfr. Mancini, art. 4 cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 1975, § 12; *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, 127; art. 4, *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole, Bin, 2° ed. Cedam, 2008, 39.

[26] Sul punto cfr. Mancini, art. 4 cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 1975, § 14; *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 127; art. 4, *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole, Bin, 2° ed. Cedam, 2008, 39.

[27] Sul punto cfr. Mancini, art. 4 cost., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 1975, § 15.

[28] Cfr. *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, 128.

[29] *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006, 128.

ca a parenti, amici, partner. In questo modo, si potrebbe vietare a Tizio di sposare una musulmana perché la famiglia fondamentalista cattolica ne soffrirebbe tantissimo, a Caio di lavorare in India perché la famiglia sarebbe oltremodo turbata dalla sua lontananza, ad Amilcare di lasciare la moglie perché la separazione le arrecherebbe uno stress emotivo. Un argomento simile è utilizzato da D'Agostino quando afferma che «nessun individuo è signore della propria vita […] perché la vita umana non è esperienza solipsistica, bensì *condivisione di esperienze*», di modo che un atto di eutanasia sarebbe «lesivo della *coesistenzialità costitutiva* dell'esperienza umana»[30]. È vero che l'esperienza umana è, in molti casi, condivisione di esperienze, ma fa parte della natura umana, fin dal primo atto di suicidio, la libertà di porre fine a quella condivisione. In ogni caso, come afferma Mill, attribuire alla maggioranza il potere di proibire tutto ciò che ritiene socialmente svantaggioso è inaccettabile e molto pericoloso. Dal punto di vista logico-concettuale, infatti, «non vi è violazione della libertà che esso non giustifichi»[31].

Obiettare, infine, che l'esercizio di taluni diritti, ad esempio al suicidio assistito o al consumo di sostanze stupefacenti, da parte della maggioranza della popolazione adulta porterebbe al crollo del sistema fiscale e pensionistico è ridicolo. La stessa cosa, infatti, vale per molti altri diritti costituzionalmente garantiti, diritti tipicamente liberali, come il diritto ad abortire, a non procreare, a effettuare il voto di castità, a espatriare definitivamente. Se questi ultimi diritti fossero esercitati dalla maggioranza ci sarebbero rilevanti problemi di tenuta del sistema, se non altro dal punto di vista demografico, fiscale e pensionistico (a meno che l'espatrio definitivo della maggioranza degli italiani sia compensato dall'arrivo di un numero consistente di immigrati). Questi ultimi diritti possono essere garantiti finché sono esercitati da una minoranza. In ultima analisi, non sembra che l'argomento utilitarista/organicista, contro il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito, trovi un fondamento valido nella costituzione italiana. Al contrario, sembra si possa argomentare che l'individuo abbia il diritto costituzionale di rescindere i legami affettivi e sociali originari, richiedendo e ottenendo l'eutanasia o il suicidio assistito. Qualche problema di compatibilità sorge tra il diritto all'eutanasia e al suicidio assistito e l'art. 30 cost. it., secondo il quale è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Un compromesso possibile, come già detto, sarebbe consentire ai genitori di figli minori, non ancora economicamente indipendenti, di richiedere e ottenere l'eutanasia e il suicidio assistito, soltanto se tali genitori siano gravemente malati o gravemente disabili. Il che peraltro è il linea con il buon senso e con la tesi qui sostenuta.

4. L'argomento perfezionista

Secondo l'argomento perfezionista, è indispensabile che ciascun individuo sia orientato, con la persuasione o, se necessario, con la forza, verso un ideale di eccellenza morale,

[30] F. D'Agostino, *Bioetica*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 214-215.
[31] J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, cit., pp. 97 ss., 103 ss.

che ciascuno comprenda, l'importanza di fiorire, crescere, perfezionarsi nella direzione di una vita moralmente più virtuosa, colta, operosa. In tal senso, la comunità organizzata avrebbe il diritto di imporre paternalisticamente, anche mediante l'uso della forza, ai cittadini di essere coraggiosi e non pavidi, operosi e non pigri, saggi e non imprudenti, solidali e non egoisti, generosi e non avidi di denaro, temperanti e non lussuriosi, o ancora di mantenere la propria integrità psicofisica per poter coltivare le altre virtù. Al di là dell'ipotesi in cui il perfezionismo si traduca in vero e proprio "moralismo giuridico", in base al quale lo Stato può vietare all'individuo di adottare un comportamento ritenuto moralmente inaccettabile, ad esempio praticare il sesso orale, anche in assenza di un danno economico o fisico cagionato dall'agente a se stesso, l'argomento può giustificare divieti di carattere paternalista, in quanto il compimento di azioni pericolose o dannose per la propria vita o integrità fisica è incompatibile con l'esercizio di alcune virtù. Si può affermare, ad esempio, che nel caso sventurato di una malattia grave e invalidante, come un tumore, che presto condurrà il paziente alla morte, dopo un periodo di sofferenza psichica e fisica, quest'ultimo deve sopportare stoicamente la sorte, essere *coraggioso* e impavido di fronte al dolore. Ad esempio, A. Ruggeri scrive: «con riguardo ai soggetti che versano in uno stato di particolare sofferenza, la solidarietà è, in primo luogo, della società verso il malato, ma pure, per quanto possa essere duro da digerire, dello stesso malato verso la società, ove si convenga a riguardo del fatto che tenersi in vita concorre (...) al progresso spirituale della società»[32]. In questo caso, Ruggeri sembra voler imporre un dovere di essere virtuoso, in particolare solidale, un dovere di contribuire, essendo solidale, al progresso spirituale della società.

Contro l'argomento perfezionista è possibile muovere almeno una obiezione.

Si potrebbe dubitare che possa coerentemente esistere uno *Stato etico*, cioè uno Stato che imponga, con la forza, un ideale di eccellenza, un modello di virtù senza che si pongano problemi di razionalità. Se si tratta di scoraggiare, mediante la minaccia di una sanzione, l'adozione di un certo comportamento, ad esempio lavorare meno di otto ore al giorno, o sperperare il proprio patrimonio nel sesso a pagamento, ciò è senza dubbio possibile. Ma far questo vuol dire rendere gli uomini più virtuosi o più coraggiosi? In altri termini, *imporre* una virtù non è un'ingiunzione paradossale, cioè pretendere qualcosa che di fatto è impossibile ottenere? L'agire intenzionalmente, sulla base dei propri convincimenti o del proprio pentimento, non è parte integrante dell'essere virtuosi? Si può obbligare qualcuno a essere virtuoso o coraggioso? Anche se lo si obbligasse a tenere un certo comportamento, sarebbe un esempio di virtù, di coraggio o generosità? «La crescita spirituale della società può essere imposta obbligando qualcuno a essere coraggioso»[33] o solidale, come vuole Ruggeri? Non mi sembra[34]. L'essere solidale con gli altri significa il condividerne le idee, i propositi e le re-

---

[32] A. Ruggeri, *Dignità v. vita?*, in www.rivistaaic.it, 1, 2011, 12. Cfr. anche di A. Ruggeri, *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, "Forum Quaderni costituzionali", 2009.

[33] U. Adamo, *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità v. Libertà?*, "Giurisprudenza costituzionale", 3, 2016, 1267

[34] Cfr. R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza* (2000), Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 237-238; A. Schiavello, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Roland Dworkin*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 63 ss. Altre obiezioni contro l'argomento perfezionista sono le seguenti. Innanzitutto concetti come

sponsabilità, oppure, su un piano etico e sociale, instaurare un rapporto di fratellanza e di reciproco sostegno che collega i singoli componenti di una collettività nel sentimento appunto di questa loro appartenenza a una società medesima e nella coscienza dei comuni interessi e delle comuni finalità[35]. Si può obbligare qualcuno a condividere propositi e responsabilità? Si può obbligare qualcuno a instaurare un rapporto di fratellanza o a provare un sentimento che lo conduce a operare un reciproco sostegno? Si può obbligare qualcuno a dare un (genuino, non fittizio) sostegno spirituale agli altri, quando non vuole? Non mi sembra. Fermo restando che la legislazione attuale non sanziona, con buona pace di Ruggeri, le persone gravemente malate, che vorrebbero morire, ma non possono farlo, per il fatto che si rifiutano di dare un sostegno spirituale alla società, perché tali sanzioni sarebbero considerate una violazione palese dell'autonomia individuale. Quindi se scopo del divieto di eutanasia è costringere le persone gravemente malate a dare un sostegno spirituale agli altri, tale divieto è inefficace o ingiustificato.

Contro quest'ultima obiezione, i paternalisti potrebbero elaborare la seguente controbiezione. L'idea di fondo è che la virtù non è qualcosa che si ha o che non si ha. È possibile educare gli uomini a fiorire nel modo giusto, a scoprire quali sono i loro *veri* fini, o i fini il cui conseguimento è condizione necessaria per realizzare il loro vero benessere, oppure a comprendere la soddisfazione di quali desideri potrebbe renderli *realmente* felici. E l'educazione

---

"coraggioso", "virtuoso", "operoso", "egoista" sono eticamente *spessi*, cioè hanno una inevitabile dimensione valutativa, controversa, dimensione che alcuni autori sostengono essere addirittura inscindibile dalla dimensione cosiddetta fattuale, che determina le condizioni di verità dell'affermazione "X è coraggioso". Se è da *vigliacchi*, e dunque dovrebbe essere vietato, richiedere il suicidio assistito in caso di malattia grave o terminale, non potrebbe esserlo anche abbandonare la patria in seguito ad un'offesa subita o ad una delusione d'amore? Se è da vigliacchi richiedere il suicidio assistito, in caso di grave malattia, per paura del dolore, non lo sarebbe anche desistere da propositi suicidi per paura della morte o dell'*Aldilà*? Il che porrebbe gravi problemi di indeterminatezza della fattispecie di norme penali incriminatrici che sarebbero introdotte da uno Stato etico, e che contenessero tali concetti spessi. In secondo luogo, si pongono problemi di coerenza. Ammesso che essere coraggiosi significhi resistere al dolore fisico e/o psichico, nel caso di lutti o fallimenti matrimoniali, lavorativi, e non fuggire di fronte alle proprie difficoltà e responsabilità, se è da vigliacchi, e deve essere vietato, cercare l'oblio nell'eroina o nell'LSD, perché non lo sarebbe anche cercarlo sistematicamente nell'ipnosi, nell'alcol, nel digiuno rituale, negli antidepressivi o nei sonniferi? Se è da vigliacchi sottrarsi al dolore fisico e psichico richiedendo l'eutanasia, perché non lo sarebbe anche richiedere l'anestesia nel caso di un'appendicectomia? Se è da vigliacchi sottrarsi alle proprie "responsabilità" familiari, sociali ed economiche, rifugiandosi nell'eroina, in seguito ad esempio ad un grave lutto, non lo è anche allontanarsi per sempre dal proprio ambiente sociale e familiare per rifugiarsi nelle terre selvagge dell'Alaska o in un eremo buddista? In terzo luogo, è possibile, in base ad una procedura complessa ma trasparente, accertare se la scelta di un agente sia sufficientemente libera e razionale; ed è possibile, sebbene già difficile, stabilire, in base a determinate presunzioni, se un certo comportamento sia stato doloso, intenzionale oppure no. Non è, invece, psicologicamente arduo indagare quali sono le motivazioni *reali* delle persone, cioè il significato, a volte nascosto, segreto, inconsapevole che attribuiscono ad un certo atto? Per intenderci, chi assume LSD o peyote sta fuggendo "vigliaccamente" di fronte alle proprie difficoltà e responsabilità, oppure sta essenzialmente cercando di aprire le *porte della percezione* sensoriale o indagando in modo originale il suo inconscio? Chi scala montagne a mani nude o attraversa in canoa torrenti tempestosi è un temerario che vuole scoprire i limiti della propria forza intellettuale e fisica oppure è un "drogato" di adrenalina? Chi rischia seriamente la vita gettandosi in voli spettacolari col parapendio vuole contribuire al *progresso* dell'umanità, compiendo imprese che nessuno ha mai compiuto, oppure sta, segretamente e disperatamente, cercando una morte *gloriosa*? Chi si ritira in un bunker a leggere e tradurre Joyce e consumare soltanto i classici e ipercalorici fast-food menu, o chi si allontana dal mondo per fare l'eremita in una caverna pregando e digiunando, sta fuggendo dalle proprie difficoltà e responsabilità, danneggiando la mente e il corpo, oppure sta coltivando la propria spiritualità?

[35] Voce "solidarietà", Vocabolario Treccani, http://www.treccani.it/vocabolario/solidarieta/.

alla virtù, alla felicità piena, al vero benessere in contrapposizione a quello incompleto o distorto, dato dalla soddisfazione dei falsi bisogni, come ogni educazione che si rispetti, può legittimamente avvalersi anche della minaccia di un male futuro, di una sanzione. Di modo che uomini inizialmente costretti, per paura della sanzione di Stato, ad agire in modo conforme a quanto richiesto da un certo modello di virtù, potrebbero a poco a poco comprendere, sulla base di programmi di educazione alla virtù, l'importanza di tali virtù per il loro benessere, per la loro felicità. Come un bambino indisciplinato che, dopo essere stato punito, comprenda l'importanza del non fare del male agli altri[36].

Quest'ultimo argomento è soggetto ad almeno due obiezioni. Gli uomini adulti non sono bambini indisciplinati, se fossero costretti a comportarsi in un modo che loro considerano ingiusto (divieto di consumo di tabacco) la loro reazione sarebbe probabilmente odio e rancore nei confronti dell'istituzione che li costringe. In ogni caso, abbiamo visto che l'uso della forza non basta per orientare alla virtù, ci vuole anche un'educazione alla virtù, dialogica, persuasiva. Se l'idea è che sia possibile e doveroso educare gli uomini a fiorire nel modo giusto, a scoprire quali sono i fini il cui conseguimento è condizione necessaria per realizzare il loro *vero* benessere, tale idea va incontro, innanzitutto, a un'obiezione che possiamo chiamare della *costrizione*. Una volta che un certo comportamento fosse proibito (fumare tabacco, ad esempio) e, oltre alla sanzione, fosse imposto un programma terapeutico ed educativo contro il fumo di tabacco, quale risultato potrebbe avere tale programma visto che la sua partecipazione è imposta? L'elemento della costrizione rende molto improbabile che l'individuo si renda conto che fumare tabacco non sia opportuno. Da decenni le moderne teorie psicoterapeutiche e psicanalitiche prevedono che la partecipazione ai programmi terapeutici e rieducativi, compresi i programmi di disintossicazione dall'alcol o da altre droghe, sia volontaria, pena l'insuccesso della terapia o del programma riabilitativo. Se, infatti, si può im-

[36] Per un'ulteriore controreplica cfr. R. Dworkin, *Virtù sovrana*, cit., p. 238. È importante sottolineare che la cosiddetta teoria funzionalista della natura umana, soggiacente al perfezionismo morale di carattere teleologico, secondo la quale gli uomini posseggono determinati desideri, bisogni, e non altri (ad esempio il desiderio di sposarsi, avere tanti amici e bambini, ecc.), in virtù della loro natura, è molto spesso un'*ideologia*, nel senso peggiore del termine, una *falsa* teoria, che camuffa, dissimula, dietro il paravento di nozioni apparentemente oggettive, come benessere, felicità, ecc., l'imposizione di modelli di comportamento, di un ideale del carattere. L'idea che l'uomo, in virtù della sua natura, abbia determinati fini il cui conseguimento è necessario per realizzare il suo benessere, la sua felicità, ha senso se e solo se si tratti di una teoria, nei limiti del possibile, *empiricamente verificabile*, una teoria relativa al *benessere soggettivo* di un gruppo di uomini o, universalmente, di tutti gli uomini esistenti in un certo periodo storico. Se, dunque, una persona in carne e ossa è serena, felice, soddisfatta, anche se non realizza i valori della prudenza o della famiglia, della temperanza o dell'operosità, ciò non significa che ha corrotto la sua natura. Vuol dire che coltivare la prudenza, la temperanza, ecc., non è sempre necessario per realizzare il proprio benessere o la propria felicità. Infatti, «è verosimile che il progetto teleologico sia viziato da fallacia di composizione (…) nella stragrande maggioranza dei casi, la definizione della natura umana in termini funzionali, la nozione di essere umano 'ben riuscito', è servita, e serve tuttora, a dare il sigillo dei fatti, della 'necessità naturale', ad assunti normativi e valutativi che costituiscono l'espressione di concezioni etiche particolari (…), i termini 'anormale', 'patologico' ecc. sono stati e sono nella stragrande maggioranza dei casi veicolo di pregiudizi (…) che non accettano (consapevolmente o no) di presentarsi come tali». Anche ove si diano, come si danno, bisogni, desideri, inclinazioni tipiche degli esseri umani (come respirare, sopravvivere, ecc.) ciò non implica che non si possa fare astrazione dai propri bisogni, dai propri interessi e desideri, o da alcuni di essi, né che li si debba realizzare necessariamente. «Dal fatto che qualcosa fa parte della 'natura umana' non segue che ci si debba conformare alla propria natura». B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 577.

porre a qualcuno di partecipare a un programma terapeutico o di educazione alla virtù, non gli si può imporre di *collaborare*, nel senso che il partecipante potrebbe legittimamente pensare a ciò che vuole durante il programma di educazione alla virtù. E la probabilità che un individuo non collabori a un programma educativo che gli è imposto è molto alta. In secondo luogo, gli attuali Stati occidentali vietano determinati comportamenti verosimilmente sulla base di argomenti paternalisti, ma non adottano programmi di educazione alla virtù per adulti (ad esempio di educazione alla resistenza al dolore), il che è perfettamente comprensibile, in quanto la partecipazione obbligatoria a tali programmi sarebbe vissuta dai cittadini occidentali come una intollerabile violazione dell'autonomia. Dunque, se giustificato in base all'argomento perfezionista, l'attuale divieto dell'eutanasia e del suicidio assistito è inefficace, perché non si può costringere con la sanzione, come abbiamo visto, una persona a essere virtuosa.

Al di là delle obiezioni generali che è possibile addurre contro l'argomento perfezionista, ci sono due argomenti importanti che è possibile addurre contro la possibilità di agganciare un argomento perfezionista alla costituzione italiana. Il primo concerne l'interpretazione che, normalmente, si dà dell'art. 32 cost. it. e del diritto alla salute. L'argomento perfezionista applicato all'eutanasia e al suicidio assistito vorrebbe che l'individuo sia *coraggioso*, impavido, che resista al dolore e alla paura del dolore, che resista alla perdita di autonomia che molte malattie portano con sé, o alla disabilità permanente, che resista all'impossibilità di svolgere le attività che (prima della malattia) gli davano piacere, che viva una vita, la vita che gli resta, di sofferenza con stoica rassegnazione. Tale dovere di resistere alla malattia non sembra molto compatibile con l'antropologia occidentale, cioè con il sentire comune di una società, quella occidentale, che a torto o a ragione, ha voltato le spalle alla sofferenza, alla vecchiaia e alla morte. Dalla terapia del dolore agli antinfiammatori sistemici, dall'anestesia durante gli interventi chirurgici agli psicofarmaci, dalle cure palliative agli interventi di chirurgia estetica, la comunità occidentale interpreta il diritto alla salute non solo come diritto di ottenere una terapia contro la malattia, ma anche come diritto al proprio benessere psicofisico, e il dolore e la vecchiaia e la malattia non fanno parte di tale benessere. Sperare che tale ideale di stoica rassegnazione di fronte alla sofferenza fisica e psichica possa essere accettato, o addirittura debba essere imposto, a tale comunità occidentale è abbastanza assurdo.

In secondo luogo, la costituzione italiana è una costituzione liberale, una costituzione di diritti. I doveri in essa previsti sono per evitare danni a terzi, in linea col Principio del danno di Mill e del liberalismo egualitario. Non sono tutelate virtù, non sono previsti ideali di eccellenza morale o ideali di fioritura umana. Non ci sono doveri nei confronti di se stessi, come quelli previsti da un'etica perfezionista. Ci sono doveri di solidarietà economica e sociale, che sono doveri nei confronti di terzi (art. 2). Sono previsti doveri nei confronti dei figli. È prevista un'istruzione obbligatoria nei confronti dei minori, che non sono adulti pienamente capaci di intendere e volere, istruzione che tutela la loro autonomia futura, in assenza di un'autonomia attuale da tutelare. Ci sono limiti all'iniziativa economica, cioè alla libertà di impresa, limiti necessari per tutelare alcuni diritti fondamentali dei lavoratori, di nuovo interessi di terzi. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona

umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, dice l'art. 3, secondo comma. Il pieno sviluppo della persona umana non è vincolato alla realizzazione di ideali di virtù morale. Ciascun adulto, sufficientemente razionale e capace di intendere e volere sufficientemente libero da pressioni coercitive, ha il diritto di svilupparsi, come nella metafora dell'albero di Mill, nella direzione che ritiene più conforme alla *propria natura*, non importa se tale natura si sia formata per accidente genetico, coincidenza astrale, destino, educazione ricevuta, scelta individuale. Purché non cagioni danni a terzi. I costituenti erano semplicemente consapevoli che molto spesso ci sono limiti di natura economica e sociale che rendono difficile per gli individui svilupparsi nella direzione voluta, limiti che idealmente andrebbero rimossi. Non si parla di virtù in generale, né di virtù in particolare. Non si esalta l'ideale del coraggio nell'affrontare le sofferenze, non si esalta l'ideale della generosità, della castità o della temperanza, della operosità o della saggezza.

5. Sacralità della vita umana

Allo scopo di difendere una dottrina antipaternalista e il valore dell'autonomia individuale, vorrei esaminare (e confutare) due argomenti, addotti in favore del paternalismo e del divieto dell'eutanasia e del suicidio assistito, molto utilizzati nel dibattito etico e giuridico, argomenti basati sull'idea di sacralità della vita umana e di dignità dell'uomo. Si tratta di argomenti che contengono una *petitio principii*, o un altro errore logico, ovvero che sono razionalmente insufficienti, in quanto *parassitari*. Perché parassitari? Perché, essendo affetti da grave indeterminatezza semantica, presuppongono verosimilmente, dissimulandolo, uno degli altri argomenti in favore del paternalismo e del divieto dell'eutanasia e del suicidio assistito. Tale strategia in difesa dell'antipaternalismo potrebbe sembrare bizzarra. Perché occuparsi degli argomenti *peggiori*? Perché, sebbene non siano razionalmente *validi*, si tratta di argomenti *retoricamente* molto diffusi, ma soprattutto considerati molto persuasivi nel dibattito politico, morale, giuridico. Il che è particolarmente grave nel caso dell'argomentazione giuridica, dove codesti argomenti paternalisti sono frequentemente utilizzati, negli Stati occidentali, da alcuni giudici e giuristi nell'interpretazione della Costituzione, e, in generale, nel bilanciamento dei diritti fondamentali, come il diritto all'autodeterminazione, alla vita, alla salute. Come si spiega questa discrasia tra argomenti retoricamente più diffusi e argomenti che sono, invece, razionalmente più validi? Come si spiega il proliferare di strategie retoriche, fallaci contro l'antipaternalismo? La ragione è che molti autori hanno qualcosa da nascondere e, dunque, preferiscono utilizzare argomenti, come quello della dignità umana, quello della sacralità della vita umana, fallaci o parassitari degli argomenti paternalisti razionalmente più validi, ad esempio quello utilitarista/organicista e quello perfezionista. Ciò che si vuole nascondere può essere differente. E spesso non si tratta di una cosa sola. Ci sono autori che vogliono nascondere il fatto che il vero argomento in base al quale vorrebbero limitare la libertà degli individui è l'argomento teologico, secondo il quale Dio dà la vita e la morte e nessuno può disporre di ciò che non gli appartiene. Costoro sanno di dover convivere con atei, agnostici, epicurei, neopagani, indù, musulmani, buddisti, e che avrebbero molte difficoltà a

utilizzare nello spazio della ragione pubblica l'argomento teologico. Ma la *Verità Rivelata* è troppo importante e non ci rinunciano facilmente.

Perché l'argomento teologico è un argomento difficilmente utilizzabile, e difatti poco utilizzato, nelle democrazie occidentali contemporanee? Come ogni altro argomento metafisico-trascendente del genere, esso è soggetto almeno a tre obiezioni difficilmente superabili. Non solo è un argomento "metafisico-trascendente", cioè verte su enti, in tutto o in parte, sovrasensibili, soprannaturali, ma è un argomento basato su credenze metafisico-trascendenti molto articolate, aventi ad oggetto fatti molto complessi che, se realmente si verificassero, dovrebbero "incidere" nella realtà sensibile, empirica, innumerevoli volte, e la cui probabilità di essere vere, dunque, in assenza di prove empiriche rilevanti, è molto bassa (il che non significa che sia un argomento irrazionale). Da un punto di vista ontologico ed epistemologico non si sa con certezza se Dio esista, se abbia una propria "volontà", se si occupi o meno delle faccende umane, se sia Lui a stabilire quando nasciamo e moriamo, se abbia stabilito un qualche codice morale che gli uomini devono seguire, se riterrebbe lecito, non immorale, che coloro cui la vita è stata donata potessero rinunciarvi senza, tuttavia, richiedere l'aiuto di terzi, se ritenga giusto che lo Stato lasci liberi gli esseri umani di peccare (nella misura in cui non esisterebbe alcuna forma di predestinazione), ad esempio suicidandosi, purché non danneggino gli altri, di modo da premiare nell'Aldilà chi è stato virtuoso, anziché nò. Non sappiamo con certezza se Dio ritenga giusto che lo Stato lasci liberi gli individui di agire in modo moralmente sbagliato, ad esempio suicidandosi, purché non cagionino danni a terzi, o se, invece, riterrebbe moralmente giusta la legalizzazione dell'eutanasia attiva. Sono tante le premesse metafisico-trascendenti che dovrebbero essere vere, e che non possiamo falsificare o verificare con sufficiente certezza (o con la medesima "relativa certezza" con la quale possiamo verificare la seconda legge della termodinamica), perché l'argomento in questione risulti accettabile. Quest'obiezione vale ovviamente per qualunque argomento metafisico-trascendente così complesso, articolato, anche, ammesso che esistano, di carattere "laico", dunque non solo religioso.

In secondo luogo, l'argomento teologico sembrerebbe violare il principio di laicità. Lo Stato non dovrebbe imporre i dogmi di una religione. In terzo luogo, sembra in conflitto con il valore del pluralismo culturale. Atei, agnostici, teisti, epicurei, neopagani, cristiani, ebrei, buddisti, confuciani, musulmani, indù, taoisti dovrebbero convivere in pace e in armonia nel medesimo territorio e non imporre la propria fede agli altri.

Altri autori non sono pienamente consapevoli di essere paternalisti, cioè non accettano, neppure di fronte a se stessi, di essere poco liberali, dunque preferiscono usare strategie argomentative che non "attaccano" direttamente il valore dell'autonomia individuale. Molti altri sanno di essere paternalisti, ma sanno che questa è una posizione scomoda, nel XXI secolo, almeno in Occidente. Il valore dell'autonomia individuale rappresenta, oggi, un macigno enorme sulla strada dei paternalisti, un macigno difficilmente superabile. Mettere in discussione apertamente il valore dell'autonomia individuale significa avere la presunzione di guardare una persona adulta e razionale dritta negli occhi e dirle, pubblicamente, che altri sanno, meglio di lei, ciò che realizza il suo bene.

Come dicevo, una strategia argomentativa razionalmente insufficiente consiste nell'utilizzare concetti ampiamente controversi, o estremamente vaghi, alcuni quasi "primariamente valutativi" nel senso di Hare[37], concetti come quello di *dignità* umana, di *sacralità* della vita umana. Possiamo dire che questi argomenti, nel dibattito paternalismo/antipaternalismo, contengono una "petitio principii", oppure sono parassitari, perché verosimilmente presuppongono, nella loro grave indeterminatezza, uno degli altri argomenti sopra individuati in favore del paternalismo (argomento perfezionista o utilitarista/organicista). Se, ad esempio, la vita umana è considerata *sacra* ciò potrebbe avere (almeno) tre implicazioni: (1) la vita umana è un valore in sé, non strumentale alla realizzazione di altri valori; (2) la vita umana è un valore supremo, assoluto, che non può essere sacrificato di fronte ad altri valori, ad esempio ordine pubblico, libertà di impresa; (3) la vita umana è un valore indisponibile[38]. Dal punto di vista del dibattito paternalismo/antipaternalismo, e del dibattito permesso/divieto dell'eutanasia e del suicidio assistito, le prime due implicazioni non sono rilevanti, nella misura in cui, relativamente a queste due prime implicazioni, la questione è propriamente se la vita di un individuo possa essere sacrificata per tutelare il benessere psichico o economico degli altri. La questione, in questi due casi, sarebbe se e fino a che punto possiamo consentire a un individuo di ledere (la vita de) gli altri, cioè ledere i loro interessi, e non se e fino che punto possiamo permettere a un individuo di ledere principalmente la sua vita o la sua integrità (che è il problema centrale nel dibattito paternalismo/antipaternalismo).

La terza implicazione è l'unica rilevante, dal punto di vista del dibattito paternalismo/antipaternalismo. E, tuttavia, l'argomento della sacralità della vita umana, sebbene sia rilevante nel caso della terza implicazione/accezione come argomento in favore del paternalismo, è palesemente affetto da *petitio principii*, oppure è razionalmente insufficiente (parassitario), in quanto presuppone, verosimilmente, uno degli altri argomenti sopra individuati, utilitarista, perfezionista. Per argomentare, infatti, la tesi secondo cui la vita e l'integrità psicofisica delle persone sono beni indisponibili, e secondo cui lo Stato può interferire nella libertà dell'individuo per evitare che leda la propria vita o la propria integrità psicofisica, si afferma che tali beni sono *sacri*: cioè appunto (terza implicazione) che sono indisponibili. Dal punto di vista della giustificazione, ad esempio, del divieto dell'eutanasia o del suicidio assistito, dunque, se mi limito ad affermare, senza aggiungere altro, che il principio della sacralità della

---

[37] Concetti primariamente valutativi, secondo Richard Hare, sono, ad esempio, "buono", "giusto".

[38] Una discussione ampia e approfondita si trova in R. Dworkin, *Il dominio della vita*, cit., pp. 97 ss. In realtà anche l'idea che la vita abbia valore in sé è dubbia. Ad esempio, secondo Singer «noi di solito attribuiamo valore alla vita perché essa è la base per tutte le altre cose cui attribuiamo valore, che si tratti della felicità, del godimento della bellezza, della creatività, dell'amore o dell'esercizio delle nostre facoltà mentali» o del fatto che la vita è un dono di Dio. P. Singer, *La vita come si dovrebbe*, Milano, il Saggiatore, 2001, p. 222. Altrettanto controversa è l'idea che la vita sia realmente, fuor di retorica, un valore *assoluto*, che prevale sempre, ma proprio sempre, su ogni altro. Basti pensare ai costi economici e sociali che la comunità dovrebbe sopportare se cercasse di: a) proteggere ogni persona che è stata minacciata e che ha una certa probabilità statistica di essere uccisa da usurai, sequestratori, terroristi, mariti gelosi; b) assicurare a tutti i membri della comunità le cure scientificamente più all'avanguardia; c) assicurare che la circolazione stradale, ferroviaria e aerea si svolga in modo da minimizzare il rischio di incidenti, attraverso controlli continui relativi al tasso alcolemico dei conducenti, ai limiti di velocità, ecc. Si possono anche considerare le tre implicazioni come parte del significato di «sacro».

vita umana o del bene supremo della vita va bilanciato con il principio dell'autonomia, la mia argomentazione è totalmente indeterminata[39]. Ancora più pericoloso e razionalmente insostenibile, sebbene altrettanto diffuso nelle argomentazioni politiche, morali e giuridiche (sia in dottrina che in giurisprudenza), è affermare che bisogna bilanciare il principio di autodeterminazione dell'individuo con il *diritto alla vita*, diritto concepito in modo indisponibile. In questo caso, con acrobazia retorica ineguagliabile, sembra che *il diritto* alla vita o alla salute, costituzionalmente protetto negli Stati costituzionali occidentali, si trasformi in quello che è propriamente un *dovere* di vivere o di salvaguardare la propria salute[40] .

Interpretare come indisponibili, nel senso dell'impossibilità di rinunciare legittimamente al loro esercizio, alcuni diritti, come il diritto alla vita o il diritto alla salute, inteso come il diritto di curarsi ed essere curati da qualche grave patologia, significherebbe che tali diritti sono attribuiti ai titolari e interpretati come indisponibili contro le preferenze autonome e (nella stragrande maggioranza dei casi) empiricamente verificabili di alcuni titolari Z, ad esempio contro la preferenza autonoma di coloro che hanno deciso in modo irrevocabile di morire. Ammesso, ovviamente, che i titolari Z nelle circostanze concrete del mercato capitalistico, qualora il diritto alla vita o alla salute sia considerato legalmente disponibile, possano normalmente esprimere un consenso autonomo alla sua rinuncia, cioè razionale e libero da pressioni coercitive, non siano normalmente costretti a rinunciare al diritto, e ammesso che le pressioni coercitive, se ci sono, possano essere normalmente eliminate e, dunque, non trasformino il diritto alla vita in un diritto di cui è di fatto impossibile godere e che non si può più esercitare come una *pretesa* cui corrisponde un obbligo.

Sarebbe pragmaticamente contraddittorio affermare che coloro che hanno deciso in modo irrevocabile di morire, mediante eutanasia o suicidio assistito, hanno un diritto indisponibile alla vita, nel senso del diritto indisponibile a che lo Stato non li uccida mediante eutanasia o suicidio assistito[41]. In generale, attribuire diritti contro le preferenze autonome e (nel-

---

[39] È sufficiente una breve ricerca nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana per scoprire che la Corte non usa, in genere, l'espressione «sacralità della vita umana», ma fa riferimento al medesimo principio parlando di «bene supremo della vita», «inviolabilità della vita umana», «vita umana come bene assoluto». Un uso dogmatico del principio della sacralità della vita umana è effettuato dal penalista M. Romano, quando afferma che la ragione fondamentale per vietare l'eutanasia attiva è che «la vita di ciascuno rappresenta un bene non integralmente dipendente soltanto dalla sua volontà». Senza aggiungere altro. Più avanti, Romano afferma che ad esigere il divieto dell'eutanasia attiva è anche «una fondamentale etica pubblica, che deve anche tradursi, naturalmente, in una generosa, tangibile solidarietà morale e materiale verso chi è colpito dalla tragedia e il suo entourage familiare». M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 166. Probabilmente Romano fa riferimento (anche) alla necessità, del tutto condivisibile, di fornire cure palliative, sostegno psicologico e materiale al malato (grave o terminale) e alla sua famiglia. E tuttavia, stride fortemente l'invocata esigenza di solidarietà morale e materiale con il diniego ad una persona che soffre psicologicamente e fisicamente di porre fine alla propria vita. Non comprendo, cioè, in che modo costringere una persona a scegliere tra un incubo (cosciente) di sofferenza e una qualche forma di sedazione (più o meno) continua sia *solidale* con il paziente e i suoi desideri fondamentali né quale sia il concetto di «solidarietà» utilizzato.

[40] Cfr. Corte di App. di Milano, 17/10/2003, in *Familia*, 1167, con nota di Ferrando, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*; App. di Milano, 15-16/11/2006, in *Guida al diritto* 2007, n. 1, 39; F. Bonaccorsi, *Rifiuto di cure mediche e incapacità del paziente: La Cassazione e il* caso Englaro, "Danno e responsabilità", 4, 2008, pp. 433-435; G. Guerra, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*, "Danno e responsabilità", 4, 2008, p. 439 ss. e la letteratura ivi citata.

[41] Si potrebbe osservare che il caso in cui qualcuno decida di morire in modo irrevocabile sia del tutto ipotetico, perché il consenso in casi del genere è sempre revocabile fino alla fine, dunque il paziente che ha diritto

la stragrande maggioranza dei casi) empiricamente verificabili dei titolari è, alle condizioni sopraconsiderate, *pragmaticamente* infelice, bizzarro, irragionevole, contraddittorio, così come lo è affermare che gli ebrei nella Germania nazista avevano il diritto (indisponibile) a essere rinchiusi nei campi di concentramento. Il concetto di contraddizione pragmatica fa riferimento a una violazione di assunzioni implicite nel contesto d'uso di una enunciazione, come nel caso di chi affermasse "Mio cugino di cinque anni è scapolo" o "Piove, ma non ci credo", perché normalmente non ha senso predicare di un bambino che è scapolo, perché un bambino non può, ovviamente, sposarsi. Parafrasando Kramer, attribuire diritti contro le preferenze autonome dei titolari è ridicolo, e l'autore fa l'esempio del diritto a essere traditi o ingannati, perché non ha senso attribuire un diritto (e renderlo indisponibile) se quest'ultimo non rappresenta un vantaggio per il titolare.

Alcuni autori ritengono, al contrario, che sia poco razionale e contrario al linguaggio dei diritti postulare un diritto all'eutanasia, che implica la rinuncia a esercitare qualunque altro diritto, a ogni altra libertà, dunque una specie di auto-contraddizione[42]. In realtà, tali autori non hanno riflettuto sul fatto che l'unica teoria ragionevole che giustifica l'attribuzione di un diritto è una teoria basata sull'autonomia, per adulti, razionali e competenti (non per i bambini o gli schizofrenici), e tale teoria prevede la rinunciabilità (ma non l'alienabilità) di tutti i diritti, la possibilità di non esercitare validamente il diritto, salvo che l'irrinunciabilità, l'impossibilità di rinunciare validamente all'esercizio del diritto, sia prevista per tutelare l'autonomia dei titolari, come nel caso dei diritti dei lavoratori, il diritto alla retribuzione, alle ferie retribuite, al riposo giornaliero, che sono indisponibili perché proteggono i lavoratori dalla elevata probabilità di subire pressioni coercitive (minacce di licenziamento, delocalizzazione, riduzione della produzione) per rinunciare a tali diritti, se questi ultimi fossero legalmente rinunciabili[43]. Allo stesso modo, possono essere previsti diritti/doveri per evitare il rischio di danni a terzi, come nel caso del diritto/dovere al nome. Non è questo il caso del diritto alla salute o alla vita. Non c'è nessuna contraddizione nel rinunciare all'esercizio di un diritto, che rende impossibile esercitarne un altro. Tutte le volte che un soggetto esercita un diritto disponendo del suo corpo in modo irreversibile, si sta precludendo la possibilità di tornare indietro, tramite operazioni chirurgiche irreversibili, cambiamento di genere sessuale, sterilizzazione volontaria, aborto, o altro.

---

all'eutanasia ha diritto di revocare il suo consenso fino alla fine. Ma la contraddizione pragmatica resta e sarebbe la seguente: coloro che hanno deciso di morire, tramite eutanasia o suicidio assistito, avrebbero il diritto indisponibile alla vita, cioè il diritto indisponibile a che lo Stato non li uccida, tramite eutanasia o suicidio assistito, anche se loro lo pretendono.

[42] «I diritti non sono (e non devono essere considerati alla stregua di) "un bene abbandonato che chiunque può far suo e per qualunque scopo", ha scritto Peces-Barba. Parlare di "diritto" o di "pieno sviluppo della persona" in relazione ad un atto che sopprime l'individualità, e dunque la possibilità stessa di esercitare ancora una libertà e un'autonomia di scelta (e di cambiare eventualmente una scelta precedente), mi sembra una sorta di "auto-rottura" della razionalità e del linguaggio dei diritti». A. D'Aloia, voce *Eutanasia (Dir. Cost.)*, "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", Utet, Torino, 2012, § 14.

[43] G. Maniaci, *Indisponibilità dei diritti fondamentali: un problema di interpretazione*, "Notizie di Politeia", XXXIV, 132, 2018, pp. 144-164.

Un altro argomento contro il diritto all'eutanasia attiva e al suicidio assistito sarebbe la distinzione tra "uccidere" e "lasciar morire"[44]. Vediamo cosa dice D'Aloia. «Innanzitutto, solo nei casi di suicidio medicalmente assistito e di eutanasia attiva l'intervento di un altro soggetto (essenzialmente il medico) è necessario e determinante, o nel senso dell'agevolazione materiale del comportamento suicidario (prestazione o dazione del farmaco) o nel senso della diretta realizzazione della condotta eutanasica. In secondo luogo, il medico che somministra il farmaco letale, o lo mette a disposizione del paziente, non può che volere (e dunque proporsi) indubitabilmente e necessariamente la morte del paziente. Viceversa, il medico che attua la richiesta di distacco del ventilatore artificiale o del sondino nasogastrico, e ancora di più quello che prende atto e rispetta la volontà del soggetto (diretta o indiretta, attuale o anticipata, questo è un profilo diverso, su cui v. infra) di rifiutare l'attivazione di tali presidi (eventualmente somministrando sedativi che possono accelerare il processo di morte), pur nella consapevolezza che la conseguenza di queste scelte è la morte più o meno rapida e immediata del soggetto, non ha (o non è necessario che abbia) il senso e l'intenzione di uccidere o di aiutare a togliersi la vita, ma pensa (o può pensare) che l'obiettivo principale della sua condotta è rispettare una volontà legittima, accettare che non c'è più niente da fare per contrastare il decorso mortale di una malattia.

In linea di principio, allora, rimango convinto che la distinzione tra rifiutare le cure (anche fino alle estreme conseguenze, a lasciarsi morire) e chiedere di essere uccisi o aiutati a morire, mantenga una sua rilevanza, almeno "ordinaria". Scegliere di non lottare più, di abbandonarsi alla forza inguaribile di una malattia, interrompendo o rifiutando presidi terapeutici, non è la stessa cosa che chiedere la somministrazione (o la dazione) di un farmaco che sia in grado, direttamente e "da sé", di provocare la morte»[45]. Secondo D'Aloia, la scelta del soggetto che rifiuta le cure, anche salva-vita, o ottiene dal medico l'interruzione dei trattamenti vitali, avrebbe alcune caratteristiche differenti dall'eutanasia attiva, cioè la morte non sarebbe istantanea, la scelta, dunque, non sarebbe irreversibile, la scelta non sarebbe quella

---

[44] «I diritti non sono (e non devono essere considerati alla stregua di) "un bene abbandonato che chiunque può far suo e per qualunque scopo", ha scritto Peces-Barba. Parlare di "diritto" o di "pieno sviluppo della persona" in relazione ad un atto che sopprime l'individualità, e dunque la possibilità stessa di esercitare ancora una libertà e un'autonomia di scelta (e di cambiare eventualmente una scelta precedente), mi sembra una sorta di "auto-rottura" della razionalità e del linguaggio dei diritti. È vero che un ragionamento di questo tipo potrebbe valere anche per il diritto di rifiutare le cure, tuttavia in questo caso la scelta del soggetto – oltre alle connotazioni almeno tendenzialmente ordinarie di "non istantaneità" e "non definitività" degli effetti, e di non volontarietà specifica delle conseguenze letali – non pretende di alterare, ma anzi si "adegua" ai processi naturali della vita e della morte». A. D'Aloia, voce *Eutanasia (Dir. Cost.)*, "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", Utet, Torino, 2012, § 14.

[45] «A sostegno di questa ultima tesi, viene spesso operato un confronto tra due casi molto conosciuti nell'ambito delle "end-of-life decisions": quelli di Ms. B. e di Diane Pretty, dai quali emergerebbe proprio la difficoltà di mantenere i consueti criteri discretivi (intenzione, risultato e causa) tra il versante "passivo" e quello "attivo" (cui è associato normalmente il suicidio medicalmente assistito) dell'eutanasia. Proviamo a riflettere sulle due vicende. Quella di Ms. B. era una richiesta di interruzione di un trattamento "artificiale" (nella specie, di staccare il respiratore), e quindi una volontà di abbandonarsi al processo patologico naturale (da parte di una donna tetraplegica, completamente paralizzata dal collo in giù, e costretta ad utilizzare, per la funzione respiratoria, un polmone di acciaio), mentre Diane Pretty (che non era sottoposta ad alcuna terapia di sostegno vitale, pur essendo affetta da una grave malattia neurodegenerativa) chiedeva che il marito potesse aiutarla a realizzare la sua volontà suicidaria (senza incorrere in responsabilità penale)». A. D'Aloia, voce *Eutanasia (Dir. Cost.)*, "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", Utet, Torino, 2012, § 7.

di morire, e sarebbe una scelta che «non pretende di alterare, ma anzi si "adegua" ai processi naturali della vita e della morte».

Tali caratteristiche non sono empiricamente corrette e/o rilevanti. Per cinque ragioni. Anche la scelta di rifiutare le cure e i trattamenti vitali, ad un certo momento, diventa mortale e irreversibile. Quando il polmone artificiale viene staccato, ad un certo punto, il paziente muore, quindi pochi minuti prima di morire la scelta diventa irreversibile e definitiva, e il medico, che ha sospeso il trattamento, ha agito conformemente alla volontà del paziente di morire. In secondo luogo, l'idea di distinguere tra decisioni che "alterano" i processi naturali della vita e della morte e decisioni che "assecondano" i processi naturali è ridicola. La maggior parte dei trattamenti chirurgici o antibiotici altera i processi di vita e morte. Questi trattamenti alterano i processi di vita e morte, perché senza l'intervento chirurgico il paziente sarebbe morto. Allo stesso modo, i sostegni artificiali alterano i processi di vita e morte. Staccarli sarebbe un abbandonarsi alla "naturale malattia"? E quando il paziente decide di *non sospendere* i trattamenti artificiali che lo tengono in vita non sta alterando il decorso naturale della malattia, cioè facendo ciò che secondo D'Aloia non dovrebbe fare?

In terzo luogo, sia nel caso in cui il medico lascia morire il paziente, sospendendo un trattamento che lo tiene in vita, sia nel caso in cui lo uccide con iniezione letale, si adegua alla volontà del paziente, che non è quella semplicemente di abbandonarsi al decorso naturale di una malattia nel primo caso, ma è quella propriamente di morire e non soffrire più, perché il medico normalmente gli dà un sedativo. Nella maggior parte dei casi, il paziente sceglie l'eutanasia passiva, semplicemente perché quella attiva non è legale. E non è vero che nel caso dei trattamenti vitali che mantengono un paziente in vita non c'è più niente da fare per "contrastare il decorso mortale della malattia", perché è sufficiente non sospendere i trattamenti per arginare il decorso mortale della malattia. In quarto luogo, D'Aloia non tiene conto che in diritto penale l'omissione di compiere un'azione equivale a compierla quando il soggetto ha l'obbligo di impedire l'evento. Se il medico ha l'obbligo, secondo D'Aloia, di non effettuare un'iniezione letale ad un malato terminale, ha l'obbligo di tutelare la vita, di non assecondare la rinuncia del diritto a vivere, non ha anche l'obbligo di non impedire la morte mediante eutanasia passiva? Come si giustifica il fatto che il medico non avrebbe l'obbligo di tutelare la vita in entrambi i casi, nel momento in cui la volontà del paziente è di morire in entrambi i casi? Facciamo un esempio chiarificatore. Se un medico X, per negligenza o peggio dolo, fornisce al paziente, che invece vuole essere guarito e non vuole morire, un trattamento sanitario o terapeutico a causa del quale dopo poco tempo il paziente muore, è sicuramente responsabile della sua morte; e non è ugualmente responsabile se, per dolo o negligenza, sospende un trattamento sanitario o terapeutico e a causa di ciò dopo breve tempo il paziente muore, quando, invece, il paziente voleva vivere e curarsi? Mi sembra evidente. Non c'è differenza, in questo caso, tra azione e omissione, la differenza la fa *il consenso* del paziente, che rifiuta o meno un trattamento sanitario.

Non c'è niente di strano, un medico che effettua una iniezione letale al paziente che vuole morire non è responsabile, così come non lo è un medico che dimette un paziente dall'ospedale, sospendendo un trattamento oncologico, senza il quale il paziente morirà, trattamento che il paziente non vuole più.

In quinto luogo, come spiega la vicenda di Dj Fabo, che è andato in Svizzera a ottenere il suicidio assistito, per alcune persone ottenere l'eutanasia passiva potrebbe non essere sufficiente, perché sospendendo il trattamento salva-vita il "decorso naturale" potrebbe essere lungo, a tratti doloroso, per cui è preferibile il suicidio assistito. Alcune persone che hanno gravi malattie degenerative potrebbero morire, semplicemente, smettendo di alimentarsi e bere. A questa "tortura naturale" li si vuole abbandonare?

Ci si potrebbe chiedere quale sarebbe, a questo punto, il *vero significato* della sacralità della vita, che lega e unifica le differenti componenti sopraindividuate, la vita come valore in sé, la vita come valore inderogabile o supremo, la vita come bene indisponibile. Il filo rosso che lega tutti questi elementi potrebbe essere il fatto che la vita umana, come la foresta amazzonica, la cultura maya, un quadro di Rembrandt o una specie di farfalla in via di estinzione, è sacra in quanto incorpora processi della creazione umana o naturale, che consideriamo importanti o degni di ammirazione, come se la distruzione di una specie animale o di una tradizione culturale fosse la frustrazione di un importante "investimento creativo" della natura, dell'uomo o di Dio. Tutto questo spiegherebbe alcune opinioni che molte persone condividono, ad esempio che è sacrilego distruggere ciò che è stato creato nel corso di millenni di evoluzione naturale. Ma cosa rende tale investimento importante? Da cosa dipende la gravità di tale "frustrazione"? Lasciando da canto spiegazioni metafisico-trascendenti, relative, cioè, alla creazione del mondo, o al dono della vita, da parte di Dio o all'esistenza di una «misteriosa inesorabile forza che unifica tutta la vita (…), una pulsione procreativa del mondo», vi è certamente qualcosa di unico e irripetibile nei processi di creazione culturale e naturale, qualcosa che noi esseri umani non possiamo creare o *ricreare* in laboratorio, le cui "leggi" non possiamo (interamente) modificare, unicità e irripetibilità che, in parte, spiegano, anche dal punto di vista laico, lo stupore e la meraviglia che proviamo di fronte alla (creazione della) vita, nonché il dolore che proviamo quando essa viene distrutta o quando qualcuno vi rinuncia volontariamente. Tale ricostruzione, tuttavia, non è sufficiente, come sottolinea Dworkin. Non pensiamo che la scomparsa della cultura maya sia terribile perché, o soltanto perché, essa è unica e irripetibile, ma perché le attribuiamo, indipendentemente da ciò, un valore, sulla base di altri parametri (non solo morali). Anche la tradizione della crocifissione in epoca pagana, quella di bruciare le streghe nel XVI e XVII secolo, o quella della sati in India sono, dal punto di vista culturale, uniche e irripetibili, ma non credo che molte persone (almeno in Occidente) le rimpiangano, non più di quanto molti rimpiangerebbero la scomparsa del virus dell'AIDS, o rimpiangano la scomparsa di orde di Tyrannosaurus Rex che cacciano in Europa. Il che ci riporta alla domanda di cui sopra. Se la vita è considerata sacra, nel senso di indisponibile, è perché qualcuno le attribuisce un particolare valore. E se non è più l'agente stesso a farlo, perché, ad esempio, vuole suicidarsi, ma la collettività, o gli amici, i genitori, allora tale investimento non può che fondarsi su uno dei valori sopra individuati, perfezionista o utilitarista.

6. Dignità umana

Quanto detto sopra a proposito dell'insufficiente razionalità dell'argomento della sacralità della vita umana vale per affermazioni come «La legalizzazione dell'eutanasia è contraria alla dignità dell'uomo». Una volta specificato in cosa consista la «dignità dell'uomo» l'argomento utilizzato si rivela o affetto da *petitio principii* oppure parassitario, perché presuppone verosimilmente, nella sua grave indeterminatezza, l'argomento teologico o quello utilitarista/organicista, o quello perfezionista. Vediamo perché.

Innanzitutto, praticamente quasi tutti gli autori concordano che si tratta di un concetto che ha un grado di indeterminatezza semantica molto elevato, indeterminatezza declinata, a sua volta, nei modi più diversi e spesso privi di rigore analitico. Dignità è – si afferma – concetto vago, controverso, profondamente ambiguo, intrinsecamente incerto (Champeil-Desplats, Hassemer, Jorion, Maestri, Resta, Ruggeri-Spadaro, Pirozzoli), un concetto morale e giuridico che non avrebbe eguali per la variabilità dei suoi confini, un concetto impalpabile per la sua capacità di racchiudere in sé innumerevoli e indefiniti contenuti (Pirozzoli), dal carattere solenne, trascendente e a vocazione egemonica (Jorion, Pirozzoli), che trova applicazione nei casi più disparati, sufficientemente indeterminato per inglobare i diritti più vari, insuscettibile di qualunque *reificazione* giuridica seria (Moutouh), un concetto quasi impossibile da definire in astratto, a tal punto che potremmo soltanto enumerare i differenti diritti che esso giustifica (Pirozzoli, Jorion)[46].

In secondo luogo, «dignità è nozione che può avere una forte carica emancipatoria, anche e soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui[47], ma che nello stesso tempo può essere impiegata con argomentazioni apodittiche per determinare una pesante restrizione dei diritti di libertà altrui. […] Dignità […] è strumento che può essere utilizzato per ampliare la sfera di autonomia degli individui e per precostituire le condizioni minime per una libera costruzione dell'identità, ma che può anche tradursi nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e della diversità»[48].

In altri termini, vi sono concezioni assolutiste, trascendenti, paternaliste, oggettiviste, della dignità, nella quale essa viene contrapposta all'autonomia, e concezioni liberali, antipaternaliste della dignità, dove autonomia e dignità non sono più contrapposte.

---

[46] Cfr. V. Champeil-Desplats, *Dignité de la personne*, «Juris Classeur Libertés», Fasc. 540, Juillet, 2007, p. 14 ss.; W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali*, cit., p. 57 ss.; B. Jorion, *La dignité de la personne humaine*, cit., pp. 215 ss.; E. Maestri, *Genealogie della dignità umana*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 9, 2009, p. 516; G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. Note a margine della Carta dei diritti*, in «Rivista di diritto civile», XLVIII, 2002, pp. 825 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, «Politica del diritto», 3, 1991, p. 347; A. Pirozzoli, *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, «Rassegna parlamentare», 2, 2007, p. 324; H. Moutouh, *La dignité de l'homme en droit*, «Revue de droit public», 1, 1999, p. 160.

[47] Tra i tanti diritti fondamentali consacrati o giustificati dal rispetto del principio della dignità umana B. Jorion cita, con riferimento soprattutto alla legislazione e giurisprudenza francese, il diritto a non subire trattamenti degradanti e umilianti, a non subire torture, il diritto allo sviluppo della propria personalità, il diritto ad un'abitazione decente, il diritto ad una retribuzione equa, il diritto a condizioni di lavoro dignitose, ecc. B. Jorion, *La dignité de la personne humaine*, cit., pp. 218 ss., 222 ss.

[48] G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. Note a margine della Carta dei diritti*, cit., pp. 825-828.

In terzo luogo, non soltanto si tratta di un valore spesso «costituzionalizzato» in Occidente, che la Costituzione tedesca considera *intangibile*, ma si tratta di un valore parte integrante della *koiné* argomentativa contemporanea, a livello costituzionalistico, legislativo, giurisprudenziale, filosofico-giuridico e politico. Si assiste, in altri termini, a una valanga, inarrestabile, di convenzioni internazionali, leggi e sentenze nei sistemi giuridici occidentali che sempre più spesso, nei contesti giuridici più diversi, fanno riferimento alla tutela della dignità umana[49].

In cosa consiste l'uso razionalmente insufficiente dell'argomento della dignità, come nel caso del volume della costituzionalista Razzano, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*?[50]

Non soltanto la dignità viene oggettivata e contrapposta all'autonomia, ma la dignità funziona spesso come «un argomento *knock-down* in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo […]. Un concetto cui si fa, cioè, frequente appello – nelle conversazioni morali ordinarie, nei documenti internazionali, nelle pratiche argomentative dei giudici (non solo nazionali), nel lessico dottrinale, nelle discussioni parlamentari e nella prassi legislativa corrente – nel ruolo di "*conversation stopper*": cioè alla stregua di una "ragione escludente", che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni»[51]. «Un argomento mitico, un argomento capace di chiudere una discussione, ma anche il progredire della ricerca circa un fatto, una vicenda, un contesto»[52].

Quanto detto significa che, nel dibattito paternalismo/antipaternalismo, cioè quando si discute se sia giusto consentire a una persona adulta, libera da pressioni coercitive e razionale, di cagionare (ciò che viene considerato) un danno fisico o psicofisico a sé stessa, e solo a sé stessa, ad esempio ottenendo il suicidio assistito, l'argomento della dignità umana si rivela razionalmente insufficiente, oltre che pericoloso. Dato il suo carattere estremamente indeterminato, controverso, l'uso dell'argomento della dignità presuppone, verosimilmente, uno degli altri argomenti, ad esempio quello perfezionista o teologico, impedendo, tuttavia, che il *vero* argomento, qualunque esso sia, venga esplicitato, discusso. Infatti, se affermo che lo Stato può impedire, con la forza, all'agente di consumare eroina, perché ciò lede la sua dignità di uomo, ciò significa che l'agente lede quella particolare forma di considerazione e rispetto che lui deve a se stesso, non rilevando, nel dibattito paternalismo/antipaternalismo, il rispetto che deve agli *altri*, in quanto esseri umani, perché non sta cagionando (per ipotesi) danni fisici, psicofisici o economici a nessun altro (ovvero tali danni non sono direttamente rilevanti ai fini di un argomento paternalista). L'agente, consumando eroina, non avrebbe *ri-*

---

[49] Cfr. B. Jorion, *La dignité de la personne humaine*, cit., pp. 208 ss.; H. Moutouh, *La dignité de l'homme en droit*, cit., pp. 168 ss. G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. Note a margine della Carta dei diritti*, cit., pp. 819 ss.

[50] Sul tema cfr. G. Gemma, Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica, "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, 2016.

[51] A. Tesauro, Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 11/2011. Nello stesso senso J. Simon, Human dignity as a regulative instrument for hu*man genome research*, in *Etica della ricerca biologica*, a cura di C.M. Mazzoni, *Etica della ricerca biologica*, Firenze, 2000, pp. 39 e ss.

[52] U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 107-108.

spetto di sé, lederebbe il suo bene. Ma perché? Perché, appunto, farebbe parte del rispetto che ciascuno deve a se stesso, del suo bene, rispettare la volontà divina (argomento teologico), non far soffrire i genitori (argomento utilitarista/organicista) oppure coltivare certe virtù (argomento perfezionista). Se mi limito ad affermare, apoditticamente, che il consumare eroina o il suicidarsi (tramite il suicidio assistito) lede il rispetto che ciascuno deve a se stesso, senza aggiungere altro, la mia argomentazione non spiega nulla, rimane totalmente indeterminata, appunto razionalmente insufficiente.

7. Prevenire rischi e abusi

Non posso qui riassumere tutte le ragioni per le quali l'argomento del piano inclinato è fallace. Secondo questo argomento, se si legalizzassero l'eutanasia e il suicidio assistito si verificherebbe una sorta di strage degli innocenti, cioè le persone più anziane, sole e povere sarebbero uccise o indotte a uccidersi, contro la loro volontà[53].

In estrema sintesi, è del tutto improbabile che i medici occidentali si trasformino improvvisamente in tanti serial-killer o in nazisti obbligando i pazienti all'eutanasia o al suicidio assistito. Tale nefasta previsione non si è verificata né in Olanda, né in Belgio, né in Lussemburgo, né in Svizzera; è, in secondo luogo, improbabile che tutti i soggetti coinvolti (medico, normalmente oncologo, psichiatra, parenti, amici) spingano il paziente verso l'eutanasia o il suicidio assistito, ed è facile prevedere determinate garanzie (colloquio, a porte chiuse, videoregistrato col medico, colloquio videoregistrato con lo psichiatra, gratuità, anche al di fuori del budget ordinario dell'ospedale, delle cure oncologiche e palliative) per evitare pressioni indebite (anche dei medici) sul paziente.

In ogni caso, non si possono evitare tutte le pressioni che un paziente gravemente malato potrebbe subire, in particolare le pressioni *affettive*, cioè le pressioni di possibili *parenti-serpenti*, come un abbandono affettivo, affinché il paziente si senta un peso, si senta in colpa per le numerose cure ricevute (e decida di optare per l'eutanasia). Nessuno, infatti, tranne forse i bambini, che sia anziano o giovane, donna o uomo, incinta o meno, malato o sano, marito o moglie, omosessuale o eterosessuale, straniero o cittadino, ha il diritto di essere amato e il diritto di non essere abbandonato *affettivamente*; se, dunque, il paziente gravemente malato è circondato da parenti-serpenti che lo fanno sentire un peso inutile, a tale situazione tragica lo Stato non può porre rimedio (salvo provvedere un surrogato, come un supporto psicologico). Nessuno può essere obbligato ad amare, anzi il paziente gravemente malato ha il diritto di sapere se sia circondato da parenti-serpenti, ad esempio per modificare il testamento, prima di morire. E le pressioni affettive non rappresentano nei sistemi giuridici occidentali dei fattori in grado di viziare legalmente il consenso, da qualunque adulto vengano subite, e in qualunque occasione vengano subite. Se il fidanzato dice alla fidanzata "O facciamo sesso, oppure lascio te e la casa di tua proprietà in cui conviviamo", e la fidanzata, che ha un suo lavoro full-time, acconsente al rapporto sessuale, questo non è considerato un

[53] Sul tema cfr. G. Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012, cap. II.

caso di violenza sessuale; se Tizio dice all'amico Caio "O mi dai i diecimila euro che mi servono, o non ti parlo più" questa non è considerata una estorsione; se una donna vuole abortire perché il padre del bambino l'ha abbandonata, questa ragione non rende invalido il consenso all'interruzione di gravidanza. Né le minacce di abbandono affettivo viziano il consenso a stipulare un contratto: "Caro, o compri questa casa oppure ci lasciamo". Allo stesso modo, l'abbandono affettivo dei parenti non vizia il consenso di un paziente gravemente malato che richieda l'eutanasia o rifiuti le cure.

Un'ultima postilla su eutanasia e cure palliative. Alcuni autori cattolici sostengono che l'eutanasia non serva, se lo scopo è quello di alleviare le sofferenze del paziente, perché a questo scopo bastano le cure palliative. Questo è un grave errore. Le cure palliative possono attenuare la sofferenza fisica, ma non quella psicologica, cioè la sofferenza che dipende dal fatto che il paziente oscilla tra una sedazione quasi continua e una sofferenza fisica in attesa della prossima dose, la sofferenza che dipende dal fatto che il paziente non può svolgere quasi nessuna attività che prima dava al paziente piacere, quella che dipende dal fatto che il paziente dipende dagli altri in tutto, e sarà verosimilmente rinchiuso in un ospedale fino alla morte. Ci sono tante ragioni, come mostra l'esperienza olandese, belga, del Lussemburgo e della Svizzera, per cui una persona può scegliere di non soffrire più, psicologicamente, pur potendo accedere alle cure palliative.

Bibliografia

Adamo U., *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità v. Libertà?*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2016

Alemany M., *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006

Amato, S., *Eutanasie. Il diritto di fronte alla fine della vita*, Torino, Giappichelli, 2011

Antonini L., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'Agostino (a cura di), *Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno U.G.C.I.*, Pavia, 4-5-dicembre 2009, *Quaderni di Iustitia*, Milano, 2012

Benvenuti F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006

Biggs H., *Euthanasia. Death with Dignity and the Law*, Oxford, Hart Publishing. 2001

Bok, S., *Euthanasia*, in Dworkin G., Frey R., Bok S. (eds.), *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide* (1998), tr. it. *Eutanasia*, in Id., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, 135-161

Bok, S., *Physician-Assisted Suicide*, in Dworkin G., Frey R., Bok S. (eds.), *Euthanasia and Physician-Assisted Suicide* (1998), trad. it. *Suicidio medicalmente assistito*, in Id., *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, 162-177

Bonaccorsi F., *Rifiuto di cure mediche e incapacità del paziente: La Cassazione e il* caso Englaro, "Danno e responsabilità", 4, 2008

Brock, D.W., *Voluntary Active Euthanasia*, «The Hastings Center Report», 22, 2, 10-22, 1992

Cass. civ. n. 21748 del 16/10/2007 (*Englaro*)

Cass. civ., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676

Cass. pen., Sez. I, n. 3147/1998

Celano B., *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, Giappichelli, 1994

Celano B., *L'eguaglianza nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale*, in F. Squarcini (a cura di), *Mai praticamente uguali. Studi e ricerche sulla disuguaglianza e sull'inferiorità nelle tradizioni religiose*, Firenze, Società editrice fiorentina, 2007

Champeil-Desplats V., *Dignité de la personne*, «Juris Classeur Libertés», Fasc. 540, Juillet, 2007

Commentario alla Costituzione, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, 2006

Commentario breve alla Costituzione, a cura di Bartole, Bin, 2° ed. Cedam, 2008

Corte di app. di Milano, 15-16/11/2006, in *Guida al diritto* 2007, n. 1, 39

Corte di App. di Milano, 17/10/2003, in *Familia*, 1167, con nota di Ferrando, *Stato vegetativo permanente e trattamenti medici: un problema irrisolto*

Corte Costituzionale, sentenza n. 438 del 2008

Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2018

Crespi, Forti, Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2011

Crespi, Stella, Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2001

D'Agostino F., *Bioetica*, Torino, Giappichelli, 1998

D'Agostino, F., *Bioetica e biopolitica*. *Ventuno voci fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011

Del Re, *Questua, colletta e mendicità: dalla repressione del parassitismo alla garanzia costituzionale di libera scelta di vita*, «Giurisprudenza costituzionale», 1982, I

Diciotti E., *Paternalismo*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI/2, 1986

Diciotti E., *Preferenze, autonomia e paternalismo*, «Ragion pratica», 24, 2005

Donini M., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, "Diritto penale contemporaneo", 24 ss., 15 marzo 2017, https://www.penalecontemporaneo.it/d/5283-la-necessita-di-diritti-infelici-il-diritto-di-morire-come-limite-allintervento-penale

Dworkin R., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza* (2000), Milano, Feltrinelli, 2002

Dworkin, R., *Life's Dominion* (1993), trad. it. *Il dominio della vita*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994

Fattibene R., *A chi spetta la "disponibilità della disponibilità della vita"? La disciplina del fine-vita come occasione di riflessione sulla partecipazione democratica nelle questioni biogiuridiche*, "Osservatorio Costituzionale", 3, 2018

Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, New York, OUP, 1984

Feinberg J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, New York, OUP, 1986

Ferrajoli L., *Trattamenti sanitari forzati*, «Ragion pratica», 32, 2009

Fimiani P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte Costituzionale nel caso Cappato,* «Diritto Penale contemporaneo», 22 maggio 2018, https://www.penalecontemporaneo.it/d/6040-le-responsabilita-penali-nelle-scelte-di-fine-vita-in-attesa-della-corte-costituzionale-nel-caso-ca.

Gambino S., *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, "Forum Quaderni costituzionali", 2011

Gemma G., *Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1, 2016

Gert B., C. Culver, *Paternalistic Behavior*, «Philosophy and Public Affairs», 6, 1976

Giannini M.S., *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1951, pp. 851 ss., ripubblicato con il titolo *Autonomia*, in *Studi in onore di Luigi Rossi*, Milano, 1952 ora in ID., *Scritti*, III, *1949-1954*, Milano, 2003

Guerra G., *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*, "Danno e responsabilità", 4, 2008

Hassemer W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, «Ars Interpretandi», 2007, 57-70.

Jorion, B., *La dignité de la personne humaine*, «Revue de droit public», 1, 1999

L. 145/2001

L. 833/1978

Lattanzi G. (a cura di), *Codice penale. Annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2011

Maestri E., *Genealogie della dignità umana*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 9, 2009

Mancini, "Art. 4 cost.", in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, 1975

Maniaci G., *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012

Maniaci G., *Come interpretare il Principio del danno*, "Ragion Pratica", 1, 2017.

Maniaci G., *Indisponibilità dei diritti fondamentali: un problema di interpretazione*, "Notizie di Politeia", XXXIV, 132, 2018, pp. 144-164

Massaro A., *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: Illegittimità dell'aiuto al suicidio*?, "Diritto Penale contemporaneo", 14 giugno 2018, https://www.penalecontemporaneo.it/d/6101-il-caso-cappato-di-fronte-al-giudice-delle-leggi-illegittimita-costituzionale-dell-aiuto-al-suicidio.

Mill J.S., *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, il Saggiatore, 1997

Moutouh H., *La dignité de l'homme en droit*, «Revue de droit public», 1, 1999

Pace A., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. del diritto*, XXIV, 1974

Pirozzoli A., *Il valore costituzionale della dignità. Un profilo giurisprudenziale*, in «Rassegna parlamentare», 2, 2007

Raz J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986

Resta G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità. Note a margine della Carta dei diritti*, «Rivista di diritto civile», XLVIII, 2002

Romano A., *Autonomia nel diritto pubblico*, "Digesto Discipline Pubblicistiche", 1987

Romano M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 143-166

Ronchetti L., *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018

Ruggeri A., A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in «Politica del diritto», 3, 1991

Ruggeri A., *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, "Forum Quaderni costituzionali", 2009

Ruggeri A., *Dignità v. vita?*, in www.rivistaaic.it, 1, 2011

Ruotolo M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002

Scarpelli U., *Bioetica laica*, Milano, Baldini & Castoldi, 1998

Schiavello A., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Roland Dworkin*, Torino, Giappichelli, 1998

Simon S., *Human dignity as a regulative instrument for human genome research*, in *Etica della ricerca biologica*, a cura di C.M. Mazzoni, *Etica della ricerca biologica*, Firenze, 2000

Singer P., *La vita come si dovrebbe*, Milano, il Saggiatore, 2001

Tesauro A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 11/2011

Tribunale di Roma n. 2049 del 2007 (*Welby*)

VanDeVeer D., *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press, 1986

Vincenti U., *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009

Waldron J., *Mill and the Value of Moral Distress*, in *Liberal Rights*, New York, Cambridge University Press, 1993

Young, R., *Voluntary Euthanasia*, «Stanford Encyclopedia of Philosophy», 2010

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Paolo Mezzanotte*

BASE REGIONALE E RAPPRESENTANZA TERRITORIALE

Sommario: Note introduttive. – *Sez. I – La «base regionale» all'Assemblea costituente e la sua influenza sulla legislazione elettorale. – 1. Le ragioni della base regionale. – 2. Il progressivo recedere dei criteri di composizione del Senato alternativi al principio della rappresentanza politica nazionale. – 3. I termini della sopravvivenza della rappresentanza territoriale. – 4. Un bilancio dei lavori dell'Assemblea. I vincoli sulla legislazione elettorale. Sez. II – Rappresentanza territoriale e tecnica elettorale. – 5. Rappresentanza politica e rappresentanza territoriale. – 6. Rappresentanza territoriale e circoscrizioni regionali. – 7. Slittamento dei seggi vs "slittamento dei voti". – 8. Conseguenze sulla lettura dell'art. 57 Cost. – 9. Attorno alle condizioni di legittimità di clausole di sbarramento e premi di maggioranza calcolati a livello nazionale. – 9.1. Il premio di maggioranza. – 9.2. Le clausole di sbarramento. – 10. Il rilievo costituzionale della governabilità. - 11. La mancata attuazione dell'art. 57 Cost. sotto il profilo della disciplina dei requisiti di elettorato passivo.* – Riflessioni conclusive.

Note introduttive

Alcuni elementi di rappresentanza territoriale emergono nel disposto dell'art. 57 Cost. quali residue tracce del più ampio e ambizioso disegno di istituire un Senato delle Regioni. Come è noto, tale disegno infine non si realizzò appieno, poiché in seno Assemblea costituente prevalse l'opzione per un bicameralismo c.d. indifferenziato. Le due Camere furono infatti contraddistinte non solo dall'identità funzionale – caratteristica del bicameralismo paritario – ma anche dalla tendenziale uniformità nella loro composizione, che rinviava all'idea della comune derivazione dei due rami del Parlamento nazionale da una fonte di legittimazione democratica unica e indivisa[1].

* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma "Sapienza".

[1] Circa le premesse politico ideologiche dei partiti in Assemblea costituente a proposito del tema in oggetto, cfr. P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni*, Milano, 1977, p. 79 ss.; N. OCCHIOCUPO, *La "Camera delle Regioni"*, Milano, 1975, 26 ss. In particolare, parla di una «duplicità (o meglio triplicità) di ispirazioni politiche» F.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

Il Costituente, sia pure a maggioranza, volle imprimere al Senato della Repubblica un carattere schiettamente politico. Pertanto, la portata delle disposizioni in oggetto nell'ambito del sistema costituzionale è stata sempre ritenuta, in definitiva, poco caratterizzante, tanto che la dottrina non esitò, sin da subito, a etichettare la c.d. seconda camera come "doppione" della prima. Il sistema proporzionale, architrave della costituzione materiale della c.d. prima repubblica, ha contribuito a consolidare gli aspetti di omogeneità strutturale tra i due organi del legislativo in virtù dei suoi effetti tipicamente proiettivi, che consentivano di contenere entro margini per lo più accettabili il diverso atteggiarsi del carattere rappresentativo del Senato derivante da una disciplina costituzionale comunque differente quanto ai titolari dell'elettorato attivo e, naturalmente, delle circoscrizioni elettorali [2].

In questa temperie è prevalsa, sin dai tempi della Costituente, l'interpretazione che declassava le prescrizioni sull'elezione a base regionale del Senato a mero espediente di tecnica elettorale, privo di conseguenze apprezzabili sul piano dell'articolazione del principio rappresentativo e destituito, perciò, di pregnanza materialmente costituzionale[3]. Sul punto, è necessario rammentare che concezioni tradizionalmente unitarie della rappresentanza politica, riversatesi in parte nell'art. 67 Cost. e certamente condizionanti la sua interpretazione, rendevano assai difficile accettare che nel Senato potessero convivere, da un lato, aspetti di una funzione esponenziale di interessi di tipo territoriale e, dall'altro, il generale principio per cui ogni membro del Parlamento – e quindi anche ogni senatore – rappresenta tutta la nazione.

RESCIGNO, *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano*, Milano, 1995, p. 102. Attorno ai caratteri peculiari del bicameralismo italiano, sia consentito inoltre di rinviare a S. MATTARELLA, *Il bicameralismo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1983, p. 1161 ss.; L. PALADIN, *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo*, in *Quad. cost*. n. 2/1984, p. 219 ss. Sotto lo specifico profilo del carattere indifferenziato, v. G. NEGRI, *Bicameralismo*, in *Enc. dir*., vol. V, Milano, 1959, p. 353, nonché S. MATTARELLA, *Op. cit*., p. 1163, per il quale «abbiamo un parlamento che è strutturalmente (si potrebbe dire aritmeticamente) bicamerale, ma che funzionalmente è più vicino al modello unicamerale». Attorno all'obbiettivo prevalere, in seno all'Assemblea costituente, di una concezione della rappresentanza – propria delle sinistre e in particolare di quella comunista – tesa ad assorbire le istanze del pluralismo territoriale nell'ambito del pluralismo partitico, v. più di recente I. RUGGIU, *Contro la camera delle regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, 2006, p. 35 ss.

[2] Attorno a questi aspetti, v. G. TARLI BARBIERI, *La base regionale dell'elezione del Senato: uno "scoglio" costituzionale per la legislazione elettorale in attesa di una futura (ma incerta) revisione dell'assetto bicamerale del Parlamento*, in *Regioni* n. 3/2016, p. 500 s., nonché, con particolare riguardo agli effetti stabilizzatori del proporzionale sul sistema bicamerale italiano, A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 13 ss.

[3] V. chiaramente, in tal senso, già G. BASCHIERI – L. BIANCHI D'ESPINOSA - C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949, p. 259: «quella norma ha soltanto (come fu osservato autorevolmente in seno all'Assemblea costituente) il significato, di portata pratica assai limitata, che la legge elettorale dovrà stabilire dei collegi elettorali i quali siano tutti compresi nel territorio di una sola Regione, e non di due o più»; v. anche, solo qualche anno più tardi, G.B. ARISTA, *Saggio bibliografico sulla riforma del Senato,* in *Studi sulla costituzione*, a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della Costituzione, vol. II, Milano, 1958, p. 338. Più di recente, v. anche S. BONFIGLIO, *Il Senato in Italia. Riforma del bicameralismo e modelli di rappresentanza*, Roma-Bari, 2007, p. 55.

In realtà, come dimostrano studi anche recenti, nell'idea stessa della rappresentanza politica è sempre esistita una tensione dialettica fra un'esigenza di collegamento del membro dell'assemblea con il suo territorio di elezione e il principio per il quale, una volta eletto, egli debba guardare solo all'interesse generale[4]. Tuttavia, con riferimento alla storia italiana, il consolidamento del partito politico come tramite di ogni rapporto tra elettori ed eletti, favorito dal già menzionato sistema proporzionale, ha portato con sé la tendenza ad assorbire all'interno del pluralismo partitico, e quindi della rappresentanza nazionale, ogni altra declinazione che poteva assumere la relazione tra rappresentati e rappresentati[5]. Sarà, non a caso, l'introduzione del collegio uninominale, che notoriamente ha contribuito al definitivo declino del vecchio "sistema dei partiti", a disvelare un rapporto più diretto tra il membro del Parlamento e il proprio collegio elettorale[6].

Sarebbe errato tacere che il rafforzamento dell'autonomia regionale, avvenuto di lì a pochi anni, ha evidentemente contribuito a far maturare gli aspetti pluralistici e territoriali del principio rappresentativo e, più in generale, dello stesso principio democratico. In merito, basti qui rammentare una ben nota pronuncia in cui la Corte costituzionale, all'indomani della riforma del Titolo V, ha ritenuto che le autonomie territoriali concorrono ormai a plasmare l'essenza della sovranità popolare e ha contribuito, con ciò, al superamento definitivo di quel dogma della indivisibilità della sovranità popolare che aveva ispirato alcune delle scelte del Costituente, a cominciare proprio dalla conformazione del bicameralismo italiano[7].

---

[4] Cfr. I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli, 2010, p. 71 ss.

[5] Cfr. D. NOCILLA – L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir*., vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 571 ss. Come è noto, la riflessione attorno alla c.d. partitocrazia ha radici antiche nella storia repubblicana. Si rinvia, in questa sede, al classico di G. MARANINI, *Il tiranno senza volto*, Milano, 1963, nonché a P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. Dir*., vol. XXXII, Milano, 1982, in particolare p. 77 ss. Per una riflessione attorno alla crisi del sistema partitico e agli scenari da essa allora aperti in tema di riforma elettorale, si rinvia a M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 50 ss. Per approfondimenti, anche di tipo storico-comparativo, sulla problematica collocazione del partito politico in un sistema di rappresentanza parlamentare, si rinvia ampiamente a P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, in particolare pp. 12 ss., 23 ss., 63 ss.

[6] V. già in questo senso N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Milano, 1991, p. 334 ss. E' nota, peraltro, la tesi di C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub*. 1952, ora in ID., *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, p. 47 ss., il quale esclude la compatibilità del sistema uninominale con la Costituzione proprio perché suscettibile di introdurre un elemento di differenziazione geografica della rappresentanza, mentre, secondo l'A., discende dal principio di unità politica dello Stato e della rappresentanza politica nazionale la necessità di affidare la tutela degli interessi nazionali a «corpi geograficamente indifferenziati» (p. 48).

[7] Cfr. Corte costituzionale, sent. 12 aprile 2002 n. 106.

Avuto riguardo a tali elementi di contesto, si può ritenere che il principio della rappresentanza territoriale abbia conseguito nuova centralità nel sistema costituzionale, ciò che si rivela di grande utilità ai fini dell'interpretazione dell'art. 57 Cost. L'attualità di questo articolo è infatti tornata in auge da diversi anni, contestualmente a riforme elettorali che, dal 2005 in poi, contemplano premi di maggioranza e/o clausole di sbarramento. Sul punto, infatti, se la c.d. legge Calderoli[8] si era mossa nel rigido ossequio delle norme costituzionali in questione, addirittura escogitando un premio di maggioranza per ogni regione pur di non entrare in collisione con quelle prescrizioni, la legge attualmente in vigore ha introdotto, anche per il Senato, una clausola di sbarramento a livello nazionale, la cui coesistenza con il principio della base regionale sancito dall'art. 57 comma I sembrerebbe a prima vista problematica[9]. Inoltre, alla luce dell'esito delle ultime elezioni politiche, complice il clima di incertezza che ha segnato il lungo processo di formazione del Governo, il tema della riforma elettorale si è nuovamente aperto nel dibattito pubblico ed è stata anche paventata l'eventualità della reintroduzione di un premio di maggioranza operante, stavolta, su base nazionale anche per il Senato.

Secondo chi scrive, ogni riflessione avente ad oggetto la compatibilità di simili congegni elettorali con l'art. 57 Cost. non può dipendere da letture formalistiche, ma deve partire dalla ricostruzione, sia pure non facile, della *ratio* delle disposizioni costituzionali, ossia delle finalità che queste sono chiamate garantire e presidiare. A tal proposito, la *vulgata*, affermatasi più o meno esplicitamente, per cui la portata dell'art. 57 Cost. sarebbe soltanto tecnico-organizzativa, sempre secondo chi scrive non convince o, almeno, non convince più. La stessa giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, sembra suggerire almeno indirettamente tale conclusione dal momento in cui, in alcune recenti pronunce sul c.d. slittamento dei seggi – fenomeno riguardante rispettivamente le elezioni della Camera e del Palamento europeo – ha lasciato intendere che la suddivisione del territorio nazionale in circoscrizioni elettorali, specie ove sancita dalla stessa Costituzione, può avere una valenza ai fini della concreta articolazione del principio rappresentativo[10].

Nella presente trattazione, quindi, si cercherà di sostenere un'interpretazione volta a ricondurre l'art. 57 Cost. alle sue finalità di ordine sostanziale, ossia collegare il Senato al territorio regionale, sebbene nei limiti e con i contemperamenti imposti da quelle istanze politicamente unitarie che, anche per il Senato, sono postulate dal già menzionato principio della rappresentanza nazionale[11].

---

[8] Trattasi, come è noto, della legge 21 dicembre 2005 n. 270.

[9] V. art. 16-bis, comma 1, lett. e), del d.lgs. 20 dicembre 1993 n. 533, così come introdotto dalla l. 3 novembre 2017 n. 165.

[10] Si rinvia, sul punto, alla giurisprudenza riportata *sub* § 6, nonché alla dottrina citata a commento della stessa.

[11] Sulle quali insisteva così tanto C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, cit., p. 48.

Si proverà a evidenziare, tra l'altro, che una valorizzazione della *ratio* delle disposizioni costituzionali interessate, con il contestuale abbandono, al riguardo, delle interpretazioni più consolidate, consente il raggiungimento di due fondamentali risultati. Da un lato, infatti, tale approccio ha il pregio di garantire maggiore effettività ed estensione al principio della rappresentanza territoriale. Dall'altro, la medesima impostazione teleologica pare dotare l'interprete di uno strumentario più adeguato e, se vogliamo, più duttile per ragionare attorno alle condizioni e ai limiti di compatibilità costituzionale di tecniche di legislazione elettorale – quali premi di maggioranza e clausole di sbarramento – che sono tese a dare attuazione alle sopra menzionate istanze unitarie ma che, proprio secondo la predetta accezione formalistica - e quindi anche, paradossalmente, troppo rigida - del principio della base regionale, rischierebbero di essere considerate, sempre e comunque, come ingiustificate deroghe alle prescrizioni dell'art. 57 Cost.

In altri termini, lo sforzo di mettere in luce l'aspetto teleologico delle disposizioni costituzionali in oggetto consente, secondo chi scrive, una verifica spassionata della effettiva, concreta idoneità della legislazione elettorale a rispettarne lo spirito e i contenuti normativi.

Sez. I – La «base regionale» all'Assemblea costituente e la sua influenza sulla legislazione elettorale.

1. Le ragioni della base regionale.

È noto agli studiosi del tema che la formula dell'elezione a base regionale fu proposta con successo in Sottocommissione da parte del deputato democristiano Tosato, in luogo dell'o.d.g. Lussu. Quest'ultimo o.d.g., che faceva espresso riferimento alla «Camera delle Regioni», risultava più convintamente marcato in senso autonomista[12].

Sul punto, lo stesso Tosato osservava che «le regioni sotto certi aspetti possono essere considerate come enti territoriali, e sotto altri aspetti come circoscrizioni elettorali»[13]. Secondo Tosato, quindi, ai fini della disciplina dell'elezione e della composizione del Senato, la regione avrebbe dovuto aver rilievo solo come circoscrizione elettorale, ciò che era in linea con l'obiettivo, proprio del partito democristiano, di istituire una camera di rappresentanza degli interessi organizzati sul territorio, ove tale territorio avrebbe dovuto essere proprio quello della regione.

[12] Così l'o.d.g. Lussu: «La Seconda Camera è la Camera delle Regioni». Cfr. Seduta 26 settembre 1946, in *Atti della Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione*, cit., p. 293.

[13] Seduta 26 settembre 1946, in *Atti della Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione*, cit., p. 293.

L'intervento dell'on. Tosato, specie se letto alla luce del complessivo programma democristiano, risulta così dotato di un'importante valenza interpretativa. Il suo emendamento ebbe, in particolare, la funzione di neutralizzare politicamente il principio della camera delle regioni nella prospettiva di sostenere la diversa idea della rappresentanza di interessi, per la quale la regione avrebbe dovuto assumere le sembianze di un "contenitore"[14]. Certo, si intuisce al contempo come la formula della «base regionale», proprio perché presentata in sostituzione di quella della «Camera delle Regioni» e, peraltro, non necessariamente univoca nel suo tenore letterale, si prestava a raccogliere una parte del consenso che, altrimenti, sarebbe stato riversato direttamente sull'o.d.g. Lussu. Quindi, calata la norma sull'elezione a base regionale nel complessivo contesto entro il quale fu approvata, non le era estranea anche una valenza compromissoria, soprattutto ove si pensi che la disposizione andava allora a fare corpo con l'articolato dell'o.d.g. Perassi, chiaramente ispirato al principio della rappresentanza territoriale[15].

Si prospettava così, già da allora, una potenziale ambiguità semantica dell'inciso.

Da un lato, infatti, la regione veniva raffigurata come una "cornice", ossia come un elemento che, nell'intenzione del Costituente, era poco indicativo del principio di legittimazione del Senato. Dall'altro lato, l'elezione a base regionale era suscettibile di porsi in connessione, sia pure in senso lato e compromissorio, con il disegno di stampo autonomista e con il principio della rappresentanza territoriale.

2. Il progressivo recedere dei criteri di composizione del Senato alternativi al principio della rappresentanza politica nazionale.

[14] L'idea che guida la Democrazia cristiana e che emerge dal suo dibattito interno è tutta o prevalentemente incentrata sulla rappresentanza di interessi. Le regioni non sono assenti da questa prospettiva, ma vi figurano in una veste in buona parte diversa. Principalmente, infatti, in questo segmento del programma costituzionale del partito cattolico la regione è considerata proprio come base regionale, cioè come il bacino territoriale al cui interno ha da svolgersi l'elezione delle rappresentanze dei corpi intermedi al Senato della Repubblica. Solo secondariamente, sempre nella medesima prospettiva, la regione può rilevare anche, assieme con gli altri enti territoriali sub-statali, come una delle tante comunità intermedie rispetto allo Stato, alla stregua della sopra menzionata idea della rappresentanza organica. In dottrina, cfr. P. AIMO, *Bicameralismo e regioni*, cit. p. 83 ss.; N. OCCHIOCUPO, *La "Camera delle regioni"*, cit., p. 31 ss. L'eco di tali istanze di collegamento del Senato con i soggetti del pluralismo economico e sociale presenti sul territorio regionale è ancora rinvenibile in T. MARTINES, *Art. 56-58*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Le Camere*, Tomo I, Bologna-Roma, 1984, p. 93 ss. Più recentemente, v. A. MANZELLA, *La riforma del bicameralismo*, in *Rivista AIC* n. 4/2013, p. 2 ss.

[15] Attorno all'elezione del Senato «a base regionale» come formula di compromesso, cfr., tra gli altri, C. FUSARO – M. RUBECHI, *Art. 57*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, p. 1147 e, meno di recente, T. MARTINES, *Artt. 56-58*, cit., p. 90, nonché L. PALADIN, *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo*, in *Quad. cost*. n. 2/1984, p. 227. V. però S. MATTARELLA, *Il bicameralismo*, cit., p. 1162: «Il bicameralismo italiano "paritario" e indifferenziato non è frutto di scelta. È il risultato, quasi accidentale, di una serie di veti incrociati»; così anche F. RESCIGNO, *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano*, cit., p. 87 ss.

Sta di fatto che le più rilevanti implicazioni che potevano derivare dall'enunciato sulla base regionale, vuoi nella veste di contenitore degli interessi organizzati, vuoi come luogo di emersione di un più vasto disegno di rappresentanza territoriale, furono decisivamente inibite dal profilarsi, nel corso dei lavori dell'Assemblea, di un asse politico maggioritario che univa la destra e la sinistra dell'emiciclo e che impose al blocco centrista, segnato sul punto da non poche divisioni, il principio del suffragio diretto anche per il Senato della Repubblica.

Se, in prima battuta, il fronte moderato si era compattato senza indugio sulla scelta del bicameralismo paritario, quando si trattò di specificarne i connotati strutturali esso si mostrò diviso al suo interno[16].

Il partito cattolico, nel perseguire l'idea della rappresentanza di interessi, si trovò infatti isolato[17] e la circostanza fu abilmente sfruttata dai socialcomunisti, in accordo con le destre, per far prevalere la propria linea, non solo ai danni della rappresentanza di interessi, ma anche della rappresentanza regionale[18]. Fu nel corso dei lavori della Commissione dei Settantacinque che iniziò a profilarsi quel connubio tra sinistre e destre, che ebbe un'influenza decisiva ai fini della odierna configurazione del Senato della Repubblica[19].

---

[16] È sottolineato in dottrina il fatto che l'opzione per un sistema bicamerale fu presa, e mai messa in discussione dalla maggioranza dell'Assemblea, "a scatola vuota", cioè a prescindere anche dalle caratteristiche che si sarebbero volute attribuire alla seconda camera sotto il profilo strutturale. La convinzione di dover dividere il legislativo in due organi dotati di identiche funzioni era talmente forte presso i partiti di centro e di destra dell'Assemblea costituente, che si accettò di disgiungere l'aspetto funzionale da quello strutturale. Il bicameralismo paritario italiano fu assunto così indipendentemente dalla giustificazione che si sarebbe poi voluta attribuire al Senato sul piano della sua differenziazione dalla Camera sotto il profilo della base di legittimazione politica. Efficacemente, sul tema, G. NEGRI, *Bicameralismo*, cit., p. 353, secondo cui nell'Assemblea costituente «la bontà e l'utilità del sistema bicamerale fu quasi un dato acquisito». Così, altrettanto efficacemente, L. PALADIN, *Tipologia e fondamenti giustificativi del bicameralismo*, cit., p. 225: «Malgrado l'opposizione delle sinistre, la scelta bicamerale fu infatti operata in modo irreversibile, già da parte della seconda sottocommissione incaricata di elaborare – entro la Commissione dei 75 – uno schema di norme sull'ordinamento della Repubblica».

Peraltro, il minimo comun denominatore che portò la maggioranza moderata dell'Assemblea a propendere per il bicameralismo paritario fu «il timore della rappresentanza democratica, il desiderio di dividerla per indebolirla»: così L. CARLASSARE, *Un bicameralismo discutibile*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento. Annali XVII della Storia d'Italia*, coordinata da R. Romano e C. Vivanti, Torino, 2001, p. 347. Sotto questo specifico profilo, l'ispirazione che ha guidato il Costituente anzitutto verso la scelta della parificazione funzionale sarebbe genericamente ascrivibile al filone storico costituzionale del Senato conservatore e quindi all'idea che esso dovesse configurarsi come contropotere rispetto alla rappresentanza politica nazionale. Per una ricostruzione storica e teorica dei tipi di bicameralismo e delle rispettive ragioni, si rinvia a L. PALADIN, *Op. cit*., p. 219 ss. e, prima di lui, a G. NEGRI, *Op. cit*., p. 345 ss.

[17] V. chiaramente, fra gli altri, F. RESCIGNO, *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano*, cit., p. 100 s. Così anche P. AIMO, *Bicameralismo e regioni*, cit., p. 151: «La DC, senza tener conto delle ripetute sconfitte subite su questo terreno, ripropone le proprie idee sul Senato».

Per una disamina analitica delle più salienti proposte democristiane sul tema, cfr. Seduta antimeridiana 29 gennaio 1947, in *Atti della Commissione per la Costituzione – Adunanza Plenaria – Discussioni*, p. 221 s., relativamente a una proposta del Mortati; Seduta 23 settembre 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente – Discussioni*, vol. VII, p. 425 ss., per l'o.d.g. Piccioni-Moro.

[18] Le sinistre, preso atto senza troppi drammi di essere in minoranza sul modello del legislativo unicamerale, che era loro astrattamente più congeniale, rimodularono tempestivamente la propria strategia, che fu tesa a sfrondare il più possibile la disciplina del Senato di ogni elemento che potesse differenziarlo dalla Camera, perlomeno sotto il profilo della democraticità dell'investitura e sotto quello del carattere politico e partitico della rappresentanza. Allo scopo, comunisti e socialisti, come sopra accennato, improntano la loro azione a un notevole realismo politico, dichiarandosi in pratica da subito non pregiudizialmente ostili al bicameralismo e aprendo, altresì, a forme temperate di rappresentanza regionale, ossia all'elezione dei senatori da parte dei Consigli regionali, purché questi ultimi siano a loro volta eletti allo stesso modo della Camera dei Deputati. Riflette questa linea l'o.d.g. presentato da Lami Starnuti in Sottocommissione il 6 settembre 1946, in *Atti della Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione - Discussioni*, p. 143, del seguente tenore: «La

La *convergentia oppositorum* trova poi modo di realizzarsi appieno in Assemblea, tramite un emendamento a firma congiunta di esponenti di ambo le ali dello schieramento politico, meglio noto come o.d.g. Nitti. Questo, approvato a stretta maggioranza, dispone che l'elezione di tutto il Senato – quindi anche di quella quota che inizialmente era stata riservata all'elezione indiretta – avvenga a suffragio diretto e con il sistema maggioritario uninominale[20].

3. I termini della sopravvivenza della rappresentanza territoriale.

A questo punto la partita del Senato sembra essersi chiusa. Ha infatti preso forma con sufficiente nettezza una seconda camera a carattere decisamente politico – cui aspiravano le sinistre – e la cui esistenza in quanto tale trova peraltro una nuova giustificazione nel diverso sistema elettorale – caro invece alle destre[21].

Ma la partita rischia di chiudersi anche sotto il profilo squisitamente giuridico e procedimentale.

---

seconda Sottocommissione esprime parere favorevole al sistema bicamerale, a condizione che la seconda Camera non sia costituita in modo da alterare la fisionomia politica del Paese, quale rispecchiata dalla composizione della prima Camera». L'obiettivo resta quello di avere un Senato eletto democraticamente con criterio politico, in maniera tale che la sua composizione non sia troppo dissimile da quella della Camera sotto il profilo della colorazione partitica. Meglio sarebbero ovviamente, nella prospettiva delle sinistre, due camere identiche. Ma se questo risultato non è raggiungibile e se l'esistenza stessa di una seconda camera richiede una qualche forma di distinzione dalla prima, allora il meno inviso dei criteri distintivi è quello di una rappresentanza regionale che però non alteri sostanzialmente i rapporti di forza partitici che si rinvengono a livello nazionale. In dottrina, sottolinea questo aspetto determinante della strategia dei partiti di sinistra, fra gli altri, C. PINELLI, *Il Senato della Repubblica: dall'Assemblea Costituente alle proposte di riforma*, in AA.VV., *Un Senato delle autonomie per l'Italia federale. Atti del convegno. Roma, 20 febbraio 2003*, a cura della Provincia di Roma, Napoli, 2003, p. 87.

[19] In questa sede, il Partito comunista appoggia un emendamento dei liberali volto a far eleggere i due terzi del Senato, anziché dai consiglieri comunali - come previsto nell'o.d.g. Perassi - a suffragio universale e diretto e con il metodo maggioritario uninominale. Tale sistema era tradizionalmente prediletto dai liberali e invece estraneo, almeno sotto il profilo dottrinario, alle sinistre, in principio convinte sostenitrici del metodo proporzionale. L'emendamento non viene accolto dalla Commissione per pochi voti. È invece approvato, sempre in virtù di questo "connubio", l'emendamento del comunista Nobile, che contempla l'elezione dei due terzi dei senatori a suffragio universale diretto senza fornire ulteriori specificazioni in ordine alla formula elettorale.

[20] Seduta 7 ottobre 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente – Discussioni*, vol. VIII, p. 965 ss. Per una ricostruzione del dibattito attorno alla seconda camera, si rinvia anche a E. BETTINELLI, *All'origine della democrazia dei partiti. La formazione del nuovo ordinamento elettorale nel periodo costituente*, Milano, 1982, p. 295 ss.

[21] La posizione di liberali e qualunquisti circa la caratterizzazione del Senato non è inizialmente univoca. La rappresentanza regionale trova parziali adesioni anche a destra, assieme con l'idea – presente soprattutto fra i liberali – di integrare la seconda camera con una forte componente di senatori di estrazione tecnico istituzionale. Lo stallo provocato dalla sterile insistenza della Democrazia cristiana sul disegno della rappresentanza organica e la concreta prospettiva di ottenere l'adozione del sistema uninominale portano tali forze a sostenere, d'accordo con le sinistre, il suffragio diretto anche per il Senato. Cfr. N. OCCHIOCUPO, *La "Camera delle regioni"*, cit. p. 45 s.

Innanzitutto, l'elezione a suffragio diretto ha pacificamente archiviato la prospettiva della rappresentanza dei consigli regionali, prevista all'origine nell'o.d.g. Perassi. In secondo luogo, parte dell'Assemblea ritiene che la scelta per il collegio uninominale abbia precluso anche l'approvazione del I comma dell'art. 57 sull'elezione a base regionale. Si sostiene, infatti, l'incompatibilità tra il collegio uninominale, appena approvato, e la circoscrizione regionale, che invece indirizzerebbe il futuro legislatore verso la predilezione di una formula elettorale che sia tesa a valorizzare tutta l'ampiezza del territorio della regione ai fini dell'assegnazione dei seggi, e quindi a commisurare la contesa politico elettorale all'estensione del suddetto territorio regionale.[22]

Di qui le sopra menzionate richieste, da parte di esponenti del c.d. fronte antiregionalista, di considerare preclusa la votazione dell'Assemblea sull' elezione a base regionale, in quanto implicitamente superata dall'approvazione del collegio uninominale[23].

Secondo i medesimi esponenti, poi, se si fosse voluto continuare a parlare di circoscrizione regionale, *questa non avrebbe acquisito un significato molto più ampio che quello di un mero accorgimento tecnico*, che avrebbe ben potuto trovare posto nella legge elettorale e che non era certo materia da trattare nella Costituzione[24]. In altri termini, l'approvazione di un ordine del giorno a favore del maggioritario uninominale, secondo alcuni, aveva svuotato la disposizione del suo contenuto materialmente costituzionale e comunque di gran parte della sua utilità. A confermarlo fu, di fatto, lo stesso Perassi, notoriamente tra i capifila del movimento regionalista nonché autore dell'omonimo o.d.g. Questi, infatti, per sostenere che la base regionale non fosse totalmente in contraddizione con il collegio uninominale, dovette proporne un'interpretazione talmente restrittiva da farne discendere il solo, modesto divieto di istituire collegi uninominali che abbracciassero territori di più regioni[25]. Lo stesso Mortati, per difendere l'autonoma valenza del precetto, dovette argomentarne la natura programmatica o di principio, in quanto tale suscettibile di indirizzare e legittimare future iniziative del legislatore che, nei limiti della Costituzione, volessero darvi in qualsiasi forma attuazione[26].

---

[22] «…il collegio uninominale, circoscrizione ridottissima rispetto a quella della Regione, è circoscrizione autonoma, con ufficio proprio, che non può avere alcun nesso con l'ente Regione e deve collegarsi direttamente con l'ufficio elettorale centrale». Così Nobili Tito Oro, Seduta 7 ottobre 1947, *ibidem*, p. 779.

[23] Vedile in Seduta 7 ottobre 1947, *Atti dell'Assemblea costituente – Discussioni*, vol. VIII, p. 969 ss. V. in particolare, l'intervento di Nitti, in Seduta 8 ottobre 1947, *ibidem*, p. 1001: «Ogni carattere locale del Senato più non sussiste perché con questa deliberazione il Senato ha ora carattere nazionale».

[24] Cfr. ancora Nitti, Seduta 7 ottobre 1947, *ibidem*, p. 761 s.

[25] Così Perassi, Seduta 7 ottobre, *ibidem*, p. 771: «… l'unica cosa che risulta esclusa è quella di un collegio uninominale che sia costituito da una frazione di territorio che comprenda due Regioni: tutto il resto è perfettamente compatibile».

[26] «Mi pare appunto che, dalla funzione direttiva da attribuire all'inciso del primo comma, si argomenti la necessità di una votazione preventiva del medesimo», che «impegna a mantenerlo fermo con quelle modalità, con quei limiti, che si vedranno di volta in volta». Così Mortati, in Seduta 8 ottobre 1947, *ibidem*, p. 1002.

Comunque, sulla scorta di questi significativi interventi, la maggioranza dell'Assemblea, respinte le mozioni avverse, approva l'art. 55 del Progetto, poi divenuto art. 57 Cost. Residuano quindi nella Costituzione alcune tracce di quel più ampio disegno che era all'inizio teso a impiantare nella disciplina del Senato elementi di rappresentanza territoriale. Il fronte regionalista, cui troppo tardivamente, tuttavia, la dirigenza DC ha mostrato di voler aderire senza riserve, è in qualche modo riuscito a salvare il salvabile. È di rilievo, però, che il principio della base regionale, onde poter sopravvivere, sia stato ridotto dapprima a norma di tecnica elettorale di incerta consistenza perché priva di una *ratio* ben identificata; poi a mera indicazione programmatica per il legislatore.

Una volta promulgata la Costituzione, tuttavia, l'Assemblea prosegue per alcuni mesi il suo lavoro al fine, tra l'altro, di redigere la legge elettorale.

In questa circostanza, sarà lo stesso Mortati, nella Relazione di minoranza sulla legge elettorale per il Senato, a mutare parzialmente i termini della questione, venendo a esplicitare quale fosse, a suo dire, la principale incombenza attuativa cui il principio della base regionale metteva capo una volta scolpito nella Carta costituzionale. In particolare Mortati tornò, ma ora da posizione di forza, sul tema dell'incompatibilità del sistema uninominale puro con la base regionale. Questa, se aveva il senso di immettere a una qualche forma di collegamento tra le regioni e il Senato, non poteva che richiedere robusti correttivi della legge elettorale uninominale per mezzo di liste a carattere regionale, per fare in modo che l'assegnazione dei seggi al Senato avesse effettivamente come punto di riferimento la circoscrizione regionale[27].

---

[27] Cfr. *Assemblea costituente, Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente sul disegno di legge presentato dal Ministro dell'Interno (Scelba): Norme per l'elezione del Senato della Repubblica*, doc. n. 61-A, p. 3 ss. Il Mortati sostiene in particolare che «all'espressione 'base regionale' la maggioranza dell'Assemblea abbia inteso dare un significato diverso da quello di puro e semplice 'ambito' o 'circoscrizione elettorale' (che non avrebbe avuto alcun senso ove si fosse voluto accogliere il sistema uninominale puro e semplice, poiché in questo caso non può sussistere altra circoscrizione se non quella formata dai singoli collegi, ciascuno dei quali forma un'unità assolutamente autonoma e a sé stante) […]. Sembra potersi argomentare senza esitazione da quanto esposto che ogni sistema elettorale, il quale prescindesse dal considerare l'esigenza del vincolo organico fra Regione e Senato e si astenesse dal soddisfarla in una forma qualsiasi, riuscirebbe sostanzialmente incostituzionale…»: così Mortati, in *Relazione della Commissione*, cit., p. 4.

È doveroso rammentare che, non senza polemiche, la norma sul sistema uninominale era stata espunta dal testo costituzionale e data per approvata solo come ordine del giorno, così come era accaduto alla Camera per il sistema proporzionale. In tal modo, era conferito al legislatore un margine di apprezzamento certo maggiore, specie ove fosse venuta in rilievo, come nel caso, una disposizione costituzionale – per l'appunto l'art. 57 comma I – che, come tale, non poteva che prevalere su un "semplice" ordine del giorno. Così ancora il Mortati, in *Assemblea costituente, Relazione*, cit., *ibidem*: «A nulla varrebbe, per ovviare alle conseguenze prospettate, eccepire il vincolo determinatosi con l'accettazione dell'o.d.g. Nitti, perché, anche ammesso in ipotesi che un qualche contrasto con questo si ponesse, esso dovrebbe essere tollerato in virtù dell'ovvia esigenza che porta a conformare al testo costituzionale le altre manifestazioni di volontà dell'Assemblea, e non viceversa, quello a queste». Va detto però che, così facendo, Mortati invocava abilmente, in sede di discussione sulla legge elettorale, l'estensione della portata precettiva della norma rispetto a quella che egli stesso le aveva attribuito ai fini della sua approvazione nel testo costituzionale. L'artificio argomentativo di Mortati è ben colto da D. ARGONDIZZO, *Il sistema elettorale del Senato italiano nel dibattito all'Assemblea costituente*, cit., p. 27 ss. Complessivamente più coerente con quanto emerge dal dibattito sull'art. 57 risulta, perciò, la *Relazione* di maggioranza, a firma dell'on. Gullo, per cui: «L'articolo 57 della Costituzione […] spiega anche quale significato debba darsi alla espressione 'base regionale'. Esso infatti dispone che nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a sei […]. Altro elemento ancora, che è collegato alla base regionale, è il fatto che non può esistere collegio elettorale, il quale comprenda Comuni che non siano della stessa Regione». Cfr. *Assemblea costituente, Relazione*, cit., p. 2.

Come è noto, l'Assemblea costituente redasse infine una legge elettorale bensì basata su collegi uninominali, ma che sanciva, di fatto, un sistema proporzionale su base regionale attraverso il meccanismo dei collegamenti fra i candidati. L'elezione diretta con il sistema uninominale era in teoria possibile, ma veniva praticamente vanificata perché subordinata al raggiungimento della soglia molto alta del 65%. Fondamentale fu in proposito la convergenza del Partito comunista, che in tal modo otteneva di omogeneizzare ulteriormente fra loro i criteri di composizione delle due Camere[28].

4. Un bilancio dei lavori dell'Assemblea. I vincoli sulla legislazione elettorale.

Alla luce di questo complessivo processo decisionale, l'elezione a base regionale emerge come clausola dotata di diverse potenzialità interpretative e si profila l'alternativa di fondo tra impostazioni tese a relegare le norme dell'art. 57 Cost. entro la sfera della pura tecnica e quelle che invece, con argomenti diversi, intendono ravvisarne un nesso più autentico con i principi della rappresentanza territoriale.

Il Senato si configura come camera politica, eletta a suffragio diretto e secondo un criterio di distribuzione dei seggi tra regioni che è proporzionale alle rispettive popolazioni, salva la previsione di un numero minimo di seggi per regione (art. 57, commi III-IV). È in questa specifica sede che il riconoscimento della rappresentanza del territorio emerge in maniera più chiara, sia pure in forme non accentuate, andando a giustapporsi al principio della rappresentanza nazionale.[29]

La sofferta genesi dell'art. 57 vede prevalere le istanze di uniformità strutturale fra le due camere, anche se non in maniera assoluta. Affiora un'esigenza di collegamento del Senato con il territorio regionale, vista anche la connessione sistematica tra la clausola della base regionale e i commi successivi dell'art. 57. Permane in ogni caso la percezione – anche in virtù delle tralatizie modalità di attuazione da parte della legislazione elettorale repubblicana – che le divergenti prospettive in seno all'Assemblea abbiano prodotto un disposto potenzialmente contraddittorio.

Infatti, da un lato, la sostanziale identificazione della base regionale con una circoscrizione elettorale tradisce l'ambiguità del compromesso costituzionale ed esprime il tentativo, in gran parte riuscito, di neutralizzazione politica del principio della rappresentanza territoriale. Pertanto, questi fattori sembrano, per lo più, svuotare la clausola della base regionale di un solido fondamento giustificativo o, detto altrimenti, di una *ratio legis* ben identificata. Dall'altro lato, a fronte di questo carente o, comunque, esile fondamento della norma sotto il profilo funzionale sta un contenuto precettivo - ossia il vincolo per il legislatore elettorale a non superare la circoscrizione regionale – che, come è noto, nel prosieguo della storia repubblicana si è rivelato infine di non poco conto.

---

[28] Attorno alla questione del sistema elettorale alla Assemblea costituente, cfr. E. BETTINELLI, *All'origine della democrazia dei partiti*, cit., p. 189 ss. e, con particolare riferimento al Senato, p. 367 ss.; M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991, p. 19 ss.

[29] Si rinvia, sul punto, a quanto si va ad esporre nella Sezione II.

Invero, sia la legge proporzionale in vigore fino al 1993, sia la successiva riforma in senso prevalentemente maggioritario hanno posto in essere un procedimento elettorale che, nelle sue fasi, era conchiuso entro la dimensione circoscrizionale. Soprattutto, come è noto, l'istituzione di un premio di maggioranza al Senato calcolato su base nazionale, prevista nel progetto originario della c.d. legge Calderoli, fu inibita per un informale richiamo del Capo dello Stato all'art. 57 Cost.[30] Infine, qualche dubbio è stato sollevato anche per l'attuale legge elettorale, nella misura in cui prevede clausole di sbarramento computate sempre a livello nazionale[31].

Altra parte della dottrina, per converso, ha comprensibilmente espresso forti perplessità sul fatto che una disposizione che per lungo tempo è stata così poco caratterizzante per gli effettivi connotati del bicameralismo italiano e per la stessa base di legittimazione del Senato, sia poi reputata suscettibile di impedire scelte politiche fondamentali aventi ad oggetto il sistema elettorale – a prescindere, naturalmente, da altri profili di illegittimità che sono stati rinvenuti nelle leggi elettorali di Camera e Senato negli ultimi anni dalle ben note pronunzie della Corte costituzionale. A partire da tale constatazione, si sostiene che l'art. 57 comma I non spieghi condizionamenti sul sistema elettorale e che esso non aggiunga alcun contenuto prescrittivo ulteriore rispetto a quello del successivo comma III[32].

Quest'ultimo, nel momento in cui enuncia la regola del numero minimo di sette senatori per regione – escluse Valle d'Aosta e Molise – rimane effettivamente come unica espressa concretizzazione del principio della base regionale. Come visto sopra, l'idea che la base regionale fosse un mero preambolo di quello che veniva stabilito nelle disposizioni successive, e che pertanto fosse da considerare come inutile, fu sostenuta in Assemblea costituente all'indomani dell'approvazione dell'o.d.g. Nitti, che aveva consistentemente ridimensionato il disegno regionalista lasciandone in vita, appunto, solo le disposizioni di cui agli attuali commi I e III[33].

Non si può dimenticare, tuttavia, che la maggioranza dell'Assemblea riuscì a difendere l'autonomia normativa dell'enunciato e a farlo mettere in votazione separatamente dagli altri commi dell'art. 57, in particolare dal suddetto comma III. Lo stesso Perassi, nel dibattito che precede tale specifica votazione, si spese per la sopravvivenza della norma proprio nella sua veste di vincolo alla circoscrizione regionale. Certo, in quella circostanza, in cui, con l'approvazione dell'o.d.g. Nitti, sembrava prospettarsi un Senato eletto effettivamente con sistema maggioritario uninominale, all'atto pratico quel vincolo avrebbe comportato la ben modesta conseguenza di impedire l'istituzione di collegi uninominali che abbracciassero contemporaneamente parti del territorio di più regioni. Tale conseguenza, tuttavia, non rappresentava altro che l'applicazione di una regola ben più generale, ossia del divieto di eleggere i senatori sulla base di una dimensione territoriale che non fosse compresa, rispettivamente, entro quella delle singole regioni.

---

[30] Per una puntuale ricostruzione di quella specifica vicenda, cfr. A. GRATTERI, *Genesi di un precedente: l'interpretazione dell'elezione a base regionale del Senato da parte del Presidente Ciampi*, in *Nomos*, n. 3/2017.

[31] In particolare, nell'ambito del ricorso per conflitto tra poteri del 9 gennaio 2018, iscritto al n. 1 del registro - presentato alla Corte da parlamentari ed elettori contro la Camera e il Senato della Repubblica per l'approvazione della legge n. 3 novembre 2017 n. 175 e poi dichiarato inammissibile dalla Corte con ord. 19 luglio 2018 n. 164, al pari dei tre ricorsi simili che lo avevano preceduto – si chiedeva alla Corte costituzionale di sollevare davanti a sé stessa questione di legittimità costituzionale in riferimento a quelle disposizioni che prevedono le soglie nazionali al Senato, per asserita violazione dell'art. 57 Cost. Naturalmente, in quanto il conflitto è stato dichiarato non ammissibile, la Corte non è entrata nel merito della specifica questione.

[32] Cfr. C. PINELLI, *Sull'elezione del Senato «a base regionale»*, in Rivista AIC, n. 1/2017, p. 2 ss.

[33] Cfr. *supra, sub* § 3.

In virtù di queste premesse, l'operazione interpretativa che si tenta di argomentare in questa sede non consiste nel negare pregio al vincolo della base regionale ma, al contrario, nel mostrare lo sviluppo di un suo più solido e sostanziale ancoraggio a quei postulati della rappresentanza territoriale che pure sono sottesi a buona parte del dibattito costituente attorno alla seconda camera. Nella sezione che segue si cerca pertanto di mettere in luce il fatto che, in generale, la circoscrizione elettorale è uno strumento dalla valenza non solo tecnico-organizzativa, ma che può avere, e di fatto ha spesso avuto nella storia dei sistemi elettorali, un importante significato per la concreta configurazione del principio rappresentativo. Solo alla luce di questo dato, si potrà infine ragionare sugli effettivi condizionamenti che l'art. 57 Cost. è suscettibile di esercitare sulla legge elettorale e, in particolare, su misure come i premi di maggioranza e le clausole di sbarramento, che comportano il superamento della dimensione regionale, sia pure solo per determinate operazioni.

Sez. II – Rappresentanza territoriale e tecnica elettorale.

5. Rappresentanza politica e rappresentanza territoriale.

Come accennato nelle note introduttive, al fine di dare del principio rappresentativo una moderna configurazione, è necessario apprezzare la complessità delle sue articolazioni ed evitare semplificazioni eccessive.

Come è noto, il principio della rappresentanza della nazione, assieme con il divieto di mandato imperativo, è un'eredità dello stato post-rivoluzionario, così polemicamente avverso alle pregresse forme di particolarismo sociale e territoriale e connotato, sotto questo profilo, da tratti spiccatamente monistici[34]. Nell'ambito di questo modello, la raffigurazione della collettività nazionale come entità astratta e unitaria porta a esaltare lo stato di indipendenza conferito al rappresentante per il suo "stare in luogo" della comunità intera, e lascia in ombra il rapporto che originariamente lo lega ai suoi particolari elettori e, insieme con questi, al relativo collegio elettorale[35].

[34] Cfr., fra gli altri, D. NOCILLA – L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, cit., p. 556 ss. P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., pp. 63 ss.; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., pp. 56 ss.

[35] D. NOCILLA – L. CIAURRO, *Op. cit., ibidem.* Attorno alle origini dell'idea di nazione e, soprattutto, del suo utilizzo nel diritto costituzionale per significare l'indivisibilità della collettività rappresentata, cfr. V. CRISAFULLI – D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enc. Dir*., vol. XXVII, Milano, 1977, p. 811 ss.

Tuttavia, gli studi dedicati al tema dimostrano che, anche ai tempi dello stato liberale, si è storicamente conservata, più o meno sottotraccia, la percezione di un legame tra il membro dell'assemblea rappresentativa e il suo territorio di elezione. Dal momento elettorale non dipendeva, infatti, soltanto la selezione degli individui più capaci di occuparsi dell'interesse generale, secondo i canoni dell'illuminismo razionalista del tempo, che rivelano un tratto quasi aristocratico[36] del principio rappresentativo. Al contrario, secondo una linea di sviluppo che sembra unire, sotto certi aspetti, le antiche pratiche del particolarismo territoriale e cetuale con le moderne istanze di democratizzazione del regime, dalle elezioni dipendeva anche l'affidamento all'eletto del compito di veicolare in seno all'assemblea rappresentativa gli interessi della comunità d'origine, malgrado lo stesso divieto di mandato imperativo, che definiva bensì un aspetto fondamentale della rappresentanza politica moderna, ma che non ne esauriva, con ciò, ogni residuo profilo[37].

Sta di fatto che, sebbene l'ideologia dello stato liberale fosse tesa a mettere in luce il carattere unitario della rappresentanza politica nazionale, fattori di collegamento con il territorio hanno comportato, concretamente, una maggiore articolazione delle dinamiche del principio rappresentativo. Tra tali fattori un ruolo centrale ha giocato, per molti ordinamenti, la disciplina delle circoscrizioni e dei collegi nei quali il corpo elettorale è stato sempre territorialmente suddiviso[38]. In proposito è indicativo, d'altro canto, come nei vari ordinamenti sia risultata sempre o quasi recessiva l'opzione per una disciplina elettorale che, senza punto prevedere circoscrizioni territoriali, fosse incentrata soltanto sul collegio unico nazionale.

Di seguito, l'evoluzione in senso pluralista della forma dello stato ha contribuito, in buona misura, a superare il postulato su cui poggiavano le concezioni più tradizionali della rappresentanza politica; il postulato, cioè, dell'unità *a priori* della collettività nazionale, cui fa da riscontro l'idea che l'interesse generale della nazione sia parimenti unitario, ontologicamente distinto dagli interessi di singoli e gruppi, e razionalmente attingibile dagli stessi rappresentanti nell'esercizio delle funzioni parlamentari[39].

---

[36] …inteso nel senso etimologico che rinvia al "governo dei migliori".

[37] Sulla "doppia faccia" della rappresentanza politica, l'una tesa a esaltare lo *status* e l'indipendenza del rappresentante, l'altra a considerare il rapporto che lo lega al rappresentato, v. ampiamente D. NOCILLA – L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, cit., *passim.* Attorno al rapporto, non certo esente da aspetti conflittuali, fra i due fondamentali aspetti della rappresentanza politica, si rinvia inoltre a E. BURKE e al suo celebre *Speech to the Electors of Bristol*, in E.J. PAINE, *Select Works of Edmund Burke*, *vol. 4, Miscellaneous Writings, (1774)*, Indianapolis Liberty Fund, 1999, p. 13 ss. della versione reperibile on line su http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/659/Burke_0005-04_EBk_v6.0.pdf. Per la dottrina italiana più recente, si rinvia, specificamente sul tema, a I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato,* cit., p. 71 ss. La tensione tra «il livello nazionale delle scelte politiche e il livello locale della base di consenso di quelle» è ben colta, anche nel vigore del sistema proporzionale, da B. CARAVITA – M. LUCIANI, *Oltre la «democrazia bloccata»: ipotesi sui meccanismi elettorali*, in Dem. dir, n. 6/1982, p. 99.

[38] Cfr. I. CIOLLI, *Op. cit*., p. 100 ss.; M. ESPOSITO, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, in *Giur. Cost*., n. 3/2011, p. 2576 ss.; A. RUSSO, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto. Un'indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Milano, 1998, p. 25 ss., quest'ultimo a proposito della maggiore idoneità del ritaglio in collegi e circoscrizioni a consolidare il rapporto rappresentativo tra eletti ed elettori di quanto non faccia il collegio unico nazionale. Meno di recente, lamentava una scarsa attenzione della dottrina italiana per il nesso tra conformazione del collegio elettorale e rapporto rappresentativo F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enc. Dir*., vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1129. Con specifico riferimento all'ordinamento statutario e al radicamento prevalentemente localistico della rappresentanza che in esso si generava, v. E. BETTINELLI, *Elettorali (sistemi)*, in *Digesto – Disc. pubb*., Torino, 1990, p. 439.

[39] Cfr. P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., pp. 73 ss.

Infatti, alla stregua dei più consolidati indirizzi di pensiero, in regime pluralista l'unità politica non è un dato di partenza ma, se mai, un punto di arrivo mai raggiungibile in via definitiva o anche, se vogliamo, un problema. L'interesse generale viene così configurato come il risultato di un procedere dal molteplice all'uno per sintesi successive[40]. In questo quadro, la figura della rappresentanza politica muta parzialmente i suoi connotati tradizionali, dovendo adattarsi alla realtà dei processi democratici, che vedono nel partito politico il principale strumento di razionalizzazione delle domande pluralistiche e, per quel che più ci interessa, uno dei fondamentali momenti in cui si sviluppa il rapporto rappresentativo e si mantiene vivo il legame tra eletti ed elettori[41].

Tuttavia, è noto, soprattutto con riguardo all'esperienza Italiana, che la posizione di dominio occupata per lungo tempo dal partito nel sistema politico e costituzionale non ha giocato a favore di una piena valorizzazione di quei profili di rappresentanza territoriale che pure emergono nella Carta costituzionale. Il c.d. sistema dei partiti ha infatti storicamente espresso la tendenza ad assorbire all'interno delle proprie strutture buona parte delle istanze pluralistiche coinvolte nel processo politico, contribuendo fra l'altro a relativizzare quei momenti di collegamento tra i candidati e il territorio regionale che potevano emergere anche in virtù della previsione dell'art. 57 Cost[42]. Non è del tutto casuale, perciò, che una rilettura della disciplina costituzionale delle circoscrizioni elettorali all'insegna della c.d. rappresentanza territoriale sia stata propiziata dopo la crisi di quel sistema, allorquando il processo politico si è progressivamente affrancato dal monopolio partitico per coinvolgere più pienamente altre forme del pluralismo sociale e, per quel che ci riguarda, le forme, non meno diversificate, del pluralismo territoriale. Fra queste ultime emergono, sebbene in maniera non esente da aspetti problematici, le stesse circoscrizioni elettorali[43].

---

[40] In particolare, attorno all'articolazione pluralistica del popolo, che immette a una concezione problematica e parimenti pluralistica della sovranità popolare e del suo esercizio, cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), ora in ID., *Stato popolo governo*, Milano, 1985, p. 122 ss.; D. NOCILLA, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. Dir*., vol. XXXIV, Milano, 1985, pp. 360 ss., 375 ss. Per una reinterpretazione della stessa rappresentanza politica della nazione e del connesso divieto di mandato imperativo nella prospettiva della forma pluralistica dello stato democratico, v. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Milano, 1991, p. 323 ss.

[41] Cfr., fra gli altri, M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 111 ss.

[42] La letteratura sui partiti politici e sulla loro crisi di legittimazione nelle democrazie contemporanee è notoriamente vastissima. Sia consentito di rinviare, sul punto, agli ampi riferimenti contenuti in P. RIDOLA, *Op. ult. cit.*, in partic. pp. 12 ss., 23 ss., 73 ss.

[43] Attorno alla scomposizione pluralistica dei rapporti di rappresentanza politica dovuta all'indebolimento della forma partito, cfr. M. LUCIANI, *Op. ult. cit., ibidem*. Ciò tuttavia non porta, secondo l'A., a rinnegare l'attualità del pensiero kelseniano e, in particolare, l'assunto dell'inesistenza dell'unità politica ontologica della nazione, la quale fa da sfondo alle teorie antipluralistiche della rappresentanza. Fra le cause del diminuito peso del partito nel processo politico delle democrazie contemporanee sono comunemente annoverati: la moltiplicazione delle dinamiche pluralistiche extrapartitiche; l'accresciuto peso della rappresentanza di interessi organizzati; la trasformazione del partito da momento di aggregazione di un'identità ideologica e di classe a mediatore fra interessi sociali diversi; il progressivo impermeabilizzarsi degli apparati del partito rispetto alle domande pluralistiche della società civile; l'assorbimento del partito nell'apparato istituzionale, senza tuttavia garantire sufficiente trasparenza e democraticità del processo politico interno. Per tutti questi profili, si rinvia a P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit, pp. 12 ss. Con riferimento alla crisi di legittimazione del sistema dei partiti in Italia, cfr. F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, 2006, pp. 164 ss.

6. Rappresentanza territoriale e circoscrizioni regionali.

In una recente giurisprudenza avente a oggetto il fenomeno del c.d. slittamento dei seggi, la Corte costituzionale e, in parte, anche il Consiglio di Stato hanno dovuto affrontare il tema della collocazione delle circoscrizioni elettorali nel sistema costituzionale, con particolare riguardo al difficile rapporto che, come si vedrà a breve, si instaura tra rappresentanza del territorio, da un lato e, dall'altro, il principio della rappresentanza politica nazionale. Alcuni dei temi che hanno impegnato la capacità argomentativa dei giudici sembrano rievocare, sotto certi aspetti, uno degli interrogativi che più degli altri sono sottesi al dibattito costituente sopra riportato: la circoscrizione elettorale, per come è disciplinata dagli artt. 56 e 57 Cost., si risolve in uno strumento puramente organizzativo oppure, ben più sostanzialmente, è indice di un particolare modo di atteggiarsi del principio democratico rappresentativo?

Si dirà subito che il giudice costituzionale e amministrativo, in modo anche diverso tra loro, sembrano aver ravvisato nella circoscrizione elettorale, pur nei termini non assertivi di cui appresso, l'emersione di un principio di decentramento territoriale che contribuisce a orientare le dinamiche rappresentative anche a livello di elezioni nazionali. Tuttavia, non tutti i nodi sono stati sciolti, e rimangono nella penombra alcuni profili di squisito interesse ai fini della presente trattazione.

Il fenomeno del c.d. slittamento ha riguardato, fra l'altro, le elezioni alla Camera dei deputati e al Parlamento europeo, mentre si ritiene precluso per il Senato della Repubblica[44]. La vicenda, infatti, ha rilievo per quei sistemi elettorali che, articolandosi su più livelli, pongono il problema di coniugare la presenza di collegi e circoscrizioni territoriali, laddove i candidati si presentano e vengono votati, con un riparto proporzionale dei seggi fra liste che avviene in un collegio unico nazionale. Tuttavia, come si vedrà, dalla citata giurisprudenza possono essere tratte indicazioni di massima che prescindono dalla concreta questione, mostrando valenza generale.

L'art. 56, IV comma, Cost., a proposito della Camera dei deputati, enunzia la regola della proporzionalità territoriale, per cui la distribuzione dei seggi fra le varie circoscrizioni avviene in proporzione alla popolazione di ognuna di esse. È da premettere che, a differenza di quanto previsto per il Senato all'art. 57, commi III e IV, Cost., non siamo in presenza di rappresentanza territoriale in senso tecnico. Come rilevato più volte in dottrina, infatti, per aversi rappresentanza territoriale è necessaria l'introduzione, così come avviene nella disciplina del Senato, di qualche criterio perequativo che sia teso a dare a ogni regione una rappresentanza che prescinda, almeno in parte, dall' entità della popolazione in essa residente[45]. Per il Senato tale criterio, sia pure di modesto impatto pratico, è dato dalla previsione di un numero minimo di seggi per regione; mentre, soddisfatto tale requisito, il resto dei seggi è attribuito secondo il predetto criterio della proporzionalità territoriale, cioè avuto riguardo, come per la Camera dei deputati, al numero dei residenti nella regione. Per quel che qui interessa, la vicenda in questione, pur non riguardando, dunque, la rappresentanza territoriale in senso tecnico, è di rilievo in quanto fornisce importanti coordinate generali circa il rapporto tra rappresentanza politica e territorio che si evince dalla Costituzione.

---

[44] In particolare, con riguardo alla disciplina delle elezioni al Parlamento europeo, cfr. Corte cost., 22 luglio 2010 n. 271, in *Giur. Cost*. n. 4/2010, p. 3304 ss.; Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2011, n. 2886, in *Giur. Cost*., n. 3/2011, p. 2569 ss. Quanto alle elezioni al Parlamento nazionale, v. Corte cost., 9 febbraio 2017, n. 35 del 2017 (www.giurcost.org).

[45] Cfr. I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato*, cit., p. 98; M. ESPOSITO, *Le circoscrizioni elettorali*, cit., p. 2578; C. PINELLI, *Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni*, in *Giur. Cost*. n. 4/2010, p. 332.

Nello specifico, lo slittamento dei seggi è quella vicenda per la quale uno o più seggi, in origine assegnati a una circoscrizione in base al criterio di cui all'art. 56 Cost., risultano, all'esito del procedimento elettorale, sottratti alla circoscrizione originaria e attribuiti ad altra circoscrizione. Una delle cause principali del verificarsi di tale fenomeno risiede nella differente partecipazione al voto fra le varie circoscrizioni della Penisola. L'attribuzione dei seggi tra le liste avviene infatti a livello nazionale sulla base dei voti validi effettivamente espressi, ciò che costituisce applicazione del principio dell'eguaglianza del voto. Invece, la distribuzione iniziale dei seggi tra le circoscrizioni territoriali è prevista in base alla popolazione residente, quindi in base a un numero di individui che non coincide con quello degli effettivi partecipanti alle elezioni e neppure, fra l'altro, con il corpo elettorale, inteso come insieme degli aventi diritto al voto. La popolazione residente comprende infatti anche coloro che non hanno diritto al voto, vuoi per ragioni anagrafiche, vuoi perché non cittadini italiani, vuoi per altri motivi.

Si può comprendere bene, quindi, come, nell'ambito di un'assegnazione che è effettuata a livello nazionale, la distribuzione eventualmente non uniforme degli aventi diritto al voto fra le popolazioni circoscrizionali - influenzata, ad es., dal rispettivo numero di immigrati o dei minori di età – e, soprattutto, differenze rilevanti nel tasso di affluenza alle urne possano comportare, nel meccanismo di attribuzione dei seggi, effetti distorsivi sulla loro originaria distribuzione territoriale[46].

Posti i termini della questione, è necessario, innanzitutto, evidenziare che in nessun caso la giurisprudenza ha accolto la tesi per cui la distribuzione dei seggi fra circoscrizioni proporzionalmente alla popolazione residente avrebbe riguardo al solo momento della presentazione delle candidature e che pertanto non condizionerebbe in alcun modo il successivo meccanismo di assegnazione dei seggi fra le stesse circoscrizioni. Tale tesi è stata esplicitamente respinta come formalistica[47], proprio in quanto la disciplina costituzionale delle circoscrizioni elettorali della Camera è espressione di un principio, avente carattere sostanziale, di distribuzione territoriale della rappresentanza – che tuttavia non coincide con la rappresentanza territoriale – e non solo di organizzazione del procedimento elettorale.

Di conseguenza, sempre secondo la giurisprudenza in oggetto, il riconoscimento di un principio costituzionale di proporzionalità territoriale va ad arginare, in parte, l'espansione del principio della rappresentanza politica[48]. Quest'ultimo richiederebbe infatti, di per sé, che l'attribuzione dei seggi alle liste, ma anche la loro definitiva distribuzione sul territorio, sia determinata sulla base della proporzionalità rispetto ai soli voti effettivamente espressi (*one man, one vote*), con attribuzione, a rigore, di un maggior numero di seggi laddove si registra un maggior numero di voti.

---

[46] In merito allo slittamento dei seggi, v. in dottrina C. PINELLI, *Op. ult. cit.,* p. 3324; L. SPADACINI, *L'Italicum di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost. Tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza*, in *Nomos* n. 2/2016; G. TARLI BARBIERI, *Lo "slittamento dei seggi" dopo la sent. n. 35/2017*, in *Quad. cost*., n. 3/2017, p. 537 ss. Meno recentemente, v. già M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 42 s. Manifestava forti dubbi attorno alle condizioni di legittimità del fenomeno, vigente ancora il sistema proporzionale, S. FURLANI, *Elezioni. I) Sistemi elettorali*, in *Enc. Giur*., vol. XII, Roma, 1989, p. 6. Le suddette vicende di traslazione dei seggi sono tuttavia difficilmente evitabili, ma solo limitabili entro proporzioni più o meno circoscritte, in quanto in qualche modo connaturate ai sistemi proporzionali articolati su più livelli territoriali. Cfr., fra gli altri, M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, p. 120 ss.

[47] Così, testualmente, nella sent. n. 35/2017, § 10.1 del *Considerato in diritto*.

[48] Cfr. Corte cost. n. 271/2010, § 5.2 del *Considerato in diritto*; Cons. Stato, n. 2886/2011, *Fatto e diritto*, § 6; Corte cost. n. 35/2017, § 10.2 del *Considerato in diritto.*

Il legislatore è così obbligato a tenere conto delle due opposte esigenze, entrambe di rilievo costituzionale. Lo slittamento dei seggi, pertanto, è un'evenienza potenzialmente inevitabile, che consegue al bilanciamento, da parte del legislatore, di due principi costituzionali confliggenti[49]. In questo quadro, la legge elettorale deve comunque prevedere meccanismi tesi a ridurre lo slittamento entro proporzioni ragionevoli.

7. Slittamento dei seggi *vs* "slittamento dei voti"

A conclusione del complessivo *iter* logico che, secondo la ricostruzione che qui si propone, sembra accomunare le diverse pronunzie, è di rilievo che il contemperamento tra la rappresentanza politica nazionale e la proporzionalità territoriale fra circoscrizioni si gioca a discapito di un ulteriore profilo del principio rappresentativo, che consiste nella salvaguardia del «rapporto proporzionale fra voti conseguiti e seggi attribuiti a ciascuna lista nell'ambito della singola circoscrizione»[50]. In altri termini, il bene giuridico che subisce maggiori sacrifici è quello di una rappresentanza territoriale intesa in senso ancora diverso, ossia come esigenza che non solo alla circoscrizione elettorale non vengano sottratti seggi ad essa attribuiti secondo i criteri dell'art. 56 Cost., ma che, ulteriormente, *nell'assegnazione di tali seggi alle liste si tenga conto del voto espresso sul territorio*.

Il sacrificio di tale ultimo elemento è dovuto alla compresenza, da un lato, dell'assegnazione dei seggi a livello nazionale, in modo tale da alterare le proporzioni tra liste quali emergono sulla base del voto nelle circoscrizioni; e, dall'altro, del predetto obbligo costituzionale di preservare, per quanto ragionevolmente possibile, il numero di seggi previsto per ciascuna circoscrizione. Su queste basi, almeno alcuni dei seggi assegnati, più o meno inderogabilmente, alla circoscrizione saranno determinati, nella loro colorazione politica, dal risultato complessivo delle votazioni, e non dal voto espresso nella circoscrizione stessa. In altri termini, la circoscrizione con bassa affluenza alle urne non si vedrà sottrarre seggi, ma beneficerà, in via tendenziale, dello stesso numero di seggi che le erano stati assegnati, alcuni dei quali saranno attribuiti, però, a liste perdenti sul territorio, ma vincitrici nel computo nazionale. Il fenomeno eguale e contrario riguarderà le circoscrizioni contraddistinte da un'alta affluenza, le quali non invieranno, perciò solo, un maggior numero di deputati alla Camera, ma contribuiranno a determinare l'elezione di deputati in altre circoscrizioni.

---

[49] Ancora più netta, naturalmente, l'opposizione tra il principio della rappresentanza politica e quello della rappresentanza territoriale *stricto sensu*, dal momento che, in questo caso, si deroga al principio dell'eguaglianza del voto. Tale circostanza è sottolineata, in generale, da F. BERTOLINI, *La riforma della Camera delle autonomie territoriali fra rappresentanza politica e rappresentanza territoriale*, in AA. VV., *Un Senato delle autonomie per l'Italia federale. Atti del convegno di Roma, 20 febbraio 2003*, a cura della Provincia di Roma, coordinamento scientifico di Stelio Mangiameli, p. 49 ss.; nonché da C. PINELLI, *Il Senato della Repubblica: dall'Assemblea Costituente alle proposte di riforma*, *ibidem*, p. 87.

[50] Così, letteralmente, Corte cost. n. 271/2010, cit., § 5.1 del *Considerato in diritto.*

Tutto ciò, secondo la giurisprudenza, non è contrario a Costituzione, ove sia pacificamente ammessa – come per la Camera – la legittimità della circoscrizione nazionale e ove si tenga conto del fatto che «[l']art. 56, quarto comma, Cost. non è preordinato a garantire la rappresentanza dei territori in sé considerati, ma […] tutela la distinta esigenza di una distribuzione dei seggi in proporzione delle diverse parti del territorio nazionale»[51]. Eppure, fra i principi da bilanciare nella circostanza, la Corte costituzionale, con la medesima sent. n. 35/2017 annovera, sia pure da ultima, *«l'esigenza di tenere conto, nella prospettiva degli elettori, del consenso ottenuto da ciascuna lista nelle singole circoscrizioni»*; e fa discendere questa esigenza non già, come appena chiarito, dall'art. 56 Cost., bensì dal diritto di voto di cui all'art. 48, inteso presumibilmente – ma qui la Corte tace – nelle sue implicazioni in termini di necessaria valorizzazione della genuinità delle preferenze espresse sul territorio, laddove il rapporto tra eletti ed elettori è più stretto[52].

In realtà, quindi, in materia di c.d. rappresentanza territoriale, la sent. n. 35/2017 affronta non una, ma due questioni distinte, l'una avente ad oggetto lo slittamento dei seggi, l'altra, invece, lo "slittamento dei voti" tra circoscrizioni, anche se l'ordinanza del giudice remittente non sembra distinguere perfettamente i due profili, che vengono così sottoposti alla Corte come un'unica questione di legittimità[53].

Di qui anche, forse, il non completo esaurimento della q.l.c. da parte della Corte. Questa, infatti, se mostra di non negare una qualche copertura a quella che, in dottrina e giurisprudenza, è stata definita come «rappresentatività politica della lista nel territorio»[54] - o, se si preferisce, «rappresentatività territoriale», nel gergo dello stesso giudice remittente[55] - lascia poi cadere la cosa come se si trattasse di un *obiter dictum*. In realtà si è visto che, sul punto, le incertezze della Corte derivano, almeno in parte, dal tenore della stessa ordinanza di rimessione.

Ad ogni modo, emerge dalla disciplina legislativa allora *sub iudice* - il c.d. *Italicum*, di fatto mai utilizzato – che l'attribuzione alle varie liste dei seggi sulla base del voto nazionale è condotta in maniera tale da contemplare, per quanto possibile, anche esigenze connesse alla c.d. rappresentatività territoriale, che però sono complessivamente recessive di fronte alla necessità di evitare slittamenti di seggi tra circoscrizioni. Un sistema sostanzialmente identico è contenuto, altresì, nella disciplina attualmente in vigore, introdotta dalla legge 3 novembre 2017, n. 165, limitatamente alla porzione dei seggi assegnata con metodo proporzionale – come è evidente, l'assegnazione della restante parte dei seggi con l'uninominale non pone alcun problema di slittamento.i

---

[51] Così Corte cost., n. 35/2017, § 10.2 del *Considerato in diritto.*

[52] Cfr. sempre sent. n. 35/2017, *ibidem*.

[53] Cfr. Trib. Messina, ord. 17 febbraio 2016, § 8, reperibile su *Consulta online,* http://www.giurcost.org/cronache /ORD/Ord.MESSINA-Italicum-17febbraio2016.pdf.

[54] Così L. SPADACINI, *L'Italicum di fronte al comma 4 dell'art. 56 Cost. Tra radicamento territoriale della rappresentanza e principio di uguaglianza*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 2/2016, p. 7.

[55] Trib. Messina, cit., *ibidem*.

In ambo i casi, infatti, i risultati della votazione, quali emergono da una provvisoria assegnazione dei seggi su base circoscrizionale, vengono corretti, ove occorra, sulla base dei quozienti elettorali di lista nazionali, sottraendo seggi alle liste c.d. eccedentarie e attribuendoli alle liste c.d. deficitarie. Tale operazione, però, va preliminarmente condotta nell'ambito di una medesima circoscrizione, nella quale la lista c.d. eccedentaria abbia ottenuto i seggi in eccesso con il minor numero di voti – tecnicamente, con i minori decimali del quoziente di attribuzione - e, al contempo, la lista c.d. deficitaria abbia resti inutilizzati[56]. Quindi, il legislatore si preoccupa, allo stesso tempo, di tenere insieme le tre esigenze di cui abbiamo parlato: attribuire i seggi su base nazionale; rispettare il numero di seggi assegnati alle circoscrizioni – quindi evitare lo slittamento dei seggi – ; non da ultimo, sacrificare il meno possibile la rappresentanza politica sul territorio, attivando il meccanismo delle correzioni laddove la lista da penalizzare abbia ottenuto relativamente meno consensi per la conquista dei seggi marginali e, allo stesso tempo, la lista da promuovere abbia resti inutilizzati.

Secondo questo schema, lo slittamento dei seggi è fattispecie residuale – e quindi, secondo la Corte, non è irragionevole – poiché si verifica nel solo caso in cui non sia possibile fare riferimento alla stessa circoscrizione per il compimento delle operazioni suddette[57]. È solo allora che i seggi vengono sottratti alla lista eccedentaria nelle circoscrizioni in cui li ha ottenuti con le minori parti decimali e attribuiti alla lista deficitaria in altre circoscrizioni, laddove li ha ottenuti con le maggiori parti decimali non utilizzate.

8. Conseguenze sulla lettura dell'art. 57 Cost.

È intuibile come le considerazioni che precedono valgano *a fortiori* per il Senato della Repubblica[58].

Innanzitutto, va ricordato che per il Senato, in virtù delle disposizioni di cui all'art. 57, commi III e IV, vige un regime che, almeno in parte, può definirsi di rappresentanza territoriale[59]. Infatti, le norme costituzionali affiancano al criterio di proporzionalità dei seggi alla popolazione residente quello del numero minimo di seggi per regione. Questa circostanza, unita alla clausola generale dell'elezione a base regionale di cui al comma I, è stata tradotta nella prassi legislativa in maniera tale da impedire lo slittamento di seggi tra circoscrizioni regionali.

Tale assunto è confermato, fra l'altro, dalla legge in vigore.

In primo luogo, infatti, manca uno dei presupposti fondamentali perché si abbia slittamento dei seggi tra circoscrizioni come ricorrenza usuale o probabile, ossia un sistema elettorale organizzato anche su base nazionale. Sul punto, è necessario precisare che, a differenza della disciplina della Camera, l'Ufficio elettorale centrale non elabora un quoziente elettorale nazionale, cosicché i seggi saranno distribuiti tra le liste solo a livello regionale e di collegio.

---

[56] Cfr. in particolare l'art. 83, lett. h), del dpr 30 marzo del 1957, n. 361, nel testo vigente dopo le recenti riforme elettorali.

[57] Così Corte cost. n. 35/2017, cit., *ibidem.*

[58] Cfr. L. SPADACINI, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale desumibili dalla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 31 s.

[59] Cfr. Cfr. I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato*, cit., p. 98; M. ESPOSITO, *Le circoscrizioni elettorali*, cit., p. 2578; C. PINELLI, *Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra circoscrizioni*, cit., p. 332. V. anche A. RUSSO, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto*, cit., p. 173 ss., che annovera la previsione di un numero minimo di seggi fra le tecniche per la realizzazione di una «rappresentanza politica ponderata».

Peraltro, la ben nota clausola di sbarramento del 3% a livello nazionale, che la più recente riforma elettorale ha introdotto insieme ad altre clausole valevoli per le coalizioni, non cambia i termini della questione. Si tratta, infatti, solo di un *computo nazionale dei voti* ai fini della soglia di sbarramento, ma la *distribuzione dei seggi* avviene a livello di circoscrizione - e, successivamente, di collegio.

In particolare, le liste e le coalizioni che non superano le soglie di sbarramento sono individuate sulla base di un computo nazionale dei voti al fine di escluderle da una distribuzione dei seggi che avviene sempre a livello regionale, ossia sulla base di un quoziente elettorale regionale. Tale quoziente, a sua volta, è ricavato a partire dalla somma delle cifre elettorali di liste e coalizioni della regione le quali, a livello nazionale, abbiano superato la soglia. Di conseguenza, i seggi che sarebbero stati assegnati a liste e coalizioni in tal modo escluse sono in pratica ripartiti tra le altre liste e coalizioni della circoscrizione regionale.

In definitiva, con le clausole in questione non si è inteso creare un livello di distribuzione dei seggi sul territorio ulteriore e diverso da quello regionale, quindi non ne risultano alterate le proporzioni previste dall'art. 57, commi III e IV, Cost.[60]

In secondo luogo, sempre a differenza della Camera, la disciplina elettorale del Senato espressamente esclude lo slittamento dei seggi tra circoscrizioni regionali anche come fenomeno eventuale e secondario, ossia per il caso in cui, nell'ambito di un collegio plurinominale, rimangano seggi vacanti perché una lista ha esaurito il numero di candidati da eleggere e, a' termini delle disposizioni in questione, non sia possibile recuperare i seggi alla lista interessata attingendo a collegi della medesima circoscrizione[61].

Sempre con argomento *a fortiori* vanno valutate, soprattutto, le implicazioni della giurisprudenza relativamente a quell'altra dimensione della rappresentanza territoriale, adombrata dalla Corte costituzionale e – come visto – non completamente disattesa neanche dalla legge elettorale per la Camera[62], che reca con sé l'esigenza di tenere conto del consenso ottenuto da ogni lista nell'ambito della circoscrizione elettorale. In altri termini, se la Corte costituzionale, nella recente sent. n. 35/2017, ha ritenuto in qualche modo esistente per la Camera dei deputati un principio costituzionalmente rilevante di rappresentanza della popolazione sul territorio, ciò non può non valere, e con maggior pregnanza di significato, anche per il Senato, in virtù delle disposizioni dell'art. 57 Cost. e, in particolare, della clausola generale dell'elezione a base regionale.

9. Attorno alle condizioni di legittimità di clausole di sbarramento e premi di maggioranza calcolati a livello nazionale.

---

[60] V. d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, art. 16-bis, lett. e) ed f); art. 17, lett. a) e b), così come risultano dalla riforma di cui alla l. n. 165/2017.

[61] Per tale evenienza, infatti, l'art. 17-bis, comma II, d.lgs. n. 533/1993 fa rinvio all'art. 84, dpr n. 361/1957, che regola lo stesso fenomeno per la Camera dei deputati. Sono espressamente esclusi dal richiamo i commi 4, 6 e 7, che fanno riferimento allo slittamento dei seggi tra circoscrizioni. Per una ricognizione puntuale dei tratti salienti della riforma elettorale del 2017, si rinvia a F. SGRÒ, *Prime considerazioni sulla legge n. 165 del 2017: questioni nodali e specificità del nuovo sistema elettorale italiano*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017.

[62] V. *supra, sub* § 7.

La constatazione che per il Senato della Repubblica è individuabile, più ancora che per la Camera dei deputati, un principio per il quale i seggi spettanti a ogni circoscrizione devono essere assegnati tenendo conto dei voti espressi entro la stessa, non significa ancora, contrariamente a quanto ritiene parte della dottrina[63], che *tutti* i seggi debbano essere assegnati in questo modo e che, quindi, debba essere escluso *a priori* che l'assegnazione di una parte dei seggi possa essere condizionata da congegni elettorali implicanti il computo dei voti su scala nazionale.

Secondo la dottrina citata, il fatto di dover tenere conto di un'istanza di effettiva rappresentanza della popolazione regionale – così come emersa, sia pure in maniera sofferta, anche nel corso del dibattito costituente – richiederebbe che i seggi assegnati a ciascuna regione vengano coperti solo sulla base dei voti riportati nella regione stessa, ossia con un procedimento elettorale interamente racchiuso nella circoscrizione regionale. Resterebbe così preclusa, per il legislatore, ogni possibilità di introdurre premi di maggioranza e clausole di sbarramento a livello nazionale, con evidenti profili di attualità per questa seconda ipotesi.
Come è noto, tale opinione è confortata da un precedente relativo alla l. n. 270 del 2005, la c.d. legge Calderoli, allorché le Camere, in virtù di un informale ma decisivo intervento del Capo dello Stato, ritennero di dover rinunziare, in ossequio all'art. 57 Cost., alla prospettiva di un premio di maggioranza per il Senato calcolato su base nazionale[64].

Secondo chi scrive, questa parte della dottrina ha il merito di aver tentato di restituire un significato sostanziale alle disposizioni citate e, in specie, alla clausola della base regionale, ancorandone l'interpretazione alle finalità che sono ad essa sottese. Queste, alla luce di quanto sopra riportato, rinviano a un principio di rappresentanza territoriale inteso nella sua portata effettiva, ossia in tutte le sue implicazioni e non solo in quelle relative alla distribuzione dei seggi tra regioni. Tuttavia, sempre secondo chi scrive, proprio l'argomento teleologico, cioè il risalire alla *ratio* di una norma o di un principio costituzionale, consente di prescindere da traduzioni troppo rigide o meccaniche dei relativi enunciati, per valutare se, effettivamente e nel concreto, il legislatore abbia posto in essere una disciplina tesa a rispettare quelle finalità. Tale approccio finalistico consente, in particolare, di riflettere in termini di ragionevolezza della disciplina, ossia di un criterio incentrato sulla considerazione della idoneità di questa rispetto allo scopo e del carattere non palesemente arbitrario, sproporzionato, o comunque ingiustificato, di misure che, in tutto o in parte, da tale scopo risultino discostarsi[65].

---

[63] Cfr. A. GRATTERI, *Un Senato «eletto a base regionale» … con i voti delle altre Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 ottobre 2005; ID., *Quali e quante leggi regionali?,* in *Rivista AIC*, n. 1/2017, p. 7; ID., *Genesi di un precedente*, cit., p. 9 s. Conformemente, cfr. A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, cit., p. 10 ss.; L. SPADACINI, *I limiti alla discrezionalità del legislatore in materia elettorale,* cit., p. 27 ss. *Contra*, fra gli altri numerosi, S. CECCANTI, *Tre brevi riflessioni: motivazioni per il no al ballottaggio, autoapplicatività garantita, modifiche opportune per un'armonizzazione ragionevole*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1/2017, p. 4; F. LANCHESTER, *La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, *ibidem*, p. 9; M. LUCIANI, *A lezione di storia*, *ibidem*, p. 4; C. PINELLI, Sull'elezione del Senato a base regionale, cit., *passim*; G. TARLI BARBIERI, *La base regionale dell'elezione del Senato*, cit., p. 506 ss.

[64] V. fra gli altri R. D'ALIMONTE*, Il nuovo sistema elettorale. Dal collegio uninominale al premio di maggioranza*, in R. D'ALIMONTE – A. CHIAROMONTE (a cura di), *Proporzionale ma non solo. Le elezioni politiche del 2006*, Bologna, 2007, p. 76 ss.

[65] Attorno alla connessione tra metodo teleologico e scrutinio di ragionevolezza, si rinvia a A. MOSCARINI, Ratio legis *e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996, p. 83 ss.

9.1. Il premio di maggioranza.

Per calare la questione più nel concreto, consegue alle premesse che precedono che non il premio di maggioranza di per sé, calcolato su base nazionale, è in contrasto con le indicazioni dell'art. 57, bensì nella misura in cui lo stesso sia suscettibile di distorcere l'esito del voto entro ciascuna circoscrizione regionale fino al segno di vanificare, ovvero penalizzare oltre il ragionevole, le esigenze di rappresentanza territoriale racchiuse nelle disposizioni in oggetto. In altre parole, secondo chi scrive, il premio di maggioranza nazionale al Senato che, nel 2005, il Capo dello Stato si premurò di scongiurare, sarebbe stato sì incostituzionale, ma per il motivo che, al pari del premio che fu poi introdotto per la Camera dei Deputati, il disegno di legge non prevedeva una congrua soglia di voti come condizione per la sua attribuzione[66]. In tale maniera, la previsione di un premio nazionale potenzialmente abnorme rispetto ai voti effettivamente raccolti dalla lista o dalla coalizione maggioritaria – circostanza che, come è noto, si verificò per la Camera alle elezioni del 2013 – avrebbe fatalmente comportato analoghe distorsioni in ogni singola circoscrizione regionale, una volta che i seggi aggiuntivi così computati per il premio fossero stati riversati nelle regioni e attribuiti ai relativi candidati.

Sul tema, è il caso di citare la *Proposta di testo unificato del Relatore* on. Mazziotti nell'ambito dei lavori della I Commissione permanente della Camera, datata l'11 maggio 2017. Il testo in questione, come è noto, è stato superato negli sviluppi successivi che hanno portato all'attuale sistema misto con clausola di sbarramento. Tuttavia, esso resta degno di interesse in quanto, per il Senato, indicava una possibile strada per coniugare premio di maggioranza nazionale ed elezione a base regionale.

Infatti, l'articolato prevedeva, innanzitutto, che il premio di maggioranza – previsto fra l'altro solo per la lista e non per la coalizione – fosse subordinato al raggiungimento del 40% dei voti validi. A questa condizione, sarebbe stato attribuito alla lista vincitrice un premio fino al raggiungimento dei 170 seggi complessivi al Senato. Quindi, l'entità complessiva dei seggi in premio, vista la soglia del 40%, non sarebbe stata in ogni caso superiore, approssimativamente, al 15% del totale.

---

[66] In termini, v. A. D'ALOIA, *Una riforma da riformare: la legge elettorale 270/2005*, in C. DE FIORES (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino, 2007, p. 80.

In secondo luogo, all'atto di distribuire tale numero di seggi aggiuntivi regione per regione, il progetto era teso a realizzare, attraverso l'utilizzo di appositi coefficienti, un'attribuzione degli stessi seggi alla lista vincitrice in ragione dei voti rispettivamente ottenuti in ciascuna circoscrizione. Allo stesso modo, il progetto prevedeva l'attribuzione dei seggi residui alle liste non vincitrici sempre commisurandoli ai voti rispettivamente ottenuti nella regione[67]. In buona sostanza, la distribuzione dei seggi premiali sul territorio sarebbe stata condotta in maniera tale da tenere conto dei rapporti di forza rispettivamente emersi dal voto nelle regioni, alterandoli il meno possibile. È il caso di aggiungere che non vi sarebbe stato alcuno slittamento dei seggi, che comunque sarebbero stati assegnati a candidati della regione.

Certo, l'elezione di un numero più o meno ampio di questi candidati – e, correlativamente, la consistenza rappresentativa delle rispettive liste - sarebbe stato determinato non sulla base dei voti riportati dalle liste all'interno della circoscrizione regionale, bensì secondo una cifra elettorale aggregata a livello nazionale e quindi prodotta con i voti degli elettori di tutte le regioni. Quindi, una parte dei seggi assegnati nell'ambito della regione avrebbe "cambiato colore", in virtù del premio di maggioranza, rispetto ai voti espressi nel medesimo territorio. Tuttavia, per quanto esposto poco sopra, si sarebbe trattato in ogni caso una parte minoritaria rispetto al totale e, per di più, di entità variabile a seconda dei consensi effettivamente ottenuti dalla lista beneficiaria nella circoscrizione.

Di conseguenza, almeno a parere di chi scrive, non si sarebbe prodotta un'evidente violazione della clausola della base regionale, dal momento in cui emergeva chiaramente dal progetto in questione l'intento di coniugare le istanze unitarie e di governabilità sottese all'introduzione del premio di maggioranza non solo con l'esigenza di assicurare rappresentatività a livello nazionale, ma anche con il principio per il quale, nell'elezione del Senato, sono da tenere in conto i voti riportati in ciascuna circoscrizione regionale. Non si sarebbe verificata, in definitiva, un'irragionevole deviazione dalle finalità dell'art. 57, comma I, Cost.

9.2. Le clausole di sbarramento.

Considerazioni analoghe a quelle fatte attorno al premio di maggioranza possono essere sviluppate, *mutatis mutandis*, in relazione alle clausole di sbarramento calcolate su base nazionale, con la differenza che, stavolta, il tema riguarda la legislazione attualmente in vigore.

---

[67] V. la *Proposta di testo unificato* in CAMERA DEI DEPUTATI, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, *XVII legislatura, giovedì 11 maggio 2017*, p. 18 ss., con particolare riferimento all'art. 16, comma 1, lett. i) del d.lgs. n. 533/1993, così come risultava dalla suddetta proposta. Il testo è reperibile al link http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2017/05/11/leg.17.bol0816.data20170511.indiceGenerale.pdf.

È appena il caso di rammentare che la legge Calderoli, in vigore per il Senato fino alla recente riforma di cui alla l. n. 165/2017, si atteneva a un principio di rigoroso rispetto della circoscrizione regionale non solo per quanto riguarda la previsione dei premi di maggioranza – poi dichiarati comunque incostituzionali - ma anche per le clausole di sbarramento, fissate rispettivamente al 3% e all'8% a seconda che la lista facesse parte o meno di una coalizione e, nel primo caso, a condizione che la coalizione raggiungesse, sempre a livello regionale, il 20% dei voti validi. Si palesava, con ciò, una differenza importante rispetto al sistema elettorale della Camera, che da un lato contemplava un premio di maggioranza a livello nazionale – a sua volta dichiarato incostituzionale per la mancata previsione di una soglia minima per la sua attribuzione - e, dall'altro, clausole di sbarramento del 2% o del 4% per le liste e del 10% per le coalizioni, tutte su scala nazionale.

Diversamente, la legge elettorale attualmente vigente, anche venendo incontro a esplicite sollecitazioni da parte della Corte costituzionale, ha inteso uniformare i sistemi di Camera e Senato. Ora, infatti, per ambo i rami del Parlamento esiste, per la quota assegnata su base proporzionale, un'identica clausola di sbarramento, pari al 3% per le liste e al 10% per le coalizioni, sempre calcolate su base nazionale[68].

Se la nuova disciplina elettorale si fosse limitata a tali previsioni, forse non sarebbe stata conforme, per il Senato, alle prescrizioni dell'art. 57 Cost. La violazione, infatti, sarebbe derivata dalla eventualità che forze politiche piuttosto radicate a livello regionale, quindi dotate di adeguata rappresentatività territoriale, avrebbero potuto non raggiungere la soglia a livello nazionale. Opportunamente, perciò, il legislatore ha disciplinato tale fattispecie, ammettendo comunque al riparto dei seggi, fra l'altro, le liste che abbiano conseguito il 20% nell'ambito di una singola regione.

Potrebbe da alcuni essere eccepito che uno sbarramento al 3% è una soglia non altissima e che, quindi, una lista che raggiungesse il 20% a livello regionale probabilmente supererebbe anche la predetta clausola su base nazionale. Sotto questo punto di vista, la disposizione potrebbe essere tacciata di inutilità. Correlativamente, potrebbe sostenersi che la soglia del 20% su base regionale è troppo alta, escludendo dal Senato liste che pure sarebbero dotate, nella regione, di un consenso non irrilevante.

In realtà, può osservarsi che, se si prende come riferimento una delle regioni meno popolose, come l'Umbria o la Basilicata, è molto probabile che il 20% calcolato in base ai voti espressi nella regione sia comunque poca cosa rispetto al 3% dei voti complessivamente espressi a livello nazionale. Quindi, tale clausola di garanzia ha un'effettiva utilità almeno quando si tratti delle regioni minori. La disciplina in questione pare allora del tutto conforme alla *ratio* dell'art. 57, comma III, che, nel prevedere un numero minimo di seggi per regione, ha notoriamente il concreto effetto di promuovere, sia pure in termini non così accentuati, la rappresentanza delle popolazioni di tre o quattro regioni fra le meno popolose.

Quanto, invece, alla seconda possibile obiezione, cioè all'eventualità che la soglia del 20% possa rivelarsi troppo elevata ai fini della garanzia della rappresentatività del territorio, si può osservare che, realisticamente, i termini di tale questione possono essere rimessi alla discrezionalità politica del legislatore e/o rinviata ad altra, più analitica trattazione.

Piuttosto, sul punto va segnalato che, in maniera forse non coerente con lo spirito della legge elettorale, che prevede e, sotto determinati aspetti, incentiva l'apparentamento fra liste, la predetta clausola di salvaguardia è limitata alle liste che abbiano raggiunto il 20% su base regionale e omette ogni riferimento alle coalizioni.

---

[68] V. art. 16-bis, lett. e), d.lgs. 20 dicembre 1993 n. 533, così come emendato dalla l. n. 165/2017. Va rimarcato che la soglia del 3% vale sia per le liste coalizzate che non.

10. Il rilievo costituzionale della governabilità.

Le suddette tecniche di razionalizzazione del sistema elettorale trovano giustificazione a livello costituzionale in quanto finalizzate a favorire la stabilità di governo. La recente giurisprudenza costituzionale, d'altra parte, benché doverosamente puntuale nelle ben note censure aventi ad oggetto i premi di maggioranza, ha chiarito che l'obbiettivo della stabilità di governo sarebbe, di per sé, di sicuro interesse costituzionale, purché, naturalmente, perseguito dal legislatore con mezzi ragionevoli e proporzionati allo scopo, in considerazione del carattere comunque primario del principio della rappresentatività. Il fatto più rimarchevole, ai fini che qui interessano, è che la Corte non si è limitata a enunciare l'astratta valenza costituzionale dell'obbiettivo della stabilità di governo, ma si è anche preoccupata di calarlo nel peculiare contesto del bicameralismo italiano, richiedendo al legislatore di adottare sistemi elettorali che non ostacolino la formazione di maggioranze omogenee tra i due rami del Parlamento[69].

Il giudice costituzionale, in particolare, ha espresso in maniera ancor più chiara, nelle occasioni che si sono presentate, che l'esigenza di una tendenziale omogeneità politica delle due camere ai fini del corretto funzionamento della forma parlamentare è alquanto sentita a livello costituzionale. Tale assunto rileva anche ai fini della questione che qui interessa, perché sembra poter giustificare, in nome delle predette finalità di razionale funzionamento della forma di governo, una concretizzazione legislativa degli enunciati dell'art. 57 Cost. che tenga contemporaneamente conto del sistema costituzionale nel suo insieme.

11. La mancata attuazione dell'art. 57 Cost. sotto il profilo della disciplina dei requisiti di elettorato passivo.

La valorizzazione di un nesso effettivo tra senatori eletti e territorio regionale avrebbe potuto trovare nella disciplina delle candidature uno strumento comparativamente più efficace che, per definizione, non avrebbe coinvolto i delicati aspetti connessi all'utilizzo della discrezionalità politica del legislatore nella scelta del sistema elettorale in senso stretto.

Già nel corso dei lavori alla Costituente, era stato contemplato per i candidati al Senato il requisito della nascita o della residenza nella circoscrizione regionale. Tale previsione fu poi espunta dal testo definitivo, ma avrebbe potuto conservare comunque nell'elezione a base regionale una valida giustificazione per poter essere reintrodotta a livello di legislazione ordinaria[70].

---

[69] Così Corte cost., n. 35/2017, cit., *Considerato in diritto*, § 15.2: «l'esito del referendum ex art. 138 Cost. del 4 dicembre 2016 ha confermato un assetto costituzionale basato sulla parità di posizione e funzioni delle due Camere elettive. / In tale contesto, la Costituzione, se non impone al legislatore di introdurre, per i due rami del Parlamento, sistemi elettorali identici, tuttavia esige che, al fine di non compromettere il corretto funzionamento della forma di governo parlamentare, i sistemi adottati, pur se differenti, non ostacolino, all'esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee».

[70] V. già i suggerimenti di T. MARTINES, *Artt. 56-58*, cit., p. 92, nel senso di lavorare sui requisiti di eleggibilità, onde dare attuazione più piena all'art. 57, comma I, Cost. Va rammentato che il Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione prevedeva, tra i requisiti di eleggibilità dell'art. 56, l'esser nati o domiciliati nella regione rappresentata. Tale disposizione fu, infine, espunta dal testo dall'Assemblea. Sottolinea la scarsa valorizzazione dell'aspetto programmatico della norma da parte del legislatore repubblicano A. GIGLIOTTI, *Sui principi costituzionali in materia elettorale*, cit., p. 11.

In maniera analoga, la scarsa considerazione del legislatore per la dimensione programmatica dell'art. 57 comma I Cost. viene in rilievo a proposito della persistente possibilità, anche nella recente riforma elettorale, che uno stesso candidato si presenti in più circoscrizioni regionali.

In proposito, la disciplina per l'elezione della Camera dei deputati, richiamata anche per il Senato, esprime, da una lato, il meritevole intento di limitare la prassi delle candidature plurime, vietandole fra collegi uninominali e consentendole per un massimo di cinque collegi plurinominali per la quota proporzionale[71]. Dall'altro lato però, sotto il profilo che qui interessa, la medesima disciplina non specifica se i collegi plurinominali dove è consentito a uno stesso candidato di presentarsi simultaneamente debbano o meno far parte della medesima circoscrizione. Pertanto, nel silenzio della legge, devono ammettersi candidature plurime anche in più circoscrizioni.

In tal modo, non è evidentemente messo in risalto il legame del candidato con il territorio regionale, circostanza che invece avrebbe avuto luogo nel caso in cui, per le elezioni del Senato, fossero state inibite candidature in più di una circoscrizione regionale.

È comunque chiaro, in ogni caso, che intervenendo sulla disciplina delle candidature si sarebbe dato rilievo non tanto al valore strettamente prescrittivo, quanto a quello programmatico del principio costituzionale, come aveva sottolineato Mortati in Assemblea costituente. Tuttavia, una maggiore attenzione del legislatore per lo sviluppo di tali profili attuativi dell'art. 57 comma I avrebbe potuto – e potrebbe astrattamente in futuro - influire positivamente sulla valutazione della ragionevolezza della disciplina elettorale in senso stretto, ove questa venga opportunamente vagliata anche alla luce del più ampio contesto normativo.

In particolare, ove il legislatore prestasse maggiore attenzione a questo aspetto programmatico ponendo in essere accorgimenti come quelli segnalati in questa sede, potrebbero considerarsi viepiù compensati gli attuali scostamenti del sistema elettorale rispetto a un'applicazione rigida del vincolo della circoscrizione regionale.

Riflessioni conclusive

Le vicende relative all'emersione di un principio di rappresentanza territoriale a partire dall'art. 57 Cost. sono complesse, non solo per la non coincidenza di intenti che ha animato i lavori della Costituente e che, in parte, si è riversata sul testo della Costituzione; ma anche perché, in una prospettiva diacronica, la percezione della *ratio* concretamente sottesa a quelle disposizioni non è stata sempre la medesima.

Infatti, il tema dell'ancoraggio del Senato alla rappresentanza territoriale è rimasto in buona parte quiescente, perché celato dietro quello che, sin dai tempi dell'Assemblea costituente, parve ai più come un rassicurante compromesso, ossia la figura della circoscrizione regionale. Tale compromesso, tuttavia, si è col tempo dimostrato meno solido del previsto.

[71] Art. 19, commi 2 e 4, d.p.r. 30 marzo 1957 n. 361, così come modificato dalla l. 6 maggio 2015 n. 52 e richiamato, per il Senato, dall'art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 553/1993.

Già il dibattito costituente, infatti, dimostra che la circoscrizione regionale poteva essere vista, dagli uni, come il tentativo riuscito di neutralizzazione politica di un principio di legittimazione del Senato che non era condiviso; dagli altri, invece – *in primis* Mortati - come il presupposto da cui il legislatore sarebbe dovuto partire per realizzare un collegamento più marcato tra il Senato e il territorio. Le spinte verso la neutralizzazione sono state senza dubbio prevalenti fintantoché la costituzione materiale del Paese, ossia, in termini esemplificativi, il sistema dei partiti, ha assicurato, attraverso la convenzione proporzionalistica che ne era diretta espressione, la tendenziale omogeneità politica fra le due camere e, al contempo, la prevalenza dei vincoli di appartenenza partitica[72].

Al termine di quell'esperienza, la crisi del sistema dei partiti tradizionali, sancita dall'introduzione del maggioritario uninominale, nonché il rinnovato favore per l'autonomia politica territoriale, sfociato nella riforma del Titolo V e in altri tentativi di revisione costituzionale, hanno contribuito, fra l'altro, a una parziale ridefinizione dei contorni del principio della rappresentanza politica nazionale sotto il profilo del suo antico e complesso rapporto con la rappresentanza dei territori. Ne risulta, anche alla luce della riflessione dottrinale, una rinnovata attenzione per il tema della circoscrizione elettorale, non più solo strumento organizzativo, ma anche «elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica»[73]. La giurisprudenza dell'ultimo decennio sui sistemi elettorali del Parlamento europeo, prima, e della Camera dei deputati, poi, ha complessivamente fornito, sul tema, indicazioni significative, che servono, fra l'altro, a far luce anche sulla clausola della base regionale, con particolare riguardo alle condizioni di compatibilità di strumenti di razionalizzazione del sistema elettorale implicanti il superamento della circoscrizione regionale.

Proprio a partire dalle predette riflessioni dottrinali e dalla sopra citata giurisprudenza, si è proposta in questa sede una lettura dell'art. 57 Cost. e del principio della base regionale che è tesa a valorizzarne le più rilevanti implicazioni sostanziali, ma che, forse proprio per questo motivo, evita di chiudersi nella riproposizione del vincolo della circoscrizione regionale nella sua assolutezza, tentando, invece, di sfruttare proprio la *ratio legis*, ossia il collegamento rappresentativo tra Senato e regioni, onde valutare l'effettiva conciliabilità di istituti della legislazione elettorale con le finalità di ordine costituzionale. Ove poi, come nel caso, tali istituti siano, essi stessi, da porre in relazione con principi riconosciuti dalla giurisprudenza come di rango costituzionale - quali la stabilità di governo e la connessa necessità di non impedire maggioranze omogenee tra Camera e Senato – sono, in definitiva, gli strumenti della ragionevolezza e della proporzionalità a indicare le condizioni per una possibile composizione.

Poste tali premesse, la clausola di sbarramento a livello nazionale prevista dal sistema elettorale vigente risulta, secondo chi scrive, non in contrasto con il principio della base regionale, in quanto la legge stessa contiene dei congegni di garanzia tesi a limitare entro proporzioni accettabili l'impatto della clausola sulla distribuzione dei seggi a livello regionale.
Allo stesso modo, e per gli stessi motivi, sempre secondo chi scrive non sarebbe stato irragionevole il premio di maggioranza contemplato nella precedente bozza presentata alla I Commissione della Camera.

---

[72] Sulla c.d. convenzione proporzionalistica, v. F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, cit., pp. 156 ss.

[73] Così M. ESPOSITO, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica,* cit. *Contra*, per una ricostruzione in senso organizzativo e funzionale della figura del collegio e della circoscrizione regionale, v. G. FERRARI, *Elezioni (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 634.

Non è privo di utilità rammentare che, ai fini di una complessiva valutazione di legittimità-ragionevolezza, può rilevare anche la circostanza che il legislatore abbia adeguatamente implementato il profilo programmatico della elezione a base regionale, giocando ad es., come indicato nel testo, sui requisiti di eleggibilità a senatore. Tuttavia, allo stato, non risulta che questa strada sia stata mai battuta dal legislatore repubblicano.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 07/03/2019

AUTORE: Daniela Mone*

AUTONOMIA DIFFERENZIATA COME MEZZO DI UNITÀ STATALE: LA LETTURA DELL'ART. 116, COMMA 3 COST., CONFORME A COSTITUZIONE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il regionalismo tra uniformità e differenziazione. – 3. Regionalismo differenziato e Costituzione italiana: illegittimità di attuazioni dell'art. 116, comma 3, Cost., lesive del principio unitario. – 4. La lezione della legge attuativa dell'inattuato federalismo fiscale. – 5. Per un regionalismo differenziato conforme a Costituzione. – 6. Note conclusive.

1. Introduzione

Nella sua relazione sulle autonomie regionali alla Seconda Sottocommissione del 13 novembre 1946, riferendosi alla piemontesizzazione, Ambrosini "evocava, pur senza metterlo a fuoco, il nesso strettissimo tra sorti del regionalismo e questione meridionale"[1].

Quest'ultima sarebbe sorta con la piemontesizzazione e, in Assemblea costituente, alla luce di tale consapevolezza, si cercava di favorire un regionalismo che proiettasse e ricomponesse, a livello istituzionale, le fratture economiche e sociali di natura territoriale[2] che "nel processo di unificazione, erano state invece considerate un problema militare e di ordine pubblico" e che dunque erano state "compresse ma non risolte"[3].

La regionalizzazione veniva concepita come strumento di superamento della debolezza di istituzioni e classi dirigenti meridionali di derivazione borbonica; di superamento degli effetti negativi delle politiche economiche dell'unificazione sul territorio meridionale; di democratizzazione[4]. Veniva intesa, sostanzialmente, nell'ottica dei suoi sostenitori[5], quale

* Ricercatrice in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

[1] S. STAIANO, *Art. 5 Costituzione italiana*, Roma, 2017, p. 14.
[2] *Ibidem*, p. 15.
[3] *Ibidem*, p.
[4] *Ibidem*, pp. 14-15.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

strumento di garanzia dell'unità nazionale, dal momento che avrebbe consentito un migliore governo dei territori partendo dalla conoscenza delle peculiarità e delle esigenze proprie a ciascuna regione e, nello stesso tempo, una migliore cura degli interessi della nazione da parte dei rappresentanti politici, non più distratti da richieste provenienti dagli elettori insoddisfatti[6]. Al fine di assicurare un ruolo efficace alle Regioni, in tale prospettiva, si sosteneva già allora l'opportunità di un Senato regionale che desse loro rilevanza a livello centrale[7].

Gli antiregionalisti, viceversa, ritenevano che con l'istituzione delle Regioni si sarebbero danneggiati gli interessi del popolo italiano e, soprattutto, del popolo meridionale già pregiudicato non certo dal centralismo[8] ma da determinate politiche economiche contrarie ai suoi interessi condotte, come affermava Fausto Gullo, "con la complicità vergognosa delle classi dirigenti meridionali"[9]. Una volta istituite le Regioni, le stesse riforme di cui l'Italia aveva bisogno e che richiedevano una regia centrale, quale la riforma agraria e le nazionalizzazioni, sarebbero divenute irrealizzabili[10].

Si scontravano così in Assemblea costituente duplici e radicalmente opposte letture del regionalismo: strumento di realizzazione dell'unità nazionale per i sostenitori, portatore di "politica antinazionale non facilmente sanabile"[11] per gli oppositori.

---

[5] Per un'analisi delle posizioni favorevoli e contrarie al regionalismo in Assemblea costituente v. S. STAIANO, *Art. 5*, cit., p. 14 ss.

[6] Relazione Ambrosini, seduta del 27 luglio 1946 dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione in *www.camera.it*, p. 5. Conti, nel suo intervento alla seduta del 29 luglio 1946 dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione in www.camera.it, p. 26, afferma: "In fondo a tutto il problema che si sta ora agitando intorno alla Costituente dello Stato è un fatto fondamentale, generatore di tutto il male della vita del nostro Paese: in definitiva l'Italia è governata da non più di cento persone, che legiferano, e da non più di un centinaio di burocrati [...] La via per rompere queste oligarchie, per spezzare questo andamento fatale alla vita del Paese è quella di trasformare l'organizzazione dello Stato, di creare la democrazia [...]La pretesa di pochi Deputati di legiferare per l'Emilia e per le Puglie, per la Calabria e per il Piemonte, per la Sicilia e per il Veneto, insomma per tutta l'Italia, è assurda".

[7] La stessa questione meridionale sarebbe così stata inquadrata quale problema nazionale. Sul punto v. S. LIETO, *Mezzogiorno e solidarietà nel dibattito costituzionale* in *dirittifondamentali.it,* 1, 2019 che richiama la posizione di Mortati.

[8] La Rocca, seduta del 31 luglio 1946, ribadendo che "tutti vogliono una riforma radicale affinché scompaia in Italia ogni diversità strutturale", che "tutti vogliono che finisca l'unità unicamente apparente (territoriale e più o meno politica) ma che si risolve in una disparità economica e sociale e finisce col minare le basi stesse dell'unità nazionale", "unità organica che manca per il modo con cui l'unità del Paese si è venuta formando", unità che "si è costituita sopra una base economica a danno delle popolazioni del Mezzogiorno, il quale da taluni gruppi industriali e bancari del nord è stato ridotto a vere colonie di sfruttamento", esprime la sua preoccupazione rispetto a questa trasformazione radicale "che si possa comunque aprire un varco al passaggio di forze centrifughe che possano minacciare o addirittura spezzare l'unità nazionale. E appunto perciò egli è contro la tesi federalista e qualsiasi tesi regionalista che praticamente possa sboccare in federalismo" (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione in www.camera.it, p. 54).

[9] S. STAIANO, *Art. 5*, cit., p. 18.

[10] Ancora S. STAIANO, *Art. 5*, cit., p. 19, ove riporta le parole di Vincenzo La Rocca alla seduta dell'Assemblea costituente del 31 luglio 1946. Grieco, non contrario all'ente Regione, purché dietro lo stesso non si nascondesse "una specie di federalismo mascherato" affermava che "la stessa opera di ricostruzione richiede l'unità nazionale e non la suddivisione interna" (Assemblea Costituente, Commissione per la costituzione, Seconda Sottocommissione, 29 luglio 1946, p. 36).

[11] *Ibidem*.

2. Il regionalismo tra uniformità e differenziazione

Dopo circa cinquanta anni dall'istituzione delle Regioni e la radicale riforma del regionalismo italiano con la revisione del Titolo V che ne ha accolto a livello costituzionale modifiche introdotte anche con legislazione ordinaria, ci si trova, senza dubbio, oggi, di fronte al fallimento dell'obiettivo di garantire l'unità attraverso l'autonomia. La questione meridionale[12] persiste benché espunta, emblematicamente, dal testo costituzionale (irrisolta, infatti, è stata relegata a questione locale, a differenza che in fase costituente). Contestualmente, risultano senz'altro insoddisfatte le istanze provenienti da altre Regioni, in particolare le Regioni ricche del Nord, come testimoniano le recenti iniziative in materia di cd. autonomia differenziata[13], emblematiche, appunto, dell'esistenza di una questione settentrionale[14].

Si è rivelata corretta la previsione degli antiregionalisti alla Costituente? La regionalizzazione ha pregiudicato la soluzione di problemi che un sistema unitario avrebbe saputo affrontare?

Probabilmente un tale esito deludente, e cioè coesistenza della questione meridionale e questione settentrionale, trova origine nell'attuazione di un regionalismo inadeguato e, in effetti, non propriamente espressione del principio autonomistico che, invero, non può che coincidere con il concetto di differenziazione[15]. Un regionalismo, tuttavia, coerente con l'impostazione originaria del testo costituzionale che "conteneva un progetto di cambiamento di tutta la società italiana che si rivolgeva a tutti i cittadini italiani, indipendentemente da dove

---

[12] Sul divario Nord Sud e sul ripetersi di dinamiche che ne segnano la persistenza nella recente fase di crisi economica (2007-2017), v. A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano: il caso delle Regioni meridionali* in *Le Regioni*, 5, settembre-ottobre 2017, p. 904. Si v. in proposito l'interessantissimo studio di D. CERSOSIMO, S. CHIMENTI, R. NISTICÒ, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno degli anni Duemila* in *Le Regioni*, 5, ottobre 2017 da cui emerge come a seguito della grande recessione dell'ultimo decennio e delle connesse politiche di "contrasto" si sia registrato un "aggravamento delle disparità territoriali tra Nord e Sud" (p. 917).

[13] Il riferimento è al percorso di negoziazione di autonomia differenziata ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost., intrapreso da Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna a partire dal 2017 che ha portato alla sottoscrizione, il 28 febbraio 2018, di tre accordi "preliminari" (alle intese cui eventualmente si perverrà in futuro ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost.) con il Governo Gentiloni. Per una puntuale ricostruzione della vicenda si rinvia al dossier del Senato, reperibile al sito *www.senato.it*, intitolato "Il regionalismo differenziato e gli accordi preliminari con le regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto" . Che il tema del regionalismo differenziato sia di grande attualità è testimoniato anche dalla sua presenza nel cd. Contratto di governo stipulato fra Movimento 5 Stelle e Lega ove si assume l'impegno "di porre come questione prioritaria nell'agenda di Governo l'attribuzione, per tutte le Regioni che motivatamente lo richiedano, di maggiore autonomia in attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, portando anche a rapida conclusione le trattative tra Governo e Regioni attualmente aperte».

[14] Alla questione meridionale si è aggiunta, come ricorda A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano,* cit., p. 900, la "questione settentrionale" con rischi di degenerazione in secessionismo.

[15] S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna,* (novembre 2017), *Indagine conoscitiva della Commissione regionale per le questioni regionali,* (audizione del 29 novembre 2017, h. 8.15) in *www.issirfa.cnr.it,* afferma: "il disegno di questa [autonomia ordinaria] potrà dirsi realizzato realmente quando tutte le regioni, e non solo alcune, abbiano ottenuto la maggiore autonomia che la clausola di asimmetria consente. La qualcosa significherebbe anche che lo Stato regionale italiano avrebbe raggiunto un alto grado di maturità e, soprattutto, di omogeneità e che, con molta probabilità, il divario territoriale sarebbe realmente superato". In tal senso v. A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata* in *www.federalismi.it*, 7 novembre 2018, p. 2.

fossero territorialmente dislocati"[16], che, cioè, "al di là del valore profondo del riconoscimento delle autonomie locali contenuto nell'art. 5 Cost."[17], richiedeva, in quella prospettiva "fortemente unitaria e collocata in un'ottica di innovazione e mutamento dell'intero Paese"[18], proprio l'uniformità[19].

Probabilmente, cioè, tale risultato insoddisfacente è dipeso dall'affermazione di un regionalismo cd. dell'uniformità che ha impedito di trarre i benefici che, ragionevolmente, ci si sarebbe potuto attendere da una adeguata attuazione del principio autonomistico[20] che, però, avrebbe comportato una differenziazione, in quella fase, potenzialmente lesiva dell'obiettivo del complessivo sistema di "garantire una trasformazione forte di tutta la società"[21].

Con la riforma del Titolo V, oltre ad ampliarsi il ruolo assegnato alle Regioni, comunque nel quadro di un sistema "uniforme", si introduce l'art. 116, comma 3, Cost. Si introduce, cioè, un procedimento che consente alle Regioni, entro certi limiti, di ottenere "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" e di superare l'uniformità che ha sostanzialmente mortificato il principio autonomistico[22]. Si introduce una strada per la differenziazione[23], purché si rispetti la condizione, posta dalla stessa norma – è opportuno sottolinearlo – di rimanere nel quadro di uno Stato unitario[24].

---

[16] F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra unità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001* in *Le Regioni*, 4, 2003, p. 606.

[17] *Ibidem*, p. 607.

[18] *Ibidem*, p. 606.

[19] A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano,* cit., p. 903, ricorda, accanto agli indiscussi meriti del Costituente, "gli inevitabili limiti storici", in particolare l'inadeguatezza, nella delineazione delle dimensioni territoriali delle Regioni, prima che giuridica, politica: "la "realtà" (economica, sociale, antropologica, ecc.) dei territori del Bel Paese *non* è riuscita a incidere, almeno non a sufficienza, sulla politica che, per miopia o per presunzione, spesso ha preferito l'*omogeneizzazione giuridica* delle differenze, piuttosto che il *riconoscimento* e la *valorizzazione delle diversità*".

[20] L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost*., in www.rivistaaic, 4/2018 del 14/11/2018, p. 13 ss.

[21] F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra unità e differenza*, cit., p. 608.

[22] Legge il regionalismo differenziato quale espressione di autonomia negativa attraverso cui si è ritenuto, erroneamente, di superare la crisi del principio autonomistico O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, Convegno Astrid-CRANEC, Autonomie regionali: specialità e differenziazioni, Roma, 27 giugno 2017 *in* www.sipotra.it, pp. 5-8. L'A., vi rinverrebbe una potenzialità nel senso del rinvigorimento del principio autonomistico, solo ove "all'attuazione degli istituti della differenziazione segua un parallelo rafforzamento degli istituti di autonomia positiva [...]".

[23] L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000, p. 1, "definisce [il regionalismo differenziato] formula polisensa che sintetizza una relazione di "*adaeguatio rei et iuris*" lontana, se non antitetica, a quel "regionalismo dell'uniformità" dove il rischio dell'autonomia è tendenzialmente misurato assumendo come criterio le situazioni in cui maggiore è l'inefficienza amministrativa",

[24] F. PIZZETTI, *La ricerca,* cit., p. 610, analizzando la riforma del titolo V, si chiede se "debba essere interpretata valorizzandone fino in fondo gli elementi diversificanti, anche a costo di renderne più difficile l'armonizzazione con la prima parte della Costituzione [....], o se invece essa debba essere interpretata valorizzandone gli elementi uniformanti e improntati alla difesa dell'eguaglianza dei cittadini, anche a costo di svalutarne la portata innovativa [...]" (p. 611) e perviene alla conclusione che sia doverosa la costruzione di un sistema di rapporti e relazioni fra i diversi livelli di governo per preservare le ragioni dell'unità, senza tuttavia ricadere nel neocentralismo statale. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano* in *Le Regioni*, 4, luglio-agosto 2017, p. 650, spiega che il quadro normativo delineato a seguito della riforma del Titolo

L'attenta lettura dell'art. 116, comma 3, Cost., infatti, consente senz'altro di inquadrare il regionalismo differenziato nella prospettiva di uno strumento di rafforzamento del principio unitario inteso come garanzia di un determinato uguale livello di diritti[25] (livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ex art. 117 Cost., lett. *m*[26]) sull'intero territorio nazionale[27].

In tal senso, infatti, va interpretato il riferimento dell'art. 116, comma 3, Cost. al "rispetto dei principi di cui all'art. 119", in base ai quali, tra l'altro, a seguito della legge cost. n. 1 del 2012, enti locali e Regioni "hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea"; rispettano la Costituzione ed i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; finanziano integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite con tributi ed entrate propri, compartecipazioni al gettito di tributi erariali, fondo perequativo; in tal senso va interpretata, altresì, la previsione che la legge statale avente ad oggetto le forme e condizioni particolari di autonomia sia approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti[28].

V "non si presta a fondare sempre e necessariamente l'identità fra interesse unitario e uniformità normativa. E la differenziazione regionale è essa stessa una proiezione dell'interesse unitario e della sua flessibilità quale risulta dalla configurazione prevista e prescritta dalla Costituzione". L'uniformità, per L. ANTONINI, *Editoriale*, *I segni dei tempi: dal Veneto al Molise quale futuro per il regionalismo italiano*? In *federalismi.it*, 22 febbraio 2017, p. 7, ha caratterizzato lo sviluppo del regionalismo italiano, pur dopo la riforma del Titolo V: "in senso inverso, rispetto alla fase precedente, si è irragionevolmente rischiato di riconoscere indistintamente a tutti i territori regionali quel livello di autonomia che poteva essere accordato solo alle realtà più evolute".

[25] A. RUGGERI, *Territorio, persone, Costituzione* in *dirittiregionali.it*, 22 ottobre 2018, p. 20: "l'unità, di contro, si ha sempre che non si faccia discriminazione alcuna in seno al corpo sociale in ordine al godimento dei diritti fondamentali e all'adempimento di quei doveri inderogabili (e, per ciò stesso, essi pure fondamentali) di solidarietà dei quali è menzione nell'art. 2 della Carta".

[26] In argomento v. A. LUCARELLI*, L'effettività del principio di eguaglianza e diritti sociali nei processi evolutivi della forma di stato* in *Idem*, *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004.

[27] Altra questione è l'aver identificato il principio unitario con l'uguaglianza di livelli essenziali di prestazioni e non più con l'uguaglianza dei diritti che, però, trova il suo fondamento giuridico nell'art. 117 Cost., comma 2, lett. m) in combinato disposto con l'art. 119 Cost. e la sua ratio nella natura limitata delle risorse economico-finanziarie necessarie per coprire il costo dei diritti stessi. V. sul punto, A. LUCARELLI, *L'effettività del principio di eguaglianza*, cit., p. 129, per il quale "garantire i livelli essenziali delle prestazioni è sufficiente a rispettare i contenuti di cui all'art. 3, comma 2, della Costituzione, che si invera proprio nel riconoscimento di eguali diritti, né può collegarsi alla nozione di "contenuto minimo" del diritto". Nella medesima prospettiva L. CHIEFFI, *L'effettività del principio di eguaglianza nel sistema italiano* in G. BERTI, G. C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, 2003. In argomento v. altresì A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost.* in *Le Regioni*, 2003, p. 114. M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...*in *Le Istituzioni del federalismo*, 3/4.2003, p. 615, pur concordando con la posizione per cui "i livelli essenziali delle prestazioni" rappresenti un'espressione a contenuto indeterminato che lascia "ampi margini discrezionali allo svolgimento "interpretativo" del Legislatore", ritiene le scelte legislative al riguardo sicuramente scelte politiche "sindacabili, tuttavia, dalla Corte costituzionale quanto meno sotto il profilo della ragionevolezza delle opzioni legislative". Già in tal senso M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)* in *Pol. Dir*., 3, 2002, p. 352, che inoltre spiega come "il concetto di livello "essenziale" è relativo, nel senso che l'essenzialità di una certa prestazione dipende da due fattori: la condizione soggettiva del beneficiario; la condizione della generalità o della media degli altri cittadini, alla quale quella del singolo deve essere raffrontata".

[28] E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedimentali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti* in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2018, p. 14, spiega co-

La differenziazione delineata dall'art. 116, comma 3, Cost. in questi termini, non solo non sembra in contrasto con altre parti della Costituzione ma anzi pone le condizioni per la funzionalizzazione del principio autonomistico al rafforzamento dell'unità ed alla formazione di "*una società di eguali*"[29], alla *coesione sociale* che, come è stato opportunamente ricordato di recente, è "l'essenza dello Stato costituzionale e, quindi, dell'organizzazione federale come sua variante strutturale" [30] cosicché "le virtualità del processo pluralistico federale, [...], non sono aperte a qualsiasi esito, perché sono in qualche modo comandate da quell'obiettivo fondamentale".

In altri termini, l'idea di fondo in un ordinamento che si qualifica come "uno ed indivisibile" e che contestualmente "riconosce e promuove le autonomie locali" è che il livello di autonomia di soggetti che fanno parte di un tutto deve essere valutato nella prospettiva (anche) del tutto, non (solo) delle parti; e, nella prospettiva di tale interrelazione, è stato autorevolmente rilevato che " una autonomia consolidata può rivelarsi efficace e produrre risultati, solo in un contesto in cui si rafforzano anche i compiti riconosciuti al centro"[31]. In territori differenti per caratteristiche fisiche, economiche, demografiche, sociali, culturali, un governo differenziato può allora risultare preferibile ad un governo accentrato laddove, combinato con un forte approccio nazionale e, perciò stesso, unitario[32], favorendo lo sviluppo e la garanzia di diritti in uno specifico territorio, favorisce anche lo sviluppo e la garanzia di diritti nell'intero Paese (*rectius* nelle parti del Paese più disagiate).

Le differenti caratteristiche dei territori italiani che rappresentino loro punti di forza o di debolezza, richiedono, dunque, interventi differenziati[33] a fini di valorizzazione o di superamento[34]: l'ente preposto, la Regione, deve poter disporre di competenze per farlo[35].

---

me l'approvazione della legge da parte del Parlamento sia richiesta come garanzia costituzionale in riferimento ad un atto che determina la rimodulazione del contenuto degli articoli 117 e 118 Cost.

[29] A. MORRONE, *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi* in *Le Regioni*, 1, gennaio-aprile 2018, p. 32, richiamando il titolo dello scritto di P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011. Sul punto v. P. GIARDA, *Regioni e federalismo fiscale*, Bologna, 1995, p.18.

[30] A. MORRONE, *Tendenze del federalismo,* cit. Naturalmente si fa propria l'assunzione dell'A. (nota 1, p. 13) per cui federalismo e regionalismo rappresentano categorie che rinviano a fenomeni sostanzialmente analoghi.

[31] S. MANGIAMELI, *L'attuazione dell'art. 116 Cost*., cit. Assolutamente critico rispetto al regionalismo differenziato proprio per l'inesistenza di un centro "punto di sintesi", "garante delle funzioni indivisibili del sistema e della sua unitarietà", M. CAMMELLI, *Il regionalismo differenziato* in *www.rivistailmulino.it*

[32] *Ibidem*. L'A. ricorda come, contestualmente al riconoscimento di maggiore autonomia alle Regioni che la richiedano, lo Stato dovrebbe migliorare le politiche di propria competenza tra cui quelle connesse alla perequazione delle risorse finanziarie, anche attraverso l'uso di risorse aggiuntive o la realizzazione di interventi speciali per determinati territori.

[33] In tal senso A. RUGGERI, *Prospettive del regionalismo in Italia (nota minima su una questione controversa)* in *Le Regioni,* 1-2, gennaio-aprile 2017, p. 26, parla di specialità diffusa come di un modello che consenta a tutte le Regioni "di farsi carico esclusivamente degli interessi effettivamente e peculiarmente emergenti dai territori di ciascuna di esse, allo stesso tempo preservandosi l'ottimale appagamento degli stessi a mezzo di interventi statali adottati in via sussidiaria".

[34] L'unificazione del Paese con la rimozione delle criticità storicamente caratterizzanti determinate aree del Paese che si sarebbe dovuta raggiungere attraverso il regionalismo dell'uniformità rimane tuttora un obiettivo disatteso: l'uniformità, infatti, ha prodotto egualitarismo ma non eguaglianza: così L. ANTONINI, *Editoriale,* cit., pp. 6-7.

[35] R. BIN, *"Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, comma 3. Alcuni tesi per aprire il dibattito*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1, 2008 suggerisce di costruire le competenze in termini di politiche da

Da tale constatazione, tuttavia, non consegue anche che i vantaggi derivanti dalla differenziazione[36] in termini di governo e di gestione[37], naturalmente nei limiti di questioni che non rivestano carattere nazionale, debbano riguardare esclusivamente i territori in cui vengano a realizzarsi.

E', infatti, altresì evidente che, in una Repubblica "una ed indivisibile", tali vantaggi vadano valutati con riferimento all'intero e non alla parte, nel senso che gli stessi devono rappresentare miglioramenti altresì per le zone più deboli del Paese o, quanto meno, non tradursi, per queste, in svantaggi[38]. Non si tratta di questione di opportunità ma di costituzionalità. Una gestione efficiente e l'elaborazione di politiche ritagliate sulle opportunità e le criticità dei territori devono essere funzionalizzate al sistema Paese, ossia allo Stato visto sotto il profilo dell'unità, per poter essere conformi a Costituzione[39].

E possono esserlo sotto differenti profili. Da un lato *best practices* sviluppate in un contesto specifico possono essere esportate, ove possibile, lì dove le pratiche attuate sono meno efficienti[40], dall'altro i risparmi conseguiti possono consentire di liberare risorse per garantire, attraverso il sistema perequativo[41] o anche interventi specificamente rivolti al Mezzo-

---

porre in essere per perseguire determinati obiettivi piuttosto che di materie o funzioni. Nell'accordo preliminare all'intesa di cui al 116 Cost. firmato dall'Emilia Romagna e dal Governo il 28 febbraio 2018, in effetti, la richiesta di autonomia sembra ritagliata propriamente in termini di definite politiche pubbliche piuttosto che in termini di competenze legislative o amministrative astrattamente intese (come negli accordi di Lombardia e, ancor più, Veneto), come sottolinea L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane*, cit., p. 11, a proposito della risoluzione dell'Assemblea legislativa dell'Emilia Romagna n. 5321 dell'8 ottobre2017 confluita poi nell'accordo.

[36] Sulle opportunità della differenziazione v. G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi, Autonomie regionali e unità nazionale,* www.laterza.it, 2019, pp. 8-9.

[37] Di grande attualità è il dibattito sull'adeguatezza territoriale delle Regioni e sulle cd. macroregioni su cui v. A. LUCARELLI, *Le Macroregioni "per funzioni" nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato* in www.federalismi.it, n. 6, del 25/03/2015. Al riguardo, di recente, si è sottolineata la possibilità, attraverso l'art. 117, comma 8, Cost., di ipotizzare "aggregazioni "funzionali" di collaborazione concreta" anziché agire sui confini territoriali ex art. 132 Cost. Si rinvia sul punto a A. POGGI, *Tra territorio e spazio...qualche riflessione* in www.dirittiregionali.it, 3, 2018, 28 dicembre 2018.

[38] G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi,* cit., pp. 9-10, espone argomenti contrari al decentramento.

[39] A. MORRONE, *Tendenze del federalismo,* cit., in *Le Regioni*, 1, gennaio-aprile 2018, p. 32 sottolinea che "È la libertà delle comunità particolari, detto altrimenti, che deve essere compatibile con l'eguaglianza di tutti i cittadini, e non viceversa. Da questo punto di vista, non coglie nel segno l'obiezione di chi sostiene che le politiche nazionali dirette a inverare questa eguaglianza, oltre a ridurre gli spazi di autonomia politica dei governi territoriali, si tradurrebbero pure in una contrazione degli spazi della democrazia. Bisogna distinguere, certo, tra interventi di accentramento egoistico e decisioni di unificazione politica [...]". A. SPADARO, *Riflessioni sparse sul regionalismo italiano*, cit., p. 912, ritiene che la maggiore differenza fra Nord e Sud, legata alla presenza radicata in determinate Regioni del sud, di organizzazioni criminali, non necessiti, per il suo superamento, di maggiore autonomia ma semmai di più Stato (il che però potrebbe essere favorito da un regionalismo differenziato conforme a Costituzione per i motivi sopra descritti). L'A., in ogni caso, ritiene che la maggiore autonomia vada richiesta e concessa a chi sia effettivamente in grado di esercitarla (p. 599).

[40] Per S. MANGIAMELI, *L'attuazione*, cit., "In conclusione, perciò, l'asimmetria non costituisce l'anticamera di una richiesta di secessione, che avrebbe solo fondamenti di fatto e privi di riscontro costituzionale. Infatti, l'asimmetria rappresenta solo un modo previsto dalla Costituzione per un regionalismo più consapevole e responsabile con effetti emulativi da parte delle Regioni, da cui i cittadini hanno tutto da guadagnare. Da ultimo, resta aperta la valutazione del Parlamento nazionale, al momento dell'approvazione della legge con la maggioranza assoluta, sul profilo dell'unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 della Costituzione, che esula dai profili costituzionali dell'asimmetria, costituendo un principio di regime politico costituzionale".

[41] *Ibidem.* V. A. LUCARELLI, *La finanza locale in Gran Bretagna*, in V. ATRIPALDI, R. BIFULCO, (a cura di), *Federalismi fiscali e Costituzioni*, Torino, 2001, 297 ss., in particolare sul concetto di democrazia fiscale.

giorno[42], il soddisfacimento di diritti (*rectius* di un uguale livello essenziale di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali) anche in zone del Paese storicamente caratterizzate da amministrazioni inefficienti o particolari esigenze. In tal modo, si potrà intraprendere un percorso che consenta a queste ultime di recuperare il gap[43] che sin dalla nascita della Repubblica le ha segnate, portandole verso l'efficienza amministrativa e, dunque, la responsabilizzazione delle istituzioni: obiettivi, anche questi, di rango costituzionale. Il processo deve essere, però, graduale: le persone stanziate nei territori "deboli" non potranno essere private, fino a che il gap permanga, del godimento dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m)*, "devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Se così inteso, il regionalismo differenziato, ex art. 116 Cost., comma 3, può rappresentare uno strumento di sviluppo delle Regioni più deboli del Paese e di solidarietà di quelle più ricche verso quelle più povere, segnatamente le Regioni del Mezzogiorno[44], uno strumento di unità[45] piuttosto che di impoverimento delle seconde e di disgregazione[46]. Anzi, solo in tal senso la sua interpretazione può ritenersi conforme a Costituzione e, specificamente, allo stesso art. 116, comma 3, Cost[47].

---

[42] Il Presidente della Regione Molise, in sede di Commissione Affari istituzionali della Conferenza delle Regioni, l'11 luglio 2018, ribadendo che in Assemblea costituente la solidarietà nazionale fu pensata per ridurre il gap tra Regioni, afferma, che si potrà utilmente parlare di regionalismo differenziato anche per le Regioni del sud solo ove lo Stato centrale e le altre Regioni mettano in condizioni le regioni del Sud "di elevarsi al rango strutturale delle altre regioni e, segnatamente, di quelle del nord". Aggiunge: "A tal riguardo riteniamo vada varata una stagione di interventi straordinari per il Molise e per il Sud in termini non tanto di assegnazione di finanziamenti, quanto di attivazione degli interventi già assegnati - ha proseguito - I punti cardine di questa nuova stagione sono lo snellimento della burocrazia e la riduzione dei livelli di controllo, che ritardano enormemente l"utilizzo dei fondi sia europei che statali; il maggiore utilizzo delle procedure negoziate di assegnazione dei lavori pubblici; la rapida erogazione dei fondi pubblici una volta assegnati alle imprese; la formazione professionale continua dei dipendenti pubblici; la maggiore attribuzione della quota di fondo perequativo non attribuito esclusivamente su parametri demografici. Insomma, immaginiamo una stagione di snellezza delle procedure e di rapidità degli interventi finanziari, accanto a maggiori e più diffuse competenze dei pubblici funzionari. Fatte salve queste condizioni, potrà utilmente parlarsi di regionalismo differenziato" (*www.regioni.it*, 12/07/2018).

[43]"In diverse sedi le Regioni del Sud hanno mostrato preoccupazioni per il trend in atto, ovviamente temendo una diminuzione delle risorse loro assegnate nel vigente regime; per scongiurare questo pericolo, esse hanno fatto richiesta di una sorta di nuovo piano Marshall per il Sud, che aiuti a superare il deficit infrastrutturale che le caratterizza". Così L. VIOLINI, *L'autonomia*, cit., pp. 45-46.

[44] F. CORTESE, *Editoriale*, pp. 6-7, in tale prospettiva, trova contraddittoria l'istituzione del Ministero senza portafoglio per il Sud rispetto all'obiettivo, parimenti contenuto nel programma di governo, di realizzare il cd. regionalismo differenziato: si nega, in sostanza, che "la differenziazione diffusa del regionalismo sia *il* veicolo per un approccio *metodologicamente unitario* ai radicati problemi del Sud".

[45] A. POGGI, *Esiste nel Titolo V un «principio di differenziazione» oltre la «clausola di differenziazione» del 116 comma 3?*, in A. MASTROMARINO, J.M. CASTELLÀ ANDREU (a cura di*), Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Milano, 2009, p. 53: "...l'unità del sistema è assicurata non già *malgrado* ma *grazie* alla valorizzazione delle autonomie locali e del decentramento". In tal senso il regionalismo differenziato è visto anche come strumento di protezione degli interessi nazionali nel contesto di internazionalizzazione dell'economia e di integrazione europea, attraverso assetti istituzionali idonei: finalità del regionalismo che si viene ad aggiungere a quelle tradizionalmente ad esso associate in sede costituente. (Così S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione* in *Le Regioni*, 4, luglio-agosto 2017, p. 662).

[46] Per un atteggiamento critico sul regionalismo differenziato in quanto ritenuto lesivo degli interessi delle Regioni meridionali, v. S. MAROTTA, *Regionalismo differenziato: cos'è e quali rischi comporta* in *www.economiaepolitica.it*, 17 gennaio 2019.

[47] Per F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario* in *www.federalismi.it*, 9 maggio 2018, pp. 8 e 9, "il regionalismo differenziato, se non sarà adeguatamente compensato dal regionali-

3. Regionalismo differenziato e Costituzione italiana: illegittimità di attuazioni dell'art. 116, comma 3, Cost., lesive del principio unitario

Ancora oggi, come in sede costituente, il principio autonomistico si presta a contrapposte letture: strumento di unità (unica lettura – occorre ribadirlo con chiarezza – conforme a Costituzione) o, invece, strumento di disgregazione. In effetti, soltanto l'analisi delle misure che in concreto vanno ad implementarlo consente di valutarne correttamente il rapporto con il principio unitario.

In contrasto con lo stesso, ad esempio, può leggersi la richiesta di autonomia del Veneto che, nella proposta di legge statale di iniziativa regionale[48] (ora superata da altra proposta da parte della Regione Veneto di legge delega di iniziativa governativa[49]), chiedeva, oltre al riconoscimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in tutte le materie previste dall'art. 116, comma 3, Cost., anche (e, soprattutto) il trattenimento nei territori del Veneto dei 9/10 dei tributi erariali[50] riscossi nel territorio della Regione[51] (cd. residuo fisca-

---

smo cooperativo e integrativo che intride il Titolo V, parte II della Costituzione, rischia di indebolire, piuttosto che rianimare, le realtà regionali nel loro complesso, fino ad arrivare a compromettere l'intensità dell'unione statale e a far dimenticare che il principio autonomistico deve essere un promotore di integrazione statale, non di separazione. G FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 4, 2017, p. 634 mette in guardia sui rischi che il regionalismo differenziato può determinare in termini di diseguaglianza tra i cittadini in quanto la "disuguaglianza negli strumenti" nel quale si sostanzia deve sempre essere finalizzato alla "realizzazione di un obiettivo «della Repubblica» che rimane pur sempre quello dell'uguaglianza sostanziale tra le persone, a prescindere dalla collocazione o appartenenza territoriale". A. MORRONE, *Tendenze del federalismo*, cit., p. 33: "Il federalismo è pur sempre a garanzia delle libertà di tutti i *cives* e non a protezione delle istituzioni regionali o locali o, peggio, di coloro che le governano".

[48] Disegno di legge d'iniziativa della Giunta regionale approvato con DGR/DDL n. 35 del 23 ottobre 2017 e dal Consiglio regionale (ove ha assunto la denominazione di Progetto di legge statale n. 43) con Deliberazione n. 155 del 15 novembre 2017 concernente "Proposta di legge statale da trasmettere al Parlamento Nazionale ai sensi dell'articolo 121 della Costituzione relativa a "Iniziativa regionale contenente, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge regionale 19 giugno 2014, n. 15, Percorsi e contenuti per il riconoscimento di ulteriori e specifiche forme di autonomia per la Regione del Veneto, in attuazione dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione". G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.* in *www.dirittiregionali.it* , 23, 2018, p. 9, evidenzia come tale pdl non risulta essere stata presentata alle Camere ma trasmessa dalla Giunta al Governo "al fine di avviare il negoziato poi concluso con l'Accordo medesimo" che, tra l'altro, se ne distacca rispetto al contenuto.

[49] Il 12 luglio 2018, con nota a firma del Presidente della Regione Luca Zaia è stata inviata al Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie la proposta della Regione per un disegno di legge delega di iniziativa governativa "Legge di attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione" che, ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, dovrà essere approvato a maggioranza assoluta dei componenti il Parlamento (c.d. legge di differenziazione) (Sito Regione Veneto).

[50] Art. 2. Attribuzioni di risorse ai sensi dell'art. 119 Cost.: "1. Spettano complessivamente alla Regione, oltre agli attuali tributi propri e alle specifiche devoluzioni di gettiti indicate nelle singole disposizioni, le seguenti quote di compartecipazione ai tributi erariali riscossi nel territorio della Regione stessa: 1) nove decimi del gettito dell'Irpef; 2) nove decimi del gettito dell'Ires; 4) nove decimi del gettito dell'imposta sul valore aggiunto. [...]".

[51] Si ricordi che già la legge veneta n. 15 del 2014 ("Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto") prevedeva, fra i quesiti referendari formulati dal Legislatore regionale i quesiti n. 2) «Vuoi che una percentuale non inferiore all'ottanta per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in termini di beni e servizi?» e 3) «Vuoi che la Regione mantenga almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale?». La Corte costituzionale, con sentenza n. 118 del

le)[52]. Ciò, evidentemente, a prescindere dai costi sostenuti dalla Regione per l'adempimento delle funzioni trasferite dallo Stato e, dunque, al di fuori di qualunque ottica di differenziazione funzionale all'efficientamento del sistema statale nel suo complesso e, dunque, di autonomia funzionale al principio unitario[53].

Si trattava, evidentemente, di proposta la cui eventuale approvazione avrebbe portato ad una legge incostituzionale[54].

Se si prende in esame l'ulteriore proposta di legge delega statale di iniziativa veneta si può considerare che in essa è venuta meno la richiesta di trattenere i 9/10 delle risorse del territorio. Nella nuova proposta di legge, la previsione relativa alle risorse quanto ai trasferi-

---

2015, li dichiara illegittimi (unitamente a quelli sub punti 4 e 5) in quanto, in primo luogo, violano il limite oggettivo delle «leggi tributarie» previsto dagli artt. 26 e 27 dello Statuto «in armonia con la Costituzione» ma anche perché determinano una incisiva violazione "dei principi costituzionali in tema di coordinamento della finanza pubblica, nonché del limite delle leggi di bilancio [...]I quesiti in esame profilano alterazioni stabili e profonde degli equilibri della finanza pubblica, incidendo così sui legami di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto della Repubblica. Pertanto, i due quesiti investono in pieno non già le singole manovre di bilancio, o determinate misure in esse ricomprese, ma alcuni elementi strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria, indispensabili a garantire la coesione e la solidarietà all'interno della Repubblica, nonché l'unità giuridica ed economica di quest'ultima". Sul punto v. F. CONTE, *I referendum del Veneto per l'autonomia (e l'indipendenza). Non c'è due senza tre. Anche se...*, in www.forumcostituzionale.it, 3 luglio 2015.

[52] Il residuo fiscale è la "differenza tra l'ammontare di risorse (sotto forma di imposte pagate dai cittadini) che lo Stato centrale riceve dai territori e l'entità della spesa pubblica che lo stesso eroga (sotto forma di servizi) a favore dei cittadini degli stessi territori" (Così A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato" in Riv. ec. del Mezz.,* 1-2, 2018, p. 32).

[53] A. MORRONE, *Populismo referendario*, cit., p. 5.

[54] Con riferimento alle entrate fiscali che si chiedono (nella misura dei 9/10), senza alcun riferimento alle risorse finanziarie corrispondenti alle competenze devolute, A. MORRONE, *Populismo referendario*, cit., p. 5, spiega che una tale previsione della legge di autonomia differenziata sarebbe in contrasto con l'art. 119 Cost.. Da un lato "farebbero dipendere la finanza regionale integralmente da risorse devolute dallo Stato, dall'altro, pur non essendo risorse di specifiche regioni ma della Repubblica, sarebbero sottratte alla redistribuzione su tutto il territorio nazionale con violazione ancora dell'art. 119 Cost., ma anche degli articoli 3 e 53 Cost." (p. 6). Infine, "lasciare i 9/10 delle entrate nazionali nelle due regioni economicamente più produttive squilibra il bilancio complessivo dello Stato" (p. 6), con gravi conseguenze in termini di capacità dello stesso di rispettare i limiti alla spesa pubblica derivanti dalla sua partecipazione all'UE. In generale, sul controllo costituzionale della legge di autonomia negoziata dal punto di vista materiale, v. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, fasc. 1, 2007, p. 189. Nello stesso senso A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato"*, cit., che contestano l'approccio alla base della tesi della "restituzione" delle imposte erariali raccolte nei propri territori sottesa nella proposta del Veneto sottolineando che "i calcoli di dare/ avere in termini di imposte e spesa pubblica hanno senso solo se riferiti a singoli individui (Buchanan, 1950); i territori non pagano imposte" (p. 32); "la perequazione che viene attuata attraverso il trasferimento di parte o di tutto il RF non è di tipo «orizzontale» tra le Regioni, come sostengono i difensori della tesi della «restituzione», ma di tipo «verticale» tra i cittadini, poiché è lo Stato che raccoglie parte delle imposte erariali pagate dai cittadini con livelli di reddito più elevati presenti in ciascuna Regione del Paese e le redistribuisce per finanziare programmi e politiche di spesa a favore dei cittadini con redditi bassi presenti sia nella stessa Regione «donante» sia in tutto il territorio nazionale" (pp. 32-33). Peraltro, per una ulteriore valutazione della richiesta veneta si consideri come, "Contrariamente alla vulgata giornalistica e non solo, i meridionali ricevono in media trasferimenti pubblici ben al di sotto dei cittadini del Centro-nord: poco più di 12 mila euro pro capite a valori costanti i primi e circa 16 mila i secondi (quasi 3.600 euro in più, pari a +30%; dati riferiti al 2015), al netto degli interessi sul debito pubblico, che si dirigono per lo più verso il Nord. In termini aggregati il settore pubblico trasferisce nel Mezzogiorno il 30,2% della spesa complessiva (213 miliardi di euro a prezzi costanti sul totale nazionale di 704,3), una quota di gran lunga inferiore al peso della popolazione meridionale su quella nazionale (il 35% in media nel quindicennio 2000-2015). Al Centro-nord si concentra invece il 70% circa della spesa della Pubblica Amministrazione (PA) italiana, 5 punti in più dell'incidenza della popolazione" (D. CERSOSIMO, S. CHIMENTI, R. NISTICÒ, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorn*o, cit., pp. 927-928). In argomento v. M. ESPOSITO, *Zero al Sud*, Rubbettino, 2018.

menti statali, assume come criterio centrale, sostitutivo di quello della spesa storica, il criterio dei fabbisogni standard, in conformità al contenuto dell'accordo preliminare nel frattempo firmato il 28 febbraio 2018 (la stessa previsione è contenuta negli accordi firmati da Lombardia ed Emilia Romagna).

Ciò non basta ad escludere che la stessa persegua, eventualmente in modo meno evidente, la medesima finalità della precedente proposta, ossia il trattenimento di risorse a prescindere dalle funzioni trasferite dallo Stato, con conseguente lesione dell'unità statale.

Ivi si legge all' art. 7, comma 1, lett. d):"dopo la fase di prima attuazione e in ogni caso entro un anno dall'approvazione dei decreti legislativi di cui all'art. 6, il criterio della spesa storica sarà progressivamente sostituito, nei successivi cinque anni, da quello dei fabbisogni standard, che dovranno essere determinati secondo modalità definite dalla Commissione paritetica di cui all'articolo 3, la quale potrà avvalersi anche di altri enti qualificati. La determinazione dei fabbisogni standard assume, anche in considerazione del principio costituzionale di eguaglianza, come termine di riferimento la popolazione residente, le caratteristiche territoriali e il gettito dei tributi maturato nel territorio regionale in rapporto ai rispettivi valori nazionali".

Torna, in sostanza, come criterio di razionalizzazione e di superamento del criterio della spesa storica, considerato unanimemente e condivisibilmente inefficiente, il concetto di fabbisogno standard già presente nella legge n. 42 del 2009 sul federalismo fiscale. Quali effetti avrà l'introduzione di tale criterio in termini di ripartizione di risorse tra le Regioni e di capacità delle stesse di soddisfare Lep e Lea?

Quanto inciderà, in altri termini, sulla tenuta unitaria del Paese?

4. La lezione della legge attuativa dell'inattuato federalismo fiscale

Nella proposta di legge delega avanzata dal Veneto (conformemente a quanto previsto nei tre pre-accordi già firmati), il superamento della spesa storica è agganciato al ricorso al concetto di fabbisogni standard calcolati tanto con riferimento alla popolazione residente ed alle caratteristiche territoriali quanto al gettito dei tributi erariali riscossi sul territorio. Tale ultimo criterio di determinazione del fabbisogno, in particolare, introduce un elemento di forte disuguaglianza nel godimento di diritti nelle diverse Regioni del Paese[55], data la differenza tra le stesse sotto tale profilo. Nel testo della legge in esame, inoltre, non si rinviene alcun riferimento ai costi standard e ai livelli essenziali di prestazioni che nella legge n. 42 del 2009, con i fabbisogni standard sono strettamente interrelati: dalla loro interconnessione risulta, sostanzialmente, qualificato il tipo di federalismo fiscale da essa introdotto.

[55] Si v. sul punto diffusamente G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi,* cit., p. 27 ss.

E', infatti, proprio a partire dalla definizione delle modalità di determinazione di tali grandezze che risulta definito il livello di perequazione[56] e, dunque, il livello di prestazioni (lep e lea)e, quindi, di diritti che sarà garantito in un determinato territorio a prescindere dal ricorso dell'ente alla fiscalità locale.

La perequazione di cui all'art. 119 Cost. tuttora vigente, in base alla legge n. 42 del 2009, assicura i livelli essenziali nella quantificazione che ne deriverà applicando i concetti di fabbisogno standard e, in ultima analisi, di costo standard[57].

I costi standard, come i fabbisogni, rappresentano grandezze la cui determinazione non è univoca ma condizionata dalle modalità di calcolo utilizzate[58]. Il mancato riferimento ai costi standard, insieme al collegamento del fabbisogno standard con il criterio della territorialità dei tributi erariali, costituisce, pertanto, un ulteriore elemento critico delle proposte di autonomia avanzate.

La determinazione concreta di tali elementi tecnici fortemente rilevanti sul piano politico[59] in quanto, ai sensi dell'art. 119 Cost., commi 1-3, incidenti sulla perequazione[60] e quindi sulla capacità di copertura di Lep e Lea[61], viene rinviata[62] e sottratta al Parlamento[63], lad-

---

[56] Ifel, pp. 13-14: "[...] le risorse perequative ... vengono assegnate ... in riferimento alla distanza tra spesa standard [ossia i fabbisogni standard monetizzati attraverso il costo standard] e risorse standard [capacità fiscale standard]".

[57] In base alla legge n. 42 del 2009 la perequazione assicura la copertura del fabbisogno finanziario necessario ad un ente a garantire i livelli essenziali delle prestazioni o le funzioni fondamentali e il fabbisogno finanziario (standard) dell'ente andrà valorizzato attraverso i costi standard (E. JORIO, *La legge delega di attuazione*, cit., soprattutto p. 14 ss.).

[58] Sia consentito rinviare a D. MONE, *La legge n. 42 del 2009 e la violazione dei principi costituzionali* in *costituzionalismo.it*, 2/2010, in particolare par. 4.

[59] *Ibidem.* A. FERRARA, *Regionalismo asimmetrico: pre-intesa delle Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto con il governo Gentiloni* in www.issirfa.cnr.it a proposito dei tre singoli accordi preliminari stipulati fra i Presidenti delle tre Regioni del Nord ed il Governo in materia di autonomia differenziata, il 28 febbraio 2018, scrive relativamente alla parte sulle risorse finanziarie: "Come si può facilmente comprendere, la questione più delicata da affrontare, alla ripresa del negoziato, sarà quella delle risorse, per la quale sarà necessaria una più puntuale disciplina nell'ambito dell'intesa definitiva. La determinazione dei *fabbisogni standard* per l'esercizio delle funzioni ha, infatti, un sicuro rilevo nazionale (in quanto parametro necessario per l'individuazione delle risorse da destinare alla perequazione per i territori con minore capacità fiscale al fine di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite, al netto di inefficienze ed oneri impropri) e, per essere correttamente svolta, impone di riattivare allo stesso tempo, secondo i principi dell'autonomia responsabile e solidale, l'attuazione del nuovo art. 119 Cost. (il c.d. federalismo fiscale) rimasta paralizzata dal sopraggiungere della *crisi finanziaria"*.

[60] L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive* in *www.rivistaaic*, 4/ 2014 del 10/10/2014, p. 10, spiega che "L'evoluzione verso costi e fabbisogni standard ha anche implicazioni costituzionali che meritano di essere considerate. Costi e fabbisogni standard infatti si raccordano alla perequazione e quindi al principio di solidarietà, consentendo un grado di attuazione del principio di eguaglianza di alta intensità". Il grado di attuazione del principio di uguaglianza, tuttavia, dipende dalle modalità di calcolo di tali grandezze.

[61] Con particolare riferimento ai Lea viene denunciato come "assolutamente certo che il regionalismo differenziato da un lato indebolirà le capacità di indirizzo e verifica dello Stato sulle Regioni, dall'altra accentuerà iniquità e diseguaglianze disgregando definitivamente l'universalismo del SSN" (N. CARTABELLOTTA, *Così il regionalismo differenziato mette a rischio l'universalismo del SSN* in www.sanità24.ilsole24ore.com, 28 settembre 2018).

[62] F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario,* cit., pp. 9-10 spiega che "con riguardo alle funzioni aggiuntive relative ai diritti civili e sociali che richiedono livelli essenziali di protezione (la salute e l'istruzione) che dovrebbero essere fissate dallo Stato ex art. 117 Cost., c'è da domandarsi quale compatibilità possa esservi tra il sistema di finanziamento differenziato e l'ancora incerto, incompleto sistema perequativo nazionale basato su fabbisogni standard e sulla capacità fiscale. Non è sufficiente fare riferimento

dove l'art. 116, comma 3, Cost., dispone che il Parlamento approva a maggioranza assoluta le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" di cui le grandezze in parola sono assolutamente qualificanti[64].

Nella legge veneta, le modalità di determinazione dei fabbisogni standard sono affidate ad una Commissione paritetica che, ai sensi dell'art. 3 della legge stessa, sarà composta da nove componenti di nomina governativa e nove nominati dalla giunta regionale che, in base all'art. 7, lett. d) potrà anche avvalersi di altri enti qualificati[65].

Ora è chiaro quanto possa risultare problematico che un tale elemento sia sostanzialmente rimesso alla discrezionalità degli Esecutivi, nazionali e regionali[66], in aggiunta al mancato riferimento ai costi standard. Evidentemente, si è persa l'occasione di superare criticità notevoli emerse già rispetto alla legge sul federalismo fiscale che, dunque, permangono con riferimento alle ipotesi attuative dell'art. 116 Cost., comma 3, in esame. Queste risultano condizionate, peraltro, dalla determinazione di elementi quali i lep la cui mancata definizione[67] ha bloccato la stessa realizzazione del federalismo fiscale e potrebbe, dunque, pregiu-

---

nell'accordo ai criteri del fabbisogno standard e alla necessità del superamento della spesa storica. E' anche necessario che questo tipo di problematiche sia affrontato in termini più concreti e, soprattutto, sia risolto con un'adeguata revisione del sistema previsto dalla più volte citata legge n. 42". Già riguardo la legge n. 42 E. JORIO, *La legge delega di attuazione*, cit., p. 15, commentava: "Non vi è traccia nella delega delle metodologie utili a calcolarli. Così facendo non solo si sono sollecitate tante libere definizioni, specie nella sanità, molte delle quali rese dai più in forme e valori fantasiosi, ma si è evitato di rendere comprensibile il processo di valorizzazione, ovverosia non si è fatta alcuna chiarezza sul come si arriverà alla definizione del ripetuto "prezzo giusto", equivalente al costo efficiente attraverso il quale la Regione più virtuosa eroga ai propri cittadini le prestazioni/servizi relativi. Quella Regione in favore della quale, proprio perché produttiva del riferimento assoluto/benchmark, non sarà garantita, ovviamente, alcuna risorsa perequativa". Di fatto, neppure il d. lgs. n. 216 del 2010 (Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province) parla in alcun punto di modalità di calcolo dei costi standard mentre affida la determinazione dei fabbisogni standard sostanzialmente alla Sose s.p.a. (art. 5, comma 1, lett. a), la Società soluzioni per il sistema economico la cui attività, "ai fini del presente decreto, ha carattere esclusivamente tecnico, predispone le metodologie occorrenti alla individuazione dei fabbisogni standard nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge". Sia consentito rinviare in argomento anche a D. MONE, *La legge n. 42*, cit.

[63] Si consideri quali siano state, per il Sud, le conseguenze della mancata definizione di grandezze qualificanti l'effettivo federalismo prodotto, come ad esempio fabbisogni finanziari, oggi denunciate in M. ESPOSITO, *Zero al Sud*, cit..

[64]In tal senso sembra di non poter condividere l'ottimistico giudizio secondo cui negli accordi preliminari "ci sono senz'altro le premesse perché il riconoscimento di questa maggiore autonomia possa avvenire senza minare l'unità della Repubblica, permettendo alle Regioni di sviluppare, in molti cruciali settori, quell'autonomia sinora troppo spesso conculcata in ragione di interpretazioni filo -centralistiche delle competenze regionali e del necessario rispetto dei vincoli di bilancio europei" (C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord* in *federalismi.it*, 26/09/2018, p. 22).

[65] La determinazione della composizione della Commissione paritetica, nei tre accordi preliminari sottoscritti, è rinviata alla fase della conclusione dell'intesa.

[66] Tale criticità può essere apprezzata in particolare nella attuale fase storica in cui si registra una sostanziale identità fra esecutivi di due delle Regioni del nord interessate al regionalismo differenziato (Lombardia e Veneto) e Governo dal momento che la Lega detiene un'indiscussa posizione di forza rispetto all'alleato Movimento Cinque Stelle. Più in generale, interlocutore delle Regioni nella fase di conclusione dell'intesa è il Governo che, ai sensi dell'art.1, comma 571, della legge n. 147 del 2013 (legge di stabilità per il 2014), "si attiva sulle iniziative delle regioni presentate al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell'intesa ai sensi dell' articolo 116 , terzo comma, della Costituzione nel termine di sessanta giorni dal ricevimento".

[67] L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria,* cit., p. 13: "La mancata definizione dei Lea e dei Lep, quindi, simboleggia come nel nostro sistema sia prevalsa una retorica del federalismo e una pratica del centralismo, cosa ben diversa dall'esercizio di un effettivo ruolo di coordinamento dello Stato".

dicare la realizzazione dello stesso regionalismo differenziato. Un regionalismo differenziato che, ove si fosse attuato il disegno di federalismo fiscale[68], probabilmente si sarebbe realizzato quale regionalismo cooperativo[69] e non avrebbe trovato espressione in proposte, quali quelle in commento, ove si delinea "una sorta di "autonomismo solipsista", devastante per la tenuta di quelle basi solidaristiche sulle quali ancora si regge, seppure a fatica, l'ordinamento repubblicano"[70].

5. Per un regionalismo differenziato conforme a Costituzione

Una valutazione del regionalismo differenziato non può prescindere dall'analisi della concreta attuazione che, volta per volta, se ne propone. Nella prospettiva di questo scritto, infatti, l'autonomia differenziata prevista dall'art. 116, comma 3, Cost., non rappresenta di per sé un *vulnus* alla Costituzione[71]. Con riferimento al disegno di autonomia differenziata delineato negli accordi preliminari finora firmati, la cui "incostituzionalità" deriverebbe, in particolare, dalle previsioni in ordine ai fabbisogni standard ed alla mancata definizione di criteri che contribuiscono a definire le risorse che le Regioni potranno utilizzare per soddisfare i diritti fondamentali (*rectius* i Lep ed i Lea), in tale prospettiva, un approccio corretto sembra richiedere innanzitutto un iniziale chiarimento circa la natura di detti atti: preliminari all'intesa di cui all'art. 116, comma 3, Cost. e non atti definitivi da cui risulti l'autonomia differenziata ex art. 116, comma 3, Cost.

Partendo da una tale premessa, da un lato, si auspica che il Governo, in sede di stipula dell'intesa[72], tuteli l'unità rispetto ai profili lesivi rilevati nei pre-accordi[73], dall'altro, che il Parlamento, ove tali profili dovessero permanere nell'intesa e non gli sia riconosciuto un ruo-

---

[68] Il nesso fra sorte del federalismo fiscale e regionalismo differenziato è molto stretto, come confermato dalla relazione semestrale della Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale del 18 gennaio 2018, ove emerge un quadro di limitata attuazione della legge n. 42 del 2009 e dunque dell'art. 119 Cost. e, contestualmente, più di un riferimento ai referendum consultivi sull'autonomia differenziata celebrati nel 2017 in Lombardia e Veneto. In particolare, ivi si legge che nella decisione della Corte di ammettere il referendum consultivo del Veneto può essere individuata una delle ragioni per cui si è ritornati a parlare di federalismo rispetto alla cui attuazione, quale attuazione di principi costituzionali, si registra una vera e propria impotenza della politica.

[69] A. MORELLI, *Editoriale, Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?* in *Le Regioni*, giugno 2017, p. 327.

[70] *Ibidem.*

[71] *Contra* C. IANNELLO, *Asimmetria regionale e rottura dell'unità nazionale* in corso di pubblicazione in *Rass. dir. pubbl. eur*., 1/2019, p. 4 dattiloscritto.

[72] Nel Consiglio dei Ministri del 21/12/2018 "Il Consiglio dei Ministri ha condiviso l'informativa svolta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie Erika Stefani in merito al percorso di attuazione dell'autonomia differenziata prevista dall'art. 116, terzo comma, della Costituzione e richiesta dalle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna. È stato delineato il percorso per il completamento dell'acquisizione delle intese citate, che prevede la conclusione della fase istruttoria entro il 15 gennaio 2019 e la definizione della proposta da sottoporre ai Presidenti delle Regioni interessate entro il 15 febbraio 2019" (Comunicato stampa del Consiglio dei ministri del 21 dicembre 2018. Fonte governo.it in *www.infoparlamento.it*).

[73] L'attuale composizione del Governo, evidentemente, lascia presagire che in sede di intesa l'interesse unitario possa soccombere rispetto a quello regionale.

lo sostanziale in fase di approvazione della legge di autonomia differenziata[74], la respinga[75] con forte senso di responsabilità. Governo e Parlamento, infatti, ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost., sono chiamati a svolgere ruoli di tutela dell'interesse unitario. In tal senso l'art. 116, comma 3, Cost., in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata[76], pone le basi

---

[74] Studiosi critici riguardo gli accordi preliminari approvati, quali A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato"*, cit., p. 14, con riferimento alle previsioni in materia di sanità ed istruzione, evidenziano condivisibili preoccupazione circa gli effetti di una certa impostazione del regionalismo differenziato su sostanziali diritti di cittadinanza. Correttamente, essi auspicano un dibattito in Parlamento che faccia emergere la particolare natura di beni collegati a sanità ed istruzione e la necessità che in relazione ad essi sia garantita la potestà statale di determinare i livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio. Nella prospettiva del presente scritto, evidentemente, si assume come indiscutibile la funzione esclusiva statale di determinazione di quei livelli (Si v. ad es. F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra unità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001* in *Le Regioni*, 4, 2003, per il quale "la riserva allo Stato di questa competenza [della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali] rappresenterebbe il ponte di collegamento fra la tutela dei valori legata al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale dei cittadini, che costituisce l'aspetto essenziale della Costituzione del 1948, e il limite della spinta alla differenziazione delle comunità territoriali substatuali che sta invece a fondamento del nuovo titolo V". (p. 599-600). Così pure, con riferimento a scenari di regionalismo differenziato, E. BALBONI, *Il concetto di "livelli essenziali e uniformi" come garanzia in materia di diritti sociali* in *Le Istituzioni del federalismo*, 6, 2001, p. 1111, ammette che "la non omogeneità può realizzarsi anche sul terreno dei diritti, fatta salva la soglia che lo Stato reputa pertinente ad un livello essenziale". Per M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni*, p. 351, "quel che conta, in definitiva, è la garanzia del riconoscimento di alcune – essenziali – condizioni eguali del godimento dei diritti su tutto il territorio nazionale, ferma restando la possibilità di una differenziazione al di là della soglia stabilita dal legislatore statale". L'A., aggiunge (p. 353), con riferimento all'art. 116 Cost., comma 3, che "la previsione dei livelli essenziali tempera opportunamente, mi sembra, gli elementi di regionalismo competitivo che – pure – la l. cost. n. 3 del 2001 ha introdotto nel corpo vivo della Costituzione".) A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Un'analisi,* cit., p. 14, inoltre, nella medesima condivisibile prospettiva, a proposito delle modalità di finanziamento delle funzioni destinate a diventare "residuali", evidenziano come l'eventuale intenzione di trattenere sul proprio territorio il cd. residuo fiscale potrebbe ledere gli interessi delle Regioni più povere. Al riguardo va evidenziato che una tale previsione sarebbe incostituzionale per cui il Parlamento non dovrebbe approvare la legge ove non possa ottenerne una modifica. Diversa pare la prospettiva di S. MAROTTA, *Regionalismo differenziato*, cit., ad esempio, circa la "convinzione" delle classi dirigenti delle tre Regioni del Nord di ottenere, attraverso l'art. 116, comma 3, Cost., più risorse. Va, infatti, chiarito che essa è destinata a rimanere una loro "convinzione", in quanto si tratta di una richiesta incostituzionale per contrasto con l'art. 116, comma 3, Cost. oltre che con la Costituzione nel suo complesso. La strada compatibile è quella qualificata dall'A. come "possibile via d'uscita per il Governo Conte": assegnare il residuo fiscale alle Regioni, solo se i servizi siano inferiori ai lep o lea fissati nella media delle tre Regioni ricche e quello non assegnato destinarlo alle Regioni deficitarie ai livelli essenziali. Tale modalità di procedere, infatti, più che "una possibile via d'uscita" rappresenta l'attuazione del regionalismo differenziato nell'interesse del Paese e, quindi anche delle Regioni più disagiate, in conformità a Costituzione. Non appare convincente, dunque, rifiutare *tout court* il regionalismo differenziato; si pretenda, piuttosto, che Governo e Parlamento operino nel rispetto della Costituzione. Così pure, rispetto all'analisi di C. IANNELLO, *Regionalismo differenziato: disarticolazione dello Stato e lesione del principio di uguaglianza* in www.economiaepolitica.it, 30 gennaio 2019, se sono assolutamente condivisibili le critiche alle recenti richieste di regionalismo differenziato, non si condivide l'approccio che, in sostanza, riduce le opzioni possibili al regionalismo differenziato come risultante dai tre pre-accordi già firmati o all'inattuazione dell'art. 116.3, Cost. L'idea è, invece, che si possa configurare anche una differenziazione strumentale all'unità e perciò conforme a Costituzione.

[75] Naturalmente, la particolare composizione della maggioranza parlamentare, con il Movimento 5 Stelle assolutamente subalterno alla Lega, rende difficile lo svolgimento del ruolo di tutore dell'interesse generale da parte del Parlamento: si tratta tuttavia di questione di natura politica e non di limite ascrivibile in generale all'art. 116, comma 3, Cost..

[76] Probabilmente, data la varietà di forme attuative rispetto a differenti profili, certo non tutte conformi a Costituzione, sarebbe stato opportuno prevedere una legge di attuazione di tale disposizione costituzionale (in tal senso, fra gli altri, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., in tal senso, soprattutto pp. 154-155). O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, Convegno Astrid-CRANEC, Autonomie regionali: specialità e differenziazioni, Roma, 27 giugno 2017 *in* www.sipotra.it, p. 9, invece, sostiene che l'art. 116,

per un regionalismo asimmetrico compatibile con la Costituzione[77]. Una valutazione negativa di tale norma, oltre a caratterizzarsi come di natura ideologica, appare foriera di conflittualità tra Regioni del Nord e Regioni del Sud, laddove la differenziazione può e deve essere un vantaggio per l'intero Paese per dirsi conforme a Costituzione. Del resto, come diversi studi dimostrano[78], una differenziazione svantaggiosa per il Sud, lo è anche per il Nord, dunque, per l'intero Paese.

Nella prospettiva di un'interpretazione conforme a Costituzione, innanzitutto, partendo dalla lettera della disposizione *de qua*, appare criticabile, al di là del comune riferimento all'espressione "sulla base di intesa", la sovrapposizione del procedimento ex art. 116, comma 3, Cost., al procedimento *ex* art. 8 Cost.[79] che assegnerebbe sostanzialmente un ruolo di mera approvazione senza alcuna possibilità di emendamento alla legge parlamentare[80]. Convincentemente, infatti, è stato sostenuto che la questione circa la "natura giuridica dell'intesa tra stato e regione va radicata sul rapporto tra i due atti fondamentali del procedimento"[81]: intesa e deliberazione parlamentare sulla base dell'intesa, infatti, sono parte di un unico procedimento normativo *ex* art. 116, comma 3, Cost. a differenza che nel caso di cui all'art. 8 Cost. L'atto finale recante la disciplina delle nuove forme e condizioni particolari di autonomia, quindi, rappresenta "la risultante di due atti particolari"[82]: è solo dallo stesso, ossia dalla legge approvata "tenendo conto delle risultanze dell'intesa, apprezzate però complessivamente", che deriveranno disposizioni normative ossia effetti giuridici[83].

Ed allora, la "corrispondenza tra i due atti ha solo un valore interno e non esterno, al più apprezzabile politicamente in termini di coerenza complessiva", per cui "il parlamento è non solo libero di dare seguito all'intesa stipulata, ma anche di intervenire in positivo con emendamenti sostanziali sui contenuti dell'intesa, o con specifiche e motivate richieste di riesame dell'intesa stessa, che avrebbero come conseguenza non la paralisi del procedimento,

---

comma 3, Cost., non ha più significati legittimi: uno solo è quello corretto in base ai canoni dell'interpretazione costituzionale.

[77] Un elemento di debolezza della disposizione, probabilmente, è rappresentato dalla maggioranza richiesta per l'approvazione della legge di autonomia. Una maggioranza qualificata avrebbe sicuramente costituito una maggiore garanzia rispetto a quella assoluta attualmente prevista.

[78] Per D. CERSOSIMO, S. CHIMENTI, R. NISTICÒ, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno,* cit., pp. 926-927, "La forte contrazione della spesa pubblica nel Mezzogiorno, oltre a peggiorare direttamente le condizioni di benessere delle famiglie meridionali, ha un impatto depressivo sulla produzione nel Centro-nord, dal momento che più di un quarto della produzione delle imprese centrosettentrionali è diretta verso le regioni del Sud, un valore circa triplo delle esportazioni nel resto dei Paesi dell'Unione europea; senza trascurare che, per effetto della stretta interdipendenza tra le diverse sezioni economiche del Paese, per ogni 100 euro di investimenti pubblici nel Mezzogiorno, circa 40 rifluiscono al Centro-nord sotto forma di acquisto di input di produzione, tecnologie, semilavorati, servizi".

[79] Tanto è previsto negli accordi preliminari firmati tra Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna e Governo Gentiloni; tale è la posizione della dottrina maggioritaria.

[80] Peraltro, al riguardo è stato altresì sostenuto che le intese ex art. 8 avrebbero "un valore solo politico e non anche effetti giuridici": v. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 161 e la dottrina ivi citata alla nota 71. *Contra* E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost*., p. 13.

[81] A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato,* cit., p. 161.

[82] *Ibidem*, p. 162.

[83] *Ibidem*, p. 164.

ma riaprire i negoziati tra lo stato e la regione, sulla base di esplicite indicazioni programmatiche, in vista di una successiva, maggiormente possibile, approvazione parlamentare"[84].

Una tale lettura appare assolutamente condivisibile tenendo conto della stretta relazione fra regionalismo differenziato e principio unitario rispetto al quale il primo può essere strumentale ma anche pregiudizievole. Da ciò la necessità di ricollocare al centro di una decisione così condizionante la vita dei cittadini e lo sviluppo del Paese l'organo costituzionalmente deputato alla tutela dell'interesse generale, oggi, invece, gravemente privato del suo ruolo a vantaggio dell'Esecutivo[85].

La lettura della legge parlamentare ex art. 116, comma 3, Cost. quale legge priva di forza innovativa, infatti, concorrerebbe a costruire il regionalismo differenziato quale procedimento nella piena disponibilità degli Esecutivi, regionali e centrale, laddove una valutazione delle forme e condizioni particolari di autonomia da riconoscere ad una Regione anche in funzione dell'interesse generale, ossia del principio unitario, non può che essere affidata al Parlamento nella prospettiva in base alla quale "tra differenziazione pluralistica e integrazione politica, è quest'ultima finalità che tende ad affermarsi in concreto", in conseguenza del "radicamento della sovrastruttura federale e regionale nei principi del costituzionalismo liberaldemocratico"[86].

In tal senso la *ratio* dell'intesa di cui all'art. 116, comma 3, Cost., appare assolutamente lontana da quella di cui all'art. 8 Cost.[87] e ben più vicina, semmai, a quella di cui all'art. 123 Cost., nella formulazione originale, sulla cui base, com'è noto, furono elaborati gli Statuti regionali ordinari con un ruolo sostanziale del Parlamento non previsto né in Costitu-

---

[84] *Ibidem*, p. 165.

[85] Il riferimento è alla grave estromissione del Parlamento in sede di approvazione del ddl di bilancio 2019, approvato definitivamente dalla Camera il 30 dicembre 2018, con voto di fiducia. Il Senato, infatti, ha approvato, nella seduta del 23 dicembre, il maxiemendamento con cui si è recepito l'accordo raggiunto con l'Unione europea e su cui il Governo ha posto la questione di fiducia, senza che neppure la Commissione bilancio abbia potuto esaminarlo. Sul punto si rinvia ai numerosi commenti apparsi tempestivamente su www.lacostituzione.info: G. DI COSIMO, *"Come si può deliberare senza conoscere?";* M. CAVINO, *L'avvocato del popolo e il curatore fallimentare della Repubblica*; S. CURRERI, *In memoriam del giusto procedimento legislativo* del 25 dicembre 2018; A. MORELLI, *L'elettore "buon selvaggio" e il Parlamento esautorato: i mostri della nuova mitologia politica e gli strumenti per fronteggiarli* , tutti del 26 dicembre 2018; C. BERGONZINI, *Sessione di bilancio 2018: una ferita costituzionale che rischia di non rimarginarsi* del 27 dicembre 2018, R. BIN, *Il conflitto di attribuzioni è la risposta giusta, ma bisogna farlo bene* del 28 dicembre 2018.

[86] A. MORRONE, *Tendenze,* cit., p. 18.

[87] Il ruolo del Parlamento, nella fattispecie, è finalizzato a tutelare le istanze unitarie a fronte di richieste autonomistiche avanzate dalle Regioni che possono andare proprio in danno a tali istanze, laddove, la *ratio* dell'art. 8 Cost. e, dunque, il ruolo cui è chiamato il Parlamento nel caso di cui all'art. 8 Cost. è di consentire, come poi è stato, grazie alla "stagione delle intese", "se non il superamento, la riduzione della divaricazione tra gli artt. 7 e 8 Cost." (V. P. CARETTI, *Art. 8, Costituzione italiana*, Roma, 2017, p. 61). In una prospettiva di lettura del procedimento alla luce degli effetti collegati alle intese, molto interessante quanto rilevato da O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 12 che partendo, appunto, dagli effetti del procedimento negoziato ex art. 116, comma 3, Cost., e cioè una ridefinizione dell'ordine costituzionale delle competenze (soprattutto) legislative, ritiene che gli organi incaricati di stipulare l'intesa siano Consiglio regionale e Parlamento regionale, ossia quelli "le cui competenze sono direttamente incise".

zione né a livello legislativo. Attraverso trattative informali tra Regioni e Commissione Affari Costituzionali del Senato, il Parlamento riuscì, infatti, ad incidere sul loro contenuto[88].

La garanzia dell'interesse generale, ove alla legge venga riconosciuto ruolo centrale nel procedimento, è ulteriormente assicurata dalla previsione che la stessa, ai sensi della disposizione *de qua*, sia approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti. Da tale elemento risulterebbe esclusa la possibilità di procedere attraverso delegazione legislativa in coerenza, del resto, con il riconoscimento di un ruolo decisivo al Parlamento su una materia così rilevante e condizionante la tenuta unitaria del Paese e la conseguente necessità, a tal fine, di non lasciare la medesima nella disponibilità del Governo[89] che, tra l'altro, è il soggetto di parte statale nella conclusione dell'intesa. Secondo una tale lettura, in sostanza, è affidato alla legge parlamentare il compito di attuare l'art. 116, comma 3, Cost., in funzione e non in contrasto con il principio unitario.

E' quella parlamentare, infatti, la sede in cui riconoscere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni richiedenti valutando quanto e come un simile riconoscimento possa giovare anche al resto del Paese e, segnatamente, alle Regioni che si trovano in maggiore difficoltà o, almeno, non danneggiarle. E' questa la sede per configurare il regionalismo in senso cooperativo e solidaristico piuttosto che competitivo. E' questa la sede di valutazione di un'intesa che ove riconfermasse gli accordi preliminari già firmati e fosse approvata, porterebbe ad una legge statale incostituzionale[90].

La legge parlamentare, inoltre, allo scopo di garantire un'autonomia differenziata funzionale all'unità, in grado di assicurare il superamento di sprechi ed inefficienze nonché di arretratezza strutturale ma contestualmente di garantire livelli essenziali di prestazioni civili e

---

[88] V. U. DE SIERVO, *Art. 123* in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Art. 121-127*, Bologna, 1990, p. 106 ss; F. BASSANINI, V. ONIDA, *Gli Statuti regionali di fronte al Parlamento*, Milano, 1971, p. 118 ss.

[89] Per E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost*, cit., le esperienze passate di evoluzione del regionalismo italiano realizzatesi anche attraverso decreti legislativi non sono equiparabili alle attuazioni del cd. regionalismo differenziato giacché l'art. 116 Cost., comma 3, "prevede un procedimento molto diverso e non modificabile" (p. 15) . L'effetto di un ricorso alla legislazione delegata, in definitiva, sarebbe quello di "demandare la sua effettiva e completa formulazione al governo attraverso decreti legislativi" eludendo i vincoli costituzionali (p. 14) laddove l'art. 116, comma 3, Cost., copre con una riserva di legge formale e rinforzata una "rimodulazione degli artt. 117 e 118 Cost.", peraltro secondo un procedimento anch'esso già fortemente criticato dal momento che consente ad una fonte di rango inferiore di derogare a norme costituzionali sulla competenza. Per una critica del ricorso alla legge ordinaria anziché alla legge di revisione costituzioale nel procedimento ex art. 116,, comma 3, Cost., già L. ELIA, *Audizione*, in *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione*, Senato della Repubblica, 23 ottobre 2001 in *mobile.senato.it* Esclude la legittimità della legge delega, altresì, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione,* cit., p. 173. La sottoposizione a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere di tale decisione ed il coinvolgimento delle autonomie si spiegano con la rilevanza che l'autonomia asimmetrica assume in termini di opportunità per tutte le componenti della Repubblica ma anche in termini di rischi sotto il profilo del soddisfacimento dei diritti e, dunque, sotto il profilo unitario.

[90] Essa, infatti, porterebbe a modalità di finanziamento delle materie divenute "residuali" lesive della "dimensione "orizzontale" della perequazione" " poiché modificherà la ripartizione delle risorse pubbliche tra le Regioni" e della "dimensione "verticale"" della stessa, poiché ridurrà l'entità delle risorse a disposizione dell'Ente centrale per attuare la politica redistributiva prevista dalla Costituzione e per finanziare le funzioni minime che gli rimarranno ancora affidate (tra cui il pagamento degli interessi sul debito pubblico e il finanziamento delle funzioni collettive)" (Così A. GIANNOLA, L. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul "federalismo differenziato",* cit., p. 39).

sociali su tutto il territorio statale, facendo tesoro della lezione del federalismo fiscale che resta la questione caratterizzante il rapporto Stato-Regioni nel nostro ordinamento[91], dovrebbe definire elementi qualificanti il federalismo come il regionalismo differenziato, quali fabbisogno e costo standard, recuperando al Parlamento, addirittura con maggioranza rafforzata[92], scelte sostanzialmente politiche oggi affidate al Governo.

Ove prevalga la lettura a favore di un ruolo solo formale del Parlamento nella fase di approvazione della legge di autonomia differenziata, risultando confermato, come previsto dagli stessi accordi preliminari, che il modello da seguire per l'approvazione delle intese ex art. 116 Cost. sia il medesimo di quello ex art. 8 Cost., non si può non evidenziare che il Parlamento, laddove ritenga il contenuto dell'intesa non conforme al principio unitario, possa (*rectius* debba) respingere la legge ex art. 116 Cost. comma 3[93].

Insomma, il regionalismo differenziato, letto quale opportunità per il Paese, suggerirebbe il riconoscimento di un ruolo centrale per il Parlamento[94] nel procedimento di approvazione della relativa legge. Ove tale ruolo sia negato, occorre considerare il rischio che la differenziazione venga utilizzata più che come opportunità per il Paese come vantaggio per qualche Regione contro qualche altra (e contro il Paese nel suo complesso): ebbene, in tale ipotesi, l'art. 116 Cost. consente al Parlamento di non dar seguito all'intesa o proporre emendamenti costringendo a riiniziare l'intero iter[95].

Un ulteriore profilo di critica dell'art. 116, comma 3, Cost., infine, attiene all'irreversibilità che caratterizzerebbe le leggi di autonomia differenziata approvate ai sensi della disposizione[96]. Al riguardo, la questione circa l'eventuale futura esigenza di rinegoziare le forme e condizioni particolari di autonomia riconosciute ad una Regione può essere sottoposta, ad una duplice lettura.

---

[91] Sulla necessità di definire un assetto organico della finanza regionale e locale per evitare rischi della differenziazione in termini di accrescimento delle disuguaglianze, v. F. GALLO, *L'incerto futuro*, cit., p. 9.

[92] Sottolinea l'opportunità che siano definiti anche indicatori di costo e di fabbisogno ed i parametri attraverso cui concordare le funzioni con le risorse in sede di intesa ex art. 116, comma 3, Cost., S. MANGIAMELI, *Appunti a margine*, cit., p. 683.

[93] S. MANGIAMELI, *Appunti a margine*, cit., p. 688: "Le istituzioni statali, in particolare, il Governo e il Parlamento [...] hanno l'obbligo di valutare l'impatto delle nuove attribuzioni regionali e di considerarne, in ogni momento della negoziazione e prima della deliberazione legislativa, il contesto unitario".

[94] Sulla base di analisi quale quella condotta in di D. CERSOSIMO, S. CHIMENTI, R. NISTICÒ, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno,* cit., si pretenda dal Governo prima, dal Parlamento eventualmente poi, un regionalismo differenziato che inverta la tendenza del disimpegno della politica pubblica nazionale per il riequilibrio territoriale espressa ad esempio dalla riduzione dell'incidenza degli interventi nazionali per lo sviluppo del Sud sul Pil: 0,59% nel decennio 1981-1990 e 0,47% nel decennio successivo, 0,33% nel 2000-2010, 0,15% 2011-2015 a fronte dello 0,85% degli anni 1970-1980. Anche in ragione del fatto che un peggioramento dell'economia del Sud danneggerebbe l'economia del Nord ledendo, dunque, gli interessi dell'intero Paese (pp. 926-927).

[95] R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata*, cit., p. 657 fa notare come "esclusa la possibilità di approvazione di una legge di differenziazione non conforme alla previa intesa con la Regione, il risultato tanto di un diniego secco quanto dell'approvazione interlocutoria di una deliberazione legislativa del Parlamento – non pubblicabile dal Presidente della Repubblica – contenente emendamenti, correzioni ed integrazioni al testo dell'intesa produrrebbe lo stesso risultato: la fase dell'interlocuzione negoziale fra Regione e Governo dovrebbe ripartire, eventualmente sulla premessa della compatibilità con le eventuali indicazioni provenienti dall'atto parlamentare di diniego".

[96] M. VILLONE, *Siamo alla secessione dei diritti: il M5S al Sud rischia di pagarla cara* in *Il Fatto quotidiano*, 22/12/2018.

La dottrina ha delineato la legge ex art. 116, comma 3, Cost. quale fonte atipica e rinforzata per cui, evidentemente, una sua modifica richiede un percorso speculare a quello di approvazione: approvazione, dunque, di una legge di modifica soltanto previa conclusione di intesa fra Stato e Regione interessata. La legge di autonomia negoziata resiste, infatti, all'abrogazione da parte di leggi ordinarie e di atti aventi forza di legge[97].

Se si considera che l'iniziativa del procedimento di modifica è nella disponibilità della Regione specularmente all'ipotesi prevista per l'inizio del procedimento di richiesta di autonomia differenziata[98], è ragionevole ritenere che solo molto difficilmente, ove la configurazione delle nuove forme di autonomia non risponda più ad utilità per il Paese e sia, invece, conveniente per quella Regione, quest'ultima intraprenderebbe il cammino inverso.

A tale criticità, tuttavia, è possibile porre rimedio in fase attuativa, attraverso due letture che ridimensionano significativamente la posizione delle Regioni: la previsione di una disciplina a termine, subordinata ad una conferma una volta scaduto il termine o la "possibilità che le parti sottopongano a nuovo esame il contenuto dell'intesa". Si tratta di meccanismi già previsti, oltretutto, proprio con riferimento all'ipotesi delle intese fra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica[99] e contenuti negli stessi accordi preliminari finora approvati[100].

In dottrina, peraltro, è stato evidenziato come l'intervento unilaterale dello Stato negli ambiti sottoposti ad autonomia differenziata possa fondarsi sull'art. 120 Cost. laddove siano indicati i casi concreti per i quali "i limiti e le condizioni dell'asimmetria non siano stati rispettati", ossia laddove le funzioni attribuite siano esercitate in violazione dei "limiti e confini con le risorse pattuite"[101], pregiudicando l'unità giuridica ed economica dello Stato "e, in particolare, la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

E' stato altresì evidenziato, in ordine alla reversibilità della legge di autonomia negoziata, che con legge di revisione costituzionale si potrebbe modificare l'art. 116, comma 3, Cost., "senza che possano resistere i contenuti dell'intesa stabilita tra lo stato e la regione". Da ciò conseguirebbe "non l'abrogazione ma l'illegittimità costituzionale sopravvenuta delle leggi di autonomia differenziata preesistenti"[102].

---

[97] *Ibidem*.

[98] L'iniziativa regionale non è intesa, univocamente, quale iniziativa in senso tecnico, v. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit. Ciò non toglie che il procedimento risulti condizionato, comunque, dalla volontà della Regione, ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost.

[99] Così A. D'ATENA, *Indagine conoscitiva sull'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna*, seduta di mercoledì 29 novembre 2017, p. 5, ricordando che tali soluzioni erano prospettate dal ddl governativo del 21 dicembre 2007 del Governo Prodi che disciplinava il procedimento ex art. 116, comma 3, Cost.

[100] I tre accordi attualmente sottoscritti, all'art. 2, prevedono che l'intesa abbia durata decennale e che due anni prima della scadenza dell'intesa, Stato e Regione avviano la verifica dei risultati fino a quel momento raggiunti al fine di procedere al rinnovo, all'eventuale rinegoziazione o alla cessazione definitiva dell'intesa. Nulla impedisce, in sede di intesa, di limitare a 5 o a 3 anni la durata di detti accordi.

[101] S. MANGIAMELI, *Indagine conoscitiva sull'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, cit.,* p. 13.

[102] A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit.,p. 152.

6. Note conclusive

Sulla base dell'analisi svolta non sembra sostenibile che il regionalismo differenziato di cui all'art. 116, comma 3, Cost., rappresenti, in sé, strumento di disgregazione dello Stato unitario. Sembra, piuttosto, necessario assumere un atteggiamento vigile rispetto alle concrete ipotesi di attuazione del regionalismo differenziato affinché siano coerenti con la Costituzione e quindi anche funzionali allo sviluppo delle zone più povere del Paese[103] o almeno non lesive dei loro interessi. In tale prospettiva, il Parlamento deve assumersi il ruolo di garante dell'interesse unitario e la politica deve assumere decisioni che quell'interesse possono promuovere e non, al contrario, pregiudicare. E' doveroso, dunque, evidenziare i rischi di determinate proposte attuative allo scopo di sollecitare, anche attraverso l'informazione della cittadinanza, un tale ruolo del Parlamento (e prima ancora del Governo) richiamandolo alla responsabilità di scelte lesive e rischiose per la tenuta unitaria del Paese che, peraltro, saranno poi valutate anche in sede elettorale.

In alternativa, laddove un suo ruolo sostanziale sia precluso, sarebbe opportuno che il Parlamento respingesse il disegno di legge di autonomia differenziata ove presenti profili di incostituzionalità, mirando comunque ad ottenere le modifiche ritenute necessarie al di fuori del procedimento legislativo. Sembra doveroso, in altri termini, pretendere una corretta attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e non respingere aprioristicamente ipotesi di differenziazione.

Se, infatti, è fondamentale impedire eventuali derive egoistiche è altresì essenziale riconoscere che il regionalismo italiano, così come finora ha funzionato, non giova né all'interesse delle Regioni del Nord né alla questione meridionale; non giova in termini di garanzia di uguaglianza nel godimento di diritti[104]: un cambiamento è necessario purché nel rispetto della Costituzione e dei diritti[105].

---

[103] E. GIANFRANCESCO, *Il ruolo insostituibile dell'elemento territoriale negli ordinamenti politici* in *dirittiregionali.it,* 27 dicembre 2018, p. 7: "Una considerazione indifferenziata dei territori dal punto di vista dell'ordinamento rischia di produrre, con riferimento a questa dimensione, squilibri e tensioni in grado di porre a rischio la tenuta complessiva dell'unità della Repubblica. Spetta quindi al diritto, in primo luogo costituzionale, prendere coscienza delle conseguenze politiche delle differenze economiche e prevedere clausole di omogeneità, meccanismi di riequilibrio nonché misure di garanzia idonee ad evitare che la diversità di ricchezza dei territori sia in grado di compromettere l'unità politica della Repubblica". Il regionalismo differenziato può contribuire a garantire risorse e particolari trattamenti economici per le Regioni del Sud.

[104] In tal senso, particolarmente significative le parole del Presidente della Regione Abruzzo nel contributo inviato ad Astrid, nell'ambito del seminario "Il regionalismo differenziato e l'attuazione dell'art. 116 della Costituzione", 19 luglio 2018, p. 2: "Per ragionare di regionalismo differenziato e delle modalità con cui esso potrebbe essere ulteriormente attuato nel nostro Paese occorre una premessa sullo stato in cui versano le nostre Regioni, regolamentate in modo uniforme sulla carta ma che, come è ampiamente noto, soffrono di una endemica differenziazione, quella delle disuguaglianze economiche tra le aree del Paese, cui si aggiungono le mille disparità presenti nelle diverse realtà regionali sia sul piano giuridico sia su quello socio-economico e che di fatto impediscono che si realizzi, tramite l'autonomia regionale, una situazione di sostanziale uniformità [...] Il regionalismo differenziato comporta oggi [...], primariamente, una riflessione sul ruolo esercitato non esclusivamente dalle Regioni ma dallo Stato centrale, mettendo sul tappeto la questione della capacità di questo livello di governo di governare la diversità, consentendola là dove essa incrementa il benessere e il progresso e combattendola là dove invece porta con sé conseguenze pericolose per il Paese".

[105] Di ciò sembra rappresenti una conferma l'attivazione, alla data del luglio 2018, di processi finalizzati all'attuazione dell'art. 116 Cost., comma 3, da parte di tutte le Regioni ordinarie, eccetto Molise e Abruzzo. Cam-

Tra regionalismo così come funzionante oggi e regionalismo lesivo del principio unitario si può optare per un regionalismo differenziato funzionale al rafforzamento dei diritti di cittadinanza sull'intero territorio nazionale e quindi, all'unità[106] anche nella prospettiva di contenere rivendicazioni secessionistiche[107]. Perché ciò avvenga l'art. 116, comma 3, Cost. e la Costituzione nel suo complesso pongono le condizioni da rispettare. Naturalmente, affinché ciò avvenga, occorrono un Parlamento, e prima ancora un Governo, all'altezza dei rispettivi ruoli[108]. Qualora il Parlamento non operi nella direzione indicata (ciò che rappresenta, evidentemente, un problema di natura politica) e si approvi un modello di regionalismo differenziato incostituzionale[109], non resta che ricorrere ai rimedi che il sistema giuridico offre per ripristinare la violata legalità costituzionale. E' evidente come la circostanza andrebbe evitata dal momento che effettivamente alle istituzioni di garanzia si sta chiedendo "davvero troppo"[110].

E tuttavia non sembra ragionevole impedire il ricorso ad uno strumento potenzialmente vantaggioso per il Paese per il rischio di un suo uso distorto determinato, peraltro, eventualmente, dall'incapacità di svolgere il proprio ruolo da parte di istituzioni politiche chiamate a tutelare l'interesse generale o, peggio, dalla volontaria abdicazione a tale ruolo da parte delle medesime.

---

pania, Liguria, Lazio, Marche, Piemonte, Toscana e Umbria hanno formalmente conferito al Presidente l'incarico di chiedere al Governo l'avvio delle trattative per ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia; Basilicata, Calabria e Puglia non hanno ancora approvato formalmente tale mandato ma hanno assunto iniziative preliminari che in alcuni casi hanno condotto all'approvazione di atti di indirizzo (Senato, Dossier, XVIII, *Verso un regionalismo differenziato: le Regioni che non hanno sottoscritto accordi preliminari con il Governo*, luglio 2018, in *www.senato.it*).

[106] Analogo l'approccio dell'Unione degli Industriali di Napoli, L'autonomia possibile, 5 febbraio 2019, sulla possibilità che il regionalismo differenziato possa rappresentare una opportunità per il Sud ed il Paese, se l'autonomia sarà "ben realizzata" secondo determinati punti ivi indicati.

[107] In altri termini, si tratterebbe di assumere l'approccio che già qualche anno fa veniva auspicato quale strumentale a fronteggiare istanze secessionistiche: "Il no alla secessione deve, cioè, nutrirsi delle ragioni sostanziali e non retoriche che consigliano agli italiani di restare una nazione unita, una comunità politica solidale" (Così A. CANTARO, *Introduzione* in C. DE FIORES, D. PETROSINO (a cura di), *Secessione*, Roma, 1992, p. 21). L'A., invero, al fine di contrastare istanze secessionistiche, rifletteva sulla necessità di un neomeridionalismo che "indichi soluzioni, modelli e stili di vita utili per il Sud e al contempo validi e vitali per tutta la nazione" in contrapposizione al "meridionalismo "piagnone"" che a partire dalla fine degli anni Settanta ha scalzato il "meridionalismo nobile" oggetto del "progetto storico-politico di fare della "questione meridionale" una "questione nazionale"" (*Ibidem*, p. 18). Evidentemente le prime proposte di regionalismo differenziato non vanno in tale direzione, ma non è detto che non possano essere costruite in tal senso se le istituzioni coinvolte capiranno l'opportunità che esso può rappresentare per l'intero Paese.

[108] Più che opporsi al regionalismo differenziato, si richieda che le intese sull'autonomia negoziata siano corredate da studi da cui risultino benefici "per i cittadini delle regioni coinvolte, (dal) l'assenza di costi per i cittadini delle altre regioni" (G. VIESTI, *Verso la secessione*, cit., p. 42). Si reclami un ruolo attivo da parte delle istituzioni rappresentative del Paese.

[109] Tale sarebbe un regionalismo differenziato che, impedendo allo Stato centrale di svolgere la funzione di redistribuzione della ricchezza tra i vari territori, ne colpirebbe la capacità di garantire l'integrazione politica e la coesione sociale "in senso nazionale" (A. MORRONE, *Tendenze*, cit., p. 19). Ancora l'A., *Populismo referendario*, cit., 24 ottobre 2017, ritiene che Il regionalismo differenziato, in sintesi, è un'opportunità se attuato nel rispetto del principio di unità ed indivisibilità di cui all'art. 5 Cost. e, specularmente, "incostituzionale" se si pone contro tale principio, come ad esempio, se attraverso il regionalismo differenziato determinate Regioni si sottraggono all'obbligo della solidarietà nei confronti di quelle che non sono in grado, da subito, di operare senza il ricorso agli strumenti perequativi che, naturalmente, dalle Regioni più ricche devono essere finanziati.

[110] C. IANNELLO, *Regionalismo differenziato*, cit.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Carlo Morselli*

È TEMPO DI DARE LA PAROLA ALLA PERSONA OFFESA DAL REATO NELLA DISCUSSIONE FINALE *EX* ART. 523 C. P. P. (RICONOSCIUTA ALL'IMPUTATO MA NON ALLA SUA VITTIMA NON COSTITUITA PARTE CIVILE), PASSIBILE DI UNA CENSURA DI INCOSTITUZIONALITÀ NELLA FORMULAZIONE ATTUALE

*Sommario: **1.**La persona offesa (dal reato) ambigenere: garanzia generale (il suo sapere ai fini dell'accertamento giudiziale) o tutela individuale all'interno del processo penale (accusa privata a fini riparatori)?. **2**.La partecipazione dialettica alla raccolta probatoria e il valore attribuito alla deposizione della persona offesa. **3.**La rilevanza del sapere della persona offesa non costituita parte civile. **4.** La reticenza del codice di rito.**5.** Il P.M. ritira l'accusa in dibattimento ed emerge l'incidenza dell'art. 3 Cost. **6.**La persona offesa quale " postulante senza diritti "(Cordero): le si riconosce la vita, ma non la vitalità. Rito in absentia. **7.**Il sistema che si completa (l'ambito sovranazionale): la sfera del " dovere " e quella del " potere ", di Ethos e di Epos.*

1. La persona offesa (dal reato) ambigenere: garanzia generale (il suo sapere ai fini dell'accertamento giudiziale) o tutela individuale all'interno del processo penale (accusa privata a fini riparatori)?

I caratteri denotativi della « persona offesa dal reato » [1], inerenti alle sue prerogative e alla sua funzione, coniugano un profilo anfibio, a partire dal campo di appartenenza: alla

* Avvocato, docente a contratto di Diritto e procedura penale dell'immigrazione nell'Unitelma Sapienza.

[1] Sul piano definitorio, v. A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016, 572: « La persona offesa…è il soggetto titolare del bene penalmente tutelato, leso o esposto a pericolo dalla condotta illecita ». La definizione è costruita sull'asse del diritto sostanziale, e non contiene la " cifra processuale ", declinata successivamente ma non saldata nel quadrante definitorio.

Pure C. TAORMINA, *Procedura penale*, Torino, 2015, 99, sulla persona offesa: « Non c'è reato che non abbia soggetto passivo »; mentre sul carattere selettivo del diritto penale - sul paradigma del c.d. diritto penale minimo - v. A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. pen.*, 1/2018.

Sulla nozione di accusa e di materia penale, v. S. BUZZELLI, Sub *art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 132 s.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

stessa è riferito, nella classe della titolarità, l'interesse protetto dalla norma incriminatrice di parte speciale dettata dal Codice penale e che ha subito un pregiudizio (è questa la ricostruzione tradizionale, che conta due addizioni[2]). Secondariamente, nel terreno del processo penale regolato dal Codice di procedura penale - ove l'indicata norma penale sostanziale trova applicazione e la relativa violazione viene dichiarata in sentenza [3] - occupa quote di partecipazione e intervento, esercitando « diritti e facoltà » [4] sia nell'*incipit* (v. artt. 332 c. p. p. in sede di denuncia e 336 s. c. p. p. in quella di querela) che nello sviluppo (artt. 335, 367, 394 e 398 nonché 401 c. p. p. in materia di incidente probatorio e ancor prima 360 in ordine agli accertamenti tecnici non ripetibili [5], 406 in materia di proroga del termine previsto dall'artt. 405, 410 relativamente alla opposizione alla richiesta di archiviazione [6], 413 in tema di avocazione, 419 e 429 in sede di udienza preliminare e 451 in quella di giudizio direttissimo, 572 nel terreno dell'impugnazione).

La continuità delle forme di tutela è assicurata dalla parabola che la legge traccia per la vittima e soggetto passivo del reato inserendo, dopo l'esercizio dell'azione penale, la sua presenza nella fase della celebrazione del processo di primo grado, cosicché deve disporsi « la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante », stabilisce, in sede di previsione delle nullità di ordine generale, l'art. 178 lett. *c)* c. p. p. [7] (altresì, per il decreto che dispone il giudizio,v. art.429, co. 4, c. p. p.: « Il decreto è notificato…alla persona offesa »; v. art. 558, co. 1, p.1, c. p. p. sulla « convalida dell'arresto e giudizio direttissimo », in ordine alla citazione, anche orale, della persona offesa).

---

[2] Sul reato « inteso come offesa di un bene giuridico, in armonia con la tradizione liberale che è alle radici del diritto penale moderno », v., per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 100.

L'art. 90, co. 3, c. p. p. prevede che « qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente » e l'art. 91 c. p. p . riguarda « diritti e facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato » (in rubrica). Su tale tripartizione, v., in dottrina, A. PENNISI, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano,1997, 790.

Nel rito civile,ad esempio, nell'ipotesi di interruzione del processo di una delle parti nel corso del giudizio, la relativa *legitimatio ad causam* si trasmette all'erede (Cass. civ., sez. III, ord., 19 luglio 2018, n. 19141, X, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 79).

[3] Proprio il tipo di reato deve figurare nel testo della decisione di affermazione della penale responsabilità, in base all'art. 533, co.1, c. p. p.: « Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli…».

[4] Art.90 c. p. p.; v. l'aggiunta dell'art. 90-*bis*, d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 216, in *G.U.*, 5 gennaio 2016, n.3. Sull'informazione di garanzia ricevuta dalla persona offesa, v. art. 369 c. p. p.

[5] Per esempio, le foto scattate durante un'ispezione igienico sanitaria dai Nas, ed allegate al verbale di ispezione e di sequestro, devono considerarsi « atti irripetibili », con la conseguenza che possono essere valutate dal giudice come fonte di prova, senza che sia necessaria una conferma da parte dei verbalizzanti (così, Cass., sez. III, sent. 21 gennaio 2019, n. 2576, in *Quot. Dir – Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2019).

[6] Ad esempio, l'istigazione al suicidio costituisce reato commesso con violenza contro la persona. Per tale motivo, la richiesta di archiviazione (art. 408, comma 3 *bis*, c. p. p.), avanzata dal Pubblico Ministero, deve essere notificata alla persona offesa (Cass.,sez. V, sent. 23 ottobre 2018, n. 48360, in *Guida dir.*, 2019,n. 1, 91).

[7] PENNISI, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Agg. I, cit., 791, sul regime applicabile: « L'omessa o invalida notifica alla persona offesa dà luogo ad una nullità di ordine generale…assoggettata al regime intermedio (art. 180) », ma « meno gravi sono…le conseguenze che derivano dall'omessa o invalida notifica dell'avviso per l'udienza preliminare (art. 419 commi 1 e 4). In questo caso, si tratta di nullità relativa », richiamando l'art. 181, co. 2, c. p. p. In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. civ., sez. II, ord. 8 ottobre 2018, n. 24689.

Assumiamo il citato art. 178 c. p. p. quale " mappa genetica " per lo svolgimento della presente impostazione, perché il legislatore in quella norma ha annesso la persona offesa quale soggetto le cui posizioni sono presidiate dalla garanzia della nullità (di ordine generale, si precisa) in ipotesi di violazione e al pari del giudice, del pubblico ministero e dell'imputato. Segnaliamo come il richiamo sia specifico, in quanto la nullità è comminata e correlata avuto riguardo alla « citazione in giudizio della persona offesa ».

Tale citazione, in via ricostruttiva, possiamo intenderla in due modi (o in senso forte o in senso debole) e il divario fra le due impostazioni è rilevante quando non sono complementari:o quella citazione viene riguardata quale proiezione e immanenza nel terreno dibattimentale della persona offesa per l'utilità intrinseca del suo sapere e quindi dei suoi apporti ai fini dell'accertamento processuale (per altri, "accertamento della verità "), il quale deve raggiungere il massimo grado dato che l'art. 530, co.,1, c. p. p. richiede che la responsabilità dell'imputato risulti oltre ogni ragionevole dubbio [8], oppure è solo strumentale per dar la possibilità alla persona offesa di coltivare il suo specifico interesse riparatorio [9] e " trasformarsi ", cioè di abbandonare il suo *status* per acquistare quello della parte civile che affianca, di fatto, il P.M. nell'accusa in giudizio (c. d. accusa privata). Nel primo caso, si tratta, per il sistema, di una garanzia generale coincidente con la funzione processuale che svolge la persona offesa in rapporto alla finalità cognitiva propria del rito penale, nel secondo, per l'interessato, di una tutela individuale (apprestata dal sistema) e in tale ipotesi non si assisterebbe ad una " perdita " connessa con l'indicato " abbandono " poiché la persona offesa seguiterebbe ad esercitare i suoi poteri attraverso quelli riconosciuti alla parte civile [10].

La presente impostazione echeggia i termini di un dibattito, acceso in dottrina e a cui ha dato la sua voce la giurisprudenza, dei due modi di interpretare il contraddittorio (la portata del), come metodo di conoscenza (profilo oggettivo) o come garanzia dell'imputato (profilo soggettivo), avuto riguardo all'art. 111 Cost.[11].

---

[8] In merito all'« accertamento demandato al giudice…secondo il criterio dell'esclusione di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c. p. p. comma 1) », v., da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2018, n. 45733, Tutino, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 84 s.

In materia di penale responsabilità dell'imputato, v. Cass., sent. Sez. Un., n. 14800/2018 (ud. 21 dicembre 2017), Pres. Canzio; Rel. G. De Amicis.

Sul più generale problema del rapporto tra giudice e legislatore, al fine della « ricostruzione dell'attuale assetto del nostro ordinamento costituzionale », cfr., in dottrina, S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1/2018, 1 s. In tema, v., pure, N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo « La libertà e la legge » di Bruno Leoni*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 253, avuto riguardo al « diritto di origine giudiziaria »; nonché, per il coinvolgimento del piano costituzionale, sulla « giurisprudenza come fonte del diritto e la frizione con il principio della riserva di legge », v. PADOVANI, *Diritto penale*,cit., 57 s.

[9] Così, ad esempio, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 166: « Il reato…obbliga l'autore alle restituzioni e al risarcimento del danno, come previsto dall'art.185 c. p…La costituzione di parte civile » è « volta a ottenere…la conseguente riparazione nelle forme del risarcimento o della restituzione ».

[10] In dottrina, v. TAORMINA, *Procedura penale*, *loc.cit.*, secondo cui la « persona offesa…è esposta alla perdita della sua soggettività laddove si costituisca parte civile o meglio se ne verifica l'assorbimento giacché tutti gli interessi della persona offesa sono rappresentati dalla parte civile ».

[11] Cfr., in dottrina, C. CONTI, *Le due " anime " del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 198. *Contra*, G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2010. Pure E. AMODIO, *Dal rito inquisitorio al " giusto processo "*, in *Il Giusto Processo*, 4, 2002, 103-104, il quale, ritenendo il distinguo fuorviante, scrive che « non ci sono…garanzie diverse da quelle soggettive » (la distin-

In ogni caso, si riconosce che « quella della persona offesa è una condizione procedurale davvero particolare » [12].

D'altronde, quel che emerge, nel passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli, è la condivisione delle ragioni dell'accusa che può incarnare la persona offesa con quelle portate avanti dal pubblico ministero, il quale cessa di essere il " garante " di quella e quindi il monopolista dell'accusa, come nell'*ancien regime*. Ora, per lo spazio ritrovato, è data alla persona offesa una certa autonomia, ciò che si traduce, nel rito accusatorio, nella fine dell'" assolutismo " del ruolo del pubblico ministero, che mantiene solo l'appannaggio esclusivo dell'azione penale senza escludere o confinare l'inserimento della persona offesa nel terreno dell'accusa e dunque nella repressione penale (tanto da far dire alla dottrina che si è attestata una « accusa sussidiaria » [13]).

Tuttavia, soprattutto prima dei riconoscimenti sovranazionali, « il ruolo della vittima nel processo penale ha ricevuto una marginale considerazione…la vittima…è stata sempre vista come una figura secondaria, svolgente un ruolo ausiliare e di supporto alla pubblica accusa » [14] (v. decreto legislativo 15 dicembre 2015, n, 212, recante l' « attuazione della direttiva 2012/29/Ue e del Consiglio 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato »).

Per esempio, « la tutela della persona fisica esposta al pericolo di delitti ambientali (*ex* artt. 452-*ter*, 452-*quater*, 452-*quinquies* c. p.) si inserisce nel più ampio quadro processuale, che, in ragione delle ultime riforme (compresa la c. d. " riforma Orlando ", licenziata in tempi relativamente recenti dalle Camere), vede notevolmente potenziato il ruolo della persona offesa nelle dinamiche dell'accertamento del fatto, sin dalle primissime battute

---

zione è recepita da Corte cost., sent. 25 ottobre 2000, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 345). Sulla « regola d'oro del contraddittorio », v. P. FERRUA, *Il " giusto processo "*, Bologna, 2012, 1 s. In tema, v. O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, 274.

Ancora, per il richiamo del dualismo, in giurisprudenza v. Cass., sez. VI, ord. 23 maggio 2013, n. 22113, Berlusconi, in *Arch. n. proc.pen.*, 2014, 419 s., precisando che « il diritto soggettivo al contraddittorio non si identifica o giustappone al metodo del contraddittorio ».

[12] TAORMINA, *Procedura penale*, *loc.ult.cit.*.

[13] E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in E. Amodio-O.Dominioni, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano,1989, 543, secondo cui « sembra appropriato definire la funzione del privato che è autorizzato a far valere l'interesse alla repressione penale in termini di *accusa sussidiaria* ». Al riguardo, v. S. OLIVERO, *I titolari di interessi extrapenali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario ed E. Marzaduri, Torino, 1995, 205, che si sofferma sul « quadro, per così dire ideologico, in cui viene a collocarsi la posizione della persona offesa…del tutto diverso da quello che aveva ispirato il codice del 1930. In particolare, essendosi spogliato il p. m. dello stato privilegiato di accusatore-giudice, per ricondurlo a quello di parte pubblica, assoggettato anche nella fase anteriore al dibattimento al filtro dei controlli del g. i. p. (art. 328 c. p. p.), si registra una minore resistenza a concepire possibili interferenze dei privati nell'esercizio dell'azione penale ». Per il vecchio codice, v. M. G. AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 319.

[14] M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 299, aggiungendo che è la stessa « il soggetto a cui l'ordinamento demanda la funzione di perseguire il reato e, dunque, di incarnare anche gli interessi punitivi della vittima ».

dell'acquisizione della notizia di reato, in termini di avvisi ed informazioni e sull'esercizio delle sue facoltà e forme di tutela " dal e nel processo " (*ex* artt. 90-*bis* c. p. p. e s.) » [15].

2. La partecipazione dialettica alla raccolta probatoria e il valore attribuito alla deposizione della persona offesa

Valutando la prima opzione interpretativa enucleata (la persona offesa nella prospettiva extraindividuale), evochiamo l'organo del " processo giurisdizionale " [16], di quell'*iter* giudiziario caratterizzato dalla presenza permanente del giudice, e non episodica come nella fase delle indagini preliminari (riscontrandola nei tre " grandi incidenti ": probatorio, riservato alle intercettazioni telefoniche e all'applicazione di una misura cautelare, personale o reale).

Le conoscenze del giudice del giudizio sono, prevalentemente e nettamente, di secondo grado, " accolte "[17] e " raccolte " [18] non *ex se* bensì su impulso delle parti (art. 493 c. p. p.) a cui appartengono, tipicamente, le leve probatorie. Il risultato del loro impiego viene veicolato in udienza all'organo che la presiede (art. 470 c. p. p.), in virtù di uno dei cinque principi regolatori del dibattimento, quello c. d. di immediatezza (cui si aggiungono quello del contraddittorio, della pubblicità, dell'oralità, della concentrazione) [19].

Così, il giudice non è autosufficiente: solo il giudice ha lo *ius dicere*, ma il giudice solo non può organizzarne i presupposti, quelli della sua pronuncia. Ecco, l'apparente paradosso:le fonti della sua conoscenza sono le parti che gli forniscono sia la materia (poniamo il pubblico ministero, con l'adduzione delle cc. dd. prove a carico) che l'" antimateria " del suo convincimento (in tal modo potrebbe appellarsi la produzione delle cc. dd. prove a discarico, messe in campo per contrastare le prime) e senza che il giudice possa concorrere nell'accesso alla base istruttoria (se non, eccezionalmente, quando l'omonima fase si sia

---

[15] V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 269. In tema, v. P. CORSO, *La normativa penale dell'ambiente nei suoi riflessi processuali penali*, in *Arch. pen*., 2/2017, 2 s.

In merito, invece, alle vittime di violenza domestica, v. Sentenza della Corte Edu (Sezione Quinta) 26 aprile 2018, rich. n. 27496/15, *Mohamed Hasan c. Norvegia*, in *Quest. giust.*,2/2018, 13 luglio 2018. In tema, v. P. DE FRANCESCHI, *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, in *Giur. pen.*, 1/2018; A. ALAGNA, *Osservatorio L'Italia e la Cedu mn. 2/2017* 1. *Prima condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'obbligo di protezione delle vittime di maltrattamenti familiari*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, 295.

In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass., sez. III, 15 ottobre 2018, n. 46699, Monaco, in *Guida dir.*, 2019, n. 2, 90, nella cui decisione si riconosce che le associazioni ambientaliste sono legittimate a costituirsi parti civili *iure proprio* nel processo per reati ambientali.

[16] Per tale formula, v. M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 60, nota 8.

[17] In sede di ammissione (art. 495 c. p. p.)

[18] I mezzi istruttori esperiti passano al protocollo dei verbali d'udienza che ne fissano il prodotto (artt. 496 s. e 510 c. p. p.).

[19] I vari principi del dibattimento vengono passati in rassegna, in particolare,per la manualistica, da M. SCAPARONE, *Procedura penale*, Torino, 2015, 126 s.; P. TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2016, 522 s. Altresì, v. G. ANDREAZZA, *I nuovi assetti del principio di pubblicità del processo*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 611; B. CONTI, *Le novità in tema di dibattimento*, *ivi*, 2013, 611 s.; O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir*., *Annali*, IX, Milano, 2016, 274.

conclusa *inutiliter*, cioè la vicenda *sub iudice* " non è matura per la decisione ", richiedendosi un supplemento istruttorio, ai sensi del'art. 507 c. p. p. [20]). In tale contesto, la garanzia dialettica e partecipativa, tipica di un modello processuale di stampo accusatorio, si traduce in un rigoroso limite per i poteri del giudice nel terreno probatorio, poiché l'opera di ricostruzione del fatto storico è affidata alle parti titolari del c. d. diritto alla prova ai sensi dell'art. 190 c. p. p. (in tal modo si assicura la terzietà e l'equidistanza dell'organo della decisione).

Ora, ai nostri fini, sono costoro che trasmettono e fanno affluire al compendio probatorio i risultati di una testimonianza, la cui fonte potrà essere la persona offesa dal reato: infatti, la sua deposizione istruttoria, fondamentalmente, risale all'impulso del pubblico ministero. La portata e forza espansiva di quella sono macroscopiche (ed " assorbenti "), si noti, dato che può fondare e giustificare, senza la necessità di altri elementi che la riscontrano o la corroborino, una sentenza di condanna. Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale non recente (ma recentemente confermato) secondo cui in tema di valutazione della prova testimoniale, le dichiarazioni della persona offesa, sottoposte ad attento controllo di credibilità, possono essere assunte anche da sole, come prova della responsabilità dell'imputato, senza che sia indispensabile applicare le regole probatorie di cui all'art. 192, commi terzo e quarto c. p. p, che richiedono la presenza di riscontri esterni [21].

Quindi, il sapere della persona offesa dal reato gioca un ruolo centrale nei lavori del dibattimento e per le sue sorti.

Questo è il risultato che può evidenziarsi.

---

[20] V. il corrispondente istituto nel rito civile: l'integrazione *ex officio* della prova testimoniale *ex* art. 257, primo comma, del Cpc., costituisce una facoltà discrezionale, che il giudice può esercitare quando ritenga che dall'escussione di altre persone, non indicate alle parti, ma presumibilmente a conoscenza dei fatti, possa trarre elementi per la formazione del suo convincimento (Cass. civ., sez. II, ord. 19 luglio 2018, n. 19255, Gregori, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 79-80).

Per le pronunce che si occupano del trattamento dell'art. 507 c. p. p. v., ad esempio, Cass. Pen., sez. I, 26 giugno 2014 (ud. 12 marzo 2014), n. 27879), in *Giur. Pen.*, 2014; Cass., sez. un., sent. 18 dicembre 2006, n. 41281; da ultimo, v. Cass., n. 20422/2018.

[21] Cass., sez. VI, 3 giugno 2004, Patella, in *Riv. pen.*, 2005, 1411 e, per la giurisprudenza di merito, v. Trib. pen. Firenze, sez. II, sent. 11 ottobre 2017, n. 3071, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 47.

Le dichiarazioni della parte offesa possono essere legittimamente poste da sole a base dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della loro credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del racconto. Il vaglio positivo dell'attendibilità del dichiarante deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello generico cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone, per cui tale deposizione può essere assunta da sola come fonte di prova unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva (Cass., sez. V, sent. 19 settembre 2017 n. 42749; conf. Cass., sez. IV, sent. 1 dicembre 2011, n. 44644). Si tratta di un indirizzo consolidato: infatti, per Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, M., in *Mass. Uff.*, n. 4343, « le dichiarazioni della persona offesa, vittima del reato, possono essere assunte, anche da sole, come prova della responsabilità dell'imputato, non necessitando le stesse di riscontri esterni ».

Tuttavia, sull'esigenza di procedere al riscontro della testimonianza con altri elementi (affermata in relazione al soggetto che avanzi pretese di carattere civilistico all'interno del processo) v. Cass., sez, V, 15 maggio 2013, Calabrese, in *Guida dir.*, 2013, 34-35, 69; Id., sez. I, 24 giungo 2010, Stefanini, in *Mass. Uff.*, n. 248016. D'interesse pure Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, in *Cass. pen.*, 2013, 541; Cass., sez. III, 16 maggio 2014, G., in *Mass. Uff.*, n. 30563.

In dottrina, v. M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. Pen.*, 1/2015, 1 s.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, 389 s.

3. La rilevanza del sapere della persona offesa non costituita parte civile

Nello schema (duale) configurato [22], si trascura di considerare che radicare in dibattimento la persona offesa e fare veicolare la sua voce per il tramite della parte civile finisce per lasciare spazi vuoti perché può non intervenire (tempestivamente) la (dichiarazione di) costituzione di parte civile (per una *defaillance* del difensore, all'udienza, che si inserisce tardivamente, ad esempio [23]), ciò che determina la " scomparsa " della persona offesa (così strettamente e saldamente legata alla parte civile) dalla scena dibattimentale, non partecipando attivamente alla relativa discussione [24]. *Imputet sibi*, potrebbe asserirsi e concludersi pure: in tal caso, l'interessato non può dolersi laddove quanto era una sua prerogativa poteva conseguirlo avendolo " dotato " il sistema del mezzo (e del canale) della costituzione di parte civile [25](una specie di *longa manus* della persona offesa e che si giova del c. d. principio di immanenza [26]).

L'impostazione che precede " tiene", cioè può giustificarsi e accreditarsi, a condizione che si " interpreti " la cifra dell'intervento della persona offesa, nella forma *ad hoc*, in termini (e in chiave) di vero e proprio onere (rigorosamente inteso, appunto) del soggetto privato. La tardiva costituzione, ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 185 c. p., rende la relativa richiesta (accidentalmente " viziata ", nei confini dello spazio temporale dell'udienza penale) inammissibile e così il circuito processuale riservato alla parte civile le è precluso,del tutto ed invalicabilmente. Ma, se si tiene presente la cifra " pubblicistica " del suo intervento [27], così

---

[22] Quello di intendere la *vocatio* della persona offesa o in senso debole o in senso forte.

[23] La persona offesa non può chiedere la remissione in termini per costituirsi parte civile. Lo ha stabilito la Corte di Cassazione con la sentenza 10111/2015 spiegando che tale norma può applicarsi solo alle parti in senso tecnico. In materia, in generale, v. G. GARUTI, *Restituzione in termini (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, Milano, 2008, 5941017 s. e, da ultimo, Cass., sent. 3 settembre 2018, n. 39608.

[24] TAORMINA, *Procedura penale*, *loc.ult. cit.*, sottolinea che la « persona offesa…è esposta alla perdita della sua soggettività laddove si costituisca parte civile ».

Cfr. MAZZA, *I protagonisti del processo*,in AA. VV*., Procedura penale*, cit., 168: « Nella fase processuale…la persona offesa può solo continuare a presentare memorie e indicare elementi di prova, senza però poter partecipare attivamente all'udienza dibattimentale e al dibattimento ». A noi pare, invece, che ammettere per la persona offesa il potere di introdurre elementi probatori - che poi, realmente, potrebbero essere vere e proprie prove (il " diminutivo " sembra solo apparente) - sia espressione del suo potere partecipativo, ancorché non lo esaurisca.

[25] Sussiste la legittimazione del P. M. ad impugnare una decisione che, per effetto di una erronea applicazione della legge processuale, abbia arrecato un pregiudizio concreto ed attuale ai diritti della parte civile (Cass., sez. II, sent. 20 marzo 2018, n. 12840). Sulla vittima risarcita in sede civile dagli aggressori, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, sent. 13 giugno 2017, n. 960/13.

[26] Da ultimo, v. Cass., sez. IV, 30 maggio 2018, n. 24373, Pres. Izzo Fausto, rel. Serrao Eugenia, in ordine al « principio cosiddetto di immanenza della costituzione di parte civile. In ragione di tale principio, normativamente previsto dall'art.76, comma 2, cod. proc. pen., secondo il quale " la costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo ", il giudice di legittimità è tenuto a verificare l'esistenza dei presupposti per l'affermazione della responsabilità penale ai soli fini della pronuncia sull'azione civile, allorché abbia rilevato una causa estintiva del reato. Tale principio comporta, infatti, che la parte civile, una volta costituita, debba ritenersi presente nel processo anche se non compaia, debba essere citata anche nei successivi gradi di giudizio anche se non impugnante e senza che sia necessario per ogni grado di giudizio un nuovo atto di costituzione ».

[27] V. - avuto riguardo alla persona offesa costituita parte civile e per le criticità che la stessa genera circa l'uso del suo *dictum* quale prova piena - Corte costituzionale, ordinanza n. 115 del 1992 (ripresa, sul piano delle argomentazioni, dalle successive pronunce n. 374 del 1994 e n. 82 del 2004), ove si sottolinea che « la rinuncia al contributo probatorio della parte civile » rappresenta « un sacrificio troppo grande nella ricerca della

riguardato e "reinterpretato", diventerebbe interesse generale, connesso con l'accertamento aperto dal processo pendente (e ancor più in generale della giustizia), avvalersi del sapere (unico ed " irripetibile ") di cui è depositario la persona offesa[28], la quale potrebbe inserirsi nell'intarsio dialettico dei lavori dibattimentali con i suoi apporti illustrativi veicolati oralmente, attraverso il suo difensore ed eventualmente personalmente, nella forma dello *ius ad loquendum* (come in una prospettiva di riforma potrebbe pensarsi, nella classe di una previsione espressa). Ove si riconoscesse il suo potere di « indicare elementi di prova » (art. 90, co.1, c. p. p.) in dibattimento (senza necessità di costituirsi parte civile [29], distinto da quello di deposito delle memorie scritte[30]), il suo trattamento dovrebbe seguire e osservare i principi generali sull'oralità (e quindi dell'immediatezza) della prova.

Stiamo distinguendo la persona offesa che depone per consolidare una prova (*contra reum*, normalmente,cioè tipicamente), chiamata dall'ordinamento a fornire il suo contribuito per " esigenze di giustizia ", dalla persona offesa che intende coltivare nel processo un suo interesse extracivilistico [31]. Per la (legittima) tutela dello stesso la *lex fori* le affianca un difensore, per attuare la difesa tecnica.

In tale ordine di idee, si è segnalato che « il legislatore…non si è potuto privare ed anzi valorizza il contributo all'accertamento penale che un protagonista della vicenda crimi-

---

verità processuale», segnalando, al tempo stesso, la « preminenza dell'interesse pubblico all'accertamento dei reati su quello delle parti alla risoluzione delle liti civili ».

[28] Il sapere utile al giudice del giudizio - a cui spetta ricostruire, definitivamente,in sentenza il fatto di reato - non è soltanto concentrato nella prova (e la persona offesa è fonte di prova), ma può esprimersi attraverso il contesto " ambientale " in cui è maturato il delitto e che solo la vittima può devolvere nel processo, riconoscendogli un canale per veicolarlo.

[29] Sul « l'esercizio dei diritti di difesa da parte della persona giuridica non…subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento », citando Cass., sez. VI, 5 novembre 2007, Quisqueyana S.p.a., in *Foro it*. 2009, 1, II, 37 (*contra*, Cass., sez. VI, 5 febbraio 2008, Soc. a.r.l. A.R.I. International, in *Cass.pen.*, 2009, n. 10, 3798), v. F. URBINATI, *La partecipazione dell'ente al procedimento, tra rigore formalistico e limiti al diritto di difesa*, in *Arch, pen.*, 2018, n.1, 3, che analizza Cass., sez. III, 19 dicembre 2017 (ud. 18 maggio 2017) – Cavallo Pres.

[30] Per Cass. n. 269/2014 l'omessa valutazione dei memorie difensive può influire sulla congruità e correttezza logico-giuridica della motivazione che definisce la fase o il grado nel cui ambito siano state espresse le ragioni difensive. *Contra*, da ultimo, Cass., 23 gennaio 2019, n. 1778: in costanza di memorie *post* verifica ai sensi dell'art. 12, comma 7, della L. n. 212/2000, l'Ufficio non è obbligato a fare risultare, nelle motivazioni dell'avviso di accertamento, le osservazioni del contribuente e le ragioni per cui non siano state accolte. Lo ha stabilito la Cassazione con sentenza 1778 del 23 gennaio, rigettando il ricorso incidentale presentato da una società che aveva denunciato questo profilo formale (la decisione è riportata da L. AMBROSI, *L'accertamento non può ignorare gli argomenti del contribuente*, in *Il Sole 24 Ore – Norme & Tributi*, 24 gennaio 2018, n.23, 23: « È valido l'accertamento che non valuta la memoria presentata dal contribuente nei 60 giorni dal termine della verifica. Questa omissione, sebbene costituisca un adempimento obbligatorio, non è causa di nullità prevista dalla legge »). L'interpretazione non è condivisibile, specie se l'interessato " dimostri " (dovrebbe bastare una seria" allegazione ") che l'omissione è idonea a cagionare una lesione di specifici diritti o precise garanzie.

[31] Nel primo caso, nel corso dell'esame e del controesame (art. 498 c. p. p.), l'esaminato ha scarsa autonomia espositiva e ricostruttiva (v. art. 499, co.1, c. p. p.: « L'esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici »). V., *infra* note 48 e 75).

nosa può assicurare », apparendo « di fondamentale importanza che la persona offesa…può avvalersi dell'opera di un difensore (101) »[32].

Risalta, così, l'autonomia sistematica della persona offesa dalla parte civile, ciò che attenta dottrina ha posto in una particolare luce e persuasivamente, osservando, per la prima e quale « importante soggetto processuale », che « dalla trama complessiva del codice emerge il proposito del legislatore di tenere ben distinta la sua posizione da quella della parte civile », in quanto (si badi e segnala specialmente) « si è voluto…reagire a prassi distorsive, incoraggiate senza dubbio dagli esigui poteri riconosciuti alla persona offesa dal codice abrogato, dalle quali trasparivano assai spesso costituzioni di parte civile che, in realtà, occultavano persone offese dal reato, preoccupate soprattutto di riuscire a svolgere un ruolo attivo sul versante dell'accusa » [33].

La nostra impostazione è, infatti, che quest'ultimo ruolo può risultare (e risaltare) a prescindere dalla costituzione di parte civile e le cui pretese, però, non vengono stroncate (e dissipate, inconcludentemente) ma possono trovare più adeguata soddisfazione nel processo civile, a condizione che la persona offesa abbia poteri autonomi nel rito penale. In siffatto riassetto, non si " costringe " la persona offesa a costituirsi parte civile, le sue richieste potendo avere uno sbocco e una larga soddisfazione nel terreno extrapenale, con maggiore latitudine dei poteri (soprattutto probatori) esercitabili rispetto al processo penale ove - si consideri - si subordina il successo della parte civile costituita alla condanna dell'imputato (doppia condizione, interna ed esterna:fondatezza della domanda risarcitoria della P. C. e dell'accusa penale del P. M.), che richiede la prova rigorosa della sua penale responsabilità per il fatto di reato contestato « al di là di ogni ragionevole dubbio » (art. 533, comma 1, c. p. p., da inquadrare nel c.d. diritto penale dell'offesa [34]). Nel foro civile (ove non sono in gioco per l'imputato le categorie tipicamente penalistiche della libertà personale, dell'onore e della dignità, la quale costituisce il perno su cui ruota il clamoroso *overruling* della recente sentenza, di oltre quattrocento pagine, della Corte Suprema indiana dichiarando incostituzionale la *Section* 377 del Codice penale indiano) la relativa responsabilità segue canali differenti [35]

---

[32] TAORMINA, *Procedura penale*,cit., 100.

[33] F. DELLA CASA, *Soggetti*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 121.

[34] Cfr. , in dottrina, per la manualistica più accreditata, G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, 2010, 184 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, Cedam, 2013, 208 s. e, recentemente, PADOVANI, *Diritto penale*,cit., 102, secondo cui, categoricamente, « *tutti i reati sono…reati di offesa* ».

F. FORZATI, *Diritto penale dell'obbedienza tra fondamento etico religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. pen.*, 2017, f. 3. Sul piano generale, per le varie " vocazioni " del diritto penale, v., a ultimo, R. RAMPIONI, *I reati societari*, estratto da *Diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2018, 6 s. (specialmente, nel par. I, *Diritto penale del'economia e principi informatori del sistema penale*).

Sulla eventuale tenuità dell'offesa arrecata, ai sensi dell'art. 131*bis* del codice penale, v. Cass.,sez. III, 26 novembre 2018, n. 52974, in *Guida dir.*, 2019, p. 28. L'assoluzione può essere pronunciata « per inidoneità della condotta » dell'agente, precisa Cass.,sez.V, sent. 28 dicembre 2018, n. 45347, *ivi*, 29.

[35] Supreme Court of India, Navtej Singh Johar and Others v. Union of India Ministry of Law and Justice Secretary, 6 settembre 2018, case no. W. P. (Crl) No – 000076/2016, la cui decisione,che rende incostituzionale quella norma perché un contrasto con i quattro pilastri su cui si regge l'impianto costituzionale indiano e cioè « *individual autonomy and liberty, equality for all sans discrimination of any kind, recognition of identity with dignity and privacy of human beings* », definita " storica " , dai media indiani e internazionali, è richiamata e commentata da L. GIACOMELLI, « *I am what I am, so take me as I am* » e il carattere « trasformativo » dei prin-

e più " fluenti ", il danno e il nesso di causalità potendo attestarsi anche con presunzioni e con l'uso della tecnica della " non contestazione " (dando luogo al c.d. fatto pacifico; v. art. 115 c. p. c.). Saremmo al cospetto di una figura (semplificativa) ibrida,il risultato di ciò che potremmo appellare " accertamento negativo ", almeno nei termini riassunti dalla recente, duplice, giurisprudenza di merito: i fatti non specificatamente contestati devono ritenersi acclarati [36] e se il fatto non è contestato, il giudice deve astenersi da qualsiasi controllo probatorio [37].

4. La reticenza del codice di rito

Laddove si tenga distinta la persona offesa dal testimone [38], alla prima e quale soggetto privato non sono estranei interessi difensivi, al punto che in questa sua posizione (non neutra, ma) attiva si accosta alla parte pubblica, al pubblico ministero, ed entrambi possono avere e portare avanti lo stesso interesse processuale.

Tuttavia, mentre il suo sapere riceve il massimo risalto reputandosi (dalla giurisprudenza) esaustivo ai fini di una pronuncia di condanna (escludendosi, di norma, la necessità di apporti cognitivi), quando,invece, si tratta di riconoscere alla persona offesa specifici spazi difensivi o autodifensivi il sistema diventa, improvvisamente, agnostico (il sistema se ne serve " conclusivamente ", senza offrirle, poi, un terreno proprio, però).

Per la rilevata reticenza del codice di rito penale, il riferimento vuole essere alla sottofase della discussione finale e alla possibilità di prendere (e quindi pretendere) per ultimo la parola. La legge opera una vera e propria riserva soggettiva, di tipo assoluto: sceglie di intestare ed affidare tale potere all'imputato (perché - si dice - è lui il protagonista del processo penale e sullo stesso ricadranno gli effetti della sentenza) e al suo difensore, in via esclusiva (e quindi non concorrente), nell'impianto regolativo di cui all'art. 523, comma 5, c. p. p. Considerando il tenore della corrispondente disposizione, non è previsto un ruolo affidato alla persona offesa e, così, il suo sapere rimane inerte, (almeno) *apud iudicem.*

---

cipi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali, in *federalismi.it*, 23 gennaio 2019, 2 s.

D'altra parte, per esempio, sui presupposti in ordine alla configurabilità della responsabilità per danni da cosa in custodia, distinguendo tra proprietario e detentore, v. Trib. civ. Padova, 13 luglio 2018, n. 1519,in *Il Merito*, 2019, n.1, 6, rinviandosi.

Il ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, nella relazione alle Camere, ha annunciato che « entro metà febbraio in consiglio dei ministri Ddl di riforma del processo civile », in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2018, n.23, 4, a cura di G. NEGRI, *Giustizia, cause civili in calo*. Nel penale i procedimenti pendenti calano del 4,8%

[36] Trib. di Roma, sent. 24 ottobre 2017, n. 20048. Ma, per Cass. civ., sez. VI, ord. 9 maggio 2018, n. 11032, il principio di non contestazione non opera in difetto di specifica allegazione dei fatti che dovrebbero essere contestati. D'altro canto, si " obietta " che la contestazione deve risultare dalle difese, non dai documenti prodotti (Cass. civ., sez. I, ord. 14 febbraio 2018, n. 3644).

[37] Trib.di Milano,sez. V, sent. 25 febbraio 2016.

[38] Difficilmente la deposizione della persona offesa, quale querelante per esempio, può dirsi equivalente a quella del testimone-terzo, l'unico ad essere del tutto disinteressato alle sorti del processo.

5. Il P. M. ritira l'accusa in dibattimento ed emerge l'incidenza dell'art. 3 Cost.

Il processo ha le sue geometrie, con i suoi spazi e le sue proporzioni [39]. Intendendo la discussione (art.523 c. p. p.) quale spazio finale (o " marginale ") riservato ai vari soggetti per illustrare le proprie ragioni e " difenderle " avanti il giudice argomentando sugli elementi acquisiti e ciò al fine di influenzare la direzione del suo libero convincimento, per persuaderlo in uno dei due generali sensi, condannatorio o assolutorio, non vi è ragione per escludere la persona offesa (non costituita parte civile), la sua partecipazione [40]. Oppure il discorso è nominalistico (la persona offesa,nella tassonomia, non appartiene alla classe della parte, formalmente e rigorosamente intesa) o si tratta di una scelta " ideologica " (o di principio) in considerazione del fatto che è l'imputato che sta subendo il processo [41] ed in questa occasione conclusiva è conforme a tali parametri regolarsi secondo il criterio del *favor rei*, escludendo altri soggetti concorrenti, come la persona offesa.

Quanto alla parte civile, si tratta di una scelta che non dovrebbe esclude necessariamente, se si individua un interesse rilevante ed autonomo, quella diversa e più estesa, del tutto razionale ed equilibrata, di ammettere la partecipazione della sola persona offesa (non costituita parte civile,cioè) nella fase del giudizio penale. D'altro canto, nessun pregiudizio, giuridicamente riconoscibile, può configurarsi per la presenza aggiuntiva del soggetto passivo del reato (salvo immaginare una presenza " straripante " dell'imputato) a cui si darebbe voce per ultimo al pari dell'imputato.

Ora, la persona offesa (o, se deceduta, i suoi congiunti), che non coincide necessariamente con la persona danneggiata [42], può darsi che voglia e consideri appagante solo che (la vicenda venga alla ribalta e che) la condotta dell'imputato venga stigmatizzata e la sua responsabilità acclarata con pubblica (udienza e) sentenza che, appunto, la riconosca (in lessico prosaico: " non voglio i tuoi soldi, ma che paghi con la condanna e la pena che meriti, come di giustizia ", nel solco di un sostanziale risarcimento in forma specifica, esaltato dal c. d. *strepitus fori*) [43].

---

[39] Inteso quale parametro generale, v., recentemente, fra gli altri, S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, f. 4, 2017; N. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. sc. giur*., 2014, 279 s.

[40] F. CORDERO, Sub *art. 90*, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 106: « l'offeso…non interloquisce nella discussione (art. 523) ».

[41] Infatti,la sua condizione giuridica,per tutto il tempo del processo, è di soggezione, per i poteri, poziori, da altri esercitati.

[42] Per esempio abbia patito l'offesa dello *stalking* ma senza che si sia tradotta in un danno economico o che, all'opposto, questo non risulti debitamente documentato. Si consideri (solo da ultimo) che per la configurazione del reato di *stalking*, anche in assenza di un incontro fisico tra vittima ed imputato, sono sufficienti pochi messaggi via WhatsApp ed una telefonata dal tono minaccioso, che portano a modificare le abitudini della persona offesa. È quanto stabilito dalla Cassazione penale con sentenza 2 gennaio 2019, n. 61.

Per il delitto di atti persecutori c. d. stalking, quale reato di evento, v. Cass., sez. V, 26 luglio 2011, n. 28972,L. in *Riv.pen.*, 2012, 1022 Corte App. Milano, sez. V, 13 gennaio 2012, n. 5123, D.F., in *Dir.pen.cont.*, 26 gennaio 2012 e Trib. pen. Firenze, sez. I, sent. 17 ottobre 2017, n.3748, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 46.

V. Cass.,sez. III, sent. n. 23530 del 25 maggio 2018, in *Dir. e Giust*., 28 maggio 2018.

[43] Per non pregiudicare la sua azione nel processo penale e per preservarla nella sede propria, può darsi che la persona offesa non voglia costituirsi parte civile deliberatamente per coltivare la sua posizione in sede civile, dopo aver ottenuta la condanna in sede penale e devolverla alla libera valutazione del giudice civile (« il

Se quello della discussione (ha carattere destinativo e quindi) è uno spazio difensivo [44] (si badi) per trattare della responsabilità dell'imputato, della sua punibilità (o sulla " riparabilità " della condotta [45]) e quindi della regiudicanda, registriamo la difesa delle posizioni dell'imputato ma non quella della persona offesa e che pure ha un interesse proprio.

Evochiamo, infatti, il caso, significativo, che il P.M. chieda l'assoluzione dell'imputato in udienza e « quando la persona offesa rappresenta il principale (se non il solo) testimone che abbia avuto percezione diretta del fatto da provare e sia, quindi, sostanzialmente l'unico soggetto processuale in grado di introdurre tale elemento valutativo nel processo » [46]. La persona offesa resterà, certamente, del tutto " indifesa " e la discussione finale sarà monotematica, governo esclusivo della difesa, una volta cessata " la disputa " processuale (tra i due " storici " contendenti, l'accusa e la difesa).

Emerge, per tale distretto, un interesse difensivo autonomo riconoscibile ma non riconosciuto dall'attuale sistema, che, come indicato, esclude la persona offesa dal novero dei soggetti che possono partecipare alla discussione finale. Quella, specie, appunto, quando il P. M. abbia " ritirato " l'accusa in esito all'istruttoria dibattimentale, potrebbe ancora offrire, per la decisione, elementi ricostruttivi utili di esatta interpretazione e " decifrazione " dei risul-

---

vigente codice di procedura penale ha adottato…la regola…della separazione delle giurisdizioni civili e penali », ha statuito Cass., sez. un., 17 settembre 2012, n, 35559, Giangregorio, in *Arch. n. proc.pen.*, 2012, 627). In dottrina, ad esempio, v. TAORMINA, *Procedura penale*,cit., 101: « La persona offesa può scegliere di rimanere tale in tutto il processo e, avendo scelto di non costituirsi parte civile, potrà agire in esclusiva tutela dell'interesse penalmente protetto di cui è portatrice ». Ancora più " stringente " il recente discorso giurisprudenziale, nella decisione del Tribunale civile di Agrigento, 5 aprile 2018, n. 474, in *Il Merito*, 2019, n.1, 26, secondo cui in materia di risarcimento dei danni derivanti da reato, la sentenza del giudice penale che accertando l'esistenza del reato abbia pronunciato la condanna definitiva dell'imputato del risarcimento del danno in favore della parte civile, rinviando la liquidazione ad un giudizio successivo e separato, esplica effetti vincolanti in sede civile relativamente alla accertata responsabilità dell'imputato, che non può più contestare in sede civile i presupposti dell'affermazione della sua responsabilità come l'accertamento dell'esistenza del reato nonché la declaratoria *iuris* di generica condanna al risarcimento del danno. Altresì, v., per il giudizio penale e in riferimento alla P.C., Corte app. Caltanissetta, Pres. M. G. Romeo, Cons. est. A. B. Giunta, Imp. Esposito Ferrara, 6 luglio 2017, dep. 14 settembre 2017, sent. n. 416/17, di condanna, divenuta irrevocabile il 19 novembre 2017, *ined.*(in riforma della sentenza emessa da altro tribunale e in seguito ad una sentenza 22 giugno della Cassazione, sez. IV, che annulla la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello per nuovo giudizio), « P. Q. M. Condanna l'imputato al risarcimento dei danni nei confronti delle parti civili costituite da liquidarsi nella separata sede civile ».

Relativamente al reato di cui al novellato art. 646 cod. pen. già perseguibile d'ufficio ove fosse contestata l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 cod. pen., non va attivata la procedura di cui all'art. 12/2 dlgs n. 36/2018, ove la persona offesa si sia costituita parte civile – restando irrilevante che la parte civile abbia successivamente abbandonato il processo – ed il reato sia stato comunque già dichiarato prescritto nel giudizio di merito (v. Cass., sez.II, sent. 23 maggio 2018, n. 23077).

Sulla costituzione di parte civile, da ultimo, v. Cass., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 7858.

[44] Scrive incisivamente F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari,1985, 10 che le « defensiones appartengono a un genere colto, considerati gli infimi livelli a cui talvolta scendono i penalisti ».

[45] Ma, pure, « si tratta di domandarsi se un eventuale contegno ' riparatore ' (in seno lato) da parte del colpevole possa concorrere a definire i presupposti della non punibilità » (G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, in *Itinerari di Diritto* penale, Torino, 2016,90). Cfr. la recensione di E. AMMANNATO, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2017, a G. MANNOZZI e G. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, nonché M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, *ivi*, 18 maggio 2015; F. VIGANÒ, Sanzione penale, sanzione amministrativa e *ne bis in idem*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 109; D. FERRANTE, *Giustizia ripartiva e stalking: qualche riflessione e margine delle recenti polemiche*, *ivi*, 4 luglio 2017.

[46] Trib. Napoli, n. 644/2018.

tati istruttori e soprattutto elucidarli, sia per il giudizio sulla penale responsabilità - e quindi sulla formazione del convincimento dell'organo chiamato ad emettere la sentenza nell' " immediatezza " (v. sentenza Kostovski [47]), appunto « deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento » *ex* art.525, co.1, c. p. p. - che per il trattamento sanzionatorio applicabile. L'assenza della persona offesa (non costituita parte civile) integra una lacuna (non rimediata) ed anche (suona come) una implicita o tacita responsabilità per non aver assunto il ruolo di parte.

D'altra canto e specificamente, quando la persona offesa è il querelante ha un interesse netto e ben preciso a resistere alla richiesta assolutoria per evitare di essere condannato alle spese e ai danni, in ipotesi di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, dimostrando che l'esercizio del diritto di querela è stato esercitato *sine culpa* (art. 542 c. p. p. [48]).

Quindi, l'interesse partecipativo della persona offesa diventa duplice, positivo e negativo.

Poiché non può non convenirsi sulla rilevanza e l' " attualità " del suo interesse, il risultato, emerso, è che il sistema giuridico è affetto (e quindi appare " viziato ") da una lacuna tutt'altro che secondaria che si traduce,per il pregiudizio arrecato alla persona offesa (c.d. *vulnus*), in una ingiustificata disparità di trattamento costituzionalmente apprezzabile (art. 3 Cost.).

6. La persona offesa quale " postulante senza diritti "(Cordero): le si riconosce la vita, ma non la vitalità. Rito *in absentia*

La dottrina più attenta, pur non riconoscendo (o non occupandosi della possibilità del) l'inserimento della persona offesa tra i soggetti che possono partecipare alla discus-

---

[47] In dottrina, v. C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016,463 che richiama Corte EDU, 27 marzo 2014, Matytsina c. Russia, la sentenza Kostovski, sull'acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni rese dalla persona offesa durante le indagini: « anche quando la difesa è stata in grado di interrogare un testimone…nella fase delle indagini di polizia, ciò non può sostituire l'esame incrociato di quel testimone…durante il processo davanti al giudice. Si tratta di un elemento importante di un procedimento penale equo…alla presenza del giudice che decide il merito ».

Cfr. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 71 e R. CASRIRAGHI, Sub *art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*,a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 225 in ordine al « principio d'immediatezza. intesa tanto come contatto diretto del giudice con la fonte di prova quanto come identità del giudice che assume e giudice che valuta la prova stessa ».

In giurisprudenza, sulla « la necessità di un contatto diretto (orale ed immediato) con la prova da parte di quel Giudice che sia chiamato a decidere », v. Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Presidente Canzio, Relatore De Amicis, Ricorrente Troise.

[48] Per la giurisprudenza di merito, recentemente, v. Trib. pen. Trieste, sez. II, sent. 14 settembre 2017, n. 941, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 42-43: in tema di procedimento penale,perché il querelante possa essere condannato al pagamento delle spese processuali in caso di assoluzione dell'imputato per insussistenza del fatto o per non averlo commesso, è necessario il preventivo accertamento, con relativo motivato giudizio, dell'esistenza della colpa per l'esercizio del diritto di querela.

sione finale, ne nota e segnala l'assenza: « non vengono alla ribalta l'offeso né l'eventuale satellite; ed è una disputa tecnica, riservata ai difensori delle parti private » [49].

L'ipotesi è che tale vuoto possa colmarsi con una lettura estensiva dell'art. 90 c. p. p. (norma ospitata nella c. d. " statica " del codice, e non nella " dinamica ") ove è previsto che la persona offesa « in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e…indicare elementi di prova ». La struttura della norma, però, non permette di calarla, *sine glossa*, nella compagine

dibattimentale, riconoscendo un autonomo *ius ad loquendum* [50] (oltre le memorie), sia perché il termine " procedimento " (e non processo) potrebbe essere inteso come limitato alla fase delle indagini preliminari [51], sia perché tale potere, in assenza di una sicura base codicistica, potrebbe non godere di una stabilità, variando da giudice a giudice, in corrispondenza della interpretazione adottata, caso per caso appunto. Si aggiunga che l'attività ostensiva (avente ad oggetto " elementi di prova ") non è propria della discussione finale (tranne che la formula " elementi di prova " rappresenti un *minus* della vera e propria [52] e la si intenda in senso lato, e senza che possa sollevarsi un problema di legalità della prova [53]).Ove, appunto, tale *ius ad loquendum*,quale strumento difensivo, non possa impiantarsi nella base dell'art. 90 cit., tentando così una lettura della norma c.d. costituzionalmente orientata in quanto allineata con l'art. 24, comma 2, Cost., dovrebbe essere possibile (non residuerebbe altro modo se non) eccepire un *vulnus* per (a carico del) la persona offesa quale soggetto escluso tra quelli che possono prendere la parola ai

---

[49] F. CORDERO, Sub *art. 523*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 626.

Tuttavia, notiamo come il riferimento al difensore della parte privata potrebbe essere integrato, se richiamiamo il potere dell'offeso di dotarsi di un difensore e riconosciamo la natura sostanziale di parte che quello riveste.

[50] Sul quale v. Cass., sez. IV, 19 maggio 2016, n. 20993.

Sul problema del coordinamento dell'istituto delle dichiarazioni spontanee, v. Cass., sez. I, 23 novembre 1993, Morgante, in *Cass. pen.*, 1995, 968, con nota di N. TRIGGIANI, *Dichiarazioni spontanee dell'imputato* ex *art. 494 c. p. p. e discussione finale* ex *art. 523 c. p. p.*: un opportuno chiarimento della Corte di cassazione. In tema, v. Cass., sez. IV, 28 maggio 1993, Festini, *ivi*, 1995, 308.

Recentemente, v. A. P. VIOLA, *Dichiarazioni spontanee*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 487. I

[51] Così, fra molti, P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2017, 83.

[52] Precisa PENNISI, *Persona offesa dal reato*, cit., 790 che « l'offeso dal reato non è titolare del diritto alla prova che l'art. 190 c. p. p. limita espressamente alle parti ». Si occupa della problematica TAORMINA, *Procedura penale*,*loc.cit.*

[53] Per la quale si rinvia a Cass,, sez. VI, sent. 28 aprile 2017, n. 20267, Sabatini, in *Guida dir.*, 2017, n. 23, 84.

sensi dell'art. 523, co.1, c. p. p. [54]. In tal senso, potrebbe sollevarsi un problema di costituzionalità dell'art. 523 c. p. p. per contrasto con l'art. 24 Cost. ma anche con la disposizione dell'art. 3 Cost. (intesa anche quale " norma-principio ") poiché irragionevolmente e incoerentemente il nuovo codice Vassalli accresce la figura della persona dotandola di nuovi poteri, prevede la sua citazione in dibattimento e a pena di nullità, permette persino che le sue (sole) dichiarazioni dibattimentali possano condurre alla condanna dell'imputato, ma poi, nel momento *clou* dello stesso dibattimento in cui ha deposto quale testimone c.d. a carico, il suo intervento *desinit*, svanisce nella discussione finale ove non figura(una costruzione a mezza altezza, dunque, o un legislatore inconcludente). Lo statuto costituzionale è irrefutabile [55] e reclamabile: la forbice costituzionale rimane aperta poiché nel terreno della discussione finale si consuma una disparità di trattamento tra due soggetti portatori di interessi contrapposti, dandosi la parola per ultimo solo all'imputato. La registrata preclusione per la persona offesa, i cui interessi non possono trovare compiuta espressione e forma processuali, è una lacuna dell'ordinamento giuridico ciò che neppure una lettura costituzionalmente orientata riesce a colmare ed emendare.

---

[54]Art. 523 (Svolgimento della discussione).1. Esaurita l'assunzione delle prove, il pubblico ministero e successivamente i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato formulano e illustrano le rispettive conclusioni, anche in ordine alle ipotesi previste dall'articolo 533, comma 3-bis.

L'*homo novus* si duole molto di un andamento che vede l'avvocato parlare per primo (*antequam verbum accuatoris audisset*), considerata ingiusta: « Ciò accade perché un pretore ha violato l'equità e il diritto…;inoltre perché ha fissato la procedura di questo stesso processo in modo tale che l'accusato fosse costretto a difendersi prima d'aver ascoltato l'arringa dell'accusatore » (M. T. CICERONE, *Pro Publio Quinctio oratio*, in *Le orazioni*, di M. Tullio Cicerone, I, dall'81 al 70 a. C., a cura di G. Bellardi, Torino, 1994, 124 s.). Rispetto al vecchio codice « è il pubblico ministero che apre la discussione, ponendo » la difesa « dell'imputato in coda » (precisano D. SIRACUSANO-F.SIRACUSANO, *Il giudizio*, in AA. VV., a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 654).

[55] Nella ipotesi in cui nell'intervallo tra la deliberazione e la pubblicazione della sentenza entri in vigore una nuova normativa - ovvero venga dichiarata incostituzionale quella vigente - che esplichi effetti sostanziali e processuali sul rapporto controverso, è dovere del giudice applicare immediatamente la disciplina sopravvenuta, mediante i necessari consequenziali adempimenti (Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2018, n. 16052, Newi, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 82). Ma, in una (già) storica ordinanza 26 novembre 2018, n. 207, *ivi*, 2019, n.1, la Corte costituzionale ha rinviato di un anno la trattazione di una questione di costituzionalità per dar modo, *medio tempore*, al legislatore di intervenire per regolamentare la materia *sub iudice*, « laddove la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone scelte che il legislatore è abilitato a compiere ».

D'altra parte, sul « sindacato della Corte costituzionale, adusa a enucleare vizi di costituzionalità nei testi legislativi ad essa sottoposti », v., fra gli altri, I. PELLIZZONE, *" Manifesta incostituzionalità " quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del presidente Mattarella*, in *A. I. C.*, n.3/ 13-7-2018. Sulla « interpretazione conforme a Costituzione della legge da parte dell'autorità giudiziaria », v. E. LAMARQUE, *La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2/ 2018, 62. In tema, v. G. ZAGREBELSKY e V. MARCENO', *La giustizia costituzionale*. II. *Oggetti, procedimenti, decisioni,* Il Mulino, Bologna, 2018, 123-126; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; R. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006;

In dottrina, v. T. E. EPIDENIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 101, che riporta i tre citati principi tra le « *norme-principi* , da intendersi…come norme espressive di " valori " ».

Può anche intrecciarsi un paradosso: è la persona offesa che genera la vita del processo penale laddove la querela riveste il ruolo di una condizione di procedibilità dell'azione penale [56] (e può anche lo stesso soggetto deciderne la " morte ", con il suo ritiro incidendo sul potere decisorio: v. art. 529 c. p. p., in ordine alla sentenza di non doversi procedere), allorché il procedimento penale si mette in moto per via della sua querela, che diventa la radice dell'intero processo [57]. Poi, però," non le si darà (mai) la parola " (il sistema non prevede espressamente che il giudice dia la parola alla persona offesa) quando la celebrazione del processo, edificato sulla sua " parola ", dovrà chiudersi, nella fase finale, *in absentia* (alle porte della camera di consiglio e quindi della decisione non figura la presenza giuridica della persona offesa). Dunque, " la vita ma non la vitalità ", in sintesi: la linfa della persona offesa determina l'origine del processo penale (quindi rapporto di filiazione di questo rispetto all'atto genetico di quella), ma questo non le riconosce il potere di continuare ad esistere (tranne che si costituisca parte civile) autonomamente nei momenti cruciali e " decisivi " della discussione finale.

Se sono, come si sottolinea in dottrina, antagonisti, non si giustifica del tutto il fatto che, ai sensi dell'art. 523, co. 5, c. p. p. [58], solo l'imputato e il suo difensore « devono avere, a pena di nullità, la parola per ultimi se la domandano ». Quali " puri " antagonisti (non lo è il P.M. , organo pubblico [59], " parte imparziale ", si suole appellare con voce ossimorica), la scelta di non dare la parola alla persona offesa le fa correre lo stesso rischio che corre l'imputato, sebbene nella direzione opposta: l'imputato rischia la condanna, la persona offesa l'assoluzione (dall'accusa) a cui ha interesse solo il primo. L'ultima parola dovrà spettare all'imputato, ma anche dovrebbe riconoscersi alla sua vittima [60], specu-

---

[56] Sul reato non procedibile d'ufficio, v., da ultimo, Cass., sez. un., sent. 7 settembre 2018, n. 40150, in *Guida dir.*, 2018, n. 40, 62.

[57] L'esempio può trarsi da Cass. pen. sez. VI, sent. 9 ottobre 2018, n. 45465, in *Guida dir.*, 2018, n. 44, 113: il dipendente di Trenitalia che lavora allo sportello della biglietteria, il quale si appropri del soldi ricevuti per l'acquisto dei titoli di viaggio, non è perseguibile per il reato di peculato, i quanto non è un incaricato di pubblico servizio. L'assenza della qualifica soggettiva pubblicistica determina, in tale ipotesi, del reato meno grave, di appropriazione indebita, perseguibile però a querela.

[58] Ma per Cass., sez. VI, 28 aprile 1995, La Vigna, in *C. E. D. Cass.*. 201838, il potere di prendere la parola per ultimi dell'imputato e del suo difensore non opera nel procedimento camerale.

[59] Al riguardo, v., fra gli altri, R. BIN-G.PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 479 s; P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino,212, 463. In giurisprudenza, sul ruolo del P.M. v., da ultimo, Cass., sez. VI, sent. 21 marzo 2018,n. 18082, Pres. Villoni, Est. Vigna.

[60] F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, 419 s.

DELLA CASA, *Soggetti*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit.,118: « il termine " vittima " è usato…una sola volta nell'art. 498 comma 4 *ter* ». Sul punto, già v. S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 3 s.

Sia dottrina (v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 210) che giurisprudenza (Corte App. pen. Roma, sez. I, 2 ottobre 2017, n. 6609, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 47) parlano di " vittima del reato ". Da ultimo, v. Trib. civ. Agrigento, 5 aprile 2018, n. 291, in *Il Merito*, 2019, n. 1, 26: la vittima di un reato ha diritto al risarcimento del danno patrimoniale non patrimoniale nella sua più ampia accezione.

D'altra parte, v. Corte Edu, 26 luglio 2018, Dridi c. Germania, in *Proc. Pen. Giust.*, 6/2018, sulla possibilità che deve avere la difesa di esercitare i poteri effettivamente. Ma secondo Cass., sez. V, 12 aprile 2012, Pres. Oldi, non è invocabile nel rito camerale l'art. 523, c. p. p., di dare per ultimo la parola all'imputato.

larmente. Non basta assegnarla al P.M. (se ciò suscita anche una aspettativa), nella forma di una riserva, perché potrebbe concludere a favore dell'imputato e in quanto la persona offesa-querelante ha un interesse autonomo (per esempio arg. *ex* art. 542 c. p. p.) che legittima la sua partecipazione alla discussione finale, paritariamente [61]. Se, per esempio, secondo l'accusa, alla persona offesa fossero stati arrecati una lesione all'onore e alla reputazione, questi sono considerati diritti della persona costituzionalmente garantiti [62] processualmente reclamabili dai soggetti passivi.

Quindi, dal combinato disposto degli artt. 24, co. 2, Cost. che consacra ed appella « la difesa…diritto inviolabile » (il testo della norma, aspecifico, non è riferibile solo alla difesa dell'imputato riservatamente) declinato (dettando la norma anche la sua latitudine) « in ogni stato e grado del procedimento » e 90 c. p. p. relativo alla persona offesa, specificatamente, che può esercitare i suoi poteri « in ogni stato e grado del procedimento » (co.1), nello stato finale della discussione, ai sensi dell'art. 523 c. p. p. [63], la difesa della persona offesa [64] non risulta coinvolta (diversamente da quanto prevede a beneficio dell'imputato, e in violazione dell'art. 3 Cost.), residuando un difetto costituzionale.

Al riguardo, in una recente decisione si richiama « il rispetto delle prerogative tipicamente processuali in cui si sostanzia il diritto di difesa » [65].

Può concludersi che così come « era un postulante senza diritti nel vecchio sistema » [66], anche nell'attuale e nel distretto segnalato, lo è. Nonostante i rafforzamenti della sua posizione [67] - tenendo conto che « la prospettiva è…andata mutando negli ultimi anni, grazie soprattutto alle sollecitazioni sovranazionali che hanno condotto ad un protagonismo della vittima nella scena processuale penale del tutto nuovo » [68] - la vittima del reato continua

---

[61] Eloquentemente ed esemplificativamente, v., nell'ottica dell'antagonista della P.O., Cass. sez. un., sent. 24 settembre 2018, n. 40984, Gianforte, in *Guida dir.*, 2018, n. 42, 89: è abnorme e quindi ricorribile per cassazione anche dalla persona sottoposta ad indagine il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordini, ai sensi dell'art 409,comma quindi Cpp, , che il pubblico ministero formuli la richiesta di archiviazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta. La Corte, così, ha risolto un contrasto interpretativo in tema di titolarità del diritto di impugnazione, riconoscendo la legittimazione a ricorrere non solo al pubblico ministero, ma anche all'indagato, sul rilievo che l'imputazione coatta per fatti non contemplati dal pubblico ministero nella richiesta di archiviazione incide pesantemente sulla possibilità per l'indagato di interloquire sull'accusa e sulla sua legittimità e, in ultima analisi, sulla possibilità di difendersi per impedire di essere sottoposto a processo.

[62] Così, Cass. civ., sez. III, 15 giugno 2018, n. 15742, X, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 82.

[63] Sulla norma v. Cass., sez. un., sent. dicembre 2012, n. 6509, e, recentemente, v. Cass. pen. n. 12603/2017. Prima, Cass., sez. II, 6 maggio 2014, n. 44666. Da ultimo, v. Cass., sez. V, sent. 5 marzo 2018, n. 9936.

In dottrina, ad esempio, v. G. COSTANTINO, *Appello in cassazione. Giudizio in cassazione*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 1, 516; M. TARUFFO, *Le novità nel giudizio di cassazione*, *ivi*, 2013, 534.

[64] La quale, appunto, pure abbia nominato un suo difensore,secondo una norma *ad hoc* per la nomina della persona offesa, l'art. 101 c. p. p.

[65] Al riguardo, v. Cons. St., Ad.Plen., 5 settembre 2018, n.14, in *Guida dir.*, 2018, n, 40, 84.

[66] F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 276.

[67] CORDERO, Sub *art. 90*, *Codice di procedura penale commentato*, *loc.cit.*: « Grazie all'art. 91 e alle norme ivi richiamate, esce dal limbo ».

[68] MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, cit., 300, valutan-

a muoversi nella periferia del processo penale, passandosi al " vicolo cieco " del mancato riconoscimento di partecipare alla discussione finale mediante il suo difensore nominato. Fin quando non avrà accesso all'area d'interesse (quella nevralgica), la vittima del reato rimarrà ai margini delle zone contrassegnate dall'oralità e dall'apporto dialogico ed anche dall'immediatezza (nell'accezione che assicura il contatto diretto con il giudice della decisione, anche quale fonte di prova), appannaggio del suo antagonista in un terreno occupato dal " garantismo penale unilaterale ", centrato, appunto, sui diritti del reo [69]. La giurisprudenza più recente, quella che orienta incisivamente la " sintassi " applicativa non dubita della « necessità di un contatto diretto (orale ed immediato) con la prova da parte di quel Giudice che sia chiamato a decidere » [70].

In tal senso, evidentemente, ha pienamente ragione la dottrina quando stigmatizza l'incoerenza della trama del tessuto del processo penale che segue un andamento decrescente,poiché « dopo l'esercizio dell'azione penale…a partire da tale momento…l'organicità del disegno risulta affievolita, visto che…alla persona offesa al reato in quanto tale vengono riconosciuti poteri assai ridotti…Ciò, peraltro, può comportare…il perpetuarsi della confusione dei ruoli di persona offesa e di parte civile » [71].

7. Il sistema che si completa (l'ambito sovranazionale): la sfera del " dovere " e quella del " potere ", di *Ethos* e di *Epos*

Pubblico ministero e persona offesa esprimono, più o meno intensamente, un'accusa (per il primo è tecnica, per la seconda è genetica) che possono esercitare con incisivi poteri (entrambi i soggetti [72]) - pubblica risalente all'organo del P.M., privata quella relativa alla P. O. , che si attesta quale « naturale antagonista dell'imputato » [73], con una serie di poteri previsti (anche dal codice penale: v. artt. 120,121) nel codice Vassalli [artt.90, 101 che consente alla persona offesa di godere del patrocinio a spese dello Stato a norma dell'art. 2 co. 1 lett. 0a) del d.lgs. 14 agosto 2013 n. 93 conv. con mod. nella l. 15 ottobre 2013, n. 119, 360, 369, nell' aggiunta del 2014, 394, 398, 401,406, 408 s., 413, 419, 429, 572; v., pure, le diposizioni che regolano il procedimento che si svolge avanti il giudice di pace e l. 20 novembre 2017, n. 167 (legge europea 2017), che contiene (artt. 6 e 24) disposizioni in materia

---

dosi il reato non quale semplice offesa ai danni della società, ma come « offesa alla vittima ed alla collettività cui quella vittima appartiene ».

[69] Cfr. F. MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all'effettività del diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 707.

[70] V. Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Ric. Troise, cit.

[71] DELLA CASA, *Soggetti*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., 121-121.

[72] DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, *loc.cit.*: « Collabora con la pubblica accusa, nel corso del procedimento per le indagini preliminari ». Al riguardo, v., pure, TAORMINA, *Procedura penale*, *loc. ult. cit*.

[73] Così, P. P. PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, Milano, 2008, 594, che, sul punto, richiama A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano,1971, 2 s. Recentemente, sulla figura, v. C. MORSELLI, Sub *art.* 90. *Scoli. Commento al Codice di procedura penale,* I, Palermo, 2014, 297 s.

di accesso alle prestazioni del Fondo per l'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti e di termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico; l. 11 gennaio 2018, n. 4 (modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici);
l. 11 gennaio 2018, n. 6 (disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia)].

In effetti, e per rimarcare la sua differenza con il testimone [74] (tale, per l'appartenenza del narrato al vissuto di chi lo rende mediante il mezzo di prova corrispondente e nell'orbita della regiudicanda), la persona offesa ha un ruolo attivo potendo esercitare diritti e facoltà (può nominare un difensore e indicare elementi di prova), ciò che lo pone quale soggetto che parte-cipa alla dialettica intersoggettiva (nel verbo " partecipare " la radice estraibile è " parte ").

La dottrina, forzando il dato letterale che richiede la qualità di " parte ", ai fini segnati all'art. 121 c. p. p., ritiene che « la persona offesa e il suo difensore presentino al giudice memorie o richieste scritte, mediante deposito in cancelleria…il giudice provvede senza ritardo » [75].

Quanto precede per sottolineare l'esigenza di instaurare una certa parità fra soggetti, collocati in posizione contrapposta, e che è quanto può ipotizzarsi in alternativa al segnalato dubbio di incostituzionalità delle norme coinvolte, sulla spinta anche del considerando n.11 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI): « La presente direttiva stabilisce norme minime. Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato ».

Ora il " diritto " ad essere ascoltati trova puntuale riconoscimento anche in ambito sovranazionale [76], tanto nella (precedente) decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio

---

[74] Mentre sull'esame del testimone che sia anche persona offesa, v. Cass., sez. III, sent. 21 novembre 2017, n. 52809, in *Guida dir.*, 2018, n. 6, 68 s. Sulla testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria, v. Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 305, in *Corr. giur.*, n.10, 1438, e Cass., sez. IV, 30 maggio 2018, n. 24373, cit. ricorda che - successivamente a tale nota declaratoria - « l'art. 4, l. 1 marzo 2001, n. 63 ha riformato la disposizione dell'art.195, comma 4, cod. proc. pen. introducendo nuovamente il divieto per gli ufficiali e gli agenti di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni, ma limitandone l'ambito applicativo alle sole ipotesi in cui tali dichiarazioni siano state raccolte secondo determinate modalità: ex art. 351, da persone informate sui fatti ovvero da imputati in reati connessi o collegati a quello per cui si procede; tramite denunce, querele o istanze presentate oralmente ex art. 357, comma 2, lett. a); tramite sommarie informazioni fornite o dichiarazioni spontanee rese dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, ex art. 357, còmma 2, lett. b) ». In materia, M. BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, Milano, 2008, 1097, avverte che la nozione di testimonianza « non è definita dal legislatore, che ne presuppone il concetto ».

In dottrina, v. C. CESARI, *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, Milano, 2008, 1135, sulla « rievocazione processuale di fatti intesi da altri e raccontati da costoro…al testimone che li riferisce » (e che noi racchiudiamo nella formula di sintesi *relata refero*).

[75] DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*,cit., 577-578. Inammissibile è la memoria ai sensi dell'art. 121 c. p. p. depositata dopo la chiusura del dibattimento (Cass., sez. I, 18 dicembre 2012, n. 49086, in *Arch. n. proc.pen.*, 2014, 192).

[76] Sulla « maturata consapevolezza della dimensione europea ed internazionale del processo penale », v. O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 3. Al riguardo, v. R. E.

dell'Unione europea del 15 marzo 2001 [relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, e che all'art. 1 definisce « *a*) " vittima ": la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro »[77]] che nell'attuale Direttiva 2012/29/UE [art. 2. 1. « Ai fini della presente direttiva per *a*) " vittima ": *i*) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato »] [78] (per l'influenza delle " direttive europee ", v. d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. conv. con l. 15 ottobre 2013, n.119; d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24; d.lgs 11 febbraio 2015, n. 9; d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 [79]).

Per intendere la portata della disposizione dobbiamo abbinarlo al contesto in cui tale ascolto è utile a chi lo chiede ed indubbiamente quello è individuabile nel dibattimento, nell'ambito della discussione finale proprio perché così può farsi sentire la persona offesa, dal giudice della decisione.

Ed è questo il significato specifico che può ricercarsi nel potere che ha la persona offesa di nominare un difensore [80], che non esclude l'autodifesa laddove voglia far sentire la sua viva voce all'organo giurisdizionale (nei casi dettati dall'art. 90, co.1, c. p. p., autorevole

---

KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2015, 71.

[77] Articolo 3 Audizione e produzione di prove. Ciascuno Stato membro garantisce la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le autorità competenti interroghino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale.

Articolo 6. Assistenza specifica alla vittima. Ciascuno Stato membro garantisce che le vittime abbiano accesso, gratuitamente ove ne sussistano i requisiti, all'assistenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera f), punto iii), relativa al loro ruolo nel corso del procedimento ed eventualmente al patrocinio gratuito di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera f), punto ii), in qualità di possibili parti del procedimento penale.

[78] V. il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE operato lo scorso 10 ottobre 2017 dal Tribunale di Bari, sez. II, con ordinanza (in *Giur. pen.*, 18 gennaio 2018,*Il principio dell'immediatezza soggettiva della decisione penale al vaglio della Corte di Giustizia UE. Il Tribunale di Bari solleva una questione pregiudiziale*; pure in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018, F. MARCHETTI), con il quale è stata chiesta la corretta interpretazione degli articoli 16**,** 18 e 20 lett. b) della Direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, trasposta, per ciò che riguarda l'Italia, nel D. lgs. n. 212/2015: « Se gli artt. 16, 18 e 20 lett. b) della Direttiva 2012/29/UE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che la persona offesa debba essere sottoposta nuovamente all'audizione dinanzi al mutato giudicante quando una delle parti processuali ai sensi degli artt. 511, comma 2, c. p. p. e 525, comma 2, c. p. p. (come costantemente interpretati dalla giurisprudenza di legittimità) neghi il consenso alla lettura dei verbali delle dichiarazioni già in precedenza rese dalla stessa persona offesa nel rispetto del contraddittorio ad un giudice diverso nello stesso processo ».

In dottrina, v., ad esempio, G. ILLUMINATI *La vittima come testimone*, L. Lupària (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, 63 s.; O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, n. 2, 477.

[79] In dottrina, v. M. CAGOSSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir.pen.cont.*, 19 gennaio 2016; *ivi*, 4 aprile 2017, L. LUPÀRIA, in riferimento a M.BARGIS-H.BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, *ivi*, 11 aprile 2016; S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti " eventuali ", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, ivi*, 16 gennaio 2017.

[80] Con questa " dote difensiva " (insieme al singoli poteri esercitabili) non si discosta molto dalle altre parti, e può considerarsi quale parte sostanziale con le altre parti espressamente previste all'art.523, co. 1, c. p. p.

dottrina ammette l'intervento autonomo della persona offesa [81]). Così, il " diritto di essere ascoltati " ha una piena valenza se collocato anche nella contrapposizione dialettica rispetto al suo autentico antagonista, cioè l'imputato (di cui continua a richiamarsi « la centralità…e la preminente esigenza di garantire i suoi diritti fondamentali nel contesto di un processo…definito equo…in una visione antropocentrica della procedura penale » [82]), sia in sede di discussione sia riconoscendo, per un canone di *par condicio* e di " parità d'armi "[83], anche alla persona offesa la facoltà di prendere la parola per ultimo.

Sarebbe questo il canale " visibile " attraverso cui si assicurerebbe una tutela più ampia ed estesa alla persona offesa prospettata al citato considerando n. 11 e che permetterebbe al diritto interno di completarsi autonomamente. Al riguardo, si è notato che « tanto la Decisione quadro 2001/220/GAI, quanto la successiva Direttiva 2012/29/UE vincolano…infatti, gli Stati membri a garantire alla vittima la possibilità di rendere una deposizione rimettendo, tuttavia, al legislatore nazionale la disciplina della veste giuridica e dell'efficacia dimostrativa del contributo » [84].

Potrebbe obiettarsi che, così, si assommano troppi poteri in capo alla persona offesa[85], autore della prova dichiarativa e che da sola può essere assunta a fondamento di una decisione di affermazione della penale responsabilità dell'imputato - secondo un orientamento, da tempo, maggioritario [86] ponendo l'imputato in una posizione di netto svantaggio.

---

[81] TONINI, *Manuale breve*, cit., 90: « In tali casi, peraltro limitati, la persona offesa può agire anche personalmente nel procedimento; ad esempio, può presentare memorie ed indicare elementi di prova. In relazione a questi atti l'offeso non è costretto ad agire " col ministero di un difensore ", a differenza di quanto è previsto per le parti private diverse dall'imputato (es. parte civile) ».

[82] MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, *loc.cit.*

[83] S. BUZZELLI, Sub *art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*,a cura di G. Ubertis e F. Viganò, cit., 172 s., sul « principio del contraddittorio, il quale - a sua volta - presuppone la parità delle armi ». In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. civ., ord. 7 marzo 2018, n. 5431 e Corte cost., sent. 20 luglio 2018, n. 167, Pres. Lattanzi, Red. Coraggio.

Nel senso che il « dibattito contraddittorio » richiede la produzione degli « elementi di prova…davanti all'accusato durante l'udienza pubblica », v. C.edu, sent. 19 febbraio 1991, Isgrò c. Italia, par. 34; C.edu 19 dicembre 1990, Delta c. Francia, par. 36.

[84] STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 3-4.

Nella deliberazione 9 ottobre 2008, causa C-404/07, Katz, la Corte di Giustizia ha statuito che gli artt. 2 e 3 Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI « devono essere interpretati nel senso che non obbligano un giudice nazionale ad ammettere l'audizione della vittima di un reato come testimone nell'ambito di un procedimento di accusa privata sussidiaria », come previsto nel sistema processualpenalistico ungherese, ma che « ove priva di tale possibilità, la vittima deve però poter essere ammessa a rendere una deposizione che possa essere presa in considerazione come elemento di prova». Cfr., anche, M. VENTUROLI*, La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont*., 3–4, 2012, 108 s.

[85] Per la fase preprocessuale, si pensi al potere di impulso ai sensi dell'art. 392, comma 1 *bis*, c .p. p. e quello autonomo *ex* art.394 c. p. p. (richiesta della persona offesa) in materia di incidente probatorio (v. L. LUPÀRIA, *Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2011, nel commento a Corte di giustizia UE, sent. 21 dicembre 2011, proc. pen., c. X, causa C-507/10) o, al termine delle indagini preliminari, al potere, assai cospicuo, di formulare opposizione alla richiesta di archiviazione previsto all'art. 410 c. p. p., su cui in dottrina, v., ad esempio, M. CAINAIELLO*, Archiviazione*, *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, Milano, 2008, 1135, 59 s. e, in giurisprudenza, Cass., sez. V, sent. 25 ottobre 2017, n. 49046, Pres. Vessichelli, Rel. Scordamaglia; Cass., sez. III, sent. 20 giugno 2018, n. 28531, Pres. Di Nicola, Rel. Gai.

[86] L'orientamento maggioritario ritiene che anche la sola deposizione della persona offesa, ancorché non equiparabile a quella di un testimone estraneo, possa fondare il giudizio di responsabilità dell'imputato, indipen-

Riteniamo che, al riguardo, serva un chiarimento segnalando che così si confondono i due piani del " dovere " e del " potere ": la persona offesa dichiarante in dibattimento è chiamata (*vocatio*) dal pubblico ministero a rendere testimonianza e il cui ufficio è obbligatorio e attiene alla classe del dovere, diversamente dalla posizione da noi prospettata di partecipare alla discussione e di avere in ultimo la parola, ciò attenendo ad una posizione di potere [87] (evocativo). Nel primo caso siamo nella sfera di *Ethos* e la persona offesa è posta in un piano di passività anche per il vincolo di verità cui è sottoposta in sede di escussione (v. art. 198 c. p. p. ad esempio: « Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice…e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte »), nel secondo nel terreno di *Epos* e sviluppa un ruolo attivo [88] e devolutivo.

Questo non elimina (e non può eliminare) il fenomeno, francamente degenere, in atto nel terreno giurisprudenziale, a detrimento dell'imputato così svantaggiato, circa la massima valenza riconosciuta al *dictum* della persona offesa (che altre volte abbiamo segnalato e censurato [89]) ai limiti dell'integrazione di una ipotesi di abuso del processo[90] (delle forme del processo e della regola tramandata dalla tradizione dell'*unus testis nullus testis* [91]) per il malgoverno circa l'uso (apofantico, nel versante della verità) della testimonianza della perso-

---

dentemente dall'esistenza di riscontri esterni, soprattutto quando non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità (Cass. n. 225232 del 23 maggio 2003), mentre l'orientamento minoritario afferma la necessità di compiere un esame attento, mediante la conferma con altri elementi probatori, cosicché tale testimonianza può essere assunta, anche da sola, come fonte di prova, solo se essa viene sottoposta ad un riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva (Cass. n. 235578 del 18 dicembre 2006).

[87] Poteri e doveri risultano esaminati all'interno di uno studio assai raffinato, e che oramai può considerarsi un classico della letteratura giuridica italiana, condotto da F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale. Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 263-264, il quale coinvolge in uno scrutinio unitario le tre categorie dell'onere, del dovere e del potere, ritenendo « esclusa…la possibilità di individuare la linea di confine tra le due figure dell'onere e dell'obbligo…l'onere insomma…si risolverebbe in un'irreale figura di situazione soggettiva ricavata per contrappunto da quella di obbligo » e l'onere « è, ne più né meno, il potere ».

Anche nell'ambito del diritto pubblico si osserva che « la situazione di potere è risultata particolarmente utile..ai teorici del diritto pubblico…*potere* contiene in sé un elemento di *dovere*: essa deve essere esercitata ogni volta che l'interesse pubblico lo richiede » F. G. SCOCA-M. R. SPASIANO, *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 22. V., pure. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, 2009, 10: « Al potere si connette in ogni caso,il concetto di *onere* ».

[88] Precisa CORDERO, Sub *art. 90*, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 107 che « è una presenza meno attiva, rispetto alle autentiche parti ».

[89] V. C. MORSELLI, *Prova (e mezzi di): ispezioni, perquisizioni, sequestri*, Roma, 2017, 66 s. Per la giurisprudenza di merito, v. Corte d'Appello di Lecce, sent. 30 luglio 2018, n. 1183, in *Il Merito*, 2019, n. 1, 43:vin tema di valutazione della prova,la deposizione della persona offesa può essere assunta, anche da sola, come prova della responsabilità dell'imputato, purché sia sottoposta a vaglio positivo circa la sua attendibilità e senza la necessità di applicare regole probatorie di cui agli artt., 192,commi 3 e 4 c. p. p. che richiedono i riscontri esterni.

[90] La nozione è stata elaborata originariamente nel terreno del processo civile, con la storica pronuncia delle Sezioni unite n. 23726 del 15 novembre 2007 , la quale, in tema di diritto di azione, ha chiarito che nessun procedimento può dirsi processo giusto (art. 111 Cost.) ove rappresenti l'« esercizio del diritto di azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltre che la ragione dell'attribuzione al suo titolare, della *potestas agendi* » (la sentenza è richiamata, da ultimo, da L. PACIFICI, *L'abuso del processo*, in *Quest. giust*., 19 settembre 2018).

[91] Dal Pentateuco (AT), NUMERI, 30: « Se uno uccide un altro, l'omicida sarà messo a morte in seguito a deposizione di testimoni, ma un unico testimone non basterà per condannare a morte una persona ». V. pure, DEUTERONOMIO, 6: « Colui che dovrà morire sarà messo a morte sulla deposizione di due o di tre testimoni. Non potrà essere messo a morte sulla deposizione di un solo testimone ».

na offesa [92], ma non altera la nostra impostazione che intende inserirsi sul piano " ricostruttivo ", o mediante un intervento legislativo additivo o superlegislativo (alludiamo a quello del c. d. giudice delle leggi, che la Corte Suprema indiana, recentemente, definisce « *the final arbiter of the constitutional rights* » [93]). Se la persona offesa non si costituisce parte civile sa bene che il suo *dictum* sarà dirimente, ai fini della c.d. questione storica del processo (se l'imputato è l'autore del reato), poiché il suo apporto sarà " decisivo " (in posizione ancipite: attiene alla P.O. ma coinvolge la tipica attività del giudice, quella decisoria) in quanto la relativa deposizione non richiederà riscontri esterni che la comprovino, diversamente da quanto richiesto per le dichiarazioni della parte civile [94].

La normativa interna non ha congegnato un meccanismo di incompatibilità [95] sia della persona offesa con l'ufficio del testimone sia in riferimento al fatto che la stessa possa assumere anche il ruolo di parte civile, esercitando una pretesa risarcitoria [96].

---

[92]E nel solco non del diritto codificato, bensì di quello applicato e, in particolare, di quello c. d. vivente

In ordine al valore delle dichiarazioni della p. o. può dirsi che « sul punto si è formato un vero e proprio " diritto vivente " » (mutuando da Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Guida dir.*, 2010, n.2, 73, che dichiara illegittimo l'art. 175, co.2, c. p. p., in materia di restituzione nel termine per impugnare). Cfr. V. SPEZIALE, *Il " declino " della legge, l' " ascesa " del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it.*, 27 giugno 2018.

N. PALANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, Milano, 2008, 4 quando segnala che « nel processo penale un impulso allo studio del fenomeno è provenuto dalla giurisprudenza costituzionale che ha in più d'una occasione ravvisato situazioni " patologiche " del procedimento stesso, derivanti al cosiddetto diritto vivente ». Ma la Corte ha escluso l'abuso dell'iniziativa del querelante anche in ipotesi di proscioglimento con formula piena (v. Corte cost., 3 dicembre 1993, n, 423, in *Giur. it.*, 1994, I, 378, in riferimento all'art. 427, comma 1, c. p. p., rinviandosi; analogamente, v. Corte cost., 13 giugno 2000, n. 186, in *Giur. cost.*, 2000, 1613, avuto riguardo all'art. 616 c. p. p.).

In tema, in dottrina, v. E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 32 s. Recentemente, v. G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1138; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, *ivi*, 2016, 23 s., e in giurisprudenza, ad ultimo, v.Cass., civ., sez. II, ord. n. 17911/2018; Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2018, n. 17019, Est. Saija.

[93] Supreme Court of India, Navtej Singh Johar and Others v. Union of India Ministry of Law and Justice Secretary, 6 settembre 2018, cit., par. 23.

[94] Corte d'Appello di Lecce, sent. 30 luglio 2018, n. 1183, cit.: solo quando la persone offesa si sia anche costituita parte civile, e sia perciò portatrice di pretese economiche, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico a cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi.

[95] La materia è approfondita, in particolare, da M. BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali* II, t.. 1, 2008, 1115 s. Per la manualistica, v., ad esempio, recentemente, G. LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2016, 124 s.; TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, cit.,206 s. ; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*,cit., 237.

V., analogamente, Cass., sez. V, 20 marzo 2017,n. 13529, C.M., in *Dir.pen. proc.*, 2017, 755: il prossimo congiunto dell'imputato, anche se testimone, non può astenersi dal deporre.

Cfr. G. M. BACCARI*, Il testimone prossimo congiunto dell'imputato connesso o collegato*, *ivi*, 2003, 437; L. FALDATI, *La testimonianza penale*, Torino, 2012, 100; N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, in AA. VV., P. Ferrua – E.Marzaduri – G. Spangher, (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2016, 196.

Sulle disposizioni limitative della capacità di testimoniare, v., da ultimo, Cass. civ., sez. II, ord. 23 luglio 2018, 19498, Industrie Toscanini, in *Guida dir.*, 2018, n. 47, 52 s.

[96] STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 3, nota 11, osserva che « il sistema, così strutturato, rischia, tuttavia, il cortocircuito. Come è stato, infatti, giustamente sottolineato, qualora la colpevolezza dell'imputato sia stata ritenuta provata sulla scorta della sola testimonianza della persona offesa costituitasi parte civile ed il giudice abbia pronunciato una condanna generica, ovvero abbia condannato al pagamento di una provvisionale, rimettendo le parti innanzi al giudice civile ai fini della liquidazione del danno, il disposto dell'art. 246 c.p.c. verrà inevitabilmente eluso, in quanto il danneggiato potrà giovarsi nel processo civile di un provvedimento pronunciato in forza di una prova non assumibile in quella sede » (richiamando G. FUGA,

Se, comunque, la " percezione " è che dando la parola per ultimo anche alla persona offesa mediante tale canale partecipativo si ha un qualche sbilanciamento rispetto all'imputato, quella non è irriducibile e questo è rimediabile.

Si sono già indicate le precise ragioni, solo tecniche e quindi processuali e di tutela processuale, che potrebbero obiettivamente giustificare la presenza (e l'interesse individuale) della persona offesa dal reato nella discussione finale. Tuttavia, per non sbilanciare la portata delle singole posizioni, potrebbe prevedersi per la persona offesa solo di assegnarle la parola per ultimo al pari dell'imputato (così si raggiunge la parità - anche c.d. di armi - fra gli antagonisti e fra puri antagonisti), ma non il diritto di replica.

Una disposizione di sbarramento, di limitazione dei poteri finali della P. O. (un congegno disincentivante si trova già all'art. 523 comma 3, c. p. p.: se l'intervento della P. O.. portasse eccessiva tensione emotiva o una certa teatralità, il presidente prima la richiama e poi « impedisce ogni divagazione, ripetizione »), consisterebbe nel negare il potere di replica, per un verso, e introducendo una norma che preveda uno specifico (sebbene contenuto nella misura) potere di replica dell'imputato all'intervento finale della P. O. Così può dirsi che l'imputato " recupera " la parola per ultimo e il sistema ritrova il suo bilanciamento nel *favor rei* conclusivo, e vale a " raffreddare " l'eventuale intervento " accorato " della P. O. D'altra parte, rimane l'imputato (e non la P.O.) il soggetto in grado di dare " l'ultima impressione " al giudice o ai giudici popolari.

La testimonianza della vittima da reato, in *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato. La più recente normativa dell'Unione Europea*, Roma, 2011, 66), aggiungendo che « ulteriori aggiramenti della norma processualcivilistica possono essere ravvisati anche nell'ipotesi in cui il danneggiato agisca in via autonoma avvalendosi, tuttavia, ai sensi dell'art. 651 c. p. p., di una condanna definitiva, pronunciata sulla base delle sue dichiarazioni, rilasciate in sede testimoniale ». Al riguardo, v. P. TONINI, *L'oggetto della testimonianza della parte civile e della persona offesa dal reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 1970, 1251; R. CASIRAGHI, *Azione civile e parità delle armi in materia probatoria*, *ivi*, 2014, 878 s.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Roberto Russo*

QUANDO UNA LEGGE DI DELEGA PUÒ DEFINIRSI "IN BIANCO"?

Sommario: 1. La legge 183/14 e i vincoli imposti al legislatore dall'articolo 76 della Costituzione. – 1.a. I limiti peculiari della delegazione legislativa. – 1.b. La legge di delega – ampiezza del fenomeno. – 1.c. La legge delega e clima politico. – 1.d. Analisi diacronica delle leggi di delega. – 1.e. La delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale. – La "legge Sila" e la "legge stralcio". – La delega legislativa "regionale" (Sentenza 47/59). – Violazione dell'art. 76 o dell'art. 81? (Sentenza 226/76). – L'incostituzionalità della legge di delega per violazione art. 76 (sentenza 280/2004). – Conclusioni. – 1.f. I Pareri resi dalle Commissioni parlamentari nella delegazione legislativa. – 1.g. Alla ricerca di un criterio oggettivo

1. La legge 183/14 e i vincoli imposti al legislatore dall'articolo 76 della Costituzione

Al fine di conferire al presente studio una dimensione concreta, conviene tornare con la mente alle notizie di stampa che hanno accompagnato la genesi della legge di delega 183/14, meglio nota come *job act*, qualificata come "delega in bianco".

Con tale qualificazione si voleva veicolare l'idea che, da un lato, il Parlamento non avesse adeguatamente ottemperato agli obblighi che l'art. 76 della Costituzione gli imponeva, dall'altro che, in tema di riforma del lavoro, il Governo fosse stato messo in condizione esercitare la delega ricevuta in piena autonomia.

Ancor prima di chiedersi se la legge 183/14 contenga o meno una delega in bianco, occorre definire il perimetro della nozione.

Nel sintagma "delega in bianco" si possono leggere almeno due distinti significati:

Un significato politico

Il disegno di legge dovrebbe contenere ulteriori elementi e fornire maggiori indicazioni volti a chiarire, sin da subito, non solo "la direzione normativa" che il Governo è chiamato a

* Ricercatore a t.d. (art. 24 comma 3-b L. 240/10) nell'Università telematica "e-Campus".

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897
La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line)
Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche
Direttore Responsabile: Prof. Massimo Luciani — Direttori: Prof. Ginevra Cerrina Feroni, Prof. Emanuele Rossi

percorrere, ma anche il dettaglio delle innovazioni che è tenuto ad effettuare attraverso l'esercizio della delega.

Chi lamenta una "delega in bianco" con questa accezione, ritiene necessario un maggior coinvolgimento del Parlamento nella definizione dei compiti assegnati, in modo da vincolare (e limitare) le scelte che il Governo può effettuare, e, pertanto, auspica una legge di delega che costringa il governo ad adottare decreti legislativi delegati "a rime obbligate".

Un significato giuridico

La Costituzione pone dei limiti alla possibilità di delegare l'esercizio della funzione legislativa, limiti che (come è noto) lasciano il potere legislativo ben saldo nelle mani del Parlamento.

In questo senso chi lamenta una delega in bianco postula dei vizi di legittimità costituzionale della legge di delega nella parte in cui conferisce al Governo più poteri di quelli che la Costituzione gli consente di conferire.

Il primo significato postula un approccio "*de iure condendo*" che si ritiene di non dover affrontare in questa sede in quanto proprio, semmai, di altri ambiti disciplinari.

Il secondo significato, al contrario, necessita di un'attenta analisi sotto il profilo della legittimità costituzionale.

Lo studio si pone quindi l'obiettivo di individuare, attraverso l'esame delle giurisprudenza costituzionale pertinente, l'esistenza di un perimetro oggettivo, o oggettivabile, che individui quell'ideale "confine" oltre il quale la legge delega incorre nell'incostituzionalità, e, successivamente, valutare se la legge di delega 183/14 si sia mantenuta o meno all'interno di tale "confine".

1.a. I limiti peculiari della delegazione legislativa

Com'è noto l'art. 76 consente sì al Parlamento di delegare l'esercizio della funzione legislativa, ma a patto che vengano determinati i principi e criteri direttivi e che la delega abbia un termine e un oggetto definito.

L'atto legislativo parlamentare mancante anche di uno solo di questi elementi, delegherebbe non tanto l'esercizio della funzione legislativa, ma la funzione legislativa *tout court*.

La possibilità di delegare l'esercizio della funzione legislativa non fu oggetto di aspri dibattiti nell'Assemblea Costituente, che avvertiva la necessità, non solo di consentire la delega, ma anche di prevederla espressamente nel testo[1] (sul punto le voci contrarie furono assai poche[2]).

---

[1] Cfr. la descrizione dell'intervento di Mortati nel resoconto sommario della seduta del 3 Settembre 1946 della Seconda Sottocommissione "*[è] eccessivo adottare il principio della costituzione francese che escludeva la delegabilità, potendo ben sorgere il bisogno di affidare al potere esecutivo, tecnicamente più preparato per certe leggi, il compito di esaminarle sia pure dopo aver deliberato i principî fondamentali che lo impegnano*".

[2] Cfr. la descrizione dell'intervento di La Rocca nel resoconto sommario della seduta del 12 Novembre 1946 della Seconda Sottocommissione "*dichiara di essere personalmente contrario a qualsiasi forma di delega*

Il testo licenziato dalla seconda sottocommissione, salvo che per l'espressione "*previa determinazione*" in luogo dell'espressione "*con determinazione*", coincide con il testo dell'art. 76 poi entrato in vigore.

Volendo cogliere da questa diversa dimensione semantica dei significati, che in parte torneranno utili nel prosieguo dell'analisi, è evidente come il lemma "*previa*" (non presente nell'estensione definitiva) implichi una necessaria dimensione temporale che non risulta presente nel lemma "*con*": quello che conta è che il Governo non operi in assenza delle determinazioni parlamentari, non rileva in maniera determinante la circostanza del "quando" siano state imposte dette determinazioni.

Comunque sia, l'oggetto del tema di analisi non consente di affrontare tutti gli aspetti riconducibili alla nozione della legge di delega e del conseguente decreto legislativo delegato ma impone il contenimento sugli aspetti che determinano la legittimità o meno della legge di delega in relazione all'ampiezza dell'esercizio del potere legislativo delegato al Governo.

Dei tre requisiti di contenuto previsti dall'art. 76, quello temporale ("*per tempo limitato*") è il più pacifico in quanto non mostra margini di incertezza (il termine o è determinato, o è determinabile, o manca); la sua natura di requisito legittimante è rilevabile *ictu oculi* (il termine entro cui il Governo è legittimato a esercitare il potere delegato o è stato previsto, o non lo è stato), la sua natura di parametro interposto di legittimità dell'atto normativo delegato pure (l'emanazione del decreto legislativo o risulta avvenuta entro il termine previsto dalla legge di delega, o risulta avvenuta oltre a tale termine).

Il requisito dell'oggetto definito invece mostra un doppio profilo: se è agevole la ricognizione della sua "presenza" nella delega, non è detto che sia altrettanto agevole l'individuazione del suo "significato".

La descrizione dell'oggetto, per sua natura, si manifesta attraverso l'uso di "parole" non caratterizzate dall'unicità di senso propria di una determinazione temporale ("entro il", "entro X mesi", ecc.) e pertanto vi potrebbero essere margini d'incertezza derivanti da eventuali anfibologicità contenute nei lemmi usati dal legislatore delegante nel definire l'oggetto della delega.

Termini eccessivamente vaghi o aperti, pur se presenti, potrebbero non essere sufficienti a configurare la nozione di "oggetto definito", con conseguente illegittimità della legge di delega che conterrebbe sì un oggetto, ma indefinito; non solo, in presenza di un oggetto non chiaramente definito, l'atto normativo delegato "corre maggiori rischi" di essere considerato non riconducibile all'oggetto delegato e quindi, illegittimo.

Il requisito della presenza di "principi e criteri direttivi", ancor più "dell'oggetto", mostra ampi spazi d'incertezza in quanto, alle inevitabili incertezze ermeneutiche legate a una eventuale non felice scelta dei lemmi usati, si aggiunge la difficoltà di definire in termini oggettivi

---

del potere legislativo al Governo, e ciò in conformità al principio ormai sancito in tutte le costituzioni, da quella di Weimar a quella recente della Francia, per non parlare di altre, come la russa e la jugoslava. Il potere legislativo non può essere esercitato che dal Parlamento."; più "possibilista" ma assai lontano dalla stesura definitiva la posizione di Nobile che ammetteva la delega legislativa solo in caso di guerra.

"cosa siano" e "in che misura" devono essere presenti per ritenere soddisfatto il requisito di contenuto.

Insomma: cosa sono i "principi e criteri direttivi"?

Qualora si voglia affrontare l'interrogativo sul piano ontologico, definire la portata del sintagma non è agevole[3], senza considerare poi il problema dell'eventuale portata diversa tra la nozione di "principi" e quella di "criteri direttivi".

Né il legislatore né la Corte Costituzionale si sono "cimentati" in questa impresa[4], tentata solo da parte della dottrina[5].

Senza poter (e voler) entrare in ambiti di analisi, a volte così "rarefatti" da non essere immediatamente "spendibili" nel terreno operativo, conviene riconoscere come manchi una definizione dai contorni definiti[6] e, quindi, non resta che affidarsi (pur con qualche riserva) alle parole della Corte Costituzionale secondo la quale sono "principi" quelle "norme" che "*non possono essere applicati senza l'aggiunta di ulteriori premesse normative*"[7]

Quest'affermazione "sposta" il problema (sui criteri direttivi) senza risolverlo appieno: le "direttive" possono essere più o meno analitiche; qual è il livello di dettaglio che soddisfa il vincolo di contenuto imposto dalla Costituzione?

Con riferimento al caso concreto che costituisce l'occasione delle presenti riflessioni (il "*Job Act*"), il "terreno si scontro" (anche mediaticamente) più aspro, riguarda la delega contenuta nell'art. 7 che conferisce al Governo il compito di adottare uno o più decreti legislativi al fine di:

- rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione,
- riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo,
- rendere più efficiente l'attività ispettiva.

In particolare, uno degli emanandi decreti legislativi dovrà contenere il testo organico semplificato delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro.

---

[3] V. Franco L., *La delegazione legislativa e i tempi dell'ordinamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pag. 13 e ss.

[4] Cfr A. Ferrara, *La Corte Costituzionale nega al legislatore statale la competenza delle competenze (dopo la L. Cost. del 2001) con una sentenza solo apparentemente oscura?*, in *Giur. cost.*, fasc.4, 2004, pag. 2820, "*È vero che l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegata al Governo se non con «determinazione di principi e criteri direttivi» (art. 76 Cost.), tuttavia solo la dottrina ha provato a discernere il differente significato dei primi e dei secondi, ma né il legislatore né la stessa Corte hanno mai dimostrato di trattare le due componenti dell'endiadi costituzionale come se avessero un significato precisamente differenziato […]A ben considerare, peraltro, a voler seguire la dottrina che ha inteso individuare la ragione della distinzione nel fatto che «principio» sarebbe norma sostanziale, ancorché in genere incompleta, rivolta a regolare la materia con efficacia differita, mentre «criterio» sarebbe invece direttiva al legislatore delegato, di per sé inidonea ad acquisire valore sostanziale*".

[5] A. Cervati, voce, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1972, pag. 950-951.

[6] Cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio.* Giuffrè, Milano, 1952, pag. 38.

[7] V. Sent. 200/2012 in GU del 25/07/2012.

Successivamente la legge delega prosegue enumerando, in dieci punti, i principi e criteri direttivi.

Salvo i principi e criteri direttivi enumerati alla lettera L), evidentemente rivolti all'efficentamento dell'attività ispettiva, e i principi enumerati alle lettere A) e H), orientati al riordino dei contratti, i principi enumerati dalle restanti sette lettere declinano le aree d'intervento volte a rafforzare, direttamente o direttamente, le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione.

La legge di delega soddisfa il requisito imposto dall'art. 76 della Costituzione?

La mera presenza di ben 10 punti di principi e criteri direttivi può ritenersi sufficiente?

In prima approssimazione occorre evidenziare come il requisito imposto dalla Costituzione non è certo di tipo quantitativo ma qualitativo: non viene richiesto un'ipertrofia semantica ma una chiara indicazione al Governo circa le modalità di esercizio della delega conferita.

Il veicolo semantico attraverso cui si manifestano i principi e criteri direttivi, è "solo un significante" pertanto, qualora non sia possibile ricavare un "significato", la mera presenza non soddisfa il requisito imposto dall'art. 76 Cost.

E, una volta accertata la presenza dei criteri, un'eventuale genericità dei medesimi può implicare un'illegittimità dell'atto delegante, e se sì, qual è il livello che segna confine tra una vaghezza illegittima e un contenuto legittimo?

E ancora, se il soddisfacimento del requisito implicasse la necessaria puntualità delle determinazioni contenute nella legge di delega, a che livello di dettaglio si deve scendere, e soprattutto, da dove si può evincere oggettivamente che si sia raggiunto (o non raggiunto) "quel" livello di dettaglio?

Ontologicamente qualsiasi determinazione normativa, per il solo fatto di essere generale e astratta, postula la possibilità di essere ulteriormente specificata fino a "precipitarsi" nel singolo caso concreto.

Più concretamente, una legge di delega dal contenuto tanto dettagliato da non lasciare alcuno spazio al Governo in sede di esercizio della medesima, rende inutile l'utilizzo dello strumento della delega.

Per usare le parole della Corte Costituzionale, "*benché vincolato ai prescritti parametri, poi, al Governo, nell'adozione della normazione delegata, deve comunque riconoscersi un margine di discrezionalità tecnica, indispensabile per disciplinare in dettaglio la materia, poiché altrimenti, se la legge delegante raggiungesse un eccessivo grado di puntualità, non sarebbe più neppure utile il ricorso allo schema della delegazione*"[8].

In altre parole non si può postulare che l'art. 76 pretenda che il Parlamento, con la legge di delega, lasci solo un margine esecutivo al Governo, perché ciò equivarrebbe ridurre il decreto legislativo delegato a mero provvedimento esecutivo, quasi vi fosse una generale riserva di legge formale.

[8] V. Sentenza 354/98 in G. U. 28/10/1998

Il problema è tutt'altro che di agevole soluzione, anche perché, partendo dalle parole della Corte, si potrebbe poi ragionare su quali siano, non più i confini dell'adeguata presenza dei principi e criteri direttivi, ma il perimetro della nozione di "*discrezionalità tecnica*".

Per cercare di rispondere all'interrogativo di fondo (individuare perimetri oggettivi alla nozione della delega in bianco) appare opportuno esaminare quale sia stato l'uso concreto dello strumento della delega legislativa nell'esperienza repubblicana e successivamente saggiare come la giurisprudenza costituzionale si sia espressa al riguardo.

1.b. La legge di delega – ampiezza del fenomeno

Nel corso delle diciassette legislature repubblicane si sono avute 416 leggi di delega.

Nella (quasi) metà dei casi censiti (192 su 416) la parola "delega" (o al plurale "deleghe") è presente nel titolo dell'atto legislativo; nella maggioranza dei casi (224) il titolo non fa alcuna menzione della delega che si manifesta solo nell'articolato.

A voler essere rigorosi, di questi 383 atti legislativi, 51 contengono mere proroghe ai termini contenuti in altre deleghe, pertanto le "vere" deleghe scendono a 365.

Da notare come le modalità semantiche attraverso cui il legislatore ha concesso la delega non sono uniformi: nella stragrande maggioranza dei casi (211) l'espressione che descrive la delega è "*Il Governo è delegato*"; in un consistente numero di casi (100) l'espressione è, per così dire, "integrata" diventando "*il Governo della Repubblica è delegato*" (ma l'ultimo caso risale al secondo Governo Amato (2001).

A "distanza" si collocano quelle leggi di delega che usano il verbo "autorizzare" in luogo del più frequente "delegare", a volte senza la precisazione "Governo della Repubblica" (33 casi), altre volte accompagnando il verbo con tale precisazione (17).

In quattro casi si sono registrate formule "atipiche", anzi, nel loro genere, uniche.

In particolare nella legge 13 marzo 1958, n. 296[9] la delega è posta con la seguente formula "*il Governo della Repubblica* ***ha facoltà*** *di emanare, ai sensi dell'art. 76 della Costituzione*".

Non meno inedita è la formula contenuta nella legge 4 luglio 1950, n. 590[10] che recita "*E'* ***conferita delega*** *al Governo di emanare nel termine di un anno dall'entrata in vigore*…".

Peculiare infine è la formula contenuta nelle leggi 230/50 e 841/50 (sulle quali si avrà modo di tornare più avanti) dove la formula delegante diventa "***delegazione concessa*** *con la presente legge*".

---

[9] V. art. 7 della Legge 13 marzo 1958, n. 296, *Costituzione del Ministero della sanità*, in GU n.90 del 14-4-1958

[10] V. art. 2 della Legge 4 luglio 1950, n. 590, *Denuncia dei beni, diritti ed interessi italiani esistenti all'estero e soggetti a perdita per effetto dell'esecuzione del Trattato di pace*, in GU n.188 del 18-8-1950.

Espressione	Totale
il Governo e' delegato	213
il Governo della Repubblica e' delegato	100
il Governo e' autorizzato	31
il Governo della Repubblica e' autorizzato	17
delegazione concessa con la presente legge	2
il Governo della Repubblica ha facolta' di emanare	1
Delega al Governo	1
Totale complessivo	**365**

Fonte: www.normattiva.it

Tale circostanza consente di spendere qualche parola su un elemento innegabile ma non sempre evidenziato.

Non vi possono essere dubbi circa il fatto che non vi sia alcuna differenza tra, ad esempio le seguenti formule contenute:

- nel comma 1 dell'art. 4 della legge 407/90[11]: "*il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo*…";
- nell'art. 2 della legge 492/75[12] "*Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare, su proposta del Ministro per il tesoro, entro il 31 gennaio 1976, un decreto avente valore di legge ordinaria*";
- nell'art. 4 della legge 744/80[13] "*Il Governo è autorizzato ad emanare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto avente valore di legge ordinaria…*";
- nell'art. 3 della legge 862/84[14] "*Il Governo della Repubblica è autorizzato ad emanare […] entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti aventi valore di legge ordinaria*".

Tutte queste diverse formule conducono al medesimo significato normativo e, più precisamente, tutte conferiscono (seppur con tempi, oggetti e criteri direttivi diversi) all'Esecutivo l'esercizio del medesimo potere normativo.

Disposizioni diverse ma di identico contenuto normativo: quello che conta non sono i lemmi usati (tutti diversi tra loro) ma il significato che se ne ricava (identico).

Per completezza è interessante notare come il legislatore delegante spesso non si curi della "precisione descrittiva" della procedura; com'è noto, gli atti con forza di legge ven-

[11] V. art. 4 della Legge 29 dicembre 1990, n. 407, *Disposizioni diverse per l'attuazione della manovra di finanza pubblica 1991-1993*, in GU n.303 del 31-12-1990.

[12] V. art. 2 della Legge 16 ottobre 1975, n. 492, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 1975, n. 376, concernente provvedimenti per il rilancio dell'economia riguardanti le esportazioni, l'edilizia e le opere pubbliche*., in GU n.276 del 17-10-1975.

[13] V. art. 2 della Legge 24 ottobre 1980, n. 744, *Ratifica ed esecuzione dell'accordo de L'Aja relativo al deposito internazionale dei disegni o modelli industriali del 6 novembre 1925, riveduto a Londra il 2 giugno 1934 e a L'Aja il 28 novembre 1960, con protocollo e regolamento di esecuzione, quale risulta modificato e integrato dall'atto complementare di Stoccolma del 14 luglio 1967*. In GU n.310 del 12-11-1980 - Suppl. Ordinario.

[14] V. art. 3 della Legge 19 novembre 1984, n. 862 *Ratifica ed esecuzione delle convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) numeri 148, 149, 150, 151 e 152 adottate nel corso della 63ª, della 64ª e della 65ª sessione della Conferenza generale*, in GU n.349 del 20-12-1984 - Suppl. Ordinario.

gono emanati dal Presidente della Repubblica, ciononostante, nella maggioranza dei casi, la formula legislativa assume il seguente tenore: "*il Governo è delegato a emanare*"[15] (spesso con la "*d*" eufonica, impropriamente aggiunta alla preposizione articolata: "*il Governo è delegato ad emanare*"[16]); "imprecisione" del resto presente anche nell'art. 77 della Costituzione.

Sono assai poche le leggi di delega che descrivono la procedura con maggiore precisione; tra le descrizioni più esaustive vi è quella contenuta nella legge 866/73: "*Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare, nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro per gli affari esteri, norme aventi valore di legge ordinaria…*"[17].

Comunque sia, l'espressione ormai "stabilizzata" appare essere "il governo è delegato" che, con la sola eccezione della legge 308/2004 (nel quale l'usuale formula convive con la differente "il governo è autorizzato") risulta essere l'unica usata dalla XIV legislatura in poi.

1.c. La legge delega e clima politico

L'uso dello strumento della delegazione legislativa, nel suo concreto manifestarsi, appare intimamente legato alla composizione governativa, quasi che la delega non venisse fatta da "un Parlamento al Governo" ma "da quel Parlamento a quella compagine governativa".

Premesso che è sicuramente improprio effettuare analisi basate su dati statistici, è indubbio che dal 1948 a oggi, con la sola eccezione del 1979, non vi è stato anno solare che non sia stato caratterizzato dalla presenza di almeno una legge di delega (i valori maggiormente ricorrenti sono 3, 4 o 5 deleghe per anno), eppure vi sono stati ben 5 governi che non hanno "beneficiato" di alcuna legge di delega.

Trattasi dei Governi Pella (dal 17/08/53 al 18/01/54), Fanfani I (dal 18/01/54 al 10/02/54), Fanfani II (dal 01/07/58-15/02/59), Leone II (dal 24/06/68 al 12/12/68), Fanfani VI (dal 24/06/68 al 12/12/68).

Detti Governi sono tutti caratterizzati non solo dalla breve durata, ma anche dalla natura di "passaggio" tra diversi assetti politici.

Tali caratteristiche "politico/ambientali" non possono che aver influito sulle dinamiche normative; l'elemento della breve durata da solo non sarebbe sufficiente a spiegare l'assenza delle leggi di delega, dopotutto la "sommatoria" delle durate in carica di questi esecutivi è pari a un periodo complessivo di 22 mesi, cioè quasi 2 anni .

---

[15] *Ex pluribus* cfr. l'art. 1 della legge 29 dicembre 2000, n. 422, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti all'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2000*, in GU n.16 del 20-1-2001 - Suppl. Ordinario n. 14.

[16] *Ex pluribus* cfr il comma 1 dell'art. 63 della legge 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali,* in GU n.135 del 12-6-1990.

[17] V. legge 22 novembre 1973, n. 866, *Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, firmata a Roma il 26 ottobre 1961*, in GU n.3 del 3-1-1974.

Se l'esigenza normativa concreta, che conduce all'adozione di una delega legislativa, fosse totalmente avulsa dal contesto politico, l'assenza di deleghe in quei 22 mesi risulterebbe statisticamente inspiegabile.

Altro "indizio" di questa corrispondenza "politica" tra il potere legislativo ed esecutivo è dato dal rilievo che, analizzando i 32 Governi che hanno ricevuto deleghe legislative, in solo 5 casi la delega è intervenuta a meno di un mese dal subentro di un nuovo esecutivo; si tratta dei Governi Tambroni, Craxi II, Prodi I, Berlusconi IV, Gentiloni, tutti caratterizzati da crisi di governo generate da situazioni assai peculiari.

Particolare poi il caso del secondo Governo Craxi: la legge delega è stata promulgata il 16 aprile 1987, la conclusione dell'esperienza di governo è intervenuta il giorno successivo.

Nella stragrande maggioranza dei casi (20 esecutivi su 33), non vi sono state deleghe conferite negli ultimi tre mesi di Governo.

Certo, come è noto, non vi è la possibilità di definire a priori la data finale di un esecutivo (salvo le dimissioni governative connesse alla formazione delle nuove Camere) quindi non si può sostenere che il Parlamento, conscio dell'imminente fine dell'esperienza di governo dell'esecutivo *pro tempore*, abbia evitato di conferire deleghe; si può però (questo sì) affermare come inevitabilmente il venir meno del rapporto di fiducia generalmente non dipende da eventi singoli e puntuali, ma da un "mutato clima" che si "matura" nel corso del tempo e che preesiste alle dimissioni del Governo.

Pertanto, da questa rilevata circostanza statistica non si possono ricavare certezze, ma solo "indizi" di come il clima politico possa giocare (o, quantomeno, contribuire a giocare) un ruolo determinante circa l'adozione di deleghe legislative.

Se poi spostiamo l'attenzione al momento iniziale di un'esperienza di governo, in solo 3 casi vi sono state deleghe ricevute da un Governo a pochi giorni dall'insediamento (governi Rumor IV, Forlani e, da ultimo, Renzi); rilevante la caratteristica che accomuna questi tre casi: sono tutti insediamenti avvenuti "all'interno" di una legislatura senza particolari "iati" politici.

Anche in questo caso si può ripetere quanto descritto circa "l'imprevedibilità" delle vicende legate al mantenimento del rapporto di fiducia, ma resta comunque il senso di essere davanti ad un altro "indizio": è verosimile che solo il ritrovato rapporto di fiducia costituisca quel terreno fertile su cui impiantare disegni di legge di delega.

Anche il dato della legislatura appare poi rilevante: ad esclusione della IX legislatura, in tutte le altre non si rilevano leggi di delega intervenute negli ultimi 3 mesi, sperando "nell'indulgenza" del lettore, sembra quasi una sorta di "trimestre bianco": un periodo di latenza che precede/segue le legislature ed i governi durante i quali raramente si manifesta una legge di delega.

Ripetesi, nessuna delle tre circostanze accennate (il mancato rilascio di deleghe a ridosso della fine o dell'inizio di un esecutivo o della fine di una legislatura) da sola è sufficiente per affermare l'esistenza di una verità assoluta; certo sì è che la visione "congiunta" di questi indicatori fa intuire una tendenziale (e forse inevitabile) *liaison* tra Esecutivo e Parla-

mento[18], alimentando l'idea che vi è delega non quando il potere legislativo vuole delegare l'esercizio della funzione legislativa ma quando "quel" Parlamento vuole conferire una delega a "quel" Governo[19].

1.d. Analisi diacronica delle leggi di delega

Passando ad esaminare l'aspetto quantitativo delle leggi di delega, il loro manifestarsi appare, non solo legato alle vicende politiche, ma anche non uniforme nel tempo.

A partire dal 1996 il numero delle deleghe è andato ad aumentare; nel periodo dal 1948 al 1996 si sono avute in media 4 deleghe l'anno[20]; dal '97 a oggi il numero delle deleghe rilasciate annualmente al Governo è quasi raddoppiato, arrivando a una media di 7,4 deleghe per anno.

Il dato è tutt'altro che casuale, dagli anni ottanta in poi la normazione primaria di origine governativa (decreti legislativi e decreti legge) è andata via via aumentando[21].

Confrontando il numero delle leggi di delega annuali con il numero dei decreti legge si ha quasi l'impressione che all'aumentare dell'uno si contragga l'altro.

Si osservi il grafico seguente (e si tenga presente che al fine di migliorarne la comprensione, pur mantenendo le esatte proporzioni, si sono enfatizzati i valori delle leggi di delega).

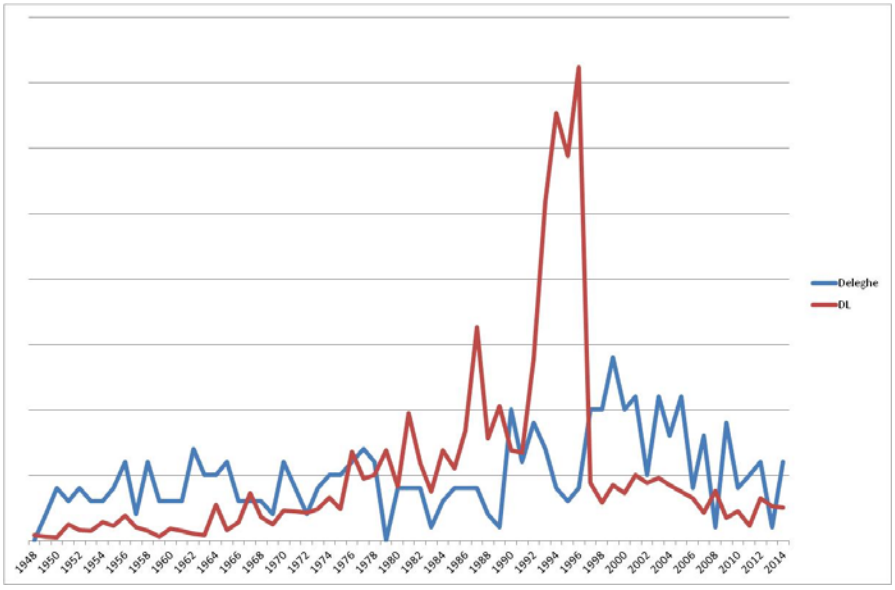
---

[18] A. Perrone, *Il procedimento formativo del decreti legislativi nell'analisi delle leggi delega e della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, fasc.3, 2005, pag. 2309, "*l'Esecutivo tende a concepire tale strumento nella direzione dell'attuazione del proprio programma, come testimoniano, peraltro, la vastità e la complessità dei settori che risultano investiti dalle ultime leggi delega*".

[19] Cfr. P. Magarò, *Delega legislativa e dialettica politico istituzionale*, pag. 29.

[20] P. Cacopardo, *Il parere parlamentare sugli schemi di decreto legislativo: le tendenze del «neolarlamentismo consultivo» nella XIV legislatura*, in *Giur. cost.*, fasc.3, 2005, pag. 2283, "*Nella storia repubblicana la configurazione pragmatica della fattispecie della delega legislativa ha registrato una prima fase (fino alla prima metà degli anni '80) in cui la spiccata centralità parlamentare, propria dell'assetto politico-istituzionale di tale periodo, ha comportato non solo la scarsa frequenza del ricorso a tale istituto - ravvisandosi prevalentemente deleghe legislative «ad alta valenza riformatrice», inerenti alla materia dell'ordinamento regionale (l. n. 281 del 1970 e l. n. 382 del 1975), al settore dei tributi (l. n. 825 del 1971), alla materia processual-penalistica (l. n. 108 del 1974), a quella sanitaria (l. n. 833 del 1978), ecc. - ma anche la quasi costante previsione del parere parlamentare sugli schemi di decreto legislativo adottati dal Governo*".

[21] G. Tarli Barbieri, *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo*, in P. Caretti, A. Ruggeri (a cura di), *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 47-148. pag. 47 e ss.



Fonte: www.normattiva.it

In un generale aumento dell'attività normativa di origine governativa[22], all'esplosione della presenza dei decreti legge nel periodo tra il 1987 al 1996 fa da eco una contrazione delle leggi di delega; al repentino arretramento della decretazione d'urgenza dal 1997[23] in poi, fa da eco un consistente avanzamento numerico delle leggi di delega.

Merita ricordare come l'improvvisa contrazione numerica dei decreti legge non dipese dalle normali dinamiche politico/normative, ma da una sentenza della Corte Costituzionale[24] che accertò come l'uso spregiudicato di una decretazione d'urgenza (e in particolare della reitera) non fosse legittimo alla luce del "voluto" dall'art. 77 della Costituzione[25].

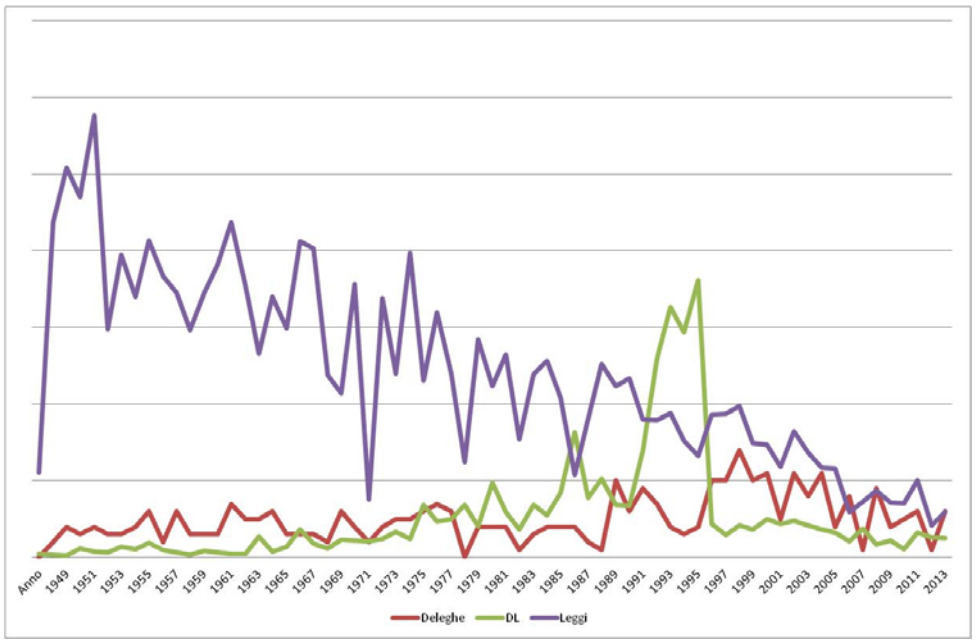
Se poi nel grafico inseriamo anche il numero delle leggi, si evidenzia come dal 1948 a oggi vi sia stato un progressivo "spostamento" (almeno sotto il profilo quantitativo) dell'origine della produzione normativa di rango primario, da essenzialmente parlamentare a (se non proprio essenzialmente, almeno tendenzialmente anche) governativa.

---

[22] L. Iannucilli, I Norelli (a cura di) *La delega legislativa. Dati statistici,* in *Seminario di studio presso la Corte Costituzionale*, 2008.

[24] La sentenza 360/96, in G. U. 30/10/1996 n. 44.

[25] A. Perrone, *Il procedimento formativo del decreti* … op. cit. "*Nel panorama mutante delle fonti normative le leggi delega, a conferma di una tendenza che si rafforza a partire dagli anni Novanta, sono divenute un elemento non più eccezionale o residuale, ma stabile e normale a cui hanno in gran parte contribuito i seguenti fattori: l'impossibilità da parte dell'Esecutivo di ricorrere, senza più limiti, al canale della decretazione d'urgenza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 360 del 1996 che ne vietava la reiterazione; l'affermazione di un sistema bipolare e maggioritario che ha accentuato il peso del potere esecutivo nell'iniziativa legislativa a discapito del Parlamento; la presenza nei programmi dei governi alternatisi nelle ultime legislature dell'imperativo riformista, ritenuto indispensabile in molteplici settori della vita economica e sociale del Paese, anche per conformarsi agli indirizzi scaturiti dal processo di integrazione europea e per perseguire il risanamento della finanza pubblica*".



Fonte: www.normattiva.it

Pare sussistere una sorta di "essenziale impegno normativo" governativo che non può essere più di tanto "compresso" e che, se non trova "sfogo" in uno dei suoi strumenti, tende a riacquistare "spazio" attraverso l'utilizzo degli altri strumenti normativi a disposizione.

Non è questo il luogo per affrontare le complesse ragioni che sottendono ai dati rilevati (che possono dipendere da una ipotetica diversa "sostanza" normativa, via via più tecnica e complessa, o da un diverso equilibrio tra i poteri o, ancora, dai precari equilibri istituzionali che spesso hanno caratterizzato la vita del Paese); né è il luogo per affrontare le possibili questioni in tema di forma di governo e di riparto dei poteri o la, ancora più complessa, questione se, considerando questo "spostamento" della produzione normativa, gli strumenti di controllo siano sufficienti a garantire comunque quella centralità dell'organo rappresentativo immaginata dai Padri Costituenti.

Ai limitati fini di quest'analisi basta rilevare l'incontrovertibile dato di fatto: da una produzione normativa di rango primario quasi esclusivamente ad appannaggio dalla legge si è passati a una produzione "condivisa" tra leggi e atti con forza di legge.

1.e. La delega legislativa nella giurisprudenza costituzionale

La delega legislativa è una vicenda "complessa" in quanto determinata da una sequenza di atti normativi (legge di delega e decreto legislativo delegato) necessariamente, giuridicamente e logicamente connessi.

In via di primissima approssimazione questi due atti sono soggetti non solo al rispetto dei parametri costituzionali generalmente applicabili a qualsiasi altro atto con forza di legge, ma anche al rispetto di vincoli propri ed esclusivi; in particolare:

- la legge delega deve rispettare i vincoli di contenuto imposti dall'art. 76 della Costituzione e deve rispettare la riserva di procedimento ordinario imposta dal comma quarto dell'art. 72 Cost.,
- il decreto legislativo delegato deve rispettare la legge di delega e ciò perché tale rispetto è imposto dall'art. 76 della Costituzione.

Stante la natura del presente studio, l'attenzione si concentrerà sul rispetto dei vincoli imposti dall'art. 76 Cost. sia all'atto Parlamentare che a quello Governativo.

Non si è dovuto attendere molto per avere la prima pronuncia della Consulta in merito alla corretta applicazione dell'art. 76.

A dire il vero, la prima sentenza sull'argomento[26] non riguardava direttamente la legittimità di un atto parlamentare delegante, o un atto governativo delegato, ma un diverso, se pur connesso, profilo e cioè se l'art. 2 della legge di pubblica sicurezza[27], attribuendo al Prefetto il potere di adottare, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, i provvedimenti del caso, costituisse una sorta di delega posta in essere in violazione dei requisiti legittimanti contenuti nell'art. 76.

Ma detti provvedimenti prefettizi, seppur potenzialmente volti a fronteggiare una generalità di situazioni, restano atti amministrativi e non possono essere confusi "*né con le leggi né con i decreti-legge, che hanno altro carattere ed altri effetti*"[28].

In disparte di questo caso peculiare, le questioni inerenti la verifica del rispetto dei limiti posti dall'art. 76 è tutt'altro che rara: ad oggi la Consulta è intervenuta poco meno di 1.300 volte tra sentenze e ordinanze.

La "legge Sila" e la "legge stralcio"

La prima vera sentenza nella quale la Corte affronta l'argomento oggetto del presente studio è la 3 del 1957[29] che poi è anche la prima nella quale appare il sintagma "eccesso di delega" (che, a oggi, è stato usato dalla Corte in ben 501 casi tra sentenze e ordinanze).

E' sempre in questa sentenza dove viene confermata (o si cristallizza) l'idea che la legge di delega e il decreto legislativo delegato altro non siano che due "*fasi si inseriscono nello stesso iter, e ricollegando la norma delegata alla disposizione dell'art. 76, attraverso la legge di delegazione, pongono il processo formativo della legge delegata, come una ecce-*

[26] V. sent. 8/56 in G.U. 20/06/56; v. anche A. Negrelli, *Il limite dei principi generali al potere di ordinanza di necessità e urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Il Foro amministrativo (T.a.r)*, 2012, num. 9, pag. 3009

[27] Legge 773/31 in GU n.146 del 26-6-1931 - Suppl. Ordinario n. 146.

[28] V. sent. 8/56 cit. nella parte motiva in diritto.

[29] In GU 30/01/1957.

zione al principio dell'art. 70… […] sia il precetto costituzionale dell'art. 76, sia la norma delegante costituiscono la fonte da cui trae legittimazione costituzionale la legge delegata"[30].

Incidentalmente è da rilevare come l'idea che questa entità "duale" (data dalla coppia legge di delega e decreto legislativo) sia costituita da fasi di un unico procedimento piuttosto che due procedimenti normativi collegati in rapporto di subordinazione del secondo sul primo, torna più volte negli scritti sul punto[31], a volte anche suggerendo l'idea che la Consulta, nel tempo, abbia "cambiato visione"[32].

Passando a esaminare gli aspetti più inerenti al profilo in esame (e cioè i "contenuti minimi" della legge di delega) la Corte afferma come "*se la legge delegante non contiene, anche in parte, i cennati requisiti* [principi e criteri direttivi, tempo e oggetto], *sorge il contrasto tra norma dell'art. 76 e norma delegante, denunciabile al sindacato della Corte costituzionale*"[33].

Come accennato, i casi in cui è stata portata all'attenzione della Corte una supposta violazione dell'art. 76 Cost. sono assai numerosi, conviene pertanto concentrare sulle sole sentenze (trascurando pertanto le ordinanze) che a oggi risultano 587, anche se di queste ben 104 riguardano la medesima situazione normativa.

Si tratta delle "vicende"[34] legate alla c.d. "legge Sila"[35] e la successiva legge correttiva 841/50[36].

In particolare la legge Sila delegava il Governo a varare decreti aventi valore di legge ordinaria (espressione che inequivocabilmente ricollega la fattispecie alla previsione dell'art. 76) al fine di:

- approvare dei piani particolareggiati di espropriazione;
- disporre le occupazioni di urgenza dei beni sottoposti ad espropriazione;
- trasferire i terreni.

Nelle questioni di legittimità sollevate i ricorrenti lamentavano come il Parlamento avesse utilizzato lo strumento della delega legislativa per conferire una funzione nella sostanza non legislativa.

La Corte Costituzionale ebbe ad dire come le norme costituzionali "*non definiscono la funzione legislativa nel senso che essa consista esclusivamente nella produzione di norme*

---

[30] Cfr. la motivazione in diritto della sentenza 3/57. Circa la teoria dell'unicità del procedimento cfr. E. Lignola, *La delegazione legislativa*, Giuffrè, Milano 1956; si veda anche v. anche C. Mortati*, In tema di competenza e di limiti del sindacato sugli eccessi di delega legislativa*, in *Giur. Cost.*, 1957, pag. 11. e V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, pag. 83.

[31] E. Lignola, *La delegazione legislativa*, Milano, 1956, 156; L. Paladin, voce *Decreto legislativo* in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. VI, 1960, 295, C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, 1985, 270, F. Modugno, voce *Atti normativi* in *Enc. Giur.* Vol. III, Roma , 1988, 8.

[32] V. L. Franco, *La delegazione legislativa e i tempi dell'ordinamento*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pag. 100.

[33] Cfr. la motivazione in diritto della sentenza 3/57.

[34] Si tratta di leggi che intervennero al fine di espropriare terreni edificati previo indennizzo e a mezzo di decreti del Presidente della Repubblica.

[35] LEGGE 12 maggio 1950, n. 230, *Provvedimenti per la colonizzazione dell'Altopiano della Sila e dei territori jonici contermini*, in GU n.115 del 20-5-1950.

[36] LEGGE 21 ottobre 1950, n. 841, *Norme per l'espropriazione, bonifica, trasformazione ed assegnazione dei terreni ai contadini*, in GU n.249 del 28-10-1950.

giuridiche generali ed astratte" (affermazione foriera aspetti, purtroppo eccentrici rispetto al tema d'indagine, ma che meriterebbero adeguato approfondimento)[37] e che pertanto non vi era stata alcuna violazione dell'art. 76 Cost.

Più interessante ai nostri fini la censura mossa all'art. 1 della legge 841/50 (la c.d. "legge stralcio").

Il primo comma dell'art. 1 autorizzava ad applicare le norme della legge 230/50 oltre l'ambito territoriale previsto da detta legge, ampliando il raggio di applicabilità ai "*territori suscettibili di trasformazione fondiaria o agraria*"; il secondo comma affidava al Governo il compito di determinare tali territori e, per far questo, conferiva al medesimo un'apposita delega da esercitare entro il 30 giugno 1951.

La legge 841/50 pertanto contiene un'autonoma delega a favore del Governo; questa delega contiene tre requisiti imposti dall'art. 76 della Costituzione?

Il termine entro cui esercitare la delega c'è (30/06/51), l'oggetto pure (l'estensione dell'applicazione delle norme della legge Sila a territori diversi da quelli cui detta legge era limitata), sembrano mancare i principi e criteri direttivi.

La Corte "risolve" il problema sul piano interpretativo; i territori che devono essere definiti dai decreti legislativi sono quelli "*suscettibili di trasformazione fondiaria o agraria*" espressione che per la Corte "*implica un rinvio alle finalità economiche e sociali della legge Sila ed ai criteri cui questa s'ispira*"[38]: quindi i criteri non ci sono a "livello" di disposizione ma ci sono a "livello" delle norme, di qui la non illegittimità della legge di delega.

La Corte dovette tornare sul medesimo punto ben altre 7 volte[39] senza, ovviamente, mai modificare la propria decisione.

E bene notare che la Corte non ha "individuato" i principi e criteri direttivi, né tantomeno li ha definiti; li ha solo rilevati (già esistevano) affermando anche il principio che non è necessario che detti principi siano formalmente e ritualmente racchiusi in una formula, quello che necessita è che i principi, di fatto, vi siano.

Più semplicemente: per essere legittima non serve che la legge delega contenga espressioni del tipo "*attenendosi ai seguenti principi e criteri direttivi*", l'importante è che detti principi e criteri direttivi vi siano, a prescindere dalle formule e/o dai riferimenti che li definiscono.

Se le due leggi di delega ebbero buona sorte, lo stesso non può dirsi dei decreti legislativi delegati che furono oggetto di 94 sentenze, di cui 30 d'infondatezza e ben 64 di fonda-

---

[37] A voler solo accennare alla problematica, la sentenza in esame enumera le categorie delle cosiddette leggi meramente formali (leggi di approvazione del bilancio e del consuntivo, di concessione dell'esercizio provvisorio del bilancio -art. 81 Cost.-, leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali -art. 80 Cost.-, leggi di approvazione dello Statuto di una Regione di diritto comune -art. 123 Cost. vigente all'epoca-, leggi che risolvono un conflitto di interessi tra lo Stato ed una Regione -art. 127 vigente all'epoca Cost.-; leggi che espropriano imprese -art. 43 Cost.-) anche se la dottrina successiva ha ben evidenziato come tale affermazione è solo parzialmente vera in quanto vi è comunque un effetto sul tessuto normativo.

[38] Cfr. sentenza 60/1957 in G. U. 29/05/1957 al punto 4 del considerato in diritto.

[39] Sentenze 63, 64, 65, 68 del 1957 e sentenza 3 del 1958 e, con riferimento alla sola legge 230/50, sentenza 70 del 1957.

tezza[40] per mancato rispetto del parametro interposto dato (a seconda del caso concreto) dalla legge 230/50, dalla legge 841/50 o dal combinato disposto delle due.

La delega legislativa "regionale" (Sentenza 47/59)

In disparte della vicenda peculiare riguardante la legge Sila e la legge stralcio, nel periodo esaminato vi sono state altre 519 sentenze di cui:

- 482 riguardanti censure rivolte all'atto normativo delegato con 133 accoglimenti e 349 tra infondatezze e non ammissibilità,
- 36 riguardanti censure rivolte all'atto normativo delegante con 3 accoglimenti e 33 tra infondatezze e non ammissibilità.

Volendo affidarsi alla statistica (pur consapevole dei limiti dell'applicazione dell'analisi numerica ai fenomeni giuridici), il 27,6% delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti di atti normativi delegati si è concluso con una declaratoria d'incostituzionalità, contro l'11,5% delle questioni sollevate nei confronti di una legge di delega.

Anche a non voler focalizzare l'attenzione sul calcolo esposto, è evidente la sproporzione numerica e comunque l'esiguità sia delle questioni sollevate, sia delle incostituzionalità comminate a leggi delega; non diventa improprio pertanto definire "rara" la circostanza di una legge delega incostituzionale per mancato rispetto dei parametri imposti dall'art. 76 Cost.

La prima questione di legittimità costituzionale conclusasi con un accoglimento rivolta a una legge di delega[41], pur implicando elementi connessi al raggio d'azione dell'art. 76, non riguarda un atto normativo statale.

La questione riguardava una legge della Regione Sicilia che conferiva una delega legislativa al "proprio" Governo regionale che, successivamente, l'esercitò adottando il Decreto Legislativo del presidente della Regione 4/58; o meglio, questo era il punto di vista del Commissario dello Stato che vedeva nell'atto legislativo regionale una delega "*ex art. 76*" e, nell'atto del governo regionale, un decreto legislativo (sempre "*ex art. 76*") e che, pertanto, rilevando l'assenza dei principi e criteri direttivi, ne ricavava l'incostituzionalità[42].

La difesa regionale dal canto suo negava alla "coppia" di atti normativi la natura di "legge delega-decreto legislativo" (l'atto del Governo regionale avrebbe avuto la natura di mero regolamento) e pertanto sosteneva la non applicabilità dei limiti imposti dall'art. 76 alla fattispecie posta all'attenzione della Consulta.

Questa posizione non fu condivisa dalla Corte che rilevò come, sia nei lemmi usati, sia nella sostanza normativa introdotta dall'atto governativo, si ricavava il conferimento dell'esercizio di un potere normativo di dimensione primaria e non regolamentare.

---

[40] La prima sentenza di accoglimento è la 59/57 in GU del 29/05/57, l'ultima a 38 anni di distanza (sent. 319/95 in GU del 19/07/1995).

[41] Sentenza 47/59 in GU del 18/07/59.

[42] Si veda E. Casetta, *Leggi regionali di delegazione e sindacato della Corte Costituzionale*, in *Giur. It*., 1959, num. 1, parte I, pag. 1277.

Una volta qualificata la legge regionale come delega legislativa e l'atto governativo come decreto legislativo delegato, la Corte rilevò come, in effetti, nella "delega" mancava qualsiasi riferimento (sia diretto che indiretto) ai principi e criteri direttivi.

La formula "delegante" contenuta nell'art. 2 della legge regionale[43] difatti recitava "*Il Governo della Regione è delegato ad emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le norme necessarie per il funzionamento del servizio di liquidazione della pensione e del trattamento di quiescenza spettante al personale dipendente dall'Amministrazione regionale, in rapporto al trattamento economico di cui al precedente articolo*".

L'oggetto c'è, il termine pure; … e i principi e criteri direttivi?

Mancano, e non sono ricavabili né altrove né dal riferimento all'esigenza che le norme contenute dalle disposizioni governative siano "necessarie", termine usato dal legislatore delegante, non con fini limitativi della potestà normativa conferita, ma come sinonimo di "occorrenti" e quindi di "ritenute occorrenti".

Ecco che si è al cospetto a una vera e propria "delega in bianco"… o meglio… il caso in esame ben rappresenta quali siano gli elementi (*rectius*, la mancanza di elementi) da cui si ricava l'incostituzionalità, per difetto contenutistico, della legge di delega.

La sentenza lascia però un dubbio: ma è possibile per il legislatore regionale legiferare attraverso lo strumento "legge delega – decreto legislativo"?

Secondo l'Alta Corte per la Regione Siciliana (sent. 13/1950) l'art. 76 era applicabile alla Regione Sicilia e la sentenza della Corte Costituzionale appena esaminata sembra dare ragione alla suprema Corte siciliana.

Ma così non è in quanto, nella successiva sentenza 32/61[44] la Consulta sostanzialmente disse che un conto era affrontare le questioni proposte dalle parti (rilevare la presenza o meno di principi e criteri direttivi) altro era interrogare la Corte sull'ammissibilità delle leggi di delega (e quindi dei decreti legislativi) regionali.

In disparte di eventuali approfondimenti sul punto, qui fuori luogo, diventa irrilevante la circostanza che "a diversa domanda" la Corte avrebbe dato "diversa risposta": ai fini del tema d'indagine rimane centrale l'individuazione dell'elemento caratteristico della "delega in bianco" come mancanza assoluta di qualsiasi criterio e principio direttivo.

Violazione dell'art. 76 o dell'art. 81? (Sentenza 226/76)

Anche la seconda sentenza di accoglimento in ordine di tempo[45], pur fornendo elementi interessanti, non "colpisce" direttamente una legge di delega statale per mancata previsione dei principi e criteri direttivi.

[43] L. Reg. Sic. 14/58 In GURS del 07/05/58.
[44] In GU del 17/06/1961.
[45] Sentenza 226/76 in GU 24 novembre 1976.

Nel caso portato all'esame della Consulta, questa volta, vi erano due leggi (la legge 477/73 e la legge 167/75) che disponevano una delega (la prima) e una proroga dei termini per esercitarla (la seconda).

La seconda in particolare, oltre a prorogare i termini della delega concessa dalla legge 477/73, in un certo senso ne "interpreta autenticamente" il contenuto precisando che il riferimento al personale direttivo, ispettivo docente e non docente della scuola materna, elementare, secondaria e artistica dello Stato ivi contenuto si riferisce anche "*al personale addetto alle iniziative scolastiche, di assistenza scolastica e di formazione e perfezionamento professionale a favore dei lavoratori emigrati nonché al personale docente di ruolo assegnato alle istituzioni scolastiche ed universitarie straniere*".

La legge, prorogante e interpretante, amplia il raggio di applicazione della legge interpretata senza però disporre alcunché circa la propria copertura finanziaria, quasi che fossero sufficienti le coperture previste dalla legge delegante interpretata la quale, però, non poteva immaginare l'ampliamento operato dalla successiva legge delegante interpretata.

Per la "parte ampliata" pertanto mancava un'adeguata copertura finanziaria, mancanza cui "tenta" di rimediare il decreto legislativo conseguente, nel silenzio di qualsiasi principio e criterio direttivo sul punto.

In sintesi: né la legge del 1973 né quella del 1975 disponevano una copertura finanziaria per far fronte alle spese derivanti da questa "estensione interpretativa" disposta dal legislatore delegante (e interpretante) del 1976; è stato il decreto legislativo delegato, senza aver ricevuto alcun criterio direttivo in merito, a disporre la copertura in piena autonomia.

L'inevitabile risultato porta alla seguente alternativa:

- o queste leggi avevano omesso di assicurare la copertura finanziaria, violando l'art. 81 Cost.,
- o queste leggi avevano omesso di fornire adeguati principi e criteri direttivi al Governo su come assicurare la copertura finanziaria, violando l'art. 76.

La Corte sembra sanzionare le due leggi delega per il primo profilo avendo cura però di precisare due aspetti utili alla presente indagine:

- differentemente dalla decretazione d'urgenza (dove il Governo si fa esso stesso legislatore) nella decretazione delegata compete al legislatore delegante "*disporre in ordine alla copertura della spesa*",
- *obiter dictum* (e quindi precisando come, da quanto stava per dire, non si dovesse ricavare un pacifico avallo da parte della Corte) non viene escluso che vi siano circostanze eccezionali che impediscano al legislatore delegante di predeterminare i mezzi finanziari e che quindi deleghi anche quest'aspetto al legislatore delegato, escluso (questo sì) che ciò sia possibile senza che il legislatore delegante fissi principi e criteri direttivi specifici sul punto cui il legislatore delegato dovrà attenersi.

Si ricava quindi l'idea, perfettamente coerente con l'impianto costituzionale, che, pur nell'unità ideale della delega, vi possano essere distinti profili connessi all'esercizio della medesima che necessitano di distinti principi e criteri direttivi.

In altre parole il Governo deve ricevere quantomeno una "direzione" per ogni piano operativo su cui deve cimentarsi: qualora la delega non contenga la copertura finanziaria relativa all'oggetto della delega, il Governo si trova davanti a due profili operativi (come esercitare il potere legislativo ricevuto sia nel merito sia nella copertura finanziaria) e pertanto deve ricevere adeguate istruzioni per ciascun profilo.

L'incostituzionalità della legge di delega per violazione art. 76 (sentenza 280/2004)

Di massimo interesse è la sentenza 280/2004, non solo in quanto è la prima (e sola) sentenza che colpisce una legge "statale"[46] (come visto l'unico altro precedente dove la causa dell'illegittimità deriva da un'assenza dei principi e criteri direttivi imposti dall'art. 76, riguardava una Legge della Regione Sicilia) ma anche in quanto si rivolge a una "vicenda normativa" con possibili punti di analogia con quella del *job act*.

Da ultimo si evidenzia come questa sentenza sia anche l'unica, tra quelle sin qui esaminate, che origini da una questione di legittimità sollevata in via principale.

L'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale era dato da alcuni commi dell'art. 1 della legge 131/2003[47].

Detta legge costituiva, tra le altre, l'attuazione dell'art. 117 terzo comma della Costituzione a seguito della riforma del Titolo V.

Come è noto, il terzo comma dell'art. 117, per come modificato dalla legge costituzionale 3/01, enumera una serie di materie relativamente alle quali assegna, congiuntamente alle Regioni e allo Stato, una competenza legislativa concorrente, nel senso che alla fonte legislativa Statale è riservata la determinazione dei principi fondamentali, alla fonte legislativa regionale è riservata la possibilità di "muoversi" all'interno della cornice data dai principi fondamentali statali.

Ma quali sono i principi fondamentali che, a questo punto, costituiscono parametro di legittimità interposto della legislazione regionale?

Il comma terzo della legge 131 del 2003 nel disporre che "*Nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti*" in realtà non aggiunge nulla a livello normativo di quanto sia già desumibile direttamente (e quindi previsto) dalla normativa costituzionale.

---

[46] V. I. Del Vecchio, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, *www.federalismi.it*, 2015, num. 3, parte Focus Fonti; A. Ferrara, *La Corte costituzionale nega al legislatore statale la competenza delle competenze (dopo la l. cost. n. 3 del 2001) con una sentenza solo apparentemente oscura?*, in *Giur. Cost.*, 2004, num. 4, pag. 2820.

[47] In GU del 16/06/2003.

Per chiarire, sia la potestà normativa regionale concorrente, sia i limiti alla medesima (costituiti dai principi fondamentali) sono sorti congiuntamente all'entrata in vigore della Legge Costituzionale 03/01; in quell'ideale "momento zero", ovviamente, non poteva esistere alcuna legge statale che, ai sensi della nuova formulazione del terzo comma dell'art. 117, definisse i principi fondamentali cui le leggi regionali dovessero attenersi.

Conseguentemente, da quell'ideale "momento zero" e fino a quando il legislatore statale non avesse disposto i principi fondamentali, le regioni avrebbero dovuto ricavare "l'essenza" dei principi fondamentali cui attenersi dalla normazione statale vigente.

Al legislatore regionale, in quella fase, veniva pertanto richiesta una preventiva attività ermeneutica complessa, tesa all'individuazione di detti principi; questa esigenza spinse il legislatore a "semplificare" il processo ermeneutico disponendo, al quarto comma dell'art. 1 della cennata legge 131/2003, che "*In sede di prima applicazione, per orientare l'iniziativa legislativa dello Stato e delle Regioni fino all'entrata in vigore delle leggi con le quali il Parlamento definirà i nuovi principi fondamentali, il Governo è delegato ad adottare, entro tre anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri di concerto con i Ministri interessati, uno o più decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali che si traggono dalle leggi vigenti, nelle materie previste dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, attenendosi ai principi della esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità ed omogeneità*".

Alle Regioni ricorrenti, i principi e criteri direttivi imposti al Governo per lo svolgimento di tale attività "*meramente ricognitiva*" (esclusività, adeguatezza, chiarezza, proporzionalità ed omogeneità) sono sembrati fumosi e poco direttivi.

Il compito assegnato al legislatore delegato non era, però, quello di definire i princìpi (crearne di nuovi o qualificare tali quelli che non lo erano) ma individuarli (trovare quelli esistenti); il compito era quello di effettuare un quadro ricognitivo di princìpi già esistenti, utilizzabile in via transitoria fino all'entrata in vigore delle "*apposite leggi con le quali il Parlamento definirà i nuovi principi fondamentali*"[48] il cui fine non era "vincolare" l'attività legislativa regionale concorrente (che resta vincolata ai "*principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti*") ma orientare l'iniziativa legislativa statale e regionale.

Si perdoni l'espressione: una sorta di "*vademecum*".

---

[48] Per completezza si accenna ad un aspetto peculiare della parte motiva in diritto della sentenza in esame. A una prima lettura sembrerebbe che la Corte si ponga nel "solco" della legge 131/03 e che quindi ricavi dal testo del quarto comma una sorta di riserva di legge formale in materia di definizione dei principi fondamentali idonei a costituire limito per il legislatore regionale (e quindi parametro interposto di legittimità per le leggi regionali), ma così non è ed è la stessa Corte a dirlo poche righe prima ("*in determinate circostanze, l'enunciazione di principi fondamentali relativi a singole materie di competenza concorrente può anche costituire oggetto di un atto legislativo delegato senza ledere attribuzioni regionali (cfr. sentenza n. 359 del 1993 e anche n. 303 del 2003*"). Una riserva formale di legge, per essere realmente in grado di impedire la possibilità del potere legislativo di delegare può essere posta da una norma costituzionale, cosa che, nel caso in esame, non vi è. La riserva di legge formale è posta da un atto avente "solo" la forza di legge, pertanto una legge successiva potrebbe ben disporre diversamente.

In questo caso il Governo viene quindi abilitato meramente "*all'individuazione, nell'ambito della legislazione vigente, di norme-principio chiare ed omogenee, tenendo peraltro conto che non tutte le disposizioni che in tal senso si autoqualificano, né <<il loro compiuto tenore letterale>> costituiscono in ogni caso <<principi della legislazione dello Stato>>, ma soltanto <<i nuclei essenziali del contenuto normativo>> che tali disposizioni esprimono*"[49].

L'intero tenore della disposizione, gli adempimenti ulteriori previsti, ma anche i lavori preparatori, ribadiscono tale dimensione "minimale" dell'impatto normativo dei decreti legislativi delegati adottati in virtù della presente delega, un impatto normativo (che si ritiene comunque non definibile come inesistente) pari anche ai c.d. testi unici di mera compilazione.

Insomma, i principi, dunque, non sono individuati nel senso "definiti" (innovando) ma nel senso di "trovati" (accertando l'esistente)[50]; più semplicemente: il singolo principio esiste *ex se* e costituisce un limite all'esercizio dell'attività legislativa sia nel caso in cui fosse stato rilevato dai decreti legislativi delegati di ricognizione sia nel caso opposto.

Sul punto la Corte ricorda come vi siano stati dei casi di legge, formalmente di delega, caratterizzate dall'assenza o vaghezza dei principi direttivi, le quali, nonostante il *nomen* e la formale attribuzione della "forza di legge" ai conseguenti decreti, in realtà consentivano al Governo soltanto il coordinamento di disposizioni preesistenti[51].

In questo caso non servono principi o criteri direttivi; o meglio, quelli dati (una sorta di "non si aggiunga nulla e non si tolga nulla a quanto già esiste") sono più che sufficienti a orientare e limitare l'attività normativa governativa e, quindi, a soddisfare i requisiti legittimanti imposti dall'art. 76 della Costituzione.

E' bene rimarcare che non si tratta di un mandato a individuare i principi fondamentali[52], cosa che richiederebbe il conferimento di principi e criteri direttivi volti a come il Governo debba procedere all'individuazione, ma un mandato a raccogliere l'esistente, cosa che, al contrario, non li richiede, in quanto, le indicazioni insite nel concetto di "raccogliere" costituiscono adeguati principi e criteri direttivi.

Su questo impianto di delega disegnato dal comma 4 dell'art. 1 della legge 131/03 (adeguato ai vincoli imposti dall'art. 76 Cost.) si "innestano" in maniera incoerente i successivi commi 5 e 6.

---

[49] Cfr. il punto 3 della parte motiva in diritto della sentenza 280/04 la quale cita anche un proprio precedente (sentenza 485/95).

[50] A. Ferrara, *La Corte Costituzionale Nega*… op cit., pag. 2820.

[51] Si ribadisce l'idea (non approfondibile in questa sede, stante la complessità dell'argomento) come la Corte adotti le espressioni indicate a fini descrittivi e non sostanziali: una cosa è affermare che siffatti decreti legislativi non innovano "quel particolare oggetto di normazione" costituito dal proprio contenuto, altro è che non mutino alcunché del quadro normativo di riferimento a livello legislativo o, più semplicemente che non hanno alcuna forza di legge. Se così non fosse (se cioè non avessero alcuna forza di legge), sarebbero per ciò solo sottratti al sindacato della Corte Costituzionale ex art. 136 Cost.

[52] V. L. Franco L., *La delegazione legislativa e i tempi dell'ordinamento*, op. cit., pag. 83.

Difatti il successivo comma 5, assegnando al Governo anche il compito di individuare le materie c.d. "trasversali"[53], impone di fatto al Governo di non limitarsi a una mera ricognizione ma "*di identificare le disposizioni che incidono su materie o submaterie di competenza regionale concorrente, contemporaneamente riservate alla competenza esclusiva statale*"[54].

Nell'esercizio di questo compito ulteriore il Governo non può limitarsi a raccogliere l'esistente ma deve effettuare un'analisi e un'individuazione, attività che richiede indicazioni sul come operare.

Non diversamente il successivo comma sesto, pur dettando formalmente dei principi e criteri direttivi *"destinati ad indirizzare, a prescindere dall'ambiguità delle singole previsioni, il Governo nella formazione dei decreti delegati, che pur dovrebbero essere "meramente ricognitivi", a prendere prioritariamente in considerazione predeterminati interessi e funzioni."*[55]

Insomma *"l'oggetto della delega viene così ad estendersi, in maniera impropria ed indeterminata, ad un'attività di sostanziale riparto delle funzioni e ridefinizione delle materie, senza peraltro un'effettiva predeterminazione di criteri*"[56].

Quella che doveva essere una mera ricognizione dell'esistente (che quindi non necessitava di principi e criteri direttivi ulteriori a quelli "insiti" nella definizione dell'oggetto) diventa una ricerca, selezione e individuazione, attività che, per essere rispettosa dell'art. 76 Cost. avrebbe preteso la presenza di adeguati principi e criteri direttivi.

Conclusioni

Se le sentenze di accoglimento sono assai poche[57], numerose appaiono invece quelle di rigetto (26), circostanza che suggerisce di procedere con una valutazione generale dei passi più significativi ai nostri fini.

Tra le affermazioni meritevoli di essere qui rappresentate vi è quella in base alla quale "*la norma di delega non deve contenere enunciazioni troppo generiche o troppo generali, riferibili indistintamente ad ambiti vastissimi della normazione oppure enunciazioni di finalità, inidonee o insufficienti ad indirizzare l'attività normativa del legislatore delegato*"[58].

---

[53] Cioè materie che pur rientrando in una "categoria" soggetta a competenza concorrente e bipartita (ad esempio, governo del territorio), nel loro concreto atteggiarsi, tocchino anche profili di competenza esclusiva statale (ad esempio tutela dell'ambiente).

[54] La Corte usa, in questo contesto, il termine "interpretazione" che ritengo rappresentativo ma improprio in quanto l'interpretazione non innova ma scopre; meglio sarebbe stato il termine, ad esempio "enucleazione".

[55] Cfr. punto 5 della parte motiva in diritto della sentenza 280/2004.

[56] *Ibidem*.

[57] La relativamente recente sentenza 251/16, "colpisce" una legge di delega in quanto tale ma, non per il profilo che qui si indaga (la delega in bianco), ma per aver delegato ciò che non poteva neanche lei stessa fare (nel caso di specie, imponeva al Governo di adottare i decreti legislativi delegati previo parere della Conferenza Unificata Stato-Regioni mentre era tenuto a imporre, non il previo parere ma, la previa intesa).

[58] Sent. 158/85.

Altra affermazione di rilievo ad esempio è "*la determinazione dei principi e criteri di cui all'art. 76 Cost. ben può avvenire per relationem, con riferimento ad altri atti normativi, purché sufficientemente specifici*[59]".

Così inteso il limite dei principi e criteri direttivi, anche se appare (come a volte definito[60]) "elastico"[61] o "a fisarmonica", non risulterebbe tale: non è che il limite, a seconda delle circostanze, può esserci o esserci solo in misura "minimale", è che i principi, per esserci e vincolare l'esecutivo, non occorre siano "incorniciati" in una proposizione formale che li enunci.

Anche nel caso del comma quarto della citata legge di delega 131/2003, sotto il profilo ontologico non vi è una reale versione "minimale" del principio e criterio direttivo, vi è una versione "minimale" del potere normativo conferito.

Conferendo il potere alla mera ricognizione dell'esistente si realizza una presenza contestuale e "sovrapposta" dell'oggetto sui principi direttivi e viceversa: in altre parole nell'espressione "decreti legislativi meramente ricognitivi" insiste sia l'oggetto (il "cosa" il Governo è delegato a fare) sia i principi e criteri direttivi (il "come" farlo).

Nonostante parte della dottrina abbia letto, nella dichiarazione di incostituzionalità dei commi 5 e 6 della legge 131/03, un mutamento di orientamento della giurisprudenza costituzionale[62], realizzata sia pur attraverso una sentenza ritenuta "ambigua"[63], alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate, non appare sussistere né un cambio di orientamento né alcuna ambiguità, ma semmai puntuale conferma.

Insomma, quello che conta è che l'attività normativa delegata sia oggettivamente e univocamente orientata dal legislatore delegante e che disponga "dei limiti" (in quanto la normazione delegata è e resta una normazione derivata) senza negare margini di manovra in quanto "*la determinazione dei principi e criteri direttivi, richiesta dall'art. 76 Cost., non elimina ogni discrezionalità nell'esercizio della delega, ma vale semplicemente a circoscriverla*"[64] residuando sempre uno spazio di discrezionalità libera, da esercitarsi secondo criteri puramente politici[65].

---

[59] Sent. 156/87 in GU 20/05/87.

[60] V. G. Tarli Barbieri, *La grande espansione della delegazione legislativa nel più recente periodo, in Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. Caretti e A. Ruggeri, Milano 2003, 47 s., spec. 65 s. e 113.

[61] A. Ambrosi, *Deleghe legislative e riforme tributarie: questioni vecchie e nuove sull'art. 76 Cost.*, in *Riv. dir. trib.*, fasc.3, 2001, pag. 415 "*Ad essere concreti, quindi, il compito che mi è stato affidato - consistente nella ricognizione dei limiti derivanti dalla costituzione all'impiego della delega legislativa nella normazione tributaria - potrebbe concludersi qui: con la constatazione che gli artt. 76-77 Cost. prefigurano un modello "elastico", per il quale le camere sono lasciate sostanzialmente libere di concedere deleghe di qualsivoglia ampiezza, ed il Governo libero di riempire in qualunque modo il contenitore prefigurato*".

[62] N. Maccabiani, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del Governo*, Milano 2005, pag. 21.

[63] Nicola Lupo, *Quali vie di accesso per un (efficace) sindacato sulla costituzionalità delle leggi di delega?*, in *Giur. cost.*, fasc.4, 2006, pag. 2944;

[64] C. Cupelli, *Un difficile compromesso. Ancora in tema di rapporti tra legge delega e riforma del codice penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc.4, 2007, pag. 1346.

[65] Cfr. R. Dickmann, *Processo legislativo e limiti della legge*, Jovene, 2006, p. 193 e ss.

La lettura delle sentenze effettuata consegna un perimetro di analisi nel quale la Corte si muove con estrema "prudenza"[66] (a volte definita anche "ritrosia"[67]), consapevole forse della circostanza che il Parlamento, a seguito della delega rilasciata, non "perde" il controllo "*sulla*" funzione delegata, in quanto ben può intervenire con gli strumenti suoi propri quali sono gli atti d'indirizzo e controllo (fino a provocare la fine del rapporto fiduciario mediante la mozione di sfiducia) anche se perde il controllo "*nella*" funzione.

1.f. I Pareri resi dalle Commissioni parlamentari nella delegazione legislativa

Non è infrequente che le leggi di delega prevedano un intervento parlamentare nel processo di formazione del decreto legislativo, sotto forma di parere reso sugli schemi dei decreti legislativi.

La previsione di pareri parlamentari nel procedimento di formazione del decreto legislativo costituisce limite ulteriore rispetto a quelli enumerati dall'articolo 76 Cost. ed è pacificamente considerata apponibile dal legislatore delegante al legislatore delegato[68], pur se con qualche voce contraria in dottrina[69].

E' indubbio che la previsione del parere costituisca, da un lato, come detto, un limite ulteriore, dall'altro uno strumento di "allineamento" tra il voluto del legislatore delegante e il realizzato (o meglio, realizzando) dal legislatore delegato, ma difficilmente l'apposizione di tali limiti ulteriori può costituire elemento "assolutorio" nei confronti della legge di delega carente dell'indicazione di principi e criteri direttivi al Governo.

In disparte della facile osservazione, meramente semantica, in base alla quale esiste un limite "ulteriore" solo a patto che ne sussista un altro, rispetto al quale il primo si atteggi (appunto) come ulteriore, la dimensione "contenitiva" e di indirizzo del parere parlamentare ha una natura diversa rispetto a quella costituita dalla compiuta presenza dei principi e criteri direttivi.

Innanzitutto, come è noto, la richiesta del parere può avere natura meramente obbligatoria e non necessariamente anche vincolante.

---

[66] G. Pitruzzella, *Corte costituzionale e governo*, in Foro it., 2000, V, 28 ss., "*il tradizionale atteggiamento di prudenza con cui la Corte utilizza il sindacato sul rispetto dell'art. 76 Cost.*"

[67] Nicola Lupo, *Quali vie di accesso…* op. cit., pag. 2944; v anche C. De Fiores, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova 2001, pag. 68 e ss..; A. Celotto-E. Frontoni, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir., Agg*., VI, Milano 2002, pag. 697 e ss.

[68] S.M. Cicconetti, *I limiti "ulteriori", della delegazione legislativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1966, 568; M. Patrono, *Le leggi delegate in Parlamento*, Padova, 1981, 64; A. De Angelis, *La "consulenza" parlamentare nel procedimento di formazione della legge delegata: aspetti problematici* in *Camera dei Deputati, Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, Roma, 1987, 215; M. Siclari, *Il Parlamento nel procedimento legislativo delegato*, in *Giur. Cost*., I, 1985, 804.

[69] G. Bolboni Acqua, *Le Commissioni parlamentari consultive previste nelle leggi di delega*, in *Giur. Cost*. 1964, 909; G.F. Ciaurro, *Le Commissioni bicamerali nell'esperienza parlamentare italiana* in *Bollett. di informaz. cost. e parlam*., 1981, 163; C. Chimenti, *Un Parlamento agli sgoccioli*, Torino, 1992, 34.

Qualora il parere abbia natura obbligatoria e non vincolante è di tutta evidenza che il mero vincolo procedurale derivante[70] non ha niente a che vedere con l'assolvimento dell'obbligo gravante sul legislatore di fornire adeguati indirizzi al legislatore delegato; l'articolo 76 impone che i vincoli ricavabili dai principi e criteri direttivi siano rispettati, un parere obbligatorio che non vincoli nei contenuti non costituisce fattispecie assimilabile.

Qualora invece il parere fosse vincolante, l'angolo prospettico cambia, l'esito no.

Non è un problema di legittimità della previsione, ipotesi sostanzialmente ammessa dalla dottrina dominante[71] e non negata espressamente dalla giurisprudenza costituzionale[72], ma di fungibilità tra l'obbligo di prevedere principi e criteri direttivi e la previsione dei pareri vincolanti.

L'articolo 76 richiede che i principi e criteri direttivi siano determinati (o, come visto, oggettivamente determinabili), circostanza che non può essere riferita agli eventuali vincoli contenuti in un parere per almeno due ordini di motivi:

- il parere assunto da una commissione, anche qualora fosse bicamerale, non costituisce il *plenum* dell'assemblea come invece richiesto dall'articolo 72.4 della Costituzione;
- il parere non può che risolversi alternativamente in una valutazione del rispetto dei criteri direttivi preesistenti (che quindi sussistono, circostanza che rende superflua l'analisi della fungibilità tra principi e criteri direttivi e pareri vincolanti), ovvero in una valutazione discrezionale/politica che rappresenta una volizione parlamentare e non una determinazione di indirizzo cui il Governo deve attenersi nell'eseguire l'esercizio legislativo delegato.

La presenza di un parere obbligatorio o addirittura vincolante, è certamente coerente al disegno costituzionale ma riguarda, non il momento della formulazione dei principi cui il Governo deve conformarsi, ma il momento della predisposizione di un decreto legislativo conforme.

In una descrizione metaforica, la previsione di un parere è d'aiuto al legislatore delegato e contribuisce a ridurre il rischio di eccessi di delega ma non aiuta il legislatore delegante a spogliarsi dall'obbligo di previsione dei principi e criteri impostogli dall'articolo 76 della Costituzione e quindi, da sé sola, non aiuta a evitare deleghe in bianco.

---

[70] F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. XXXV, 2007, Padova, 136 e ss.; "*sia nei casi in cui il parere della Commissione parlamentare sia previsto come obbligatorio, sia in quelli in cui esso sia configurato dalla legge di delegazione come vincolante, la mancata audizione del parere e, rispettivamente, la sua violazione costituiscono eccesso di delega suscettibile di determinare l'incostituzionalità del decreto legislativo*".

[71] *Ibidem.*

[72] G. Perniciaro, *Sulla legittimità dell'attribuzione dell'efficacia vincolante ai pareri delle Commisisoni Parlamentari nella delegazione legislativa*, in www.astrid-online.it, Marzo 2009 "*la Corte costituzionale non ha mai escluso la possibilità di fare ricorso a pareri vincolanti. Nelle sentenze n. 78 del 1957 e n. 173 del 1981 la Corte, infatti, si è limitata a ravvisare nei casi sottoposti al suo esame la mancanza del requisito della vincolatività, senza mai tuttavia prospettare neppure il sospetto che una previsione di effetti vincolanti potesse ritenersi contraria alla Costituzione*".

Conforta questa impostazione la sentenza costituzionale 243/82 dove la Corte rappresenta come vi sia una sorta di bilanciamento: le "maglie larghe" lasciate dai principi e criteri contenuti nella legge di delega si bilanciano con la previsione di un parere[73].

Dunque, la previsione di un parere (obbligatorio o vincolante che sia) può contribuire, congiuntamente alla previsione di principi e criteri direttivi, alla legittimità dell'atto delegante, ma da sé solo sarebbe insufficiente.

1.g. Alla ricerca di un criterio oggettivo

Al termine delle analisi effettuate resta un senso d'incertezza dovuto dai margini di indeterminatezza che sembrano emergere.

Sostenere che il Parlamento debba determinare i principi e criteri direttivi e il Governo, dal canto suo, debba poter contare su uno "spazio di manovra" entro il quale esercitare la delega ricevuta, determina uno scenario nel quale si possono individuare agevolmente i punti estremi, ambedue impropri, (mancano del tutto i principi e criteri direttivi e pertanto il Governo non ha alcun limite; il Parlamento ha dettagliato tutti gli aspetti e pertanto al Governo non residua alcun spazio di manovra) ma resta sempre l'indeterminatezza su come considerare tutte le altre possibili "gradazioni".

Più semplicemente:

- una legge delega che dettagliasse ogni singolo aspetto senza lasciare alcun margine al Governo è inutile,
- una legge delega che si rimettesse al mero apprezzamento del Governo e non gli ponesse alcun principio e criterio direttivo è illegittima,
- come considerare tutto ciò che si trova in mezzo a questi due ideali estremi?

Volendo schematizzare, definendo "zero" la situazione, sicuramente illegittima, nella quale la legge di delega non declina alcun principio e criterio direttivo, e "100" la situazione nella quale la disposizione delegante disciplini ogni singolo minuto aspetto, è possibile individuare un "confine" oggettivo, una sorta "quantità minima" di principi e criteri direttivi al disotto della quale la disposizione delegante cade nell'incostituzionalità?

La risposta istintiva "*in medio stat virtus*", non soddisfa, se non altro perché l'individuazione di un'ipotetica "via di mezzo", oggettiva e rappresentabile, non è possibile, neanche in chiave meramente teorica.

Neanche soddisfa una semplice rimessione al prudente apprezzamento del Giudice delle leggi che quindi dipenderebbe dalla valutazione di aspetti non oggettivamente identificabili a priori.

---

[73] V. Sentenza 243/82 in GU 05-01-83 n. 4 punto 6 del considerato in diritto: "*la maggiore ampiezza delle scelte strumentali affidate al legislatore delegato era, da una parte, necessitata dall'ampiezza e complessità della riforma tributaria; dall'altra, temperata dalla previsione (art. 17 della legge delegante) del previsto parere di una commissione composta da quindici senatori e da quindici deputati richiesto sui decreti delegati da emanare*".

Spostando però l'attenzione all'affermazione (volutamente semplicistica e generale) in base alla quale il legislatore non trova altri limiti se non quelli posti dalla Costituzione, emerge come, in realtà, qualsiasi presenza di un principio o criterio direttivo (quindi, nella metafora del valore da zero a cento, qualsiasi valore diverso da zero) conferisce legittimità alla determinazione parlamentare.

In altri termini, la Costituzione impone "solo" la presenza di principi e criteri direttivi, senza definire alcun livello di dettaglio; l'individuazione del livello di dettaglio (e conseguentemente dell'ampiezza della discrezionalità lasciata al Governo) non può che essere rimessa al prudente apprezzamento del Parlamento in dialettica con l'Esecutivo[74].

Questa conclusione però non risolve l'esigenza di perimetrare un confine preciso, oggettivo e univocamente individuabile.

Si può provare a oggettivare tale confine partendo, volutamente, da un approccio paradossale: la legge di delega rispetta l'art. 76 quando… può essere violata dall'emanando decreto legislativo delegato.

Difatti, se si prova a immaginare una legge che tenti di conferire una delega legislativa ma che non contenga nessun elemento (né il tempo, né l'oggetto, né alcun principio e criterio direttivo), non potrà mai essere violata dall'emanando decreto legislativo, il quale, quindi, in nessun caso potrebbe incorrere "nell'eccesso di delega" (se non ha alcun limite, non potrà mai trovarsi al di là del limite).

Questa ipotesi si verifica anche con riferimento ai singoli elementi obbligatori della legge di delega; ad esempio: qualora l'atto delegante non imponesse alcun limite temporale, il decreto legislativo non potrà mai risultare viziato per non aver rispettato un termine inesistente; e ancora, qualora l'atto delegante non indichi l'oggetto, il decreto legislativo non potrà mai violare un oggetto parimenti inesistente.

Pertanto, osservando il contenuto di una delega, la domanda da porsi è: "il legislatore delegato, fermo restando il rispetto del tempo e dell'oggetto, nell'esercizio della delega ricevuta incontra altri limiti imposti dalla delega medesima"?

In quest'ottica i due diversi vizi dell'eccesso di delega e della delega in bianco mostrano caratteri autoescludenti: laddove una legge di delega contiene un, seppur minimo, principio e criterio direttivo, vi è la possibilità che il decreto legislativo delegato la violi e quindi incorra nell'eccesso di delega; al contrario, laddove la legge di delega, mancando di qualsiasi principio e criterio direttivo, integri gli estremi della delega in bianco, il decreto legislativo delegato non corre alcun rischio d'incorrere nell'eccesso di delega perché non ha nulla che possa essere violato.

E' fin troppo ovvio che la natura del limite costituito dai principi e criteri direttivi deve essere ulteriore rispetto ai normali limiti che il decreto legislativo delegato sarebbe tenuto comunque a rispettare; ad esempio, il vincolare il legislatore delegato a rispettare la Costitu-

---

[74] Sul punto v. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 214. "*[la Corte ha] fatto capire che il suo sindacato non potrebbe investire il grado di specificazione dei principi e criteri direttivi: con il pratico effetto di tradurre l'osservanza dell'art. 76 in una political question, affidata alla libera valutazione delle Camere, non diversamente da ciò che si riscontra nell'ordinamento statunitense*".

zione, l'ordinamento comunitario, ecc. da solo non basta a soddisfare l'esigenza imposta dall'articolo 76 Cost. al Legislatore delegante.

Si potrebbe quindi azzardare questa definizione del "confine": la legge di delega è "in bianco" quando il decreto legislativo non può materialmente violarne i principi e criteri direttivi e, al contrario, la legge di delega non può essere considerata "in bianco" quando può essere violata dal decreto legislativo delegato.

Una conferma della possibile bontà di questa chiave di lettura si può ricavare dalla sua applicazione alle fattispecie oggetto delle sentenze esaminate.

Con riferimento alla legge 841/50, questa poteva ben essere violata nei principi e criteri direttivi (e non poche volte i decreti legislativi sono stati dichiarati incostituzionali) che, seppur non declinati, erano implicitamente richiamati; ne consegue che non vi può essere alcuna possibilità di configurarla come "delega in bianco".

Al contrario, esaminando la legge regionale siciliana, oggetto della sentenza 47/59 della Corte Costituzionale, si evince come, una volta rispettato il termine (entro 60 giorni) e l'oggetto (servizio della liquidazione pensionistica), non vi era alcun altro vincolo imposto al legislatore regionale delegato e pertanto un eventuale decreto legislativo delegato non avrebbe mai potuto sconfinare nell'eccesso di delega rispetto all'atto delegante; ne deriva l'illegittimità della legge di delega.

Si conferma quindi l'ipotesi ricostruttiva qui proposta: se la legge di delega non può essere violata dal decreto legislativo delegato (che quindi non "corre il rischio" di cadere nell'eccesso di delega), la stessa legge di delega è incostituzionale per essere "in bianco".

Passando alla sentenza 226/76, la legge 167/75, oggetto della medesima, nulla disponeva in merito alla copertura di bilancio per gli oneri derivanti connessi agli effetti della produzione normativa delegata e, pertanto, sotto tale profilo, il legislatore delegato avrebbe potuto a piacimento disporre della relativa copertura finanziaria senza correre il rischio di violare la delega.

Torna quindi la situazione dove il decreto legislativo non ha nulla da violare e pertanto la legge di delega risulta "in bianco".

Esemplare poi è il caso della legge 131/03, in quanto in essa convivono ambedue le casistiche:

- con riferimento alla delega contenuta nel quarto comma, il legislatore delegato era costretto a limitarsi a raccogliere l'esistente, senza nulla aggiungere; pertanto il mancato contenimento all'interno di questi principi e criteri direttivi impliciti (ma non per questo meno presenti) avrebbe determinato l'incostituzionalità del decreto legislativo delegato per eccesso di delega;
- con riferimento alla delega contenuta nel quinto comma, il legislatore delegato non era costretto da alcun limite nell'individuazione dei principi trasversali incidenti su materie di competenza concorrente regionale e pertanto non avrebbe corso rischi di sconfinare nell'eccesso di delega.

La delega contenuta nel quarto comma, proprio perché contenente dei vincoli è legittima (rispetta l'art. 76 cost.) e, come corollario, il decreto legislativo delegato "corre il rischio" di sconfinare nell'eccesso di delega; al contrario, la delega contenuta nel quinto comma, proprio perché non contiene dei vincoli, consente al decreto legislativo delegato di "non correre alcun rischio" di sconfinare nell'eccesso di delega, con l'inevitabile corollario dell'incostituzionalità della delega stessa.

A questo punto non resta che applicare l'ipotesi ricostruttiva alla legge 183/14 dalla quale si è partiti.

Applicando con rigore quanto sin qui descritto in linea generale non pare vi siano elementi per qualificare la legge in commento come una "delega in bianco" salvo che con riguardo alla delega contenuta nel settimo comma.

A prima vista tale delega si avvicina pericolosamente al confine disegnato dal monito contenuto nella sentenza 156/87 ("*le norme deleganti non possono limitarsi a disposizioni talmente generiche da essere riferibili indistintamente a materie vastissime ed eterogenee, né possono esaurirsi in mere enunciazioni di finalità, ma debbono essere idonee ad indirizzare concretamente ed efficacemente l'attività normativa del Governo*"[75]) e quindi anche al "confine" qui delineato (un principio non riferibile a "quella" materia non costituisce elemento realmente limitante il potere del legislatore delegato).

Come visto però, la (sin qui) costante giurisprudenza della Corte costituzionale si muove "*alla ricerca delle finalità ispiratrici della delega*" fino a rinvenirle anche "*al di là della formulazione letterale*"[76]: non occorre che i limiti siano espressi, basta che siano oggettivamente e univocamente individuabili.

Le perplessità che si possono avere nei confronti della delega contenuta nel settimo comma dipendono quindi più da una formulazione "non piana" usata per la definizione dell'oggetto, che da una mancanza di principi e criteri direttivi, ma questo è un aspetto che esula dal tema d'indagine.

Residuano però dei dubbi in quanto la delega contenuta nel comma 7 si articola in più parti, di cui una meramente ricognitiva ("…*di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro*…") che si caratterizza per essere destinataria di dedicati principi e criteri direttivi contenuti nella lettera "a)" del medesimo comma ("*individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali*").

Dal tenore letterale si ricava come i fini (valutare la coerenza e superamento) siano estranei alla ricognizione, e che, pertanto, l'esercizio di "questa" delega si riduce (appunto) a una ricognizione dell'esistente, attività che, come visto, non necessita di formali principi e criteri direttivi in quanto già impliciti nel compito (raccogliere l'esistente).

---

[75] Sentenza 156/87, in GU del 20/05/1987, punto 3 della parte motiva in diritto
[76] N. Lupo, *Quali vie dei accesso…*, op cit., pag. 2944

In questo senso, e in coerenza con la tesi proposta, il decreto legislativo delegato ha un limite da rispettare oltre il quale risulterebbe affetto da "eccesso di delega": non può "innovare" in quanto deve solo "individuare"; pertanto, qualora "innovasse", andrebbe oltre il potere conferito.

L'esistenza di un "limite" per il legislatore delegato implica, come detto la legittimità della legge di delega.

Questo quadro di sostanziale legittimità viene però "turbato" dal tenore del principio contenuto nella lettera "i)" del medesimo comma[77] che conferisce il potere al Governo di abrogare, con altri decreti legislativi delegati, le forme contrattuali incompatibili con il testo organico semplificato.

In disparte delle riserve concettuali e sistematiche che si possono avere nei confronti del testo della disposizione[78], anche solo immaginare che possano realizzarsi delle incompatibilità tra norme preesistenti e norme disposte con il testo organico, significa immaginare che quest'ultimo non si sia limitato a "individuare" ma che, almeno con riferimento alle fattispecie incompatibili, possa in qualche modo innovare (o non riproducendo norme preesistenti o creandone di nuove in rapporto antinomico con le precedenti).

Insomma, la possibilità che vi siano dei contrasti tra il testo organico semplificato e la pregressa normativa, legittima l'emersione di qualche dubbio che conduce a un interrogativo: il testo organico è meramente ricognitivo o no?

Nella prima ipotesi (testo organico meramente ricognitivo) non vi sono "rischi" per la legge di delega di essere "in bianco" (non servono formali principi e criteri direttivi), ma ciò implica un elevato "rischio" a carico dell'atto delegato di incorrere nell'eccesso di delega (deve limitarsi a "fotografare" l'esistente).

L'unica possibilità che si "creino" contrasti con le norme preesistenti è data dalla mera "duplicazione" della medesima normativa (prima esistente in fonti disparate e poi raccolte in un testo organico); al di fuori di questo stretto confine, qualsiasi contrasto sostanziale tra testo organico e normativa pregressa si tradurrebbe in un eccesso di delega a carico del decreto legislativo delegato.

Nella seconda ipotesi occorre interrogarsi su quali siano i principi e criteri direttivi che il legislatore delegato sia chiamato a seguire in quell'attività, non più ricognitiva ma, potenzialmente innovativa.

Si tenga presente che anche una dimensione innovativa "minimale", in base alla quale il legislatore delegato si limiti a scegliere, tra due o più schemi contrattuali "ridondanti",

---

[77] Il testo completo è il seguente "*abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative*".

[78] Al mero fine di accennare una problematica vasta e non affrontabile in questa sede, postulando una perfetta legittimità del decreto legislativo delegato, l'eventuale norma contenuta in un atto normativo preesistente "incompatibile" risulterebbe comunque abrogato tacitamente dal sopravvenire dalla nuova normativa; una formula che avesse indicato l'opportunità di procedere a una abrogazione espressa (che comunque non impedisce che si verifichi anche un'abrogazione tacita) sarebbe stata preferibile.

quello ritenuto “più adeguato”, implica un’attività discrezionale che necessita di principi e criteri direttivi; principi che, non paiono presenti.

Nel solco della giurisprudenza costituzionale si potrebbe comunque rilevare una presenza implicita di principi e criteri direttivi ricavabili essenzialmente dalla chiara indicazione di “promuovere” il contratto a tempo indeterminato (lettera “b” del comma 7).

Eventuali contenuti del “testo organico”, che non si limitassero a una mera ricognizione dell’esistente, ma che operassero una “selezione” volta a favorire il contratto a tempo indeterminato (o gli altri elementi contenuti nei principi enumerati nel comma 7) risulterebbero legittimi; al contrario, una escursione innovativa in altri ambiti determinerebbe l’illegittimità del decreto legislativo.

In ambedue le ipotesi si riproduce quanto teorizzato: ciò che “salva” l’atto delegante “costringe” l’atto delegato.

Conclusivamente: la possibilità di riconoscere una piena legittimità alle deleghe contenute nel settimo comma della legge delega passa attraverso alternativamente:

- una lettura “minimale” dell’effetto abrogativo riconducibile al sopravvenire del testo organico che derivi dalla semplice eliminazioni delle duplicazioni normative[79],
- un’individuazione dei principi e criteri direttivi applicabili al decreto legislativo contenente il testo organico anche in quei principi apparentemente non rivolti a detto testo organico.

Al di fuori di queste ipotesi residua solo l’assenza di principi e criteri direttivi a carico della legge di delega, con quanto ne conseguirebbe in termini di legittimità della medesima.

[79] Nella formula del principio contenuto nella lettera “i)” del settimo comma (“*abrogazione di tutte le disposizioni […] al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative*”) la “*e*” deve quindi essere intesa come congiuntiva e non disgiuntiva: occorre eliminare le duplicazioni normative al fine di ridurre i rischi interpretativi difformi. In altri termini il legislatore delegato non crea ma “duplica”; la presenza di un “duplicato”, potenzialmente caratterizzato dall’uso di vocaboli differenti o di contesti diversi, potrebbe determinare interpretazioni che “tengano in vita” ambedue le formulazioni, rischio che il legislatore è tenuto ad evitare abrogando il duplicato. Come a dire: il legislatore non ritiene sufficiente affidarsi all’abrogazione tacita e preferisce la strada dell’abrogazione espressa.