AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti

Rivista AIC

Trimestrale di diritto costituzionale

Anno 2021/ Fascicolo IV

Contributi di E. Caterina e M. Giannelli, S. Cecchini, A. D'Aloia, M. D'Amico, E. Furno, G. Gemma, L. Longhi, R. Manfrellotti, A. Merlino, G. Mingardo, F. Paterniti, C. Pinelli, I. Roberti, M. Trapani

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, Prof.ssa Daniela Mone, Dott. Fabio Francesco Pagano, Prof. Francesco Paterniti, Prof. Edoardo Raffiotta, Dott.ssa Chiara Sagone, Dott.ssa Palmina Tanzarella.

Indice del fascicolo

Edoardo Matteo	Caterina Giannelli	IL VOTO AI TEMPI DEL BLOCKCHAIN: PER UNA RINNOVATA VALUTAZIONE COSTITUZIONALE DEL VOTO ELETTRONICO	1
Antonio	D'Aloia	EGUAGLIANZA. PARADIGMI E ADATTAMENTI DI UN PRINCIPIO 'SCONFINATO'	17
Stefania	Cecchini	L'EUROPA ASPIRA A DIVENTARE UNO STATO SOCIALE?	103
Marilisa	D'Amico	THE LEGACY OF RUTH BADER GINSBURG	136
Raffaele	Manfrellotti	LA CAUSA DEGLI ATTI DI DIRITTO PUBBLICO	152
Matteo	Trapani	IL SISTEMA DELLE CONFERENZE E IL REGIONALISMO DIMEZZATO: IL DIFFICILE RAPPORTO TRA PNRR E REGIONI ALLA LUCE DELLE RECENTI EVOLUZIONI NORMATIVE	179
Antonio	Merlino	L'EUROPA E IL FASCISMO. HELLER E LA CRISI DEL COSTITUZIONALISMO EUROPEO	194

Giacomo	Mingardo	APPRODI E PARTENZE: LO STATO DELLA GESTAZIONE PER ALTRI E LA PROSPETTIVA FUTURA	206
Francesco	Paterniti	STATUS DI FIGLIO E LIMITI ALLE POSSIBILITÀ GENITORIALI DELLE COPPIE OMOAFFETTIVE: LACUNE DELL'ORDINAMENTO, ATTESE LEGISLATIVE E (PROBLEMATICI) ARRESTI GIURISPRUDENZIALI	228
Ilaria	Roberti	IL CONTENIMENTO DELLA SPESA PUBBLICA COME PRESUPPOSTO DELLE PIÙ RECENTI REVISIONI COSTITUZIONALI	254
Luca	Longhi	LA REVIVISCENZA DEGLI ATTI NORMATIVI NEI PERCORSI RIGENERATIVI DEL DIRITTO VIVENTE	274
Erik	Furno	COSTITUZIONE, FONTI DEL DIRITTO ED ORDINANZE EMERGENZIALI	286
Cesare	Pinelli	"DIRITTO DI ESSERE SE STESSI" E "PIENO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA"	308
Gladio	Gemma	LA VACCINAZIONE OBBLIGATORIA È UTILE ED È COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMA	329

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 28/09/2021

AUTORE: Edoardo Caterina[*], Matteo Giannelli[*]

IL VOTO AI TEMPI DEL *BLOCKCHAIN*: PER UNA RINNOVATA VALUTAZIONE COSTITUZIONALE DEL VOTO ELETTRONICO[**]

Sommario: 1. Premessa. Intorno alla democrazia elettronica. – 2. L'ordinamento italiano e il voto elettronico: un dibattito ricorrente. – 3. I limiti del voto elettronico finora impiegato: esperienze paradigmatiche. – 4. Parametri costituzionali per il voto elettronico: una proposta. – 5. Votare con il Blockchain. – 6. Tentativo di valutazione costituzionale del voto con il Blockchain. Conclusioni.

1. Premessa. Intorno alla democrazia elettronica

All'interno dei contesti politici nazionali e sovranazionali, l'analisi dell'apporto offerto dagli strumenti della «democrazia elettronica»[1] al rinvigorimento dei processi democratici[2] risente di un ridimensionamento delle aspettative sorte nel corso degli ultimi anni. Decisiva, sul punto, è la consapevolezza che lo sviluppo della rete Internet non sia un fattore palingenetico delle democrazie contemporanee e che la rivoluzione digitale non conduca necessariamente a nuove dimensioni della partecipazione e della sfera politica[3].

---

[*] Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Macerata.
[*] Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Firenze.
[**] Contributo realizzato nell'ambito del PRIN 2017, Self- and Co-regulation for Emerging Technologies: Towards a Technological Rule of Law (SE.CO.R.E TECH).

[1] Nella dottrina italiana si vedano per tutti: G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche,* Pisa 2017 (in part. 153 ss.); G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica: presupposti e strumenti*, Padova, Cedam, 2017; D. PITTERI, *Democrazia elettronica*, Bari, Laterza, 2007. Pioneristici i lavori di S. RODOTÀ, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, 1993, 569 ss.; A. DI GIOVINE, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, in *Diritto e società*, 1995, 399 ss.

[2] Per una riflessione riferita al peculiare contesto dell'Unione europea cfr. E. LONGO, *Europa e democrazia elettronica*, in A. Pajno, L. Violante, *Biopolitica, pandemia e democrazia*. Rule of law *nella società digitale,* Vol. I, *Problemi di governo,* Bologna, Il Mulino, 2021, 233 ss.

[3] Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 2019, 74 ss. Per la delusione di chi aveva inizialmente ipotizzato virtù palingenetiche cfr. E. MOROZOV, *The Net Delusion: The Dark Side of Internet Freedom*, New York 2011. Inoltre, per una recente analisi delle trasformazioni che la rappresentanza politica sta subendo nel contesto della rete, si v. A. CARDONE, *"Decisione algoritmica"* vs *decisione politica.* A.I.*, Legge, Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, spec. 91 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. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

Il «disincanto» si è avuto soprattutto intorno al nesso tra democrazia elettronica e democrazia diretta. Norberto Bobbio, già nel 1984, riteneva «fantascientifica» l'idea che le potenzialità della Rete potessero superare gli impedimenti tecnici alla praticabilità della democrazia diretta. Bobbio, in particolare, bollava come semplicemente «puerile» "l'ipotesi che la futura computer-crazia, com'è stata chiamata, consenta l'esercizio della democrazia diretta"[4] per il semplice fatto che "nessuno può immaginare uno stato che possa essere governato attraverso il continuo appello al popolo […] salvo nella ipotesi per ora fantascientifica che ogni cittadino possa trasmettere il proprio voto a un cervello elettronico standosene comodamente a casa e schiacciando un bottone"[5]. Ciò che allora sembrava «fantascientifico» oggi pare del tutto realizzabile e l'ipotesi fatta per un *divertissement* diviene un *case study* da analizzare con attenzione sotto diverse angolature. Rimane tuttavia la «puerilità» dell'idea di un «plebiscito *elettronico* di tutti i giorni», e in questo Bobbio aveva in parte anticipato lo scetticismo che oggi sembra prevalere circa certe attese messianiche di rigenerazioni tecno-democratiche.

Con ciò non si può tuttavia liquidare *tout court* tutto il discorso sulle nuove possibilità date dalla tecnologia. Questo discorso verte attualmente soprattutto sul voto elettronico, tema centrale nel delicato rapporto tra tecnologie e democrazie.

Peraltro, quando si parla di voto elettronico si usa una formula che, come si cercherà di mettere in evidenza nel presente lavoro, presenta numerose accezioni capaci di renderne difficile finanche una compiuta definizione. Né si deve nascondere che la dottrina si è già interrogata in profondità su questi temi.

Vi sono tuttavia due novità che sono entrate in scena negli ultimi anni e che impongono una nuova riflessione o, più modestamente, un aggiornamento delle riflessioni già svolte. Queste novità investono sia la stessa accezione tradizionale di voto elettronico, sia la validità di molti degli assunti che sono stati posti alla base delle varie considerazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di voto elettronico.

La prima novità è data dalla tecnologia *Blockchain*, su cui ci soffermeremo di seguito. La seconda è stata l'emergenza pandemica da COVID-19 che ha ravvivato il dibattito sulla possibilità di votazioni "a distanza"[6], pur senza persuadere della praticabilità del voto online né

---

[4] N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, 14.

[5] *Ivi*, 48 s.

[6] In Italia si segnala da ultimo la dichiarazione del capogruppo M5S al Senato, Vito Crimi: "Il voto elettronico è ormai una realtà in ogni ambito. È arrivato il momento di approvare la proposta di legge alla Camera e di applicarlo già prossime elezioni per venire incontro a chi lavora o studia lontano da casa" (*tweet* del 29 aprile 2021; la dichiarazione sembra fare riferimento al d.d.l. Petrocelli su cui vedi *infra*). Per una panoramica europea: C. BINDER, A. DRNOVSKY, *To vote or not to vote*, in *Verfassungsblog,* 7 luglio 2020, online: *https://verfassungsblog.de/to-vote-or-not-to-vote/;* in Germania è stato proposto di ricorrere al voto per posta: cfr. F. ORLOWSKI, *Entvölkerte Wahllokale – Trotz oder wegen der Pandemie?*, *Regierungsforschung.de*, 10 settembre 2020, online: *https://regierungsforschung.de/wp-content/uploads/2020/09/10092020_regierungsforschung.de_Orlowski_Briefwahl.pdf*

la grande maggioranza dei commentatori[7] né tantomeno i decisori pubblici che hanno tutti optato per il rinvio delle consultazioni elettorali e referendarie[8].

La domanda di ricerca del presente lavoro è dunque: il voto elettronico può essere costituzionalmente sostenibile, oltre che tecnicamente fattibile? E in particolare: cosa cambia in questa valutazione, ammesso che cambi qualcosa, il possibile impiego della tecnologia *Blockchain* applicata alle votazioni elettroniche?

2. L'ordinamento italiano e il voto elettronico: un dibattito ricorrente

Il progetto di garantire forme di autonomia differenziata ad alcune Regioni (ex art. 116, comma 3, Cost.) ha tratto origine (anche) da un voto elettronico, quello avvenuto il 22 ottobre 2017 in Lombardia. Si tenne allora un referendum regionale promosso al fine di "attivare" la richiesta di maggiori forme di autonomia. In quello stesso giorno si votò anche in Veneto sulla medesima questione, ma con le tradizionali modalità "analogiche". Il paragone fu impietoso e il voto elettronico si dimostrò un fallimento su tutta la linea, in termini di costi, tempi e di affidabilità[9]. In quell'occasione, in Italia, sembra essere definitivamente calato il sipario sulle pratiche di *e-voting*. O meglio, mostrava tutta la sua inadeguatezza quel sistema di "voto elettronico presidiato" già da tempo sperimentato in diversi altri paesi (in primo luogo negli USA) e spesso abbandonato in seguito a numerose contestazioni[10]. Tuttavia il voto elettronico, inteso in questa accezione, non va considerato propriamente parte di quella "democrazia elettronica" che, come accennato, è stata spesso oggetto di vivaci dibattiti. Questa, infatti, ha sempre valorizzato non tanto l'*e-voting*, quanto l'*i-voting*, ossia il voto *online*, tramite internet[11].

---

[7] Cfr. ad es. *Why voting online is not the way to hold an election in a pandemic*, in *The* Economist, 28 aprile 2020, online: *https://www.economist.com/international/2020/04/27/why-voting-online-is-not-the-way-to-hold-an-election-in-a-pandemic*. In precedenza, si ricordi anche la dura presa di posizione di alcuni quotidiani statunitensi dopo il fallimento della *app* utilizzata per registrare i voti dei *caucus* delle primarie democratiche per le elezioni presidenziali del 2020 in Iowa: *The Only Safe Election Is a Low-Tech Election*, in *New York Times*, 4 febbraio 2020, *https://www.nytimes.com/2020/02/04/technology/election-tech.html*

[8] Da ultimo, in Italia, si veda il d.l. n. 25/2021, recante disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 58/2021.

[9] In Lombardia nessun scrutatore è potuto uscire dai seggi fino alle tre del mattino di lunedì quando le operazioni di controllo delle chiavette Usb, che contenevano i dati di voto dei singoli tablet utilizzati, sono state ultimate dall'Ufficio elettorale centrale. Nella giornata di lunedì il presidente della Regione, Roberto Maroni, è stato costretto a rinviare più volte la conferenza stampa di commento dei dati. Successivamente l'art. 2, co. 1, lett. b., n. 70), della l.r. n. 5/2018 ha abrogato la legge regionale che aveva introdotto il meccanismo di voto utilizzato in occasione del referedum (cfr. l.r. n. 3/2015, recante Introduzione del voto elettronico per il referendum consultivo. Modifiche alla legge regionale 28 aprile 1983, n. 34.

[10] Si veda il caso dei Paesi Bassi, che combinava un sistema di *DRE* (cfr. nota *infra*) generalizzato per gli elettori in Olanda, a cui si aggiungeva una procedura di *internet voting* per gli elettori residenti all'estero e registrati. Proprio con riferimento alle macchine DRE si era riusciti a dimostrare la possibilità di procedere alla loro manipolazione con relativa facilità. Cfr. B. JACOBS, W. PIETERS. *Electronic voting in the Netherlands: from early adoption to early abolishment*, in *Foundations of Security Analysis and Design*, V, 2009. In termini generali si veda l'interessante prospettiva di analisi contenuta in A. DRIZA MAURER, J. BARRAT (a cura di), *E-voting case law : a comparative analysis*, London, Routledge, 2015.

[11] L'unione tra voto e tecnologia nasce sotto le forme dell'*e-counting* piuttosto che dell'*e-voting*: una macchina, infatti, grazie a uno scanner ottico, era in grado di riconoscere la preferenza espressa attraverso il segno sulla scheda e registrava il voto. La successiva evoluzione ha portato con sé due metodi principali di voto

Se l'esperienza dell'*e-voting* pare ormai chiusa (almeno in Italia), ciò non sembra essere altrettanto vero per l'*i-voting*, i cui ultimi sviluppi saranno affrontati in questo breve contributo. Con riferimento al caso italiano occorre fin da subito ricordare che, con la legge n. 160 del 2019 (legge di Bilancio 2020), è stato istituto il "Fondo per il voto elettronico", destinato a sperimentazioni relative al voto di particolari categorie (in particolare italiani all'estero e cd. "fuori sede")[12]. Le modalità pratiche con cui dovrebbero avvenire simili sperimentazioni non sono peraltro affatto chiare e definite. Ciò sta rendendo particolarmente difficoltosa l'attuazione delle disposizioni di legge. Significativa a tal proposito la risposta del Sottosegretario di Stato al Ministero dell'Interno a un'interrogazione parlamentare (n. 4-04425) in cui si chiedeva conto dei tempi e delle modalità previste: "Appaiono […] necessarie verifiche attente e ponderate, affinché le nuove modalità di voto garantiscano la massima sicurezza e la non vulnerabilità dei relativi sistemi hardware e software impiegati a tale scopo, assicurando, al pari delle modalità tradizionali, l'effettivo esercizio del diritto di voto, il corretto computo dei suffragi, la verificabilità delle operazioni svolte in caso di contenziosi e quindi la possibilità di estrarre, in modo efficace ed esaustivo, tutti i dati che hanno condotto alla formazione dei risultati ufficiali e alla proclamazione degli eletti"[13].

Non ci soffermeremo invece in questa sede sulle possibilità di semplificazione date dalle nuove tecnologie per quanto riguarda quei procedimenti elettorali "di contorno" come ad esempio i procedimenti elettorali preparatori (su cui pure non è mancato di intervenire il legislatore alle prese con l'emergenza pandemica[14]).

---

elettronico: voto tramite DRE (*Direct Recording Electronic*) e *Internet Voting* (*i-voting*). Nel primo caso si ha a che fare con una macchina, posta all'interno di un seggio elettorale, che, tramite un *display*, fornisce una versione digitale della scheda elettorale con la quale l'elettore può interagire per esprimere il proprio voto (ad esempio tramite bottoni o *touchscreen*), e che registra il voto espresso in un componente di memoria. Si tratta quindi di un voto elettronico presidiato. Nel secondo caso si consente all'elettore di esprimere la preferenza durante il voto tramite una qualsiasi macchina connessa alla rete. Sul tema nella dottrina italiana cfr. per tutti L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI, *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, Le Monnier, 2017, 425 ss.

[12] Cfr. art. 1, co. 627, della l. 160/2019 (Legge di bilancio 2020) che prevedeva un fondo di 1 milione di euro, una cifra invero assai limitata. Il decreto attuativo, previsto dal successivo comma 628, non è mai stato adottato e l'intera questione è stato oggetto di una interrogazione parlamentare di cui si dirà *infra* alla nota 28. Per effetto del successivo d.l. 183/2020 (cd. milleproroghe), convertito con modificazioni dalla l. 21/2021, il termine per l'adozione di tale decreto attuativo è ora previsto al 30 giugno 2021. Da ultimo, in occasione della conversione in legge del d.l. n. 25/2021, recante disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2021, la Camera dei deputati ha approvato un ordine del giorno (9/3002/1, Brescia e altri) con cui si impegna il Governo "ad adottare, entro i termini previsti, il decreto di cui all'articolo 1, comma 628, della legge 27 dicembre 2019, n. 160, al fine di favorire la sperimentazione del voto elettronico nonché ad avviare le relative procedure per l'individuazione dell'operatore economico entro il corrente anno, ai fini dell'utilizzazione del voto elettronico, ai sensi della normativa vigente, compatibilmente con gli equilibri di finanza pubblica". Cfr. *https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0497&tipo=documenti_seduta.*

[13] cfr. per il testo completo *https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0410&tipo=atti_indirizzo_controllo&pag=allegato_b#si.4-04425*

[14] Ad. esempio il d.l. 26/2020, così come convertito con modificazioni dalla l. 59/2020, (cd. decreto elezioni) prevede all'art 1bis, commi 4-6, alcune semplificazioni del procedimento preparatorio. Si segnala inoltre che è attualmente all'esame della Commissione Affari costituzionali del Senato un d.d.l. (A.S. n. 2129) che è volto a semplificare la nomina dei rappresentanti di lista (cfr. art. 25 D.P.R. n. 361 del 1957) consentendo che avvenga anche via PEC.

3. I limiti del voto elettronico finora impiegato: esperienze paradigmatiche

Appurata la differenza tra *e-voting* e *i-voting*, non sarà fuori luogo passare in rassegna alcune esperienze straniere in cui è stato fatto ricorso a procedimenti di voto tramite internet. In tal modo sarà possibile definire meglio i contorni di questo strumento e comprenderne anche i limiti fatti emergere finora dalla prassi.

L'esperienza estone rappresenta uno delle più famose applicazioni dell'*internet voting*[15]. In questo caso il voto elettronico, disponibile per chiunque, fa affidamento su un *forte* sistema di identificazione nazionale. Il sistema si basa sull'utilizzo di un documento di identificazione personale (ID card), legalmente accettato per l'identificazione tramite internet e per la firma digitale. Va infatti tenuto sempre a mente che presupposto indispensabile per qualsiasi sistema di *i-voting* è costituito da un sistema di autenticazione che garantisca nel modo più sicuro possibile l'identità del votante, atteso che viene a mancare il momento del riconoscimento al seggio elettorale. Gli elettori in possesso di ID card abilitata possono votare durante il periodo di *advance voting* (da 6 a 4 giorni prima della votazione): ciò permette agli elettori di cambiare il proprio voto, anche attraverso il voto cartaceo espresso nei seggi elettorali, per cui è, in ogni caso, stabilita una prevalenza nei confronti del voto elettronico (si parla a tal proposito di sistemi di voto a "doppio binario"). Per votare tramite internet è necessario il possesso di un lettore di smart card: l'elettore dopo essersi collegato al sito *valimised.ee* dovrà digitare il primo pin associato alla tessera. Il voto viene cifrato e l'utente deve digitare il secondo pin associato alla *smart card*; successivamente viene inviato all'Internet Server dove avviene il controllo di corrispondenza tra la firma e il proprietario della sessione (cioè se chi ha votato coincide con la stessa persona che ha iniziato il processo). L'Internet Server poi, in caso positivo, manda il voto cifrato al *Vote storage* server, che richiede un controllo sulla validità del certificato dell'elettore inviato dal Certificate server. Se valido, l'Internet Server verifica la firma digitale usando la chiave pubblica dell'elettore dal certificato dell'elettore. Alla fine del processo di voto l'elettore riceve sul monitor una conferma del fatto che il voto è stato espresso e correttamente registrato. Il voto resta nel server fino al momento del conteggio e tabulazione il giorno dell'elezione.

La circostanza che la procedura si esplichi attraverso software proprietario a sorgente inaccessibile è foriera di porre numerosi problemi (a partire dal rispetto delle specifiche tecniche, ma anche dalla considerazione che il codice sorgente – il testo dell'algoritmo di un programma – di un software proprietario solitamente non viene diffuso perché ritenuto un segreto commerciale) che hanno ricadute in termini di autenticità dei dati stessi. Su questo punto, che attiene soprattutto alla trasparenza di queste procedure, si tornerà più avanti parlando della pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 3 marzo 2009.

[15] Di recente cfr. L.G. SCIANNELLA, *Il Remote Internet Voting in prospettiva comparata. Il caso dell'Estonia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, 451 ss.

Indubbiamente il problema che si è posto in modo maggiore è stato il problema della *sicurezza* del voto[16], aspetto che può essere declinato sia in termini di sicurezza privata, da intendersi come anonimità e segretezza del voto, oppure di sicurezza pubblica con riferimento alla capacità di queste tecnologie di neutralizzare pratiche e artifizi diretti ad alterare il risultato ufficiale del voto, ponendosi quindi un problema di integrità di voti e di regolarità del loro compito. Tale problema si pone sia per il vecchio *e-voting*, sia per l'*i-voting*, ma è soprattutto nell'ambito di quest'ultimo che i deficit sembrano più gravi e difficilmente colmabili. In questo caso infatti l'assenza di alcuna forma di supervisione pubblica al momento dell'espressione non dà nessuna garanzia che l'elettore, dopo essersi correttamente identificato (ad esempio tramite *ID card* come nel caso estone) non faccia votare terzi o non subisca condizionamenti da parte di un altro soggetto. Risulta praticamente impossibile assicurare che il voto trasmesso via Internet "da postazioni non pubblicamente presidiate, sia effettivamente esente da supervisione, prese di conoscenza, intercettazioni o controlli da parte di soggetti intenzionati a influenzare, pilotare o addirittura coartare il voto altrui"[17].

Su questi aspetti problematici si è espresso con chiarezza il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa con la *Raccomandazione del 14 giugno 2017* sugli standard legali, operativi e tecnici in caso di *e-voting*: un documento che rappresenta, ad oggi, la principale forma di regolazione internazionale del fenomeno e che si rivolge gli Stati membri impegnati nella definizione di procedure di voto elettronico[18].

4. Parametri costituzionali per il voto elettronico: una proposta.

L'adozione e l'utilizzo di modalità di esercizio del diritto di voto frutto dell'evoluzione tecnologica deve in ogni caso rispettare le garanzie che l'art. 48 Cost. pone con riferimento ai requisiti di libertà, personalità, segretezza e uguaglianza del voto. Occorre pertanto verificare se il voto elettronico, nelle sue varie modalità, soddisfi questi principi costituzionali, pena l'illegittimità dello stesso.

Tradizionalmente sono avanzati due argomenti circa l'*i-voting*, l'uno *pro* e l'altro *contra*. Entrambi gli argomenti si modellano su delle supposte caratteristiche "pratiche" del voto elettronico. La caratteristica "negativa" è data dal c.d. *digital divide*, e cioè dal fatto che non tutti i cittadini sono effettivamente in grado di partecipare per il tramite di apparecchi elettronici, vuoi per un fattore anagrafico, vuoi per uno socio-economico. Di qui i dubbi di molta dottrina circa la compatibilità del voto elettronico con il principio di universalità del voto[19], inteso come fattore ostativo alla reale partecipazione al voto degli elettori che non dimostrino una conoscenza,

---

[16] Secondo l'espressione e la duplice declinazione fornita da G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche,* cit., 153 e G. GOMETZ, M. TAWA FOLARIN, *Voto elettronico presidiato e* blockchain, in *Ragion pratica*, 2/2018, 316 ss.

[17] *Ivi*, 320.

[18] Raccomandazione CM/Rec(2017)5. Il testo completo dell'atto e delle appendici è disponibile al link: *https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680726f6f*

[19] Sul punto, anche per una ricognizione più ampia, cfr. K. GOOS, B. BECKERT, R. LINDNER, *Electronic, Internet-Based Voting*, in R. Lindner, G. Aichholzer, L. Jennen (a cura di), *Electronic democracy in Europe. Prospects and challenges of e-publics, e-participation and e-voting*, Cham 2016, 135 ss., spec. 137.

seppur di base, dell'informatica[20]. La caratteristica "positiva" sarebbe invece costituita dalla possibilità di coinvolgere nelle procedure elettorali un maggior numero di soggetti, contrastando così una delle maggiori difficoltà delle democrazie contemporanee, quella del costante calo della partecipazione elettorale[21]. Da questo punto di vista il voto elettronico potrebbe essere un elemento in grado di determinare la crescita della partecipazione elettorale a causa della sua maggiore semplicità rispetto alla modalità tradizionale.

Entrambe le posizioni non sembrano resistere oggi a una verifica empirica dei postulati su cui si reggono. Per quanto concerne il *digital divide*, la mutata realtà sociale pone oggi il problema dell'accesso a Internet e delle necessarie "capacità tecnologiche" in termini molto diversi. Secondo l'ISTAT nel 2016 il 61% degli italiani era utente regolare di internet, e la tendenza è in continua crescita; nelle generazioni più giovani il tasso di regolare impiego di internet arriva al 90%[22]. Questi dati fanno intuire come l'argomento stia progressivamente perdendo di forza e come non è difficile intravedere un futuro prossimo in cui ogni cittadino sarà potenzialmente in grado di partecipare via internet alla vita politica[23]. D'altra parte, anche l'altro argomento, quello "positivo", si presta a contestazioni. Che l'*i-voting* favorisca la partecipazione più del voto tradizionale è un assunto del tutto indimostrato[24]. Anzi, alcuni studi empirici suggeriscono che non vi sia alcun effetto in tal senso del voto online[25]. Del resto la calante affluenza alle urne non è certo dovuta a difficoltà logistiche degli elettori, quanto a motivi ben più profondi legati a una disaffezione diffusa verso le organizzazioni politico-partitiche.

Sgombrato il campo da questi argomenti, ci si sforzerà di valutare l'*i-voting* semplicemente secondo i requisiti delineati dall'art. 48 Cost[26].

La garanzia della libertà del voto si concretizza, innanzitutto, nel porre l'elettore nella condizione di potere esercitare il diritto di voto liberamente, ovvero senza subire pressioni o minacce, fisiche o psicologiche[27]. Il requisito della personalità del voto può dirsi soddisfatto quando si è certi della generalità dell'elettore: non solo al momento della sua identificazione,

---

[20] Questa preoccupazione emerge ad esempio dalla *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2017 sulla e-democrazia nell'Unione europea: potenziale e sfide* (2016/2008(INI)), in particolare ai punti 14 e 17. Analogamente si veda il concetto di suffragio universale espresso dai punti 1-4 della citata *Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 14 giugno 2017*, CM/Rec(2017)5.

[21] Sul punto si veda per tutti: P. MAIR, *Ruling the Void: The hollowing of Western democracy*, London/New York, Verso, 2013.

[22] Da ultimo v. i dati dell'indagine Istat "Cittadini ed ICT", dicembre 2019, cfr. https://www.istat.it/it/files//2019/12/Cittadini-e-ICT-2019.pdf, secondo cui il 67,9% della popolazione italiana è andato almeno una volta su Internet nel 2019. Gli aspetti che fanno più riflettere provengono dai dati sulle *competenze* in materia tecnologica e *sull'educazione informatica*, su cui cfr. l'indice DESI (*Digital Economy and Society Index*) promosso dalla Commissione Europea, DESI Index 2020-Italy; https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/scoreboard/italy

[23] Ritiene quello del *digital divide* "un problema tutto sommato superabile": G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 165.

[24] Così anche: G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 167.

[25] È stato ad esempio studiato il caso di due cantoni svizzeri, quello di Ginevra e quello di Zurigo, in cui la possibilità di *internet voting* non ha aumentato l'affluenza alle urne. M. GERMANN, U. SERDÜLT, *Internet voting and turnout: Evidence from Switzerland*, in *Electoral Studies* 2017 (47), 1 ss.

[26] Si sofferma sulla necessità di un'interpretazione rigorosa di tali requisiti, a salvaguardia della genuina espressione del voto, come imprescindibile presupposto necessario affinché ai rappresentanti eletti sia riconosciuta una effettiva legittimazione politica, E. GROSSO, *Articolo 48*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, Utet, 2006, 961 ss, spec. 969.

[27] Cfr. ex multis G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffré, 2018, 20 ss.

ma anche in quello immediatamente successivo dell'espressione del suffragio. I sistemi elettronici devono quindi essere dotati di accorgimenti tecnici che permettano un'identificazione sicura e univoca dell'elettore e che gli consentano di votare una sola volta, disattivandosi automaticamente, ad esempio, nel caso in cui si volesse esprimere, con frode, un voto plurimo (ponendo così problemi anche in relazione all'uguaglianza).

Il voto deve essere segreto. La garanzia della segretezza appare strettamente collegata alla garanzia della libertà del voto in quanto crea una precondizione a tutela dei singoli rispetto a possibili tentativi di coercizione da parte di terzi[28]. Da questo punto di vista, la modalità di voto "presidiato" pare essere l'unica capace di garantire in massimo grado i princìpi di libertà e segretezza.

In dottrina si è affermato che la garanzia della segretezza non opera solo internamente, a tutela dell'elettore, ma anche esternamente, a tutela della legittimità delle operazioni elettorali, in quanto è "necessario che tutti gli elettori siano *ragionevolmente certi* della effettiva segretezza del voto espresso da ciascuno"[29].Garantendo la segretezza del voto anche esternamente si rendono più difficili fenomeni di corruzione o di scambio elettorale. In dottrina si è affermato che sia il requisito della segretezza che il requisito della personalità hanno carattere strumentale rispetto alla garanzia della libertà del voto. L'effettività delle garanzie del voto è diretta conseguenza delle modalità pratiche predisposte per l'esercizio del diritto.

A nostro avviso i parametri desumibili dell'art. 48 Cost. devono essere integrati con il disposto di una importante pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco del 3 marzo 2009 (BVerfGE 123, 39)[30]. In tale sentenza si è affermato che, sebbene le disposizioni relative al voto automatizzato della legge elettorale non siano di per sé incompatibili con l'art. 38 della Legge fondamentale tedesca, il regolamento che disciplina il voto elettronico in Germania è incostituzionale in quanto non consentirebbe il pieno controllo pubblico delle procedure. Con questa sentenza il Tribunale costituzionale ha in sostanza forgiato un nuovo principio costituzionale non scritto in materia di diritto elettorale, quello della "pubblicità" (*Öffentlichkeit*) del voto[31]. La massima della sentenza recita[32]:

---

[28] In termini generali cfr. il recente lavoro monografico di M. ROSPI, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, spec. 40 ss e 223 ss.

[29] E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale*, n. 46, 2002, 15, che ne deduce "l'indispensabilità di *postazioni di voto* (o di trasmissione del voto) *pubbliche e sorvegliate*".

[30] Per un commento: S. SCHIEDERMAIR, *Anmerkung*, *JZ,* 11/2009, 572 ss.; in italiano: A. GRATTERI, *GERMANIA: Le garanzie minime necessarie per il voto elettronico*
secondo il Tribunale costituzionale, Forumcostituzionale.it, 11 marzo 2009, online: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0012_gratteri.pdf; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 174 s.

[31] Cfr. S. SCHIEDERMAIR, *Anmerkung* , cit., 574 e M. MORLOK, *Art. 38*, in *Dreier GG*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, Rn. 126 s.

[32] Originale: *Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl aus Art. 38 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG gebietet, dass alle wesentlichen Schritte der Wahl öffentlicher Überprüfbarkeit unterliegen, soweit nicht andere verfassungsrechtliche Belange eine Ausnahme rechtfertigen.Beim Einsatz elektronischer Wahlgeräte müssen die wesentlichen Schritte der Wahlhandlung und der Ergebnisermittlung vom Bürger zuverlässig und ohne besondere Sachkenntnis überprüft werden können.*

Il principio della pubblicità del voto, derivante dal combinato degli articoli 38 e 20, commi 1e 2 LF, impone che ogni passaggio rilevante della procedura elettorale sia soggetto a pubblica verificabilità, salvo che altri interessi costituzionalmente rilevanti non giustifichino eccezioni.

I cittadini devono essere in grado di verificare con attendibilità e senza dover possedere particolari conoscenze tecniche la correttezza dei passaggi più rilevanti delle operazioni elettorali e della elaborazione dei risultati, anche quando siano impiegati apparecchi elettronici per il voto.

Il Tribunale costituzionale ha affermato in maniera decisa la garanzia della chiarezza e la comprensibilità del sistema di voto, al fine di consentirne l'utilizzo e il monitoraggio a tutti i cittadini elettori (§§ 105 e ss. della sentenza, spec. 106 e 111). La verificabilità del voto deve, inoltre, evolversi nella direzione della trasparenza consentendo una possibilità di intervento ai singoli. Sulla scia della citata pronuncia del Tribunale costituzionale gli elettori dovrebbero esser posti nella condizione di controllare che i loro voti siano stati regolarmente conteggiati e non abbiano subito alterazioni dal momento dell'espressione a quello della pubblicazione dei risultati ufficiali. La legge elettorale tedesca dispone infatti che: "le commissioni e gli uffici elettorali trattano, discutono e decidono in sedute pubbliche" (§ 10, comma 1 *Bundeswahlgesetz*). La stessa *ratio* si ritrova nella nostra legislazione per quanto riguarda le figure dei rappresentanti di lista e nella previsione che consente ai cittadini di assistere alle operazioni di spoglio nelle proprie sezioni elettorali[33].

Si può infine presumere l'esistenza di un altro principio costituzionale implicito, quello, per così dire, della "maggiore partecipazione possibile" al voto. In Germania tale principio è stato desunto dal Tribunale costituzionale dalla caratteristica della "generalità" (*Allgemeinheit*) del voto, espressamente prevista dall'art. 38 GG, ed è stato impiegato per giustificare il voto per posta[34]. In Italia è possibile argomentare sulla base della doverosità del voto[35] oltre che, forse, sull'art. 3, comma 2 Cost. Resta il fatto che, come già detto, del voto online, a fronte dei macroscopici problemi in punto di segretezza e pubblicità, non sono mai stati dimostrati i presunti effetti di maggiore partecipazione[36]. D'altra parte si potrebbe anche argomentare che la stessa natura di "dovere civico" del voto pone in qualche modo la responsabilità per la "mancata partecipazione" addosso ai singoli cittadini più che allo Stato.

In conclusione, le garanzie che le tipologie di voto elettronico devono soddisfare possono essere così riassunte: libertà, intesa come assenza di qualsiasi forma di coercizione; garanzia di veridicità dei risultati; segretezza del voto espresso, pubblicità, intesa come

---

[33] Art. 38, primo comma, T.U. n. 570/1960

[34] Ma tale impostazione non è andata esente da aspre critiche: Cfr. *ex multis* C. SCHÖNBERGER, *Vom Verschwinden der Anwesenheit in der Demokratie*, *JZ*, 10/2016, 486 ss.

[35] Su cui da ultimo cfr. L. TRUCCO, *L'esercizio del voto: "dovere civico" in che senso?*, in *Diritto Costituzionale*, 2/ 2019, 37 ss.

[36] Nel caso dell'esperienza estone si vedano i dati – tratti dal sito valimised.ee/en/archive/statistics-about-internet-voting-estonia – riportati e analizzati da L.G. SCIANNELLA, *Il Remote Internet Voting in prospettiva comparata. Il caso dell'Estonia* , cit., 462 e spec. 472 ss., per cui "la partecipazione al voto online non [ha] seguito una crescita esponenziale, quanto piuttosto progressiva e lineare" e per la considerazione che l'incremento di partecipazione non è necessariamente riferibile al solo elettorato giovanile.

verificabilità diffusa; segretezza del momento del voto[37]. Si tratta di cinque requisiti tra loro strettamente connessi che, a nostro avviso, devono esser letti secondo questa progressione. Questi parametri possono essere illustrati anche graficamente in una "griglia di valutazione" del voto (cfr. la tabella *infra*).

5. Votare con il Blockchain

Appurati i macroscopici limiti dell'*e-voting* occorre domandarsi se essi possano essere superati dalla tecnologia *Blockchain*[38]. Non è questa la sede per descrivere compiutamente il funzionamento del *Blockchain*[39], ci si limiterà a rammentarne le caratteristiche che lo rendono innovativo e attraente.

Il principale vantaggio dato dal *Blockchain* è rappresentato dal fatto che il sistema *peer-to-peer* consente un controllo attendibile e accurato delle transazioni, senza che sia necessaria la presenza di una autorità centralizzata preposta al controllo (autorità che nel caso del *bitcoin* sarebbe una banca centrale, nel caso di votazioni una commissione elettorale). I c.d. *miners* svolgerebbero in sostanza la funzione di scrutatori elettorali che, svolgendo controlli incrociati, garantirebbero la correttezza della "catena" di dati. La pluralità di attori che condividono i dati e possono effettuare controlli rende pressoché impossibile effettuare brogli durante le operazioni di spoglio – mentre è ben possibile manipolare i risultati se il controllo è "centralizzato".

In questo contributo partiremo dall'assunto che questo sistema offra veramente la massima sicurezza circa l'integrità dei risultati elettorali per comprendere se, data questa premessa, il sistema *Blockchain* soddisfi i requisiti costituzionali in materia di voto[40]. L'assunto – si noti – è tutt'altro che pacifico. Esso è ad esempio contestato da un recente articolo scritto da studiosi del MIT[41]. Qui viene analizzato il sistema di voto fornito dall'app *Voatz* e si conclude che rimane di gran lunga più sicuro il voto cartaceo; si auspicano sistemi che consentano un

---

[37] Ascrive tutti questi aspetti a una unitaria categoria della "sicurezza" del voto (elettronico), distinguendo tra "sicurezza pubblica" e "sicurezza privata": G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 153 ss.

[38] Specificamente su questa questione si veda da ultimo: D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders: A Digital Technology to Secure Democratic Values?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 10/2019, 330 ss.

[39] Innumerevoli le opere pubblicate sul tema. Per le applicazioni giuridiche in campo privatistico: L.A. DI MATTEO, *Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019. Inoltre, P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the law: the rule of code*, Cambridge (MS), Harvard University Press, 2018, e P. BOUCHER, S. NASCIMENTO, M. KRITIKOS, *How Blockchain Technology Could Change our Lives*, European Parliamentary Research Service, Bruxelles 2017, online: *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf*. Si ricordi che in Italia, nel gennaio 2019, il Ministero dello Sviluppo Economico ha istituito una Commissione di Sviluppo Blockchain composta da diverse professionalità (giuristi, informatici, economisti, …) con il compito di studiare le potenzialità applicative di tale tecnologia.

[40] Tale questione è sorprendentemente elusa nel pur ampio articolo: D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders*…, cit., dove invece ci si sofferma molto genericamente sui valori costituzionali e democratici presenti negli USA e nella UE, senza addentrarsi nelle specifiche previsioni costituzionali in materia di garanzie del diritto di voto.

[41] M.A. SPECTER, J KOPPEL, D. WEITZNER, *The Ballot is Busted Before the Blockchain: A Security Analysis of Voatz, the First Internet Voting Application Used in U.S. Federal Elections*, https://internetpolicy.mit.edu/wp-content/uploads/2020/02/SecurityAnalysisOfVoatz_Public.pdf

"public scrutiny" del voto[42]. Altro punto problematico che non affronteremo sarà quello della possibile posizione di "egemonia tecnologica" che potrebbero assumere le società private incaricate di sviluppare le tecnologie necessarie per il voto *Blockchain*[43]: il rilievo è di non poco conto, ma non pare rappresentare una obiezione decisiva, atteso che ben potrebbero essere anche attori pubblici a provvedere alle necessarie infrastrutture tecnologiche.

Posto questo *caveat* di non poco momento, quali possibili benefici potrebbe apportare il voto online *Blockchain* rispetto al voto tradizionale cartaceo?

Essi sarebbero sostanzialmente due: la possibilità di votare da remoto e, come detto, una "decentralizzazione" delle operazioni di spoglio. Il primo elemento consente l'esercizio del voto in alcune circostanze in cui non è possibile o conveniente predisporre le infrastrutture elettorali tradizionali. Il secondo elemento è potenzialmente foriero di maggiore trasparenza e sicurezza nella elaborazione dei risultati elettorali.

Va precisato che il sistema *Blockchain* riguarda di per sé solo la registrazione della "transazione elettorale" – cioè garantisce semplicemente che il voto espresso sia registrato con le modalità tipiche del *Blockchain*: immutabilità, verificabilità ad opera di terzi e conseguente trasparenza. A questa tecnica va tuttavia abbinato un sistema di crittografia che assicuri che il voto registrato rimanga segreto, e cioè che non sia in alcun modo riconducibile all'elettore che lo ha espresso. Al momento sono in effetti disponibili sistemi di crittografia in grado di fornire una sufficiente garanzia circa la segretezza del voto espresso col *Blockchain* (così come è garantita la riservatezza delle transazioni *Bitcoin* et similia). Altro necessario *pendant* è poi costituito – come già menzionato – da un sistema di verifica dell'identità del votante. Lo schema del "voto *Blockchain*" è quindi il seguente:

1. Verifica identità digitale;
2. Espressione del voto;
3. Crittografia del voto espresso;
4. Registrazione del voto nel *Blockchain*;
5. Verifica diffusa *peer-to-peer.*

Nella pratica, per come è stato finora sperimentato, il voto con il *Blockchain* avviene da remoto tramite una *app* (*Voatz, U-port*) installata su uno *smartphone*. Per accedere alla *app* è necessaria una identificazione che deve necessariamente fondarsi su sistema di identità digitale verificata – se del caso avvalendosi di dati biometrici rilevabili tramite lo *smartphone*. *Voatz*, ad esempio, richiede un processo di identificazione complesso: scansione del documento di identità, immagine del viso ripresa dal telefono, identificazione tramite impronta digitale o riconoscimento facciale[44]. Il voto *Blockchain,* quindi, deve appoggiarsi su di una serie di

---

[42] Sempre critico su *Voatz*: R. GOODMAN, J.A. HALDERMAN, *Internet Voting Is Happening Now. And it could destroy our elections*, in *Slate.com*, 15 gennaio 2020, online: https://slate.com/technology/2020/01/internet-voting-could-destroy-our-elections.html. Qui si legge: "*Just as Bitcoin doesn't stop financial crime, blockchain technology can't solve the hard parts of voting securely online—like verifying that the voter is who she claims to be, keeping malware out of voters' phones, and guarding servers against hostile foreign governments. Voatz also doesn't create a paper record of a voter's choices, so in the event that the system is hacked, it would be impossible to determine whether those choices had been altered by software.*"

[43] Teme il "*dominating power*" di questi attori privati: D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders*…, cit., 348 s.

[44] Cfr. *https://voatz.com/faq/*

infrastrutture: sistemi crittografici, tecnologie per il riconoscimento facciale, identità digitali verificate (come in Italia SPID) ed eventualmente anche sistemi di *public scrutiny* che consentano la verifica diffusa delle operazioni. Come è stato notato: "*Blockchains could theoretically work well for securely storing votes in an immutable distributed ledger. However, beyond the secure database use-case, most blockchain election providers require additional layers of technology for effectively validating voters' identity, keeping ballots secret, and letting voters track and verify votes*".[45]

Il voto *Blockchain* è stato finora impiegato soprattutto negli USA, tramite l'app *Voatz*[46]. Essa è stata impiegata per fare votare i militari e il personale di stanza all'estero. Casi principali sono stati: le primarie e le *Midterm Elections* nella Virginia occidentale nel 2018[47]; le elezioni comunali e provinciali (*Municipal / County Elections*) di Denver nel 2019[48]; per le elezioni provinciali nello Utah, sempre nel 2019 (in questo ultimo caso non solo per i militari all'estero, ma anche per alcuni elettori disabili)[49]. Al di fuori degli USA va segnalato un referendum consultivo nella città di Zugo in Svizzera (giugno 2018)[50].In entrambi i casi il numero dei votanti è stato molto ridotto (poco più di un centinaio nei casi USA e 72 per il referendum svizzero). Negli USA il voto è stato impiegato come sostituto del voto per posta, in Svizzera per consultazioni comunali non vincolanti. L'idea che sembra emergere è che tale sistema possa trovare applicazione in alcuni casi particolari, residuali rispetto al normale svolgimento delle operazioni elettorali: voto dove non è possibile allestire le tradizionali infrastrutture; voto per "piccole" questioni che hanno più a che vedere con forme di amministrazione partecipata che con vere e proprie scelte politiche. Quasi una sorta di applicazione del principio di sussidiarietà, per cui si dà luogo a questo sistema solo quando non sia possibile procedere altrimenti, in modo da ampliare comunque la partecipazione.

Più difficile tracciare un bilancio del voto elettronico sperimentato nella Federazione Russa in occasione del recente referendum costituzionale ("votazione panrussa") tenutosi il 1° Luglio 2020. In tale occasione più di un di 1 milione di russi, appartenenti alle Regioni che avevano optato per questa procedura (Mosca e Nižnij Novgorod[51]) hanno votato su una

---

[45] *How Blockchain could secure elections*, online: *https://www.cbinsights.com/research/report/blockchain-election-security/*

[46] Per un quadro tecnico sul suo funzionamento si legga l'audit report sul voto effettuato a Denver nel 2019: *https://cyber-center.org/wp-content/uploads/2019/08/Mobile-Voting-Audit-Report-on-the-Denver-County-Pilots-FINAL.pdf*

[47] Su cui si veda anche: D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders:* …, cit., 352 s.

[48] *West Virginia to offer mobile blockchain voting app for overseas voters in November election*, *Washington Post*, 8 ottobre 2018, online: *https://www.washingtonpost.com/technology/2018/08/10/west-virginia-pilots-mobile-blockchain-voting-app-overseas-voters-november-election/?noredirect=on*; *Denver is trying out a blockchain voting app*, *Quartz,* 8 marzo 2019, online: *https://qz.com/1567759/denver-will-use-voatz-mobile-blockchain-app-in-municipal-elections/*

[49] *Coming Soon to Save (or Imperil) Democracy: Online Voting*, *Bloomberg*, 23 luglio 2019 *https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-07-23/utah-county-tries-blockchain-based-mobile-voting*

[50] Cfr. *Auswertung der Blockchain-Konsultativabstimmung in der Stadt Zug*, *https://www.hslu.ch/de-ch/hochschule-luzern/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/2018/12/03/e-voting-abschlussbericht/*

[51] Cfr. il rapporto della Commissione Elettorale Centrale *http://www.cikrf.ru/news/cec/46366/* dove si dà conto delle richieste di utilizzo, ai sensi dell'art. 8.15 del Regolamento adottato dalla stessa Commissione (cfr. *http://www.cikrf.ru/activity/docs/postanovleniya/46339/*), di tale modalità di voto pervenute da altri soggetti della Federazione che non sono state accolte.

piattaforma blockchain. Secondo i mezzi più accreditati della stampa sono stati rilevati alcuni problemi di affidabilità e sicurezza[52], tuttavia nei rapporti della Commissione elettorale centrale (ЦИК Россuи) immediatamente successivi al voto si fa riferimento alla riuscita della procedura[53]. La stessa Commissione ha poi confermato l'utilizzo della piattaforma in successive consultazioni elettorali, come previsto dalla corrente legislazione russa[54], e ha sottolineato il lavoro di aggiornamento e sviluppo attualmente in corso, rendendo pubblici i codici sorgente dell'algoritmo utilizzato[55].

Da ultimo, non deve passare inosservato il tema dei costi di un simile sistema. Sviluppare una *app* sicura per il voto, pur "appoggiandosi" su una infrastruttura digitale pre-esistente, è una operazione dai costi elevati[56].Negli USA, l'esperimento del voto con *Voatz* è costato, nel caso di Denver, 180mila dollari per 119 votanti: 900 dollari a votante[57].

6. Tentativo di valutazione costituzionale del voto con il Blockchain. Conclusioni.

Le nuove possibilità del voto con il *Blockchain* consentono potenzialmente di superare molti rilievi critici tradizionalmente mossi al voto elettronico[58]. Il voto con il *Blockchain* è – almeno secondo i suoi fautori – per sua natura non manipolabile ad opera di un determinato soggetto. Qui scomparirebbe quindi quel (giustificato) timore che il voto online sia un "voto in una *black box*" – un voto, che non lasciando tracce materiali può essere facilmente "rimaneggiato". Anzi, i fautori del sistema *Blockchain* sostengono che sia molto più facile effettuare brogli con i metodi di votazione tradizionali[59] (si pensi al famigerato metodo "della scheda mancante").

---

[52] Si veda il quotidiano nazionale Kommersant, https://www.kommersant.ru/doc/4406620.

[53] Cfr. *http://www.cikrf.ru/news/cec/46736/*; per la certificazione di non meglio precisati esperti internazionali v. http://www.cikrf.ru/news/cec/46742/.

[54] Con riferimento in particolare alle elezioni dei deputati della Duma nel 2021, cfr. *http://www.cikrf.ru/news/cec/46991/*. Tale sistema è già stato utilizzato in occasione delle elezioni suppletive tenutesi lo scorso 13 settembre http://www.cikrf.ru/news/cec/47365/

[55] Cfr. *http://www.cikrf.ru/news/cec/47340/* e *https://github.com/cikrf*.

[56] Non si condivide quindi la prospettazione di G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 166, per il quale l'*i-voting* sarebbe senz'altro più economico del voto tradizionale. Tale tesi ad oggi non è dimostrata. Anche l'*i-voting* avrebbe dei costi non indifferenti (legati ad esempio allo sviluppo di *apps* e programmi appositi) che, verosimilmente, si andrebbero ad *aggiungere* a quelli già sostenuti per le votazioni "tradizionali" (come nota anche lo stesso A. a p. 168). Questo per quanto riguarda i "costi pubblici" (che l'A. giustamente distingue dai "costi privati", come quelli sostenuti dagli elettori per recarsi alle urne). A titolo indicativo, si guardi al costo sostenuto per lo sviluppo di app di tracciamento durante la crisi COVID-19. In Germania lo sviluppo della "Corona-warn app" e il suo mantenimento ha avuto con costo complessivo stimato in quasi 70 milioni di euro. Cfr. *Warum die Corona-Warn-App so viel kostet*, *Tagesspiegel* 18 giugno 2020, online: *https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/69-millionen-euro-warum-die-corona-warn-app-so-viel-kostet/25929302.html* Cfr. *Warum die Corona-Warn-App so viel kostet*, *Tagesspiegel* 18 giugno 2020, online: *https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/69-millionen-euro-warum-die-corona-warn-app-so-viel-kostet/25929302.html*

[57] *Denver is trying out a blockchain voting app*, *Quartz,* 8 marzo 2019, online: *https://qz.com/1567759/denver-will-use-voatz-mobile-blockchain-app-in-municipal-elections/*

Il problema dei costi può anche essere visto come un problema di infrastrutture inadeguate: come è stato fatto notare, non esistono al momento infrastrutture in grado di sostenere un voto *Blockchain* su vasta scala, cosicché il loro sviluppo avrebbe costi elevatissimi (cfr. D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders: …*, cit., 349).

[58] Ripone speranze nel nuovo mezzo: G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 192.

[59] Cfr. *ibidem*

Anche l'altra tradizionale obiezione, per cui il voto elettronico taglierebbe fuori le fasce di popolazione "digitalmente analfabete", regge oggi di meno davanti al possibile scenario – ormai del tutto verisimile – in cui ciascun cittadino è anche utente di internet.

Permangono tuttavia difficoltà non indifferenti in tema di segretezza e pubblicità.

La segretezza al momento del voto non può essere garantita da remoto allo stesso modo in cui può essere garantita nella cabina elettorale. Solo questo semplice argomento è sufficiente a incrinare, dal punto di vista costituzionale, la realizzabilità del voto elettronico con la nuova tecnica *Blockchain*. Non bisogna però omettere che questo requisito non è interpretato in ogni paese in modo così rigoroso come in Italia, visto che il voto per posta è ammesso in molte democrazie consolidate (come in Germania o in Austria)[60]. Ad ogni modo per mitigare il problema può essere adottato un sistema che preveda l'*i-voting* con *Blockchain* in modalità di *early-voting*, lasciando la possibilità all'elettore di "pentirsi" recandosi successivamente alle urne "fisiche". In tal caso solo il voto espresso per ultimo verrebbe considerato (questo in sostanza il sistema impiegato in Estonia)[61]. Tuttavia anche questo *escamotage* non garantirebbe una libertà di voto pari a quella garantita dalle elezioni "tradizionali": chi, in ipotesi, ha costretto qualcuno a votare online in un certo modo non mancherebbe certo di impedirgli di recarsi successivamente alle urne!

Quanto alla pubblicità, i sostenitori della applicazione del *Blockchain* in ambito elettorale vedono una migliore trasparenza nel sistema *open source* con cui i dati (crittati) vengono condivisi. Nel rapporto sul voto di Zugo si legge: "*con il sistema elettorale decentralizzato è garantita una completa verificabilità della elaborazione dei dati ("open source"). Ciò consente sia agli elettori che alle diverse istituzioni pubbliche, di verificare il funzionamento delle procedure elettorali, il che a sua volta conduce a una maggiore trasparenza*"[62]

Un simile ragionamento però non può essere condiviso alla luce della pubblicità-trasparenza delineata dal Tribunale costituzionale tedesco. È infatti evidente che non ogni cittadino è in grado – potenzialmente – di verificare la correttezza dei dati, ma che occorrono invece particolari competenze tecniche. Il che riduce in realtà la pubblicità e la trasparenza del procedimento complessivo.

Si aggiunga infine un ultimo dato, extra-costituzionale ma rilevante. Il voto è anche una cerimonia formale[63]: il recarsi al seggio, dichiarare la propria identità davanti a una

---

[60] Anche se non sono state avanzate poche perplessità in quei contesti: cfr. F. ORLOWSKI, *Entvölkerte Wahllokale– Trotz oder wegen der Pandemie?*, cit. (e riferimenti ivi contenuti); C. SCHÖNBERGER, *Vom Verschwinden der Anwesenheit*…, cit.

[61] G. GOMETZ, *Democrazia elettronica*, cit., 173 e 176 s.

[62] *Auswertung der Blockchain-Konsultativabstimmung in der Stadt Zug, https://www.hslu.ch/de-ch/hochschule-luzern/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/2018/12/03/e-voting-abschlussbericht/,* p. 2. Argomentazioni del genere sono rinvenibili anche in: D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders: …*, cit., 335 ss. e 350 s.

[63] Parla a tal proposito di un "rituale della presenza" (*Anwesenheitsritual*), C. SCHÖNBERGER, *Vom Verschwinden der Anwesenheit*…, cit., 487. Il medesimo A. considera il voto a distanza (sia esso per posta od online) contrario di per sé al principio della "pubblicità" in quanto vede nel "voto dal salotto di casa" (*Wohnzimmerwahl*) una forma privatizzata della partecipazione politica: "quando la pubblicità del voto può arretrare davanti alle presunte esigenze di comodità della 'società mobile', allora essa è già andata perduta dal punto di vista del diritto costituzionale" (*ivi,* 488). Parlava (in termini dispregiativi) di una "democrazia del tinello" S. RODOTÀ, *La sovranità nel tempo*

commissione, votare in una cabina elettorale e inserire la scheda nell'urna non sono solo atti pratici, ma anche atti con una certa valenza ideale e simbolica. La forma del voto aiuta il cittadino a realizzare l'importanza dell'atto cui sta prendendo parte; esattamente come avviene nel diritto privato quando si esegue un atto pubblico. Come ha notato il Tribunale costituzionale tedesco in un *obiter dictum*, il voto nell'urna "rende visibile e fisicamente percepibile la democrazia rappresentativa"[64].

Il voto sul *touchscreen* del proprio *smartphone*, per quanto *glamour* possa sembrare, può svilire questo aspetto formale e, in definitiva, il voto stesso, che avverrebbe così quasi nelle stesse forme con cui si effettua un acquisto online.

Ciò posto, non si deve negare che il *Blockchain* apre interessanti prospettive pratiche. Gli esempi di Zugo e della Virginia occidentale ci mostrano chiaramente che il sistema può essere applicato in alcune ipotesi particolari "sussidiarie". Si pensi al voto degli italiani all'estero[65], che può avvenire per corrispondenza: qui l'argomento contro il voto elettronico *Blockchain* si fa notevolmente più debole, se non altro per i seri problemi che le attuali modalità pongono in relazione alla libertà e segretezza del voto[66]. A tal proposito va segnalata la recente presentazione di un disegno di legge (A.S. XVIII n. 1323 - Petrocelli) che mira, tra le altre cose, proprio all'introduzione del voto elettronico *Blockchain* con riferimento al voto degli italiani all'estero[67]. Interessante anche il d.d.l. A.S. XVIII n. 936 (Garavini, Giacobbe e Marcucci) che, sempre con riferimento al voto degli italiani all'estero, configura un sistema di votazione per posta cui sono applicate tecnologie *Blockchain* "al fine di elevare i livelli di sicurezza e di trasparenza del sistema di voto per corrispondenza" (art. 2, comma 2). L'allegato tecnico spiega nel dettaglio il funzionamento di questa particolare applicazione "antifrode" della tecnologia *Blockchain* in campo elettorale e specifica che "questo passo innovativo potrebbe essere il primo per arrivare poi ad un passo più significativo: il voto elettronico". Peraltro, la soluzione

---

della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa, cit., 582. Di funzione simbolica del voto, soprattutto in relazione alla velocità d'espressione dello stesso, discutono anche K. GOOS, B. BECKERT, R. LINDNER, *Electronic, Internet-Based Voting*, cit., 147- 148, per cui "The speed of the voting process is inherently slowed down when people vote at polling stations. The voter has to leave home in order to head for the voting venue and on the way the voting decision can be reflected upon. Now it can be discussed to what extent Internet voting affects this symbolic function of elections. […] The public aspect is lost, equality is not expressed anymore, and the speed of the process is increased, what makes some authors talk about a «junk vote»".

[64] BVerfGE 134, 25 (32).

[65] Ipotesi che non sembra, al momento, essere stata presa in considerazione dal dibattito in corso sulle citate disposizioni della legge n. 160 del 2019 di cui si è detto *supra* al par. 1 e alla nota 23.

[66] Sul punto, per tutti, cfr. G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, cit., 163-164, che osserva come "non via sia alcuna certezza che il voto sia espresso dall'elettore personalmente, liberamente e in condizioni di riservatezza".

[67] Si veda in particolare l'art. 12:

"Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro dell'interno, un decreto legislativo per la determinazione del sistema di voto e di scrutinio elettronico per le consultazioni di cui alla presente legge, sulla base dei seguenti princìpi e criteri direttivi:

[…]

e) valutare prioritariamente l'introduzione di un sistema di voto attraverso l'utilizzo della tecnologia informatica denominata blockchain, quale registro pubblico condiviso in cui viene espresso e registrato, in modo immutabile e certo, il voto dell'elettore, assicurandone, con appositi strumenti, la segretezza del voto"

"antifrode" immaginata nel detto d.d.l. suscita non poche perplessità in relazione alla garanzia della segretezza del voto[68].

Ma, a ben vedere anche l'esempio di Zugo, una consultazione locale non vincolante, potrebbe essere trasponibile nell'ordinamento italiano. Né è da escludere che in futuro la stragrande maggioranza dei cittadini sarà tecnicamente in grado di verificare il voto *Blockchain* esattamente come ora è in grado di vigilare sullo spoglio delle schede in un seggio fisico.

	Voto tradizionale	Voto per posta	Voto elettronico su internet	Voto elettronico Blockchain
Segretezza del voto espresso	✓	✓		✓
Segretezza del momento del voto	✓			
Pubblicità – verificabilità diffusa	✓	✓		
Veridicità dei risultati	✓	✓		✓

[68] L'allegato tecnico sembrerebbe richiedere all'elettore di… firmare la scheda! L'elettore dovrebbe apporre un adesivo recante un uguale "QR code" sia sulla busta che sulla scheda e dovrebbe provvedere a siglare a penna entrambi gli adesivi in un apposito spazio.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 04/10/2021

AUTORE: Antonio D'Aloia*

EGUAGLIANZA. PARADIGMI E ADATTAMENTI DI UN PRINCIPIO 'SCONFINATO'**

Sommario: 1. I molteplici percorsi dell'eguaglianza; 2. Eguaglianza e Costituzione. Un viaggio faticoso e pieno di contrattempi; 3. Il principio e le parole della Costituzione: confini mobili. L'avventura della ragionevolezza; 4. Eguaglianza come pari dignità sociale. Espansività delle clausole antidiscriminatorie. L'esempio del parametro delle 'condizioni personali e sociali'; 5. L'eguaglianza sostanziale 'dentro' la Costituzione: equilibri e confronti. Eguaglianza e giustizia fiscale; 6. Eguaglianza formale, eguaglianza sostanziale, azioni positive. L'eguaglianza come nozione 'progressiva' e unitaria; 7. Eguaglianza e generazioni future; 8. L'eguaglianza nel contesto della globalizzazione; 9. Eguaglianza e non discriminazione nel quadro costituzionale 'comune' (europeo e nazionale); 10. Reinventare l'eguaglianza? Eguaglianza, lavoro, reddito 'di cittadinanza'; 11. Nuovi orizzonti. Eguaglianza, ragionevolezza, non discriminazione di fronte agli sviluppi della scienza e della tecnologia; 12. L'eguaglianza nel "tempo dell'incertezza"

1. I molteplici percorsi dell'eguaglianza

Introdurre un Convegno dedicato a "*Eguaglianza e discriminazione nell'epoca contemporanea*", è un grande onore, ma al tempo stesso una grande responsabilità, perché il tema è talmente vasto che ogni tentativo di fare sintesi o introduzioni, di selezionare profili, chiavi di

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Parma.

** Il presente contributo è stato presentato come Relazione introduttiva al Convegno annuale dell'AIC del 2019, che si è svolto a Bergamo nei giorni 15 e 16 novembre 2019. Voglio innanzitutto ringraziare il Direttivo dell'AIC e il Presidente Prof. Gaetano Silvestri per avermi dato l'onore di introdurre i lavori di questo Convegno annuale. E il Comitato di Bergamo, coordinato da Barbara Pezzini, per l'accogliente ospitalità, e per essersi fatto carico dell'organizzazione del nostro appuntamento annuale.

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

lettura, livelli di analisi, appare inevitabilmente consegnato ad un destino di incompiutezza e di parzialità[1].

Eguaglianza è (e implica) tante cose insieme, e contemporaneamente, e sono tutte cose fondamentali. Ad una prima approssimazione, possiamo dire che al concetto di eguaglianza si riconducono un diritto[2] (ad essere trattati con eguale rispetto, a non essere discriminati in ragione di una propria condizione[3]); un principio-fine da raggiungere e da usare come orientamento, con la consapevolezza che la misura della realizzazione sarà sempre, inevitabilmente, imperfetta e provvisoria; un metodo e un criterio di misura ineludibile per il corretto esercizio e azionamento dei pubblici poteri[4].

Quando mi occupai per la prima volta di questo tema quasi 20 anni fa, mi venne spontaneo usare la metafora letteraria dell'Aleph. Nella simbologia di Jorge Luis Borges[5], l'Aleph "*è uno dei punti dello spazio che contengono tutti i punti…[…] il luogo dove si trovano, senza confondersi, tutti i luoghi della terra, visti da tutti gli angoli*".

Se mettiamo la Costituzione al posto dello 'spazio' e della 'terra', effettivamente il principio di eguaglianza sembra attirare a sé, e proiettare all'esterno con un notevole arricchimento di senso e di contenuti, tutti i problemi e gli obiettivi che appartengono al costituzionalismo moderno, al tempo stesso fornendo una guida per l'interpretazione e l'attuazione dell'intero disegno costituzionale[6], proponendo e generando risposte alle domande e ai bisogni che emergono sul piano sociale e politico, o davanti al giudice[7].

L'eguaglianza non è uno dei tanti luoghi della memoria costituzionale. E' in un certo senso il punto di caduta di tutta la storia del costituzionalismo moderno; anche la storia non ancora scritta, quella del futuro, della possibilità stessa che la parola 'Costituzione' possa mantenere un senso, una capacità di organizzare la convivenza sociale, anche oggi nel mondo transnazionale e multiculturale[8], di suscitare sentimenti di speranza.

---

[1] V. Onida, *Eguaglianza, legalità, Costituzione*, in Annuario AIC 1998, Padova, 1999, 261. Scrive E. Garzon Valdes, *Some reflections on the concept of equality*, ivi, 3, "*Undoubtedly, the topic of equality is one of the most overwork topics in legal, moral and political literature. And not only is over-worn: it is also dangerous*". Cfr. anche le riflessioni critiche di I.R. Lucas, *Against Equality*, in Philosophy, 1965, 40, 296, secondo cui "*demand for equality obsesses all our political thought*".

[2] R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 42.

[3] Giustamente O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, paper, 3, afferma che i singoli divieti di discriminazione previsti dal primo comma dell'art. 3 rappresentano "diritti a non essere discriminati sulla base di particolari ragioni".

[4] G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 3.

[5] L'Aleph è uno dei racconti contenuti nella omonima raccolta, ora in J.L. Borges, Opere, vol. I, Milano, 1986. Un'altra metafora letteraria idonea ad esprimere il carattere 'olistico' del principio di eguaglianza, potrebbe essere quella del carbonio, di cui parla I. Calvino, ne *Il sistema periodico* (Torino, ediz. 1973). Per Calvino, mentre "avviene, dunque, che ogni elemento dica qualcosa a qualcuno (a ciascuno una cosa diversa), … si deve forse fare un'eccezione per il carbonio, perché dice tutto a tutti, e cioè non è specifico…".

[6] M. Dogliani - C. Giorgi, *Art. 3*, Roma-Bari, 2017, 9.

[7] Sulla forza generativa dei principi costituzionali vedi G. Silvestri, *Verso unno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in Quad. Cost., 2006, 17, che parla di capacità di concretizzarsi in regole giuridiche sempre nuove…, di costante adeguamento al mutamente sociale e tecnologico … quando entrano a contatto con il fatto, i principi "esplodono in una nebulosa di regole ed esse offrono una risposta alle domande -sempre nuove- che sezioni della società -sempre diverse- propongono in sede politica o in quella giudiziaria …".

[8] G. Azzariti, *Portata rivoluzionaria dell'eguaglianza: tra diritto e storia*, in Scritti in onore di Gaetano Silvestri, 2015, 81.

Eguaglianza e libertà sono all'inizio del percorso costituzionale. Si sovrappongono, si intrecciano, l'una ha bisogno dell'altra e non può stare senza l'altra[9]. Come ha scritto Silvestri, "*l'allargamento dell'eguaglianza determina l'espansione della libertà, e viceversa. Ogni ingiustificata compressione dell'una produce, nello stesso tempo, una mutilazione dell'altra*"[10].

Il nesso tra eguaglianza, libertà e diritti[11] è talmente stretto (tanto che una 'libertà senza eguaglianza' dovrebbe portarci a "concludere che si tratta di libertà ed eguaglianza soltanto apparenti"[12]) che paradossalmente porta alcuni a dubitare persino dell'utilità del concetto di eguaglianza, a considerarlo alla stregua di una risorsa retorica, non necessaria, 'misleading', fino al punto che l'idea di eguaglianza "*should be banished from moral and legal discorse as an explanatory norm*"[13]. Nella visione di Westen, "equality is an empty idea devoid of meaning"[14], 'entirely circular', in sostanza autoreferenziale. Potrebbe tranquillamente essere sostituita focalizzando l'attenzione sui diritti sostanziali sottostanti alla rivendicazione di essere trattati in modo eguale.

La mia introduzione, e forse anche questo Convegno, potrebbe finire qui, prima ancora di cominciare (o almeno dovrebbe cambiare titolo), se avesse ragione Westen. Io non la penso così. Come hanno sostenuto J. Waldron ed E. Chemerinsky[15], l'eguaglianza resta una nozione determinante sul piano giuridico, al di là della sua forza emotiva e retorica, completa e rafforza[16] -in taluni casi rendendola attivabile concretamente- l'istanza di protezione dei diritti; e pone una presunzione di eguale trattamento che costringe almeno a giustificare e a spiegare un trattamento differenziato[17].

---

[9] Secondo R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 134, "*la storia costituzionale dei paesi occidentali è stata tessuta da fili colorati che hanno intrecciato il tema dei diritti con quello della rappresentanza politica ed entrambi con quello dell'eguaglianza*".

[10] G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, cit., 112.

[11] M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e non discriminazione*, in Scritti Onida, Milano, 2011, 417.

[12] Vedi ancora G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, cit., 71, che aggiunge: "*libertà ed eguaglianza, in sintesi, si rafforzano vicendevolmente*". Cfr. anche M. Luciani, *Sulla dottrina della democrazia in Benedetto XVI*, in M. Cartabia, A. Simoncini (a cura di), *La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei Discorsi di Benedetto XVI*, Milano, 2013, secondo cui "*dal principio di eguaglianza deriva quello di libertà, perché gli aequales in tanto sono tali in quanto nessuno di loro può vantare sugli altri delle ineguali pretese di dominio (negatorie, dunque, della libertà altrui)*".

[13] P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, in 95 Harv. Law Rev., 1982, 537 ss. Dello stesso A., v. anche *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in moral and legal discourse*, Princeton, 1990.

[14] Ibid., 547, 550-551. L'A. parla anche di una nozione "superfluous", fino al punto che "we can do without equality altogether" (596).

[15] J. Waldron, *The Substance of Equality*, in Michigan Law Rev., 1991, vol. 89, 1350 ss.; E. Chemerinsky, *In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen*, in Michigan Law Rev., 1983, 575 ss.

[16] Sul parametro dell'eguaglianza come strumento di rafforzamento della motivazione nei giudizi costituzionali, v. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 43 ss.

[17] In particolare, per E. Chemerinsky, I*n Defense*, cit., 585, "*There are three basic, and interrelated, functions a concept might serve. First, a concept is moral necessary if it compels us to care about something that we Believe we should care about. Second, a concept is analytically necessary if it create argumentative burdens that otherwise would not exist. Finally, a concept is rethorically necessary if it helps us to persuade others to accept a result that we believe is justified*"; in conclusione (579), si può dire che "*equality is not sufficient, bus does not in any way indicate that is unnecessary*". In questo senso gli approcci interpretativi come quello di Westen "*are both misleading and dangerous. […] because they confuse necessary and sufficient conditions. No concept by itself is sufficient, but that doesn't prove that the concept is unnecessary. Moreover, attacks on concepts such as equality*

Alcuni esempi possono venirci in aiuto.

Penso alla sent. 432/2005 sulla incostituzionalità della legge lombarda che limitava ai soli cittadini totalmente invalidi per cause civili (escludendo gli stranieri regolarmente residenti nella stessa Regione) il diritto al trasporto pubblico di linea gratuito. Un ragionamento imperniato solo sui diritti, in questo caso sul diritto alla salute (o meglio sulla combinazione tra diritto alla salute e libertà di circolazione, diritto alla mobilità, ecc. ecc.) non sarebbe riuscito da solo a condurre la Corte sulla strada della dichiarazione di illegittimità costituzionale, perché -come può leggersi nella motivazione- il trasporto gratuito degli invalidi non appartiene al nucleo minimo inderogabile del diritto alla salute e non costituisce perciò una scelta costituzionalmente obbligata.

Quello che pesò nella decisione fu l'irragionevole connessione (risultata proprio per questo discriminatoria) tra il requisito della cittadinanza e la natura specifica della prestazione, il suo collegamento con lo stato di invalidità totale; in altre parole, come ha rilevato correttamente Silvestri, è stato alla fine il principio di eguaglianza a fornire, in questo caso, "un binario più diretto per arrivare all'accoglimento della questione"[18], dimostrando che "il principio di eguaglianza serve proprio ad attribuire diritti a chi non ne ha, perché ingiustamente escluso per una causa di discriminazione"[19].

Più recentemente, potrei richiamare in modo analogo la decisione (ordinanza) n. 207 del 2018 sul suicidio medicalmente assistito (seguita, com'è noto, dalla sent. 242/2019).

La dignità del malato, il diritto di liberarsi dal dolore (con una inedita rilevanza anche della rapidità di questo processo e della sofferenza psichica e morale dei familiari), trovano un 'alleato' decisivo -nella visione della Corte- nei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: e qui la Corte precisa che si tratta di un "*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*"), sulla base della considerazione che "*Se … 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*".

---

are dangerous because these ideals are crucial in helping us to form the ideal of better society". Scrive M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*, in M. Della Morte, *La diseguaglianza nello Stato Costituzionale*, Napoli, 2016, 139, che "*l'appello all'eguaglianza ha la risonanza ulteriore di indicare il tipo di passato contro il quale stiamo lottando: pur a scapito di un certo grado di precisione analitica, aiuta a capire quali idee profonde, convenzionalmente raccolte sotto la bandiera dell'eguaglianza (o della eguale attenzione) possono formare la base di numerose e importanti argomentazioni a favore della scelta politica di un principio distributivo invece di un altro*".

[18] G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in M. Cartabia, T. Vettor (a cura di), Le ragioni dell'uguaglianza, Milano, 2009, 11.

[19] G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi*, cit., 61.

In senso analogo, le pronunce con cui la Corte ha aperto alla diagnosi genetica pre-impianto o alla fecondazione eterologa, non si basano tanto su un diritto ad avere un figlio sano, o un figlio "in tutti i modi possibili", quanto piuttosto, nel primo caso, su una irragionevole e contraddittoria distinzione tra il divieto della l. 40 e la possibilità di scegliere l'interruzione volontaria di gravidanza in presenza di gravi malformazioni e anomalie del feto; nel secondo caso, sul trattamento ancora una volta irragionevolmente diseguale tra soggetti (coppie) caratterizzati dai medesimi (se non addirittura più gravi) problemi di sterilità e/o infertilità.

Infine, nella celebre e controversa sentenza relativa alla Multiterapia Di Bella (sent. 185/1998), la Corte accoglie la questione solo limitatamente ai "*pazienti affetti da patologie tumorali comprese tra quelle sottoposte alla sperimentazione in corso, di cui all'art. 1, rispetto ai quali il medico ritenga sotto la propria responsabilità, e sulla base di elementi obiettivi, che non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie",* in quanto *"Negli altri casi - quando cioè esista la possibilità di un trattamento già sperimentato e validato - la pretesa che lo Stato debba essere comunque tenuto a fornire gratuitamente altre prestazioni mediche, anche solo ipoteticamente efficaci, non sarebbe ragionevole. Non possono ricadere, infatti, sul servizio sanitario nazionale le conseguenze di libere scelte individuali circa il trattamento terapeutico preferito, anche perché ciò disconoscerebbe il ruolo e le responsabilità che competono allo Stato, attraverso gli organi tecnico scientifici della sanità, con riguardo alla sperimentazione e alla certificazione d'efficacia, e di non nocività, delle sostanze farmaceutiche e del loro impiego terapeutico a tutela della salute pubblica.*

In altre parole, solo il diritto alla salute non sarebbe stato sufficiente. L'elemento che ha funzionato come catalizzatore della decisione di incostituzionalità è stata la irragionevole discriminazione tra soggetti ammessi o non ammessi alla sperimentazione, nonostante entrambi fossero accomunati da una condizione clinica per la quale non erano presenti alterative terapeutiche già sperimentate e validate.

1.1. Tornando all'eguaglianza, siamo di fronte ad una nozione tanto decisiva nel lessico sociale e politico della modernità, quanto inafferrabile nei riflessi pratici, nelle tensioni, e nelle ambiguità che ne accompagnano la penetrazione, in forme e intensità disomogenee[20], nei diversi ambiti della vita sociale, politica, economica.

Le 'ragioni dell'uguaglianza'[21] si fanno spazio in tutti gli ambiti del discorso giuridico[22]. Scriveva Giorgio Berti[23] che nel principio costituzionale di eguaglianza "*si annodano e si intrecciano in modo quasi naturale i fili dell'oggettivo e del soggettivo dell'ordinamento giuridico […]; se scandagliamo l'ordine giuridico, scopriamo che esso si regge su un meccanismo fondamentale, che dobbiamo ricollegare al principio di uguaglianza […], non potrebbero esserci né diritto oggettivo né diritti soggettivi se queste figure non si collocassero nel grembo*

---

[20] M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali*, cit., 168.

[21] M. Cartabia - T. Vettor, (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, IX.

[22] Anche G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, cit., 23, parla di 'sconfinato campo di applicazione del principio di uguaglianza'…

[23] G. Berti, *Immagini e suggestioni del principio di eguaglianza*, in Scritti in memoria di L. Paladin, Padova, 2004, 169.

dell'uguaglianza tra gli uomini e non ne rappresentassero delle espressioni cresciute e maturate nell'organizzazione sociale".

Non è solo un problema di vastità del campo tematico. Discutere di eguaglianza significa fare i conti con la propria visione complessiva del mondo, prendere una posizione rispetto ai contesti reali, sentirsi parte (critica) dei processi storici e sociali che si sviluppano attorno a noi e nel nostro tempo[24].

Viviamo un tempo incerto, segnato da forti contraddizioni. La rilevanza fondativa del discorso costituzionale sull'eguaglianza ha come contraltare la crescita degli indicatori della diseguaglianza, pressoché in tutti i comparti della vita economica e sociale[25]. Su questo contesto, già di per sé critico è venuta ad esplodere, da un anno a questa parte, l'inattesa e scioccante emergenza della pandemia da Covid-19: un'emergenza sanitaria che si è poi riversata sulle strutture economico-sociali, producendo un impatto disastroso, di cui ancora non è chiara l'entità, e le condizioni da cui potremo (si spera) ripartire[26]. Quello che è certo è che il Covid, che pure apparentemente ha colpito come una sorta di tragica 'livella', è stato (e probabilmente ancora di più sarà sul piano dei suoi riflessi economici e sociali) un acceleratore portentoso di vecchie ingiustizie e debolezze, come la precarietà del lavoro, l'enorme divario territoriale nel rendimento di alcuni fondamentali servizi pubblici e nella qualità degli apparati amministrativi, l'erosione della sanità pubblica e della sua presenza sul territorio[27].

Certo, come ha scritto Zagrebelsky, la distanza tra il diritto e il fatto, tra le aspettative e la realtà, è un dato fisiologico dell'esperienza giuridica: "*il diritto sarebbe impotente se ciò che deve essere non può essere, ma sarebbe perfettamente inutile se ciò che deve essere corrispondesse a ciò che non può non essere […]. Il diritto ha la sua ragion d'essere quando*

---

[24] Come scrive G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, cit., 89, non si può supporre che chi si occupa del tema dell'eguaglianza non abbia la consapevolezza di quanta parte del suo modo di pensare ed operare è coinvolta nell'approccio che sceglie, nelle tesi che avversa o che sostiene, nelle conclusioni cui tenta di pervenire. E' il tema stesso che, oggettivamente, impedisce di non prendere parte, e di non aderire -non importa se in modo dichiarato o comunque esplicito, o in modo implicito o addirittura mistificato- ai valori e agli interessi di cui sono portatori i soggetti storici che operano all'interno dell'ordinamento statale e che, guarda caso, si scontrano proprio sul tema dell'eguaglianza, sul significato riduttivo ed astratto o espansivo e concreto di questo concetto.

[25] Secondo M. Dogliani - C. Giorgi, *Art. 3*, cit., 15, il principio di eguaglianza "è il grande sconfitto di questi ultimi tempi" (cfr. Anche 16-17 per alcuni dati sulle persone che in Italia si trovano sotto la soglia di povertà). Del resto, come ricorda J. Stiglitz, La grande frattura. La disuguaglianza e i modi per sconfiggerla, Miano, 2016, 98, "*Il primo 1 per cento ha le case migliori, l'istruzione migliore, i medici migliori e lo stile di vita migliore…. Ma il suo destino è legato alle condizioni di vita del restante 99%*" (in relazione al quale T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, 387, richiama, dice lui 'nella memoria, nello spirito', il famoso pamphlet *Qu'est-ce qui le tiers état?*, pubblicato nel gennaio 1789 dall'abate Sieyès: "*Che cos'è il Terzo Stato? Tutto. Che cos'è stato finora nell'ordine politico? Niente. Che cosa chiede? Di diventare qualcosa*"). Vedi altresì C. Volpato, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Roma-Bari, 2019, 5, la quale sottolinea poi come le società disuguali siano società infelici, violente, frantumate, con elementi di sofferenza individuale molto significativi (23-26 ss.); le disuguaglianze sono studiate sul piano psicologico sociale perché hanno un effetto profondamente negativo sulle relazioni tra gruppi, erodono tra gli svantaggiati il senso di appartenere ad una stessa comunità, (…) inaspriscono divisioni e contrapposizioni (193 ss.). Alcuni esempi della enorme disuguaglianza globale sono descritti in M. Alacevich- A. Soci, *Breve storia della disuguaglianza*, Roma-Bari, 2019, 11-12

[26] Sia consentito rinviare a A. D'Aloia (a cura di), *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, Milano, 2021.

[27] Cfr. F. Barca e P. Luongo (a cura di), *Un futuro più giusto. Rabbia, conflitto e giustizia sociale*, Bologna, 2020, 11 ss. Anche sul piano interstatale, come rileva A. Poggi, *Oltre la globalizzazione*. *Il bisogno di uguaglianza*, Modena, 2020, 40, "il tema della redistribuzione e della disuguaglianza potrebbe diventare dopo la pandemia ancora più pressante, poiché la capacità reattiva dei diversi Paesi è diversa…".

prescrive ciò che può essere, ma che può anche non essere, […] esso opera con i suoi mezzi in un campo di tensione"[28].

Ciò non toglie che il manifestarsi, a tratti brutale[29], delle condizioni di diseguaglianza, nel mondo e all'interno delle nostre società fondate costituzionalmente sulla visione progettuale dell'eguaglianza, rischia di far degenerare questa tensione, in sé inevitabile, e di mettere in crisi la tenuta complessiva delle nostre società, i livelli minimi di coesione, solidarietà reciproca, fiducia nelle istituzioni[30]. Se l'eguaglianza è un fattore costitutivo della sfera pubblica democratica[31], una qualità essenziale della democrazia costituzionale (che non può funzionare solo come democrazia politica, come sostenne già Calamandrei in uno dei suoi ultimi lavori, il saggio *La Costituzione e le leggi per attuarla*), l'aumento eccessivo delle diseguaglianze, la progressiva e inesorabile chiusura degli spazi di mobilità sociale[32], producono una erosione ('silenziosa', ma lacerante[33]) dei meccanismi costitutivi e connettivi della vita democratica, e incidono negativamente sulla credibilità stessa delle sue promesse di liberazione e promozione umana, solidarietà, equa ed efficace distribuzione del benessere[34].

---

[28] G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 7.

[29] Secondo alcuni studiosi, addirittura le patologie del sistema globale assumono i contorni dell'espulsione di persone, imprese, soggetti dai fondamentali ordinamenti economici e sociali del nostro tempo; non si tratta più semplicemente di disuguaglianza o povertà: v. S. Sassen, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, 2015. Cfr., per alcuni dati, il *Rapporto sulle disuguaglianze nel mondo*, (2018), Milano, 2019. Riflessioni profonde e condivisibili sono state fatte anche da A. Poggi, *Oltre la globalizzazione*, cit., 39 ss., 49-50.

[30] C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 158. J. Stiglitz, *La grande frattura*, cit., 107-108.

[31] L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, vol 2. Teoria della democrazia, 2007, 53-55. Anche per A. Schianchi, M. Franchi, *Democrazia senza*, Parma, 2016, 96, "*L'idea di democrazia contiene in sé l'obiettivo di perseguire una sempre maggiore uguaglianza tra i propri cittadini*", aggiungendo tuttavia che "*Il concetto è facilmente intuibile, ma quando si tenta di trasferirlo in una dimensione concreta, emergono non poche difficoltà. Anzitutto eguaglianzan tra chi? Eguaglianza tra Paesi diversi o all'interno di ciascun Paese? Eguaglianza in termini di confronti storici, oppure assumendo una certa data di riferimento? Eguaglianza rispetto a quali criteri? Criteri di ricchezza, di redditi o di opportunità?…*"

[32] Cfr. T. Groppi, *Diseguaglianze e immobilità sociale. Quel che la Costituzione italiana ha da dire*, in forumcostituzionale.it, 2 ottobre 2019, 1-2, evidenziando che "se la coesione sociale viene incrinata, tutto l'edificio è in pericolo. La democrazia diventa zoppa, perchè perde una delle sue gambe". All'inizio del suo importante studio sulla promozione sociale nella Costituzione, Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 11, sottolinea che "*Tra i Paesi occidentali l'Italia ha uno dei tassi di mobilità più bassi. Nel nostro Paese è particolarmente difficile spostarsi da uno 'strato sociale' ad un'altro. Detto in breve: l'ascensore sociale non funziona o funziona male. Chi nasce in condizioni sociali e familiari svantaggiate ha scarse possibilità di migliorare, in futuro, il proprio status*".

[33] P. Rosanvallon, *La Société des ègaux*, Paris, 2011. Anche A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010, 5, parla di "relazione evidente tra ricerca della giustizia e quella della democrazia intesa come governo per mezzo del dibattito".

[34] Cfr. le riflessioni di J. Stiglitz, *Opportunity, Mobility and Inequality in Today's Economy: Hearing Before the Budget Committee*, U.S. Senate, CXIII Congresso, II Sessione (Dichiarazione di J. Stiglitz, Columbia University, New York), 01.04.2014, secondo cui "Paghiamo un prezzo elevato per questa disuguaglianza, in termini della nostra democrazia e della natura della nostra società. […] la nostra democrazia è minata alla base, poiché la disuguaglianza economica si traduce inevitabilmente in disuguaglianza politica". Secondo M. Alacevich- A. Soci, *Breve storia della disuguaglianza*, cit., 16, la disuguaglianza è una minaccia per il buon funzionamento della democrazia; i due Autori riportano altresì una celebre frase di Louis Brandeis, Giudice della Corte Suprema USA che ha vissuto a cavallo tra XIX e XX secolo: "*Possiamo avere una società democratica o la concentrazione di grande ricchezza nelle mani di pochi. Non possiamo avere entrambe*".

Forse può sembrare eccessivo dire, come provocatoriamente faceva il compianto Maestro Gianni Ferrara 27 anni fa[35], che "*la parola eguaglianza è come scomparsa, […] il paradigma della cultura dominante può ormai anche omettere di nominarla*". Non è scomparsa, anzi viene costantemente rivendicata; essa però sembra come travolta, in balia di processi economici e sociali che hanno profondamente alterato e ridisegnato i suoi contesti di riferimento (e continuano a farlo), costringendola a cercare i suoi spazi di praticabilità nelle pieghe di una storia che sembra svolgersi in un'altra direzione rispetto a quella che il costituzionalismo del novecento aveva provato a delineare, nelle Carte del secondo dopoguerra, e nelle politiche dei cosiddetti trenta (anni) gloriosi[36].

1.2. La struttura del convegno definisce una traccia che in qualche modo prova a circoscrivere il tema, indicando tre dimensioni di (possibile) discriminazione e disuguaglianza. Nondimeno, si tratta di dimensioni a loro volta assai ampie e poliedriche (basti pensare solo all'evoluzione della nozione di sesso dal dato fisico-biologico, all'identità sessuale come orientamento, fino alle questioni più recenti della disforia e del genere 'indefinito'; o all'intreccio tra profili linguistici, religiosi, culturali che ritroveremo nella seconda sessione); e dunque la limitazione è tale solo fino ad un certo punto.

In secondo luogo, gli ambiti considerati sono apparsi idonei a riflettere e a riproporre l'intero spettro delle declinazioni dell'eguaglianza (nelle figure, nei soggetti destinatari, negli strumenti), dall'istanza di parità di trattamento, alla correzione o eliminazione delle discriminazioni irragionevoli (anche se 'indirette'), fino alla sperimentazione di misure promozionali e 'positive', e alla riconfigurazione di istituti e strutture dell'ordinamento sociale e giuridico.

---

[35] G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, in M. Luciani (a cura di), La democrazia alla fine del secolo, Roma-Bari, 1994, 29, aggiungendo però "il tema dell'eguaglianza è diventato quindi inattuale. Un'ottima ragione per trattarne". Anche R. Dworkin, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, trad. it., Milano, 2002, 1, aveva sottolineato che "nel regno degli ideali politici, l'uguaglianza è la specie in pericolo".

[36] Per T. Piketty, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, 556, la riduzione delle disuguaglianze in questo periodo fu in parte una conseguenza delle devastazioni belliche, che avevano impoverito di più coloro che possedevano molto, rispetto a coloro che non possedevano nulla. Ma fu soprattutto "il risultato delle politiche fiscali e sociali adottate, che permisero di dar vita a società allo stesso tempo più giuste e più prospere di tutte le società precedenti, e che possiamo generalmente definire come 'società socialdemocratiche' ", a prescindere dall'appartenenza o meno all'area della sinistra socialdemocratica o socialista (l'A. infatti cita anche l'esperienza tedesca della CDU). I trenta gloriosi anni possono essere 'raccontati' come lo svolgersi di un processo di progressivo accrescimento, in profondità e in estensione, della presenza della Costituzione nella politica e nella società. Alle spalle, il sistema di Bretton Woods inaugurato nel 1944, e basato su due pilastri: il controllo statale dei movimenti di capitale e un regime monetario di cambi valutari fissi, ma aggiustabili unilateralmente entro certi limiti (v. O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancora attuale*, in Annuario AIC, 2016, 261). Come dice M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in Rivista AIC, 2011, 74, siamo passati …ai trenta mediocri, "sarebbe opportuno non entrare gioiosamente nei trenta dolorosi"; su questa posizione v. Già T. Judt, *Guasto è il mondo*, Roma-Bari, 2011, 11, secondo cui, se "dalla fine del XIX secolo agli anni Settanta del Novecento, le società avanzate dell'occidente sono diventate tutte, progressivamente, meno disuguali. […] Negli ultimi trent'anni abbiamo gettato al vento tutto ciò". In realtà, già alla fine degli anni '60, Mortati (*Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali*, in Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente, vol. IV, Aspetti del sistema costituzionale, Firenze, 1969, 467) segnalava che "*la forza di rottura, potenzialmente contenuta nel testo costituzionale, …, non ha trovato forze sufficienti a metterla in opera, sicché la costituzione materiale, quale si è di fatto realizzata, ha privato di efficacia, non solo e non tanto singoli precetti costituzionali, quanto la sua più profonda essenza*".

Questo significa che il percorso tematico scelto finisce comunque con l'essere uno specchio attendibile dei problemi e delle traiettorie più generali dell'eguaglianza, dei suoi paradigmi e dei suoi assestamenti, teorici e pratici.

Io cercherò di mantenermi su questo 'doppio' binario, che mi sembra il modo più adatto (almeno spero) per avviare la discussione che poi sarà approfondita in ciascuna delle tre sessioni.

Ovviamente, sarebbe impossibile anche solo pensare di seguire tutte le potenziali (e innumerevoli) proiezioni applicative o ipotesi problematiche connesse al principio di eguaglianza. Non basterebbe un convegno intero. Farò anch'io allora una selezione di temi e di prospettive di analisi, che, in parte, si muoverà su percorsi complementari e integrativi, in parte andrà a porsi in una sorta di dialogo anticipato con i relatori delle tre sessioni.

2. Eguaglianza e Costituzione. Un viaggio faticoso e pieno di contrattempi

Il principio di eguaglianza è stato, e continua ad essere, uno dei motori fondamentali dell'idea costituzionale, e della trasformazione in senso costituzionale dell'ordine giuridico. E', come è stato detto con grande efficacia, un concetto carico di storia e ideologia[37], ha alimentato il conflitto politico-sociale[38] e ne è risultato arricchito e integrato nei contenuti e nella portata applicativa[39].

La storia di questo principio e del suo radicamento nelle vicende evolutive del costituzionalismo moderno[40] ha seguito un andamento complesso, tutt'altro che armonico e lineare, contrassegnato da accelerazioni improvvise, parziali conquiste, bruschi ritorni all'indietro, resistenze, contrattempi, laceranti contraddizioni[41]. Per molte categorie di soggetti, la strada è stata molto più faticosa e lunga[42].

Gli 'infortuni' dell'eguaglianza coincidono, in realtà, con quelli più generali del discorso costituzionale.

Due esempi su tutti, legati proprio ai due grandi eventi fondativi del costituzionalismo moderno, le due rivoluzioni di fine settecento.

Nonostante le verità "di per se stesse evidenti" della Dichiarazione di Indipendenza del 1776, secondo cui "*tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili, che fra questi sono la vita, la libertà, e la ricerca della felicità*", la democrazia americana ha accettato prima la disuguaglianza 'estrema' della schiavitù, fino

---

[37] V. Onida, *Eguaglianza, legalità, Costituzione*, cit.,, 262.

[38] Parla di istanza antagonista del potere G. Ferrara, Dell'eguaglianza, cit., 61. Per M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali*, cit., 166 e 169, "L'eguaglianza non è un principio neutrale: al contrario, è un principio polemico, frutto e matrice di scelte. […] non è nemmeno un principio astratto: vive nella storia e si alimenta di un processo continuo, non necessariamente lineare, di presa di consapevolezza collettiva dei problemi e delle soluzioni, …".

[39] P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, Modena, 2018, 68.

[40] Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit. 62, ricorda opportunamente che già nel Pactum subjectionis hobbesiano, l'eguaglianza era presupposta nella misura in cui "io cedo il mio diritto di governare me stesso, a quest'uomo, o a questa assemblea di uomini a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile".

[41] L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012, 43.

[42] Così G. Azzariti, *Portata rivoluzionaria dell'uguaglianza: tra diritto e storia*, in Scritti in onore di Gaetano Silvestri, cit., 84.

all'idea assurda che gli afroamericani fossero oggetto di proprietà che non solo non poteva essere confiscata o cancellata da una legge (il riferimento è alla sentenza resa dalla Corte Suprema USA nel caso Dredd Scott vs Sandford del 1857[43]), ma che la legge doveva difendere[44], addirittura "things" in alcuni orientamenti di Corti minori; poi la segregazione razziale, legittimata sempre dalla Corte Suprema nella sentenza sul caso Plessy vs. Ferguson del 1896, in nome del formalistico principio 'separate but equal', nonostante il XIV emendamento approvato nel 1868[45], ed eliminata dall'ordinamento giuridico solo a partire dalla decisione della Corte Suprema del 1954 resa sul caso *Brown vs Board of Education*[46].

L'eredità di questa palese contraddizione 'autorottura' (costituzionale e sociale)[47] - come scrive D. Fassin[48], "*la disuguaglianza degli esseri umani* (viene inserita) *nelle pieghe dell'atto di nascita della Nazione*"- è tuttora irrisolta[49]. Un bellissimo libro di Ta Nehisi Coates[50] racconta in modo realistico quella che ancora oggi è, malgrado le risorse istituzionali messe in capo in tutti questi anni, almeno dal *Civil Rigths Act* in poi (e malgrado l'evento simbolico della Presidenza Obama), l'esperienza quotidiana "*della discriminazione e dell'avvilimento, dei tormenti da parte delle forze dell'ordine per strada, della severità sproporzionata del sistema giudiziario, della violenza incontrollata dell'istituzione penitenziaria, dell'umiliazione del razzismo ordinario tanto nello spazio pubblico quanto nelle relazioni interpersonali, la svalutazione delle vite come trama ordinaria dell'esistenza di queste minoranze*"[51].

Anche nella vecchia Europa, le vie dell'eguaglianza hanno seguito traiettorie tortuose, episodiche, molto più lunghe di quanto le premesse rivoluzionarie di fine '700 potessero far prevedere. L'eguaglianza "nei diritti" della Dichiarazione del 1789, per quanto sembrasse una espressione più impegnativa e densa di contenuti rispetto alla versione 'basic' dell'eguaglianza davanti alla legge (è la tesi che prova a sviluppare M. Mazziotti Di Celso in un lavoro del 1954

---

[43] Come ricorda A. Grosso, *Cittadinanza e territorio*, Napoli, 2015, 18, questa sentenza fu probabilmente uno dei *casus belli* della guerra civile.

[44] Il riferimento è al *Fugitive Slave Act* del 1850.

[45] Nel quale, come nota L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 60, alcuni hanno ravvisato "una nuova Costituzione" o un mutamento della natura stessa dell'Unione.

[46] Sia consentito in tema un rinvio a A. D'Aloia, *L'eredità di Brown. La Costituzione americana e la lotta contro la discriminazione razziale*, in Federalismi.it, n. 5/2016.

[47] Su cui v. L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, in Dem. Dir., n. 2-3/1994, 479.

[48] D. Fassin, *Le vite ineguali*, Milano, 2019, 140, ricordando che una versione preliminare del testo della Dichiarazione di indipendenza, redatta da Thomas Jefferson, conteneva un lungo passaggio di condanna della schiavitù che però venne cancellato ed espunto dal documento finale. Il paradosso è che Jefferson, pur condannando a parole lo schiavismo, non ha mai smesso di praticarlo: cfr. In argomento, P. Finkelman, *The Monster of Monticello* (dal nome della proprietà dove Jefferson possedeva ben 175 schiavi), in NYT.com, 01.12.2012. Come spiega T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., 281, "Jefferson considerava la libertà un male, del quale non vedeva come ci si potesse liberare". Per Jefferson "*l'emancipazione non era concepibile, a meno di prevedere non solo una giusta ricompensa ai proprietari, ma anche l'espatrio immediato e completo degli ex-schiavi*".

[49] Proprio l'anno scorso, l'America ha vissuto una delle crisi più gravi dall'omicidio di Martin Luther King. L'uccisione da parte di un poliziotto di un uomo di colore (George Floyd) nella città di Minneapolis, ha scatenato rivolte e violenze in decine di città, costringendo le Autorità ad imporre il coprifuoco.

[50] Ta Nehisi Coates, *Tra me e il mondo*, Torino, 2016. Il libro è un dialogo in forma di lettera con il figlio di 15 anni sul tema del razzismo e sulla ferocia dei comportamenti che da esso possono svilupparsi.

[51] D. Fassin, Le vite ineguali, tr. it., Milano, 2019, 148-149; per questo A., "*i processi alla base delle disuguaglianze sono complessi. Non si riducono a elementi materiali che rispecchierebbero il livello socioeconomico sul piano dell'alloggio, dell'alimentazione o del lavoro, anche se sono certamente dati importanti. Sono cruciali anche altri fattori, sociologici e psicologici, di cui alcuni studi recenti hanno permesso di dimostrare gli effetti nefasti, e in particolare l'esperienza quotidiana della discriminazione dell'avvilimento*", 144.

su "*Lo spirito del diritto sociale nelle Costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*"[52], valorizzando quelle parti del dibattito costituente sul diritto dei cittadini "*cui una sorte disgraziata impedisce di provvedere alle proprie esigenze … ai soccorsi degli altri*", nonché gli spunti sulla necessità di garantire assistenza e lavoro come una sorta di compensazione della mancanza di proprietà per i soggetti economicamente svantaggiati), era 'ambiguamente riservata a chi la proclamava'[53], il "borghese maschio, bianco e possidente"[54]. Scrive Aldo Schiavone che "*Rousseau era dimenticato in nome di Smith e di Mandeville - o, se si vuole, di Voltaire*"[55].

Solo nelle Costituzioni del 1791 e soprattutto del 1793, il tema dell'eguaglianza comincia a riempirsi di elementi chiaramente orientati (in misura più o meno marcata) verso la rotta della giustizia sociale (soccorsi pubblici come 'debito sacro' della società nei confronti dei cittadini più bisognosi, educazione dei bambini abbandonati, assistenza ai poveri privi di lavoro, cure gratuite, istruzione)[56]. Ma quei tentativi durarono troppo poco (sostanzialmente ridimensionati e accantonati già con la Costituzione del 1795[57]) per mostrare sul piano attuativo le potenzialità di trasformazione degli assetti politico-sociale che avrebbero potuto alimentare e sostenere.

Ancora nel 1838 Pierre Leroux poteva scrivere che nella parola 'Eguaglianza' si nascondeva una scienza ancora oscura e avviluppata di tenebre. Però, ormai, soprattutto dopo il passaggio costituzionale del 1848, la questione sociale, dell'eguaglianza intesa anche in senso sostanziale, si avviava a diventare -in forme diverse, con diversa intensità, e seguendo

---

[52] In Arch. giur. Filippo Serafini, 1954, fasc. CXLVII, 54 ss.

[53] [Ferrajoli, 479]. Del resto, come spiega T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., 255 ss., anche la Francia della Rivoluzione continuò a praticare la schiavitù nelle sue colonie d'Oltremare. Dopo una breve parentesi tra il 1794 e il periodo napoleonico, l'abolizione generalizzata della schiavitù si ebbe solo nel 1848.

[54] L'espressione è di L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, cit., 481. Di eguaglianza 'dimidiata' parla anche, P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, cit., 15 ss.; questo A. mostra come già nel dibattito rivoluzionario francese si delinea una "alternativa che chiama in causa proprio la portata e l'estensione del principio di eguaglianza: tutti i diritti a tutti, oppure alcuni diritti a tutti, ma i diritti politici solo ad una più circoscritta classe di soggetti. […]. L'universalismo dei diritti deve fare i conti con la resistenza che le differenze (di proprietà, di genere) oppongono alla pressione dell'eguaglianza". Come spiega T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, cit., 747, "*le Rivoluzioni americana e francese hanno entrambe affermato il principio assoluto dell'uguaglianza dei diritti […]. Ma nella pratica i regimi politici nati dalle due rivoluzioni hanno più che altro concentrato la loro attenzione, nel corso del XIX secolo, sulla protezione del diritto di proprietà*".

[55] A. Schiavone, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019, 141, sottolineando che, in quel contesto, "*le diseguaglianze prodotte dall'economia non potevano che apparire pienamente giustificate, perché funzionali, appunto, al benessere comune, all'aumento crescente della ricchezza complessiva. Come lo era il diritto di proprietà, … che in quella francese (la Dichiarazione, ndr) era ricordato due volte, nell'art. 2, come 'naturale e imprescrittibile', e nell'art. 17, l'ultimo, come 'inviolabile e sacro', di cui perciò nessuno può essere privato*". Sull'importanza di Rousseau e del suo costituzionalismo 'polemico' per il discorso costituzionale sull'eguaglianza, v. ora G. Azzariti, *"E' dell'uomo che devo parlare". Rousseau e la democrazia costituzionale*, Modena, 2020, passim, e spec. 8 ss., 15/21.

[56] Nella lettura di M. Fioravanti, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, in M. Cartabia, T. Vettor (a cura di), Le ragioni dell'uguaglianza, cit., 58-59, con la proclamazione della Repubblica, La nuova dichiarazione dei diritti del 1793 con l'inserimento dei diritti sociali (istruzione, lavoro, assistenza), la decapitazione del re, l'emanazione di una nuova Costituzione, il suffragio universale maschile, "la tanto temuta eguaglianza estrema sembrava divenire realtà".

[57] Q. Camerlengo, *Costituzione Economia Società*, cit., 103.

motivazioni non omogenee, talvolta anche di mera conservazione dell'ordine sociale[58]- la questione centrale del discorso pubblico europeo[59].

L'egalité, per parafrasare la considerazione di Lorenz Von Stein in uno scritto del 1842, cominciava a mostrare quello che avrebbe potuto essere (e che effettivamente diventerà) il proprio 'traguardo'. Anche solo nelle intuizioni spezzate (talvolta sul nascere, nel senso di mai realizzate nemmeno parzialmente): come quelle espresse nel celebre Principio III della Costituzione della Repubblica Romana del 1849, secondo cui "*La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini*"[60]. O nelle critiche dure, come quella di Tocqueville nel suo celebre Discorso "Sul diritto al lavoro" del 12 settembre 1848, in cui paventa che il riconoscimento del diritto ("generale, assoluto, irresistibile") al lavoro[61], attribuirà alla Repubblica un carattere "socialista", in cui lo Stato diviene "proprietario unico di tutte le cose (…) grande ed unico organizzatore del lavoro"[62], sovvertendo l'obiettivo della Rivoluzione francese, e modificando pericolosamente il concetto di eguaglianza.

E' nel Novecento, che l'eguaglianza si conferma definitivamente come un capitolo fondamentale dell'esperienza costituzionale, anche sull'onda della progressiva 'universalizzazione' (in ogni caso limitata al segmento maschile) del suffragio.

---

[58] Come spiega I. Stolzi, *Storia e storie del Welfare (in margine alla sentenza Kattner)*, in *Giorn. dir. lav. rel. industr*., 2009, 726-727, a proposito della politica sociale Bismarckiana.

[59] P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, cit., 41, sottolineando appunto che l'idea "*che i cittadini avessero, nei confronti della comunità politica, veri e propri diritti a essere sostenuti nei loro bisogni vitali, …, embrionalmente presente nella costituzione giacobina del 1793, aveva avuto il suo vero e proprio battesimo nei dibattiti della costituente francese del 1848, quando venne discussa l'attribuzione ai soggetti di un diritto al lavoro*…".

[60] In tema, sia consentito rinviare a A. D'Aloia, *La Costituzione 'di un solo giorno'. L'impronta della Repubblica Romana del 1849 nella storia costituzionale italiana*, in Rass. Parl., n. 3/2019, 607 ss., 621 ss.

[61] Contenuto in un emendamento di Mathieu de la Drome; com'è noto, questo emendamento non fu accolto, nella Costituzione della II Repubblica rimasero però importanti riferimento al lavoro e al compito dello Stato di promuovere le condizioni di effettività di questo fondamentale diritto. In particolare, secondo il Principio IV del Preambolo, il lavoro costituiva (insieme alla proprietà, oltre che alla famiglia e all'ordine pubblico) una delle '*basi*' della Repubblica; inoltre, sempre nel Preambolo, il Principio VIII stabiliva che "*La Repubblica deve proteggere il cittadino nella persona, la famiglia, la religione, la proprietà, il lavoro e mettere alla portata di ognuno l'istruzione indispensabile a tutti gli uomini; deve, con un'assistenza fraterna, assicurare l'esistenza dei cittadini bisognosi sia procurando loro del lavoro nei limiti delle sue possibilità, sia dando, in mancanza della famiglia, dei sussidi a coloro che non in condizioni di lavorare […]*"; infine, l'art. 13 affermava nella sua prima parte che "La Costituzione garantisce ai cittadini la libertà del lavoro e dell'industria…". In tema, v. M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in Digesto IV ediz., disc. pubbl., aggiornamento, vol. 5, Torino, 2012, 226-227.

[62] Vedi A. de Tocqueville, *Discorso sul diritto al lavoro* (12 settembre 1848), in Scritti politici, vol. 1 - La rivoluzione democratica in Francia, Torino, 1969, 281 ss.. Per Tocqueville, "*la Rivoluzione francese ha avuto il desiderio, …, di introdurre la carità nella politica; ha concepito dei doveri dello Stato verso i poveri, verso i cittadini che soffrono, una idea più estesa, più generale, più alta di quanto non si fosse avuto prima. E' questa idea che dobbiamo riprendere, non, lo ripeto, mettendo la preveggenza e la saggezza dello Stato al posto della preveggenza e della saggezza individuali, ma venendo realmente, efficacemente, coi mezzi che lo Stato possiede, in soccorso di tutti coloro che soffrono, in soccorso di tutti quelli che, terminata ogni loro risorsa, sarebbero ridotti alla miseria se lo Stato non tendesse loro la mano*"; e ancora, "*la Repubblica di febbraio deve essere democratica, non deve essere socialista*". Il passo citato è riportato da M. Fioravanti, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in Annuario AIC 1998, Padova, 1999, 31.

L'esperimento di Weimar[63] si pone come un punto di non ritorno[64], uno 'scandalo'[65] che da quel momento non cesserà più di rappresentare una sorta di sogno incompiuto e al tempo stesso irrinunciabile del costituzionalismo.

L'eguaglianza scende definitivamente sul terreno della materialità delle condizioni di vita delle persone, dell'integrazione della dimensione economica nella Costituzione politica (chiamata a promuovere la collaborazione tra le classi e l'armonia tra gli interessi antagonistici con gli strumenti della democrazia parlamentare[66]), con l'obiettivo fondamentale e unificante di "garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo", secondo la formula dell'art. 151, vera e propria *grundnorm* della Carta del 1919[67]. Il linguaggio costituzionale occupa nuovi campi che, superata la parentesi oscura dei totalitarismi e della guerra, non abbandonerà più[68].

L'immagine di Fioravanti dell'eguaglianza "*accompagnata per mano nel recinto della Costituzione*"[69] segnala un doppio (reciproco) cambio di paradigma: la Costituzione assume su di se il compito di realizzare condizioni di giustizia sociale prima estranee o comunque 'laterali' rispetto al suo ambito o affidate ad una legislazione frammentaria ed instabile; dal suo lato, l'eguaglianza "dentro la Costituzione", ora anche 'attraverso' la legge e non più solo 'davanti' alla legge, accetta di confrontarsi con altri principi (innanzitutto la proprietà, pur rivolta al bene comune altre che a quello del privato, la libertà economica, il dovere dello Stato, ai sensi dell'art. 164, di proteggere la classe media dall'eccessivo carico tributario), diviene parte di un mosaico costituzionale complesso dove le finalità di eguaglianza e solidarietà[70] cercano di mantenere un equilibrio con le ragioni e i diritti dell'economia privata, in altre parole prova ad allontanarsi dalle rappresentazioni estremistiche (solo 'annunciate') che ne avevano frenato l'ingresso nel sistema giuridico-costituzionale[71].

Come ho detto in una precedente occasione, il fascino di Weimar è anche quello delle storie 'interrotte', non vissute pienamente, che lasciano immaginare ciò che avrebbe potuto essere se si fossero sviluppate in modo ordinario. Ad ogni modo, con quel tentativo, inizia una nuova fase della storia politica e costituzionale nella quale l'eguaglianza si arricchisce di contenuti sostanziali e sociali legati alle condizioni materiali ("personali e sociali" dice il nostro art.

---

[63] P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, 2002 , vol. III, 4 . Cfr. M. Benvenuti, *Diritti sociali*, cit., 229, il quale cita anche la Costituzione spagnola del 1931, che appunto si apre con l'affermazione che "la Spagna è una Repubblica democratica dei lavoratori di tutte le classi", come emblema di "un tentativo storicamente maturo di una 'cattura' costituzionale dell'economia e della società".

[64] Su Weimar come Costituzione-madre della famiglia delle Costituzioni democratiche del Novecento, v. L. Ferrajoli, 2018, 259.

[65] G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, 248.

[66] Così F. Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, ed. 1999., 14.

[67] L. Ferrajoli, 2018, 131

[68] M. Fioravanti, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in Annuario AIC, 1998, Padova, 1999, 41

[69] M. Fioravanti, *o.u.c.*., 40 ss.

[70] Sul nesso tra uguaglianza sostanziale e solidarietà, v. A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, 2012, 119, 121; e A. D'Aloia, *Giustizia e società. "Il progetto" della Costituzione italiana*, in Diritti-fondamentali.it, 2012, 14, nel senso che "la prospettiva della solidarietà è una risorsa indispensabile per la realizzazione degli obiettivi costituzionali di eguaglianza".

[71] M. Fioravanti, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, cit., 61-52. il '900 ha riconciliato costituzione ed eguaglianza, che storicamente appartenevano a due campi diversi, così ancora M. Fioravanti, 2018, 75.

3) della persona, alla concretezza delle sue dimensioni 'soggettive', alla molteplicità delle situazioni di debolezza (e di disuguaglianza) sociale, economica, culturale[72].

Weimar è stata una scommessa vinta solo molti anni dopo[73], realizzandosi pienamente nelle clausole di eguaglianza delle Costituzioni del secondo dopoguerra, tra le quali la nostra è probabilmente quella più esemplare di questa nuova tendenza del costituzionalismo.

In mezzo, la catastrofe dei regimi totalitari, con il paradosso di una legislazione sociale che tuttavia era solo un surrogato della vera eguaglianza; un'eguaglianza spogliata di libertà, diritti individuali, partecipazione, delle sue possibilità emancipatorie e antagoniste[74]; semplicemente, il volto seducente e ingannevole di Behemoth[75], in cui l'Amministrazione fornisce prestazioni in un contesto essenzialmente finalizzato "all'assorbimento del singolo nelle istituzioni statali che hanno il compito di provvedere ai bisogni primari della collettività"[76], e "all'apprensione statale dell'intero spazio collettivo"[77].

Del resto, proprio in questi regimi il principio di eguaglianza trova la più totale e arbitraria negazione. Da noi, le leggi razziali squarciano l'idea stessa di razionalità del diritto, lo trasformano in uno strumento brutale, disumano; appunto, la 'catastrofe' di cui parla G. Capograssi[78]. Paradossalmente, proprio per aver toccato il fondo delle potenzialità distorsive del diritto, quelle leggi si porranno come una sorta di 'prologo rovesciato' alla riaffermazione nella Carta Costituzionale, in termini così nuovi ed incisivi, dell'idea di eguaglianza.

3. Il principio e le parole della Costituzione: confini mobili. L'avventura della ragionevolezza

Non c'è dubbio che la Costituzione italiana propone una versione dell'eguaglianza particolarmente ricca di sfumature e di contenuti progressivi[79]. Ciascuna delle parti che compongono il quadro, dalla parità di trattamento al divieto di discriminazioni (e ai suoi parametri), dalla pari dignità sociale all'eguaglianza 'sostanziale', presenta a sua volta una incontenibile polisemia delle formule -linguistiche e concettuali- che ad esse si riconducono.

---

[72] Vedi M. Fioravanti, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, cit., 69; e S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in Filosofia Politica, n. 3/2007, 365 ss.

[73] M. Benvenuti, *Democrazia e potere* economico, in Annuario AIC 2017, Napoli, 2018, 123, parla di "luminoso ma sfortunato tentativo … di costruire una nuova grammatica giuridica" nel senso della congiunzione tra democrazia e potere economico.

[74] In un quadro necessariamente democratico: così G. Ferrara, *Dell'eguaglianza*, 61.

[75] Il riferimento è al titolo del celebre libro di F. Neumann, *Behemoth*, cit., in particolare pag. 3, dove l'illustre studioso spiega che il nome Behemoth (in cui Sant'Agostino vide Satana) viene usato per descrivere lo Stato nazionalsocialista in quanto "sia -o tenda a divenire- un non-Stato, un caos, un regno dell'illegalità e dell'anarchia, che ha soffocato i diritti e la dignità dell'uomo…" (il volume è del 1942). In tema, v. anche C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Scritti in onore di Valerio Onida, cit., 1430.

[76] L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 489

[77] I. Stolzi, *Storia e storie del Welfare*, cit., 735-736.

[78] Il riferimento è a G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in Jus, 1950, 177 ss.. Sul tema del rapporto tra razza e Costituzione, v., ex multis, C. Nardocci, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, 2016.

[79] Anche per Rodotà, "*Compagni di strada". Lelio Basso e Massimo Severo Giannini,* in Pol. Dir., 2005, 677, mai la promessa dell'eguaglianza ha avuto una traduzione istituzionale così alta come quella che ritroviamo ancora oggi nell'art. 3, nel suo congiungere la tradizione dell'eguaglianza formale con lo scatto verso quella sostanziale, nel riproporre il tema della dignità anche nella sua dimensione sociale.

Clausole come 'pari dignità sociale', rimozione degli ostacoli di ordine economico-sociale', 'pieno sviluppo della persona', le diverse categorie per le quali è fatto espressamente divieto di discriminazione (tra cui, soprattutto, il sesso e le condizioni personali e sociali)[80], sono probabilmente l'espressione più forte e visibile del carattere aperto della 'texture' (trama) costituzionale[81], del suo essere "un processo storico/dinamico, perché contemporaneamente ricettivo di nuovi interessi (che assurgono a valori costituzionali) e sospensivo di originarie istanze costituenti (che giuridicamente affievoliscono di fronte all'imprevedibile corso della storia)"[82].

Prendiamo il concetto di sesso e le ipotesi discriminatorie ad esso riconducibili.

Non c'è dubbio che 'originariamente' (e per lungo tempo) la questione della discriminazione sessuale ruotava intorno all'eguaglianza tra uomo e donna. L'art. 3 aveva le sue ramificazioni essenzialmente negli artt. 29, 37, 51, sul piano cioè del rapporto tra coniugi, dei diritti della donna lavoratrice, dell'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive. Dal canto suo, la sessualità era un po' l'emblema di una naturalità immutabile e oggettiva, un 'dato' di cui ci si può limitare solo a prendere atto.

E' rimasto ben poco di questa convinzione. Per dirla con Irti[83], la natura ha rilevato la sua 'pluralità', di "voce interpretata dall'uomo", "che si scompone nell'infinita molteplicità degli ascolti".

Il sesso come dato biologico-fisico, irreversibilmente ancorato al momento della nascita, ha lasciato il posto al sesso come identità psico-fisica, come 'modo di essere', come "dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio", eventualmente anche in distonia rispetto ai caratteri esteriori.

La duplicità sessuale è stata sfidata e 'attraversata' dalla condizione dei transessuali e dei soggetti intersex, fino al punto di ritenere che la rigidità del modello binario può interferire in modo discriminatorio con il diritto al libero sviluppo della personalità, che appunto contiene e comprende come elemento fondamentale l'identità sessuale nella sua versione 'soggettiva' (cfr. BVG, 10 ottobre 2017).

L'identità sessuale come 'orientamento', l'approfondimento dell'istanza di libertà sessuale, si è poi riversata sul terreno della affettiva e relazionale ('familiare'). Il matrimonio omosessuale (o almeno il riconoscimento, anche in forme diverse dal matrimonio, di uno statuto giuridico per le coppie tra persone dello stesso sesso), e poi la omo-genitorialità, sono diventate le frontiere più avanzate dell'*antidiscrimination principle* relativo al sesso.

Dunque, le parole della Costituzione (in questo caso dell'eguaglianza) apparentemente restano le stesse. Assumono però significati nuovi, impensabili fino a qualche anno prima (e certamente nel momento in cui si approvava la Carta Fondamentale), seguono i mutamenti culturali e sociali, si adattano all'emergere di istanze e condizioni inedite.

---

[80] O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, cit., 4, sottolinea attentamente come tali divieti non debbano essere considerati solo come una declinazione in negativo del principio di eguaglianza.

[81] Di 'open texture' parla, tra gli altri, R. Bin, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (eds.), Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana, Milano, 2013, 324.

[82] A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milano, 1994, 67.

[83] N. Irti, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, VIII.

La stessa parità di trattamento, l'espressione "eguali davanti alla legge", apparentemente (ma solo apparentemente) la più 'semplice' sul piano della identificazione del significato, ha mostrato una straordinaria capacità 'generativa' attraverso la prospettiva praticamente 'illimitata' -e continuamente rideterminabile nel tempo[84]- della ragionevolezza[85], dei suoi 'strumenti' e delle sue traduzioni argomentative (proporzionalità, adeguatezza, coerenza, non arbitrarietà, razionalità, pertinenza, rifiuto degli automatismi legislativi)[86].

Aveva ragione Sandulli quando paragonava il principio costituzionale di eguaglianza ad un 'iceberg', "*del quale l'art. 3 non rappresenta se non la parte emergente…*"[87].

L'eguaglianza davanti alla legge si trasforma in un criterio generale di ragionevolezza delle scelte legislative, e in generale, delle scelte pubbliche. Invero, sarebbe riduttivo anche insistere troppo su questo collegamento tra art. 3 e significati della ragionevolezza, che ormai si sono emancipati, conquistando una dimensione autonoma, non solo da quell'articolo e dall'originaria configurazione del 'sindacato di eguaglianza-ragionevolezza'[88], ma da tutto il testo della Costituzione[89], ponendosi anzi come chiave di lettura e di (ri)conformazione interpretativa dei molteplici disposti costituzionali, e, più in generale, come "sostanza stessa del fenomeno giuridico"[90].

In questo modo, l'immagine dell'art. 3 appare sempre più assumere le sembianze di una enorme 'connettografia' (rubo il titolo al bellissimo volume di Parag Khanna[91]), in cui ogni pezzo del mosaico è legato in vario modo a tutti gli altri, in una sovrapposizione di significati e di potenzialità applicative che si dispongono secondo linee di continuità e di progressione parziale piuttosto che secondo logiche di distinzione o addirittura di opposizione. Penso soprattutto alla classica (e un pò datata) rappresentazione dell'art. 3 nello schema binario eguaglianza formale/eguaglianza sostanziale.

Le logiche della ragionevolezza, la sua "apertura alle domande umane e sociali" [92] e ai conflitti della società diseguale, costituiscono un ponte di collegamento e di interscambio

---

[84] Come spiega A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali*, cit., 541, la ragionevolezza è "*per sua indeclinabile vocazione, soggetta a mutamento, ciò che era ieri ragionevole potendo non esserlo più oggi o un domani, e viceversa*".

[85] V. Onida, *Eguaglianza, legalità, Costituzione*, cit., 267.

[86] In argomento, si rinvia ai fondamentali studi di A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 182 ss., 309 ss.; L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

[87] A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in Dir. Soc., 1975, 562.

[88] A. Morrone, *Il custode*, cit., 39 ss.; e G. Scaccia, *Gli strumenti*, cit., 106 ss.

[89] M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, cit.,* 1.

[90] A. Morrone, *Il custode*, cit., 2001, 459 ss., 466 ss.;. Per L. D'Andrea, *Ragionevolezza*, cit., 375, il principio di ragionevolezza "si pone come principio di sintesi dinamica e aperta del sistema", insieme alla dignità umana espressione "delle relazioni sistemiche che connettono in una trama unitaria singoli valori costituzionalismo diritti inviolabili, doveri inderogabili, funzioni pubbliche, istituti giuridici". In termini analoghi, v. A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, Pol. dir., 2006/4, 531 ss., 533, secondo cui "un'interpretazione costituzionale che non sia … ragionevole non potrebbe neppure pensarsi…", anche perché (548), "l'interpretazione giuridica non può essere mai e solo 'giuridica', laddove intesa come rinchiusa in se stessa e non già aperta all'osservazione dell'esperienza nei suoi svolgimenti storico-concreti".

[91] P. Khanna, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma, 2016.

[92] Come scrive M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana,* in http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_199.do, 2013, 19, "*per quanto difficile sia afferrare*

concettuale tra contenuti e proiezioni dell'eguaglianza[93], tra primo e secondo comma dell'art. 3[94]. Non a caso, proprio una delle prime sentenze in cui viene ad emersione il rapporto tra eguaglianza e ragionevolezza (la n. 28 del 1957)[95], nel momento in cui rifiuta l'idea che "*il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge … debba intendersi nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso considera diverse*", considera la ragionevole differenziazione come un meccanismo di adeguamento della "*disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, anche al fine di conseguire i risultati additati dal secondo comma dello stesso art. 3*"[96].

In questo senso, può leggersi anche la sent. 163/1993 (e qui entriamo in uno dei campi tematici di questo convegno), in cui la Corte affermò che "*il comma 2 dello stesso art. 3 Cost., oltre a stabilire un autonomo principio di eguaglianza sostanziale e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica - esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza 'formale'*"[97]. Appunto, i significati dell'eguaglianza 'comunicano' tra di loro, si influenzano reciprocamente, ciascuno può servire ad identificare meglio e a condizionare interpretativamente la portata degli altri[98], in una tensione verso quella che Schindler chiamava la "*scoperta della polarità del sociale, della sua inevitabilità, della sua 'giustezza' (nel senso di diritto 'giusto')*"[99].

---

ogni possibile risvolto del principio di ragionevolezza e per quanto arduo sia offrirne una definizione compiuta, ciò nondimeno si può affermare, senza timore d'incorrere in errori, che esso contiene un invito al giudice a spalancare la ragione sulla realtà regolata dal diritto, tanto sulle esigenze del caso, quanto sugli effetti generali della decisione, liberandosi dalle limitazioni della ragione astratta e uscendo dalle anguste strettoie della concezione 'pura' del diritto […]"; ma vedi già le classiche riflessioni di C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in Id., Ricerche sul sistema normativo, Milano, 1984, 637 ss., spec. 645-646. Cfr. Anche B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, 45 ss., vede nella ragionevolezza anche un'esigenza di coerenza al sistema nel senso dell'intervento sulla realtà politica. Secondo A. Morrone, *Il custode*, cit., 393, "la natura del sindacato di ragionevolezza è quella di un giudizio su norme ispirato alla logica del concreto"; sulla 'logica del ragionevole' come 'logica del concreto', v. Anche L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 59.

[93] Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 133 ss. Di una contaminazione o di una influenza del secondo comma sul primo (dell'art. 3), parla anche B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 41.

[94] G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi*, cit., 118-119; A. Morrone, *Il custode*, cit., 431 ss.; e Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 137, sottolineando che "la ragionevolezza e l'eguaglianza sono avvinti dalla condivisa attitudine a rendere il diritto, e i suoi istituti, permeabili a sollecitazioni provenienti dall'esterno". Sempre G. Silvestri, Uguaglianza, cit., 22, sottolinea che "il principio di eguaglianza e il principio di razionalità sono, in realtà, due facce della stessa medaglia, […] l'equità, …, è l'anima del principio di eguaglianza".

[95] Su questa sentenza, e, più in generale, sulle prime elaborazioni del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, vedi l'ampia ricostruzione di G. Scaccia, *Gli strumenti di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 38 ss.

[96] Scriveva C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della* Costituzione, in La Costituzione italiana. Saggi, Padova, 1954, 26, che "*un diritto che non distinguesse situazione da situazione, e considerasse eguali tutte le situazioni, non sarebbe un diritto difficilmente pensabile, ma sarebbe un diritto impensabile, perché non disporrebbe niente*".

[97] E' la tesi anche di L. Paladin, *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in Enciclopedia del diritto, vol. XIV, Milano, 1965, 545 ss.; ripresa e sviluppata, tra gli altri, da M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in Scritti in onore di V. Onida, cit., Milano, 2011, 415, secondo cui il secondo comma dell'art. 3 completa il primo "*determinando una polarità che innesca una relazione dialettica capace di dinamizzare l'intero ordinamento giuridico*".

[98] F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, in costituzionalismo.it, n. 3/2017, 21; Anche per M. Dogliani - C. Giorgi, *Art. 3*, 93, l'eguaglianza sostanziale costituisce inveramento del principio di eguaglianza, un arricchimento in direzione di una giustizia sostanziale.

[99] D. Schindler, *Diritto costituzionale e struttura sociale*, trad. it. a cura di R. Bifulco, Padova, 1999, 167.

Questo non significa che sia possibile ragionare in termini di assorbimento o di piena fungibilità delle esigenze dell'eguaglianza sostanziale nell'ambito delle differenziazioni ragionevoli[100]. Restano differenze di intensità e di impatto 'promozionale' e 'modificativo' nel rapporto tra forme giuridiche e dati dell'esperienza: la rimozione degli ostacoli, con cui si apre il capoverso dell'art. 3, non è semplicemente 'non ostacolare', come acutamente segnalava N. Bobbio[101]. Può (e deve) essere qualcosa in più, nella direzione della trasformazione del fatto, e non solo nell'adeguarsi ad esso[102], nell'orientare diversamente e in modo innovativo le dinamiche sociali e dell'esperienza concreta[103].

Giustamente G.U. Rescigno sottolinea che "*il secondo comma non si occupa della incostituzionale privazione di libertà ed eguaglianza, …, ma del diverso problema per cui alla libertà (eguale) e alla eguaglianza garantite dalla legge, può corrispondere nei fatti una sostanziale mancanza o una intollerabile limitazione di libertà ed eguaglianza*"[104]. Inoltre, non si può escludere che tra possibili significati e proiezioni dell'eguaglianza (e della ragionevolezza) possano venirsi a determinare situazione di tensione e di incrocio conflittuale.

Nondimeno, queste differenze non impediscono di configurare l'eguaglianza come una nozione unitaria a struttura progressiva, sintesi avanzata di personalismo e pluralismo, di contenuti individuali e collettivi (i gruppi, le categorie deboli), di profili 'formali' (nel senso del trattamento paritario o ragionevolmente differenziato) e 'sostanziali' (nel senso del miglioramento concreto di quelle condizioni materiali di benessere necessarie ad una reale distribuzione di chances e occasioni di libertà)[105].

4. Eguaglianza come pari dignità sociale. Espansività delle clausole antidiscriminatorie. L'esempio del parametro delle 'condizioni personali e sociali'

Considerazioni analoghe, per certi versi anche più intense, possono essere fatte per le altre formule indeterminate dell'art. 3, a cominciare da quelle sulla 'pari dignità sociale' e sul 'pieno sviluppo della persona'.

La prima, che L. Paladin nella sua fondamentale monografia del 1965, definiva "curiosa e nuovissima"[106], e della quale -pur non mancando di sottolinearne una certa ambiguità- aveva

---

[100] A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, contributo allo studio delle azioni positive, nella prospetiva costituzionale*, Padova, 2002, 227.

[101] N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *50 anni di Repubblica italiana*, Torino, 1996, 123.

[102] Per G. Zagrebelsky, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2002, 66, "*ragionevole è la norma che risponde alle esigenze del caso valutate alla luce dei principi costituzionali; irragionevole è la norma che rompe questo rapporto di congruenza*".

[103] A. Morrone, *Il custode*, cit., 433.

[104] G. U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiano*, in Annuario AIC 1998, cit., 122.

[105] A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit, 245 ss., 254 ss..; Per considerazioni analoghe, v. Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 59 ss.

[106] L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 237. E' vero anche che per alcuni autori si trattava di una formulazione 'giuridicamente evanescente' (v. G. Balladore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, 11° edizione, Milano, 1976, 436; in termini analoghi, più recentemente, v. P. Barile, *Eguaglianza e tutela delle diversità in Costituzione*, in Quad. Cost., 1994, 53); già C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 61, aveva evidenziato che i Costituenti erano tutt'altro che inconsapevoli della sua potenziale carica assiologica e normativa, se è vero che la disposizione fu inizialmente soppressa in sede di Comitato di redazione proprio perché incerta e pericolosa nei suoi significati.

intuito (senza tuttavia svilupparle a fondo) una serie di proiezioni potenziali sul terreno dell'eguaglianza sostanziale e della "delimitazione dell'autonomia privata"[107], diventa, soprattutto nella intuizione di G. Ferrara[108], "un modo di essere del testo costituzionale", il simbolo di un'eguaglianza che deve essere effettivamente disponibile o raggiungibile[109], dinamicamente legata ai bisogni reali e alle diseguaglianze che attorno ad essi si sviluppano in modo incessante[110], rendendo inevitabilmente 'imperfetto e tuttavia perfezionabile' il percorso dell'eguaglianza[111].

Anche il concetto di 'pari dignità sociale' si pone così come una cerniera tra primo e secondo comma[112], come un 'ambiente relazionale' capace di tenere insieme tutti le possibili traduzioni dell'eguaglianza[113], collocandole in un una dimensione sequenziale, progressiva[114], ma contemporaneamente unitaria.

---

[107] Vedi ancora L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 243-244, nella parte in cui considera la formula della pari dignità sociale "*un'imprecisa anticipazione … dell'imposizione alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale, limitanti di fatto l'eguaglianza"* (appunto il secondo comma dell'art. 3), aggiungendo che "*chi non si contenti di ridurre la clausola in esame ad un mero criterio ispiratore di seguenti previsioni costituzionali, non può che trasferirla dal piano della formazione e dell'esecuzione dell'ordinamento giuridico al problema della delimitazione dell'autonomia privata; e considerare per l'appunto lesivi dell'ordine pubblico i negozi, gli atti, le stesse attività materiali dei singoli, che disconoscano quanto costituisce, in base ad altri principi del sistema e -sussidiariamente- alla coscienza morale della nostra epoca, il valore comune di tutti i componenti il corpo sociale*".

[108] G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli, II, Milano, 1974, 1089 ss., spec. 1104-1105.

[109] Id., 1089. Vedi altresì, per un'impostazione analoga, M. Luciani, *La produzione economica privata nella Costituzione*, Padova, 1983, 199-200, secondo cui tale previsione costituzionale si concreta "*sia nell'imposizione al pubblico potere dell'obbligo di eliminare le sperequazioni di fatto che impediscono l'effettiva parità sociale tra i cittadini, sia nell'immediata garanzia (…) di strumenti giuridici strettamente operativi per una prima attuazione del precetto costituzionale*". Anche per A.S. Agrò, *Art. 3, comma 1*, in Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, vol. I, artt. 1-12, Bologna, 1975, 161, l'inciso 'pari dignità sociale' era ritenuto una formula 'intrusa' in quanto espressiva di una problematica afferente al secondo comma dell'art. 3.

[110] B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 62. Come scrive A. Apostoli, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza*, in costituzionalismo.it, n. 3/2019, 9 ss., 12, la dignità sociale rimanda "*all'interno di una visione molto concreta della persona, tanto è vero che due delle tre disposizioni costituzionali che citano espressamente la dignità hanno riguardo ai rapporti economici*". In termini analoghi, v. anche le riflessioni di L. Ronchetti, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale: sofferenza dei diritti e insofferenza per chi li calpesta*, in Dir. Soc., 2019/4, 633 ss.

[111] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* Roma-Bari, 1989, 993. Come dice J. Stiglitz, *La grande frattura*, cit., 168, "non riusciremo mai a realizzare la visione di Obama di una ragazzina povera che ha esattamente le stesse opportunità di una ricca. Ma potremmo fare molto, molto meglio, e fino ad allora non dobbiamo fermarci".

[112] M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in Digesto IV ediz., disc. pubbl., vol. V, Torino, 1990, 382. Da ultimo, cfr. A. Valastro, *Costituzionalismo, democrazia sociale, dignità dell'esistenza: le ricadute politiche del racconto dei vissuti,* in Costituzionalismo.it, n. 2/2019, 142, secondo cui "*il salto evidente rispetto alla tradizione illuministica è stato quello di far emergere la dignità come 'valore normativo', destinato a integrare l'uguaglianza formale e la libertà con l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà*".

[113] L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione*, cit., 43 e 50; e, volendo, A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguеale,* cit., 273-274. Cfr. anche le convincenti riflessioni di F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 96, secondo cui "*a tenore del testo costituzionale, la pari dignità dei cittadini è dignità sociale, indicando quest'ultimo predicato che nello Stato costituzionale l'uomo è preso in considerazione non come individuo isolato, ma nella pienezza delle sue dimensioni, come soggetto partecipo a pieno titolo della vita politica, sociale ed economica del Paese (art. 3, II co., Cost.)*".

[114] Sull'aspetto dinamico del concetto di 'pari dignità sociale', v. Le convincenti riflessioni di G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, cit., 13, che sottolinea altresì la "proiezione interpretativa e attuativa' di questa clausola rispetto alle norme antidiscriminatorie.

L'eguaglianza ha sempre un valore 'sostanziale'[115], proprio perché si confronta con la concretezza dei rapporti sociali e delle condizioni materiali delle persone[116], con la loro (rivendicazione di) 'dignità sociale', e non può non tendere alla sua declinazione effettiva, alla reale capacità delle misure in cui si realizza, di produrre effetti socialmente apprezzabili.

Pari dignità sociale e pieno sviluppo della persona. Davvero, il linguaggio costituzionale dell'eguaglianza (e del personalismo, come pagine di uno stesso progetto)[117] è impegnativo e sfidante[118], quasi rivoluzionario [anche senza arrivare alla provocazione di Rodotà il quale più di 40 anni fa scriveva che di fronte al potenziale insito nel principio di eguaglianza, soprattutto in senso sostanziale, "il giurista dovrebbe suicidarsi e rinascere come militante rivoluzionario"] se lo si confronta alla rassegnata percezione del mondo diseguale che caratterizza il nostro tempo.

La politicità di queste formule (come notava già Paolo Barile nel volume del 1951 su "La Costituzione come norma giuridica") raggiunge livelli altissimi, conferendo a quello che è stato definito "un programma nel nome dell'uomo"[119], un'impronta espansiva, aperta verso stadi progressivi per definizione 'indeterminabili 'e 'rideterminabili[120].

Parlare di pieno sviluppo della persona, come pure riferire la tutela antidiscriminatoria alle 'condizioni personali e sociali' (altra formula amplissima nel suo legarsi ad una materialità in continuo aggiornamento[121]), implica adeguare la tutela giuridica e gli interventi protettivi alla specificità delle condizioni esistenziali e delle 'debolezze' (reali e potenziali) in cui si manifesta l'immagine concreta dell'uomo (e quindi le donne, gli omosessuali, i transessuali, gli anziani, i disabili, i minori, i malati terminali, i migranti, gli appartenenti a comunità minoritarie sul piano linguistico e religioso, i detenuti, i 'senza tetto', e così via…), e alla dimensione relazionale e sociale della persona che appartiene a gruppi/classi connotati da elementi di omogeneità e da

---

[115] G. Zagrebelsky, *Relazione*, in N. Occhiocupo (a cura di), La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività, Padova, 1978, 104; v. Anche G. Silvestri, Dal potere ai princìpi, cit., 2009, 84, sul fatto che l'eguaglianza "*non deve nutrirsi di geometrie astratte, ma tener conto di una costante identificabile nel valore della dignità, quale base assiologica unitaria che rende plausibile in termini di tutela giuridica la sovrapposizione tra i due valori fondamentali della libertà e dell'eguaglianza*".

[116] C. Giorgi*, L'uguaglianza tra diritto e storia (italiana). Momenti e figure di un principio costituzionale*, in costituzionalismo.it, n. 3/2017, 61; e S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 21.

[117] Per A. Poggi, *Per un "diverso" Stato sociale*, Bologna, 2019, 183, "*personalismo ed eguaglianza sostanziale … fondano l'idea che la persona vale in sé, indipendentemente dal proprio status o dalla propria capacità lavorativa*"; aggiunge ancora la studiosa appena citata che "*finalizzare l'uguaglianza allo sviluppo della persona significa porre la persona in condizione di diventare attrice del suo cambiamento*", 187. Sul collegamento tra art. 2 e art. 3, secondo comma, della Cost., v. le classiche riflessioni di N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana*, Milano, 1995, 55 ss. Nella visione di A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni,* in Studi Silvestri, cit., 2084, il principio personalista "*non è un 'principio', […]; semmai, è il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi*".

[118] Scrive L. Ronchetti, *La giustizia*, cit., 638, che "certamente la Costituzione è duttile e flessibile, ma la sua ragion d'essere non può essere sovvertita: la Costituzione è dalla parte di chi ha bisogno, di chi è alla ricerca di una pari dignità sociale di fronte a chi è già forte di una dignità sociale indiscussa".

[119] L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione*, cit., 17

[120] F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, cit., 17; In questo senso, appare corretta e ricca di spunti ulteriori l'affermazione di G. Zagrebelsky, *Introduzione a R. Alexy, Concetto e validità del diritto*, trad. it., Torino, 1997, XIII, secondo cui "*in ogni prospettiva non positivistica, l'indeterminatezza delle formule e dei concetti non è un difetto ma una necessità*".

[121] Vedi M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in Digesto IV ediz., disc. pubbl., aggiornamento, vol. 5, Torino, 2012, 236; e M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali*, cit., 143.

problemi tendenzialmente comuni; valorizzare le differenze che esprimono l'identità e la dignità delle persone, sia nel senso di impedire che diventino causa o oggetto di situazioni discriminatorie, sia rimuovendo quelle condizioni -giuridiche, sociali, fattuali- che invece trasformano queste differenze in ostacoli al pieno sviluppo e alla pari dignità sociale[122].

Il riferimento alle 'condizioni personali e sociali 'funge in qualche modo da clausola 'residuale 'del complessivo progetto costituzionale di eguaglianza, certamente comprensiva di tutta una serie di situazioni non ascrivibili specificamente agli altri parametri della tutela antidiscriminatoria, e al tempo stesso rafforzativa di questi.

Questa formula riflette in fondo l'attitudine dinamica del principio di eguaglianza e di pari dignità sociale, la sua capacità di afferrare e contrastare quei mutamenti dei contesti sociali, delle condizioni personali di debolezza, dei rischi discriminatori, che pongono costantemente domande di tutela sempre nuove ad una società che ha messo il progetto di eguaglianza al cuore della sua identità costituzionale.

D'altra parte, questa appare più in generale l'impronta del disegno costituzionale come fenomeno aperto ad una continua e flessibile opera di aggiornamento e riformulazione di contenuti alla luce della emersione di interessi, bisogni, problemi, richiesta di interventi protettivi, che promanano dalle vicende umane e sociali.

Si apre uno scenario tematico praticamente sconfinato e imprevedibile che da un senso diverso all'affermazione, ricorrente in dottrina, secondo cui quest'ultimo parametro della tutela antidiscriminatoria fu inserito dal Comitato di redazione della Costituzione "all'ultima ora, senza la minima consapevolezza delle sue naturali conseguenze"[123].

Anche l'origine o la collocazione territoriale delle persone[124] può essere ricondotta a quelle condizioni personali (e/o sociali) suscettibili di risvolti discriminatori. La irrisolta questione del Mezzogiorno, la distanza tra aree del Paese e istituzioni locali (grandi/medie città e piccolissimi Comuni, centri e periferie) sul piano dei servizi, della qualità della vita, dello sviluppo economico, della disponibilità di infrastrutture, delle possibilità culturali e di integrazione sociale, del digital divide, sono tutti elementi che possono innescare dinamiche discriminatorie, distorsioni dei livelli di eguaglianza e capabilities delle persone e delle comunità, 'ostacoli di ordine economico e sociale 'come recita il secondo comma dell'art. 3 Cost., che la Repubblica è chiamata a rimuovere.

Non solo i parametri della discriminazione (e della ricerca di eguaglianza) sono indeterminati e 'espansivi' sul piano tematico, come la formula appena esaminata delle 'condizioni personali e sociali'.

Nuove issues emergono dallo stesso incrocio delle specifiche categorie costituzionali dell'*antidiscrimination principle*. Pensiamo ai conflitti (multi)culturali nelle nostre società

---

[122] Vedi L. Ferrajoli, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. Cartabia, T. Vettor (a cura di), Le ragioni dell'uguaglianza, cit., 28. Per M. Marzano, *Il diritto di essere io*, Roma-Bari, 2014, 10, "la vera uguaglianza è quella che riconosce e valorizza le differenze individuali, senza però negare a nessuno un accesso paritario ai diritti". Cfr. anche C. Giorgi, *L'uguaglianza tra diritto e storia (italiana)*, cit., 75, secondo cui "rivendicare l'uguaglianza equivale si ad attaccare le differenziazioni, ma rivendicare la differenza comporta altresì risignificare l'uguaglianza stessa, aprendola a un percorso di liberazione…".

[123] L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., 179 ss; A. Celotto, Art. 3, in Commentario della Costituzione a cura di R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, 75.

[124] M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali*, cit., 143, e 147.

sempre più "votate al meticciato"[125], che presentano una dimensione composita e trasversale, sulla quale incidono profili religiosi, linguistici, etnico-razziali, o legati ad altre condizioni di debolezza, come ad esempio il sesso.

L'art. 22 della Carta UE dei diritti fondamentali mette in una stessa disposizione (art. 22) la questione della diversità culturale, religiosa, linguistica. Da parte sua, la nostra Corte Cost., nella sent. 81/2018, individua l'art 6 Cost. come espressione paradigmatica di una più ampia garanzia delle identità e del pluralismo culturale.

Alcuni dei più spinosi conflitti culturali (il velo, la poligamia, l'infibulazione) che attraversano le nostre società aperte riguardano il modo di concettualizzare e vivere il rapporto uomo-donna, la parità di genere, i rapporti endofamiliari[126].

Sullo sfondo di queste figure trasversali della discriminazione, c'è il fenomeno epocale delle migrazioni.

Nuove minoranze (non solo linguistiche) chiedono riconoscimento e protezione della loro identità. I migranti non sono solo portatori di richieste economiche e di protezione sociale, non chiedono semplicemente l'estensione in loro favore dei diritti della comunità ospitante, ma il riconoscimento dei diritti connessi alla propria identità e alle proprie differenze, linguistiche, religiose, culturali, antropologiche; in altre parole, chiedono eguaglianza come rispetto e valorizzazione delle differenze.

Ma quali sono i limiti del pluralismo culturale, religioso, etico? i punti non negoziabili del dialogo interculturale? Quali i contenuti irrinunciabili della cittadinanza secondo la Costituzione?

La questione 'identitaria' è in effetti una sorta di dilemma irrisolto e per giunta ineludibile nella riflessione teorica sui diritti fondamentali. Quegli stessi diritti che si propongono come "linguaggio morale globale" sono a loro volta il prodotto di concrezioni culturali, antropologiche, sociali particolari, rappresentando la sintesi "tra fonte normativa e realtà in mutamento, tra ideale e reale in un contesto specifico", spesso irriducibile o almeno non sovrapponibile agli altri contesti.

Non è facile trovare un giusto punto di equilibrio tra specificità culturali e universalità dei diritti come qualità dell'essere umano. Anche perché, in taluni casi, l'antagonismo appare radicale ed incolmabile. Pensiamo solo ai profili di diseguaglianza sessuale (nel matrimonio, nei diritti ereditari, nei diritti politici, nella posizione sociale e familiare, …) presenti in larga parte del mondo islamico.

Tuttavia, l'autocompiacimento non serve a nulla. Né si può pensare che i diritti e le tradizioni giuridico-culturali che li sostengono possono essere 'esportati', meno che mai con procedure coattive: non funzionerebbe, proprio alla luce del fatto, prima evidenziato, che essi sono la misura più autentica di complessi e (talvolta) 'irripetibili 'processi storici, riflettono un pensiero diffuso, un modo antropologico di vedere il diritto, la società, la posizione dell'uomo rispetto all'autorità e di tutti questi elementi rispetto alla religione.

---

[125] G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, 90

[126] A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti*, Napoli, 2005, 445. Cfr. anche M. D'Amico, *Una parità ambigua*, cit. ?? ss.

Queste condizioni allora vanno costruite, devono venir fuori come risultati di un dialogo incessante, che non deve mai arrestarsi nemmeno di fronte ai limiti e alle ostruzioni più netti e apparentemente insuperabili. Quelle che dal nostro punto di vista possono sembrare (e anzi sono certamente) conquiste rilevantissime di civiltà e di progresso giuridico e morale, non lo sono, almeno non in tutte le implicazioni, per altri ordinamenti e comunità (pensiamo al carattere laico della democrazia e delle istituzioni, alla piena libertà di coscienza e propaganda religiosa, al divieto assoluto di discriminazione tra uomini e donne)[127].

Rispetto a queste situazioni, la nostra identità giuridica non va né rinunciata, abdicando ai propri valori in nome di un pericoloso relativismo culturale, né d'altra parte imposta senza minimamente interrogarsi sulle motivazioni e sulla tollerabilità della deviazione, nonché sulla praticabilità reale di certi modelli, almeno nel breve periodo, in contesti così disomogenei. Ma deve invece essere proposta come alternativa dialogica e non autoritaria, come punto di confronto che, pur rifiutando nettamente quegli aspetti che si traducono in gravi lesioni della dignità umana e dell'eguaglianza nei loro significati 'minimali' (penso al tentativo di far passare l'argomento 'culturale' nei giudizi legati a fatti di violenza nei contesti familiari[128]), non (può) pretende(re) di essere seguito e applicato meccanicamente in tutti i suoi possibili contenuti.

5. L'eguaglianza sostanziale 'dentro' la Costituzione: equilibri e confronti. Eguaglianza e giustizia fiscale

Provando a riassumere le considerazioni fin qui sviluppate, si può sostenere che l'eguaglianza è sempre sostanziale. Al tempo stesso, però, è sempre (e anche) formale, perché da un lato la ragionevolezza può funzionare sicuramente come metro di verifica anche del raggio di escursione delle politiche 'sostanziali' dell'eguaglianza; e perché -rovesciando la preoccupazione espressa da Leopoldo Elia in un lontano Convegno sulla Corte Costituzionale- il secondo comma non può essere considerato un 'passe-partout- per trasformazioni che non stanno nel quadro costituzionale.

E' vero, come ha scritto S. Mannuzzu, che "*non è facile applicare -in tutta la sua misura, ma non oltre la sua misura- quella norma della nostra Costituzione sull'uguaglianza sostanziale, quel capoverso dell'art. 3*"[129]; e che alcune interpretazioni di questa norma ne hanno rimarcato, secondo una prospettiva che non ho mai condiviso, una sorta di potenzialità dirompente, di radicale contraddittorietà rispetto al contesto giuridico-economico[130].

---

[127] Rinvio qui ai contributi raccolti in A. D'Aloia - G. Forlani (a cura di), *La Costituzione e i nuovi cittadini*, Parma, 2019; nonché a A. D'Aloia, *I diritti come immagini in movimento. Tra norma e cultura costituzionale,* in Id. (a cura di), Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite, Milano, 2003, VII ss.

[128] In un caso di violenze e maltrattamenti nel contesto familiare, la Corte di Cassazione (sent. n.46300/2019) ha respinto il ricorso d'un immigrato marocchino —basato sulla diversa concezione dei rapporti interfamiliari diffusa nella cultura islamica —, ritenendo la linea difensiva "in contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta dei rapporti interpersonali".

[129] S. Mannuzzu, *Il fantasma della giustizia*, Bologna, 1998, 78. Per G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana,* cit., 123, il compito del giurista è quello "di sondare e prefigurare le potenzialità contenute entro l'art. 3, e con le potenzialità anche i limiti oltre cui al legislatore non è possibile andare".

[130] Si possono ricordare le posizioni, variamente articolate, di C. Lavagna, Costituzione e socialismo, Roma, 1977, 51; U. Cerroni, *Esiste una scienza politica marxista?*, in *Rinascita*, 21 novembre 1975, 21 ss,; G.U. Rescigno, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975, 20 ss., 118 ss., 151.

Il discorso costituzionale è più complesso. La ricerca dell'eguaglianza avviene dentro un sistema in cui coesistono istituti e principi che rendono possibili (e anzi postulano) le diseguaglianze.

Dal mio punto di vista[131], l'eguaglianza sostanziale, non mira allo scardinamento dell'ordinamento sociale esistente, e della complessa rete di valori e logiche di cui si compone l'edificio costituzionale, ma al suo inveramento, nella complessità degli equilibri che esso contiene. Il secondo comma dell'art. 3 non è una norma potenzialmente al di sopra e al di fuori del modello costituzionale (L. Lombardi Vallauri, la definì "*una norma che giudica di tutto senza essere giudicata*"[132]; io sono d'accordo solo sulla prima parte di questa frase), ma un elemento del sistema, chiamato a convivere e a mantenere un rapporto di coerenza (sia pure da una posizione che non esito a definire qualitativamente primaria, e quindi in un bilanciamento che è stato correttamente definito 'ineguale'[133]) con una serie di altri contenuti, che riguardano complessivamente le ragioni e i diritti dell'economia privata, e le esigenze di equilibrio finanziario.

Per usare le parole di Massimo Luciani, "il modo di produzione resta quello capitalistico", e tuttavia -aggiunge molto opportunamente lo stesso A.- "q*uesto non basta per ridurre la tavolozza dei colori costituzionali ai toni del grigio e non prendere atto che v'è capitalismo e capitalismo e v'è modo e modo di concepire i rapporti tra la politica e l'economia*"[134].

Sempre questo studioso, in un altro lavoro, ha scritto che "*Per la Costituzione, insomma, la politica non può determinare l'intero andamento del sistema economico, eppure resta proprio della politica guidare, non subire, i processi economici*"[135].

La versione costituzionale dell'eguaglianza è, in altre parole, quella che Rawls chiamava la "diseguaglianza ben temperata"[136]; con un linguaggio più moderno, potremmo dire che essa richiama l'idea di una diseguaglianza ragionevole ovvero di un'eguaglianza 'sostenibile'[137], consapevole che la realizzazione delle fondamentali istanze di eguaglianza e

---

[131] A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 85 ss..

[132] L. Lombardi Vallauri, *Marginalità civilistiche*, in N. LIPARI (a cura di), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, 569.

[133] M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 378.

[134] M. Luciani, *Unità nazionale e struttura económica*. *La prospettiva della Costituzione Repubblicana*, in Rivista AIC, 2011., 62. "*Non si tratta di vagheggiare l'abbandono del capitalismo …, non siamo costretti a scegliere tra capitalismo ed equità. Dobbiamo sceglierli entrambi*"; così J. Stiglitz, *La grande frattura*, cit., 136, e 77. Ancora questo studioso sottolinea che "*buona parte della disuguaglianza che osserviamo oggi è il risultato non delle reali forze del mercato, ma di un 'capitalismo surrogato' o, …, 'fasullo'. Far funzionare i mercati come 'veri' mercati migliorerebbe l'efficienza e la performance economica. […] Sappiamo cosa fare per avere una società più egualitaria*", 89.

[135] [M. Luciani, 2008, 269-270].

[136] Secondo la nota formula di J. Rawls, *Giustizia come equità. Una riformulazione* (2001), trad. it., Milano, 2003, 147. Anche nella visione di T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., 1093, "*Una società giusta non implica uniformità o uguaglianza assoluta. La disuguaglianza dei redditi e dei patrimoni in una società può essere giusta, nella misura in cui è il risultato di aspirazioni diverse e di distinte scelte esistenziali, e se permette al contempo di migliorare le condizioni di vita e di aumentare le opportunità dei soggetti più svantaggiati. Ma tale condizione deve essere dimostrata e non solo presunta, ed è un argomento che comunque non può essere impiegato per giustificare qualunque livello di disuguaglianza, come si fa anche troppo spesso*".

[137] Per G. Silvestri, *Uguaglianza*, *ragionevolezza e giustizia costituzionale*, cit., 6, si tratta di "*un'opera continua, paziente e faticosa di riparazioni parziali e di rattoppi, tesa a correggere piccole e grandi discriminazioni, piccoli e grandi squilibri, piccole e grandi contraddizioni, senza avere la pretesa di instaurare la vera eguaglianza,*

solidarietà deve essere coniugata con altri valori, essi pure inseriti (sebbene con un peso assiologico non paritario) nel contesto costituzionale, come l'equilibrio finanziario, i limiti all'utilizzazione dello strumento fiscale come meccanismo principale di recupero delle risorse per la redistribuzione[138], il buon andamento della P.A., il riconoscimento dei diritti dei 'più meritevoli' (artt. 97 e 34, comma 3)[139], la tutela del risparmio.

Com'è noto, una delle principali proiezioni di questo difficile equilibrio ha preso la forma del principio di gradualità nell'attuazione dei diritti sociali[140] di prestazione che tuttavia "*non implica certo una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa, ma comporta che l'attuazione della tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un determinato bene (la salute, in quel caso) avvenga gradualmente a seguito di ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione*" (Corte Cost., sent. 455/1990)[141].

Più recentemente, abbiamo assistito alla riscoperta, in questa chiave, di interessanti sperimentazione metodologiche da parte del Giudice costituzionale, come la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento[142]. Penso alla sent. 10/2015, cui però ha

---

che appare fuori dalla portata della giustizia costituzionale". Vedi anche Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 52; e M. Luciani, *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, cit., 19, secondo cui, posto che in base all'art. 3 c. 2, "*si chiede di rimuovere gli ostacoli all'eguaglianza sostanziale, non si chiede di realizzarla subito […] il futuro deve essere progettato nei termini di una ragionevole praticabilità delle iniziative riformatrici*", .

[138] Sostiene A. Quadrio Curzio, *Tre costituzioni economiche: italiana, europea, bicamerale,* in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle Costituzioni*, Bologna, 2000, 79, che anche originariamente gli artt. 81 e 53 "*furono probabilmente concepiti anche per garantire un bilancio pubblico sano (tendenzialmente in pareggio) ed in tal senso essi erano portatori di una cultura del rigore tesa a limitare sia l'intervento dello Stato in economia sia la spesa pubblica. I citati articoli contenevano però nella loro ombra anche quel meccanismo perverso che ha portato all'esplosione della spesa pubblica italiana…*", e che "*ha sostenuto la pratica di rendere le spese una variabile indipendente alla quale la pressione fiscale doveva tenere dietro. Sappiamo che in questa affannosa ricorsa delle entrate sulle spese, queste ultime sono sempre corse più velocemente e da ciò è venuta la crescita abnorme del debito pubblico*". Sulla presenza, anche nel dibattito costituente, di una forte attenzione per i temi della responsabilità nell'uso del bilancio pubblico, e sulla opportunità (almeno) di tendere verso un principio di pareggio, v. F. Saitto, *Costituzione finanziaria ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, in Rivista AIC, n. 1/2017, 12, che richiama la posizione di Einaudi secondo il quale "la finalità reale dell'introduzione dell'art. 81, co. 4, Cost. non era solo quella di garantire che il Parlamento non alterasse *in pejus* gli equilibri predisposti dal Governo. L'Assemblea Costituente avrebbe anche, nel richiamato articolo, posto una strettissima interconnessione tra bilancio e principio del pareggio perché, pur non giuridicizzando il vincolo, vi sarebbe comunque la volontà di «affermare l'obbligo di governi e parlamenti di fare ogni sforzo verso il pareggio». Solo in tal modo, peraltro, l'art. 81 Cost. si conformerebbe come un «baluardo rigoroso ed efficace [...] allo scopo di impedire che si facciano nuove o maggiori spese alla leggera»".

[139] Per una interessante rilettura dell'art. 34 Cost. in rapporto al principio di eguaglianza, v. da ultimo l'ampio lavoro di F. Midiri, P. Provenzano, *La Costituzione 'dimenticata'. Il diritto allo studio e il merito*, in Riv.Trim. Dir. Pubbl., 1/2021, 167 ss. Su questa impostazione v. anche il mio *Storie costituzionali dei diritti sociali*, cit., 720 ss.

[140] Che per R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 107, "rappresenta per i diritti di prestazione il corrispettivo del bilanciamento per i diritti di libertà". Cfr. anche M. Luciani, *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, cit., 18, che cita tra i primi esempi dell'applicazione giurisprudenziale dell'argomento della gradualità, la sent. n. 57 del 1973 della Corte Costituzionale.

[141] In tema, v. G. Scaccia, *Gli strumenti*, cit., 355 ss.; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione*, cit., 176 ss., e 183 ss., che sottolinea la doppia direzione della gradualità, nella realizzazione delle pretese soggettive all'uguaglianza, e nella riduzione delle pretese soggettive all'uguaglianza.

[142] M. Luciani, *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, cit., 21 ss., 23, anche per alcune perplessità sulla sent. 10, soprattutto per quanto attiene al rapporto della pronuncia costituzionale con il giudizio principale.

fatto seguito, in termini divergenti (qualcuno le ha chiamate, non a caso, sentenze 'opposte'[143]), la sent. 70, sempre del 2015[144], nella quale invece l'impatto finanziario non ha né impedito né portato al differimento degli effetti della pronuncia di accoglimento[145].

La questione fiscale è un altro dei 'luoghi' decisivi (e 'polemici') del complesso equilibrio costituzionale che si definisce attorno al progetto di eguaglianza 'sostenibile'.

La funzione fiscale è il presupposto di pensabilità dei 'compiti della Repubblica'[146], e non può essere svilita ad azione da cui difendersi, come sembra emergere dalla formula retorica -espressione di una ben precisa linea di politica economica e sociale- del "mettere le mani nelle tasche degli italiani".

Fisco e giustizia sociale sono due facce della stessa medaglia. Non solo perché attraverso la tassazione si recuperano le risorse che consentono il funzionamento dello Stato e soprattutto dei servizi essenziali, e la realizzazione delle politiche redistributive e di eguaglianza, ma proprio perché i meccanismi dell'imposizione fiscale possono esprimere, di per sé, una valenza redistributiva[147].

L'orientamento del sistema fiscale a criteri di progressività è in questo senso uno snodo fondamentale e irrinunciabile del disegno costituzionale di giustizia sociale[148]. Proposte come quella della flat tax appaiono irrimediabilmente estranee al contesto costituzionale[149], e non credo possa bastare a rendere il modello compatibile con il principio della progressività la

---

[143] In realtà, sempre M. Luciani, o.u.c., 22, "l'opposizione è meno netta di quanto appaia a prima vista. C'è una cosa, infatti, che accomuna le due pronunce", ed è, nella valutazione di questo studioso, una cosa non positiva; e cioè che in nessuno dei due giudizi sono state utilizzate le risorse istruttorie, sebbene "l'incidenza nell'equilibrio del bilancio non è cosa semplice da determinare".

[144] Nella sent. n. 70 la Corte costituzionale ha del resto dichiarato incostituzionale quella norma che prevedeva che, in ragione della contingente situazione di crisi, fosse riconosciuta la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici per gli anni 2012 e 2013, nella misura del 100 per cento solo a quei trattamenti pensionistici il cui importo non superasse di tre volte il trattamento minimo INPS. E, al di là dei problemi, pure centrali, del rilievo che assume l'art. 36 Cost. in questa decisione, in cui si ribadisce che la pensione è da considerarsi retribuzione differita, e della necessità di arricchire la fase istruttoria dinanzi alla Corte costituzionale, il punto dirimente che sembra emergere nella sent. n. 70 del 2015 è dunque l'accento che la Corte pone sul fatto che il legislatore avrebbe violato i limiti di ragionevolezza e proporzionalità, in quanto si sarebbe limitato a evocare, ma in modo generico e non correttamente argomentato, una «contingente situazione finanziaria», senza però giustificare per- ché, all'esito del bilanciamento, i diritti così fortemente limitati potessero essere sacrificati. In questo senso, v. F. Saitto, *Costituzione finanziaria*, 36.

[145] Come nota F. Saitto, *Costituzione finanziaria*, cit., 34, "…è solo nella decisione n. 70 del 2015 che sono oggetto del sindacato norme in materia di diritti sociali di prestazione". Forti critiche a questa decisione sono state espresse, tra gli altri, da A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, cit., 1 ss.; e da A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio. L îngiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in federalismi.it, n. 10/2015.

[146] Come sottolinea T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, 772: "Senza imposte, non può esistere destino comune né capacità collettiva ad agire….".

[147] M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 58-59.

[148] Vedi F. Gallo, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, 2012, 29 ss. Anche per T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, 779 e 781, "l'imposta progressiva è un elemento fondamentale per lo Stato sociale: ha svolto un ruolo essenziale nel suo sviluppo e nella trasformazione della struttura delle disuguaglianze nel XX secolo …, la progressività per mette di limitare le disuguaglianze prodotte dal capitalismo industriale, il tutto nel rispetto della proprietà privata e delle forze della concorrenza…".

[149] Così T. Groppi, *Diseguaglianze e immobilità sociale. Quel che la Costituzione italiana ha da dire*, in forumcostituzionale.it, 2 ottobre 2019, 5, e anche V. Onida, *Costituzionalismo, spazio globale e crisi economica*, in Annuario AIC 2013, Napoli, 2015, 295.

semplice previsione di soglie di esenzione per i redditi più bassi, inferiori ad una certa soglia. Sarebbe solo un lato -necessario ma non sufficiente- della progressività.

Ad ogni modo, l'assetto del sistema fiscale è un campo aperto a numerose variabili. Le linee di configurazione di un sistema efficiente ed equo passano attraverso clausole come la progressività e la capacità contributiva che presentano un alto grado di indeterminatezza e di 'traducibilità' negli schemi e nei meccanismi regolativi, come pure nel raccordo tra di loro.

C'è un problema di giustizia anche nell'imposizione fiscale, che certamente può condizionare il modo di percepire e interpretare questo dovere di solidarietà, e il livello di 'consenso' che resta necessario per un ordinato funzionamento del sistema fiscale. Lo spazio (e la discrezionalità legislativa) per politiche di riforma fiscale è in questa prospettiva molto largo.

Ad esempio, il concetto di 'capacità contributiva' può giustificare una graduazione del peso fiscale in rapporto alla struttura della famiglia (l'art. 31 Cost. non dice che "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose"?); ovvero una rimodulazione della rilevanza tributaria dei fattori produttivi (capitale e lavoro) da un lato, e delle rendite e dei patrimoni dall'altro, correggendo un sistema che oggi è troppo schiacciato sui primi elementi, determinando il paradosso per il quale "*i ricchi conosciuti dalle banche dati del fisco sono tutto sommato pochissimi, e hanno già dato, specialmente rispetto a tutti i ricchi che per varie ragioni occultano una buona fetta dei loro redditi*".

Ciò, nonostante la Repubblica sia fondata sul lavoro (non solo quello dipendente o subordinato, ma altresì il lavoro 'autonomo', dell'imprenditore, del professionista).

In altre parole, non è irrilevante *cosa* si tassa, e *quanto* vengono tassati i diversi elementi della ricchezza. Anche la proprietà è tutelata dalla Costituzione, ma il lavoro ne costituisce, sul piano assiologico, la pietra angolare; il che significa che in una prospettiva –senz'altro auspicabile- di contenimento della pressione fiscale, tuttavia orientata in senso solidaristico e redistributivo, andrebbero privilegiati i redditi da lavoro prima e piuttosto che le ricchezze patrimoniali 'ulteriori', oppure quelle acquisite per successione.

Un'ultima considerazione su fisco ed eguaglianza voglio farla proprio su quel capitolo che possiamo intitolare "diritti dello Stato sulle eredità", e che allude essenzialmente a due 'oggetti': la successione eventuale dello Stato, cui è dedicato l'art. 586 cod. civ., e il prelievo fiscale sui trasferimenti ereditari.

Entrambe queste prospettive hanno alle spalle, per quanto non appaia immediatamente, motivazioni di notevole respiro teorico, che rimandano alle forme stesse (e alle implicazioni) della sovranità dello Stato, e ai significati che è possibile ascrivere al progetto costituzionale di società e Stato imperniato sull'eguaglianza e sui doveri di solidarietà (anche economica e sociale).

Per quanto riguarda la figura dello "Stato – erede", la disposizione costituzionale lascia molto spazio alla discrezionalità legislativa, che potrebbe interpretare in chiave 'evolutiva' questa possibilità, avvalorando soluzioni normative anche più favorevoli alla successione del Stato rispetto all'attuale assetto codicistico, attraverso una riduzione dell'area dei successibili 'ab intestato' prima dello Stato, o la diversificazione delle imposte successorie a seconda della situazione economica dell'erede, o del grado di parentela (in minima parte questa particolare

differenziazione già è prevista dall'attuale normativa); magari imponendo allo Stato un vincolo di destinazione su questi patrimoni, una loro utilizzazione finalizzata a progetti di mobilità sociale, a far emergere e a premiare il merito di chi è 'privo di mezzi', a finanziare programmi straordinari per i giovani e per il diritto alla casa.

In fondo, l'esperienza e le dinamiche dei rapporti familiari tendono ad attenuare sempre più il peso e la rilevanza dei rapporti parentali non 'diretti' (per l'art. 572, il limite della successione tra i parenti è ancora il sesto grado), e alcune vicende successorie sembrano davvero lontane da un coerente percorso di relazioni familiari e personali.

Le imposte sulla successione, che sono l'altra faccia dei "diritto dello Stato sulle eredità", hanno vissuto negli ultimi anni un'altalena di interventi normativi che hanno avuto in comune un intento riduttivo dell'impatto fiscale (mi limito a citare la legge n. 383/2001, e la legge n. 296/2006).

Ora, è difficile sostenere che la Costituzione contenga prescrizioni nette e vincolanti su questo tema. Non esiste, per essere più chiari, un principio che imponga l'esistenza di moduli di fiscalità ereditaria.

L'orizzonte dell'eguaglianza sostanziale e della solidarietà comprende (e alimenta) certamente un orientamento forte verso politiche redistributive, e in fondo la stessa progressività del prelievo tributario è un tassello importante di questo quadro; nondimeno, i modi per acquisire le risorse necessarie a realizzare questo obiettivo nella "misura del possibile e del ragionevole" sono rimessi alla discrezionalità del legislatore.

Semmai, il discorso da fare sarebbe un altro, comunque non sufficiente ad attivare una linea di copertura costituzionale vincolante delle imposte di successione.

La Costituzione persegue nel suo insieme, se leggiamo coordinatamente nozioni come "funzione sociale e accessibilità a tutti della proprietà", tutela e primarietà del lavoro in tutte le sue forme, progressività delle imposte, un disegno di mobilità sociale, di pari opportunità almeno nelle condizioni di partenza.

L'acquisizione per via ereditaria di patrimoni e di risorse economiche, in particolare se di notevole dimensione, altera indubbiamente questa rete di riferimenti finalistici e teleologici, perché determina e consolida "punti di partenza" anche profondamente disomogenei.

In questo senso, che lo Stato intervenga in questa fase, con meccanismi fiscali (si intende) giusti, ragionevoli, non eccessivi, potrebbe essere quantomeno uno strumento costituzionalmente opportuno, proprio nel senso di introdurre un elemento di 'correzione 'di questa inevitabile diseguaglianza; in particolare se il gettito di questa imposta fosse davvero usato, come ad esempio propone Atkinson (ma da noi già G.U. Rescigno[150], e ora Barca e Luongo[151]), per politiche di eguaglianza e di promozione sociale in favore dei più giovani.

---

[150] G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza*, cit., 127-128.

[151] F. Barca e P. Luongo, *Un futuro più giusto*, cit., 245 ss. La proposta di questi due studiosi è quella di predisporre, grazie ad una rinnovata fiscalità successoria, le risorse sufficienti per un'eredità universale e priva di condizionali per i giovani che compiono 18 anni. L'universalità avrebbe il significato di mettere a disposizione delle nuove generazioni una dotazione collettiva "che le abbracci per intero e che, in una società sempre più frammentata e disuguale, rafforzi il senso di comune appartenenza e la percezione che la comunità intera ti protegge. "L'universalismo riflette la comune eguaglianza morale di ogni generazione…".

E' una proposta che attraversa i confini -che sono peraltro meno netti di quanto non si pensi tradizionalmente- tra posizioni liberali o posizioni socialiste. Einaudi nel saggio del 1946 su "L'imposta patrimoniale" [152]sottolineava che l'imposta di successione ha un «pregio sovrano» (rispetto alle altre forme di imposizione patrimoniale), quello di essere «*pagata non da chi ha costituito, ha creato, il patrimonio, ma da chi lo riceve»*, e non ha fatto nulla per meritarsi questa ricchezza che ottiene in via successoria, concludendo nel senso che «*esiste l'esigenza... imperiosa di non creare un privilegio a favore di chi non ha fatto nulla, di chi si contenta di godere nell'ozio la fortuna ereditata*».

Oggi è Bill Gates a ribadire che "*A dinastic System where you can pass vast wealth along to your children is not good for anyone; the next generation doesn't end up with the same incentive to work hard and contribute to economy*"; e lo fa proprio in una più ampia riflessione su come rendere "more fair" il sistema fiscale[153]. Ma c'è una lunga tradizione del pensiero liberale -che va da Mill a Rawls- che ha guardato alla fiscalità ereditaria come a un mezzo giusto per intervenire 'attivamente' sull'equilibrio dei punti di partenza e delle opportunità.

E' sempre un problema di misura, di bilanciamento ragionevole tra ragioni di promozione sociale e di redistribuzione da un lato, ed esigenze di tutela della proprietà, dell'incentivo al risparmio, di riconoscimento della specialità del legame familiare. Come dice Massimo Luciani[154], non c'è niente di scontato nelle norme sulla successione: si può anche in questo settore cercare un punto di equilibrio innovativo tra interessi privati e progetti di eguaglianza sostenibile e di promozione sociale (specialmente delle nuove generazioni).

6. Eguaglianza formale, eguaglianza sostanziale, azioni positive. L'eguaglianza come nozione 'progressiva' e unitaria

Lasciamo il tema fiscale e ritorniamo alla rappresentazione complessiva dell'eguaglianza 'secondo' la Costituzione (almeno nella prospettiva che ho provato a sostenere).

Spesso i limiti o i 'termini di confronto' rispetto all'attuazione dell'eguaglianza, riflettono a loro volta sono significati e implicazioni dello stesso principio di eguaglianza, e il raffronto è tutt'altro che lineare e univoco.

Mi limito a fare alcuni esempi.

Rafforzare i meccanismi meritocratici e competitivi (che la nostra Costituzione riconosce in diversi punti: artt. 34, 97, ma anche i principi di concorrenza tra imprese e di commisurazione della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato[155]) può essere un fattore di 'promozione' e mobilità sociale, un'alternativa alla trasmissione intergenerazionale della

---

[152] Ristampato nel 2011 da Chiarelettere, Roma.

[153] B. Gates, *What I'm Thinking about this new year's eve*, in GatesNotes.com, 30 dec 2019. Cfr. Anche la tesi di T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., 1045, 1097, 1110-1111, secondo cui "ogni generazione può accumulare grandi patrimoni, a condizione che ne restituisca alla comunità una quota consistente al momento del passaggio alla generazione successiva o ad altri potenziali eredi"; quasi una sorta di compensazione di quello che si è avuto in termini di cornice normativa per poter accumulare e ingrandire il proprio patrimonio. Per quanto riguarda il rischio di una fuga di capitali dai singoli Stati che provassero a procedere in questa direzione, un'idea potrebbe essere quella di lasciare questa tassa all'UE, o comunque ad organizzazioni internazionali, con vincolo di impiego per le politiche di contrasto alla povertà.

[154] M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., 76.

[155] G. Fontana, *Dis-eguaglianza e promozione sociale*, cit., 48.

ricchezza e della posizione sociale, e più semplicemente l'espressione di una rivendicazione ad un riconoscimento (imparziale, e perciò eguale) delle proprie personali qualità e capacità (artt. 3, 34/3, 97 Cost.), oltre ad esprimere una valenza 'meta-individuale' sul piano dell'interesse pubblico[156]; d'altro canto, però, le procedure di valutazione e di definizione del merito rischiano di far emergere (e 'prevalere') quelle che sono "le condizioni di partenza e di contesto", vale a dire "il patrimonio, materiale e culturale, ereditato dalla famiglia, dall'ambiente sociale"[157], e questo può certamente alterare la ricerca di una effettiva eguaglianza delle opportunità.

L'altro esempio è quello delle azioni positive, utilizzati da noi soprattutto sul terreno della parità di genere [158] (nel lavoro, e nell'accesso alle cariche elettive). Si tratta di strumenti 'progressivi', che possono arrivare a livelli molto vicini (o persino corrispondenti) all'attribuzione del risultato o dell'utilità: è un diritto apertamente' diseguale', che persegue obiettivi di eguaglianza sostanziale, di contrasto a discriminazioni radicate nella struttura economico-sociale, più ancora che in quella giuridica.

La Corte Costituzionale definì le azioni positive (sent. 109/1993) come lo strumento "*più potente … a disposizione del legislatore che (…) tende ad innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate (…) al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico*"[159]. E in questo riconoscimento c'era anche la preoccupazione legata alla constatazione che alcuni possibili contenuti delle azioni positive appaiono idonei a mettere in crisi tutta una serie di postulati e di implicazioni dell'eguaglianza: la parità formale, l'eguale accesso ai pubblici uffici sulla base di procedure selettive e meritocratiche, il buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Proprio per il loro carattere 'estremo', le azioni positive sono al tempo stesso un punto di sfida ma anche di comprensione dell'eguaglianza.

Quando un istituto o una tecnica normativa si pone come attuativa di un principio costituzionale (è quello che ha fatto la prima legge sulle azioni positive in Italia, la n. 125/91, rispetto al secondo comma dell'art. 3), produce un 'ritorno 'sul quadro dei suoi significati, fa

---

[156] Come sottolinea correttamente ancora G. Fontana, *Dis-eguaglianza e promozione sociale,* cit., 39, le più significative ipotesi meritocratiche previste nel nostro ordinamento costituzionale (nei settori dell'istruzione pubblica, e dell'organizzazione e funzionamento della P.A.) "corrispondono anche ad evidenti finalità di progresso sociale e di efficiente svolgimento di funzioni pubbliche".

[157] G. Silvestri, *Dal potere ai princìpi,* cit., 76 ss. Per A. Poggi, *Per un diverso Stato sociale*, cit., 191 ss., le società meritocratiche "potrebbero, per una sorta di eterogenesi dei fini, perpetuare se stesse", in quanto, "le abilità e le capacità non sono innate nella persona, ma sono invece la risultante di un contesto familiare e sociale".

[158] Il riferimento è alle leggi nn. 125/1991 e 215/1992, poi riprese nel Codice delle pari opportunità. Sulla diversa esperienza americana delle affermative actions contro la discriminazione razziale, sia consentito rinviare a A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale*, cit., cap. II. A livello costituzionale, vanno segnalate la modifica (nel 2003) all'art. 51 Cost., che ora parla espressamente di "appositi provvedimenti" attraverso i quali la Repubblica è chiamata a promuovere le pari opportunità tra donne e uomini; e la formulazione del settimo comma dell'art. 117 (dopo la riforma del 2001), secondo cui "*le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive*".

[159] La Corte Costituzionale è intervenuta altre volte sulla tecnica delle azioni positive, soprattutto sul piano elettorale: il riferimento è alle sentenze nn. 422/95, 49/2003, 4/2010.

tutt'uno con il parametro, diventandone uno dei termini di qualificazione, e di ri-elaborazione delle sue implicazioni sostanziali[160].

A questa stregua, per tornare alla configurazione costituzionale delle azioni positive, individuarne limiti e condizioni di legittimazione, è un'operazione molto complessa, i cui esiti dipendono da numerose variabili, legate al tipo di azioni positive adottate, alle conseguenze delle misure preferenziali nei confronti dei soggetti 'non preferiti '(le cd. "vittime innocenti"[161], agli ambiti di sperimentazione del modello (lavoro, formazione professionale, rappresentanza politica) e all'interno di questi, alla fase di intervento del meccanismo 'promozionale '(ad es., per le azioni positive in materia di lavoro, i diversi momenti dell'assunzione, della progressione in carriera, del licenziamento), ai soggetti 'beneficiari'.

In altre parole, i confini di queste tecniche non sono rigidamente e una volta per tutte predeterminabili, il bilanciamento dipende da una serie di elementi che riguardano i requisiti e la ragionevolezza delle misure anche in rapporto all'intensità e alla persistenza nel tempo degli ostacoli da rimuovere.

Ma, appunto, è un confronto che avviene tutto all'interno delle logiche e delle linee di traduzione del principio di eguaglianza (come parità di trattamento, ragionevolezza delle differenziazioni, proporzionalità degli strumenti adottati).

In fondo, le azioni positive ci mostrano che l'idea di eguaglianza corrisponde ad un continuum fatto di stadi e significati differenti ma non slegati gli uni dagli altri. Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale non sono allora due termini in opposizione inconciliabile tra di loro. Il moderno concetto di eguaglianza democratica è una sintesi di contenuti individuali e collettivi, di profili formali e sostanziali, che si sostengono e si completano vicendevolmente. E 'un'eguaglianza che ha come fine ultimo la pari dignità sociale e il pieno sviluppo della persona, e che perciò si colloca su una linea di progressione che va dal divieto di discriminazioni (dirette e indirette) irragionevoli, fino alla richiesta di misure preferenziali per ristabilire condizioni effettive di inclusione sociale e di pari opportunità.

Quando il secondo comma dell'art. 3 impegna la Repubblica a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico-sociale …", contiene appunto un mandato aperto, indeterminato, sia nel senso della selezione delle domande sociali di riequilibrio e di innalzamento delle opportunità per soggetti (e gruppi) deboli, sia nella individuazione stessa del concetto e del tipo di ostacoli, sia infine con riferimento all'attività stessa del 'rimuovere', che sembra elasticamente preordinata a comprendere una pluralità di mezzi e moduli operativi, adeguati alla gravità delle debolezze tutelate.

Il che significa che anche misure *result oriented* (o misure che prevedano vantaggi specifici, secondo la formula dell'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, o dell'art. 157, co. 4, TFUE), come le quote, possono non essere per forza di cose (e sempre) arbitrarie o illegittime, per il semplice fatto che esse determinano una violazione del diritto alla parità di trattamento di soggetti 'non preferiti'. Anche perché, un sistema di quote può avere diverse caratteristiche, e può essere configurato in modo da non avere una ricaduta eccessiva ed

[160] Così, R. Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, 110.
[161] A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 179 ss.

insostenibile sul principio di concorrenza eguale e meritocratica per quel determinato bene o utilità (si pensi al fatto che una preferenza può essere condizionata al possesso di requisiti minimi o eguali agli altri candidati di idoneità professionale).

7. Eguaglianza e generazioni future

Anche il confronto del progetto di eguaglianza con i contesti economici che costituiscono la cornice entro la quale vengono concretamente definiti i suoi percorsi di realizzazione, evidenzia in qualche caso connessioni e bilanciamenti che finiscono con l'incrociare in vario modo esigenze e logiche dell'eguaglianza (intesa anche come ragionevolezza) e della solidarietà.

Penso alla istanza intergenerazionale che comincia ad essere sempre più frequentemente associata al tema dell'equilibrio finanziario, visto non solo come "argomento di ordine effettuale fondato sulle disponibilità di cassa", ma come espressione di un più generale "principio di responsabilità dell'azione pubblica"[162].

In non poche decisioni degli ultimi anni, la Corte Costituzionale ha richiamato il principio di equità intergenerazionale come motivazione di un uso equilibrato delle risorse finanziarie pubbliche. Nella sent. 18 del 2019 (ma v. altresì le sentenza nn. 107/2016, 6/2017, 49/2018, 88/2014), si legge che "*La tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale. […] (In particolare) L'equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo…*".

E' anche questo un problema di eguaglianza, e di non discriminazione? Io penso di sì, che sia rintracciabile una dimensione intergenerazionale della diseguaglianza, pur affidata a strumenti e ragionamenti che, per forza di cose, non possono avere la stessa immediatezza nel confronto e nel conflitto tra le diverse posizioni (attuali e future) che, ad esempio il tema della responsabilità intergenerazionale mostra di poter avere sul terreno dei diritti ambientali. In entrambi i casi, invero, l'eguaglianza assume una connotazione 'impersonale', 'oggettiva', che va oltre il riferimento a singoli soggetti, o gruppi, o categorie personali[163].

In fondo, se noi aggiriamo il principio (che ritroviamo in Haberle e in Rawls con alcune differenze…) secondo cui "*le generazioni future non possono essere gravate oltre misura facendo vivere quella attuale a loro spese"*, applichiamo nei confronti di chi verrà dopo di noi una mancanza di considerazione e di solidarietà[164], e quindi, in un certo senso, un atteggiamento

---

[162] Vedi C. Pinelli, 2002, 887. In senso analogo, può leggersi anche G. Scaccia, *Gli strumenti*, cit., 355-356, laddove afferma che "*… l'idea di contemperamento, in realtà, è insita nel concetto stesso di diritto a prestazioni positive da parte dello Stato. Ne discende che sul piano argomentativi, non è necessario identificare un interesse antagonista (facendogli assumere magari le sembianze del principio di copertura finanziaria delle leggi di spesa…), perché il limite dell'attuazione opera per ogni diritto sociale indipendentemente da una ponderazione con un interesse pubblico contrapposto*".

[163] A. Schiavone, *Eguaglianza*, cit., 292-294, parla di "un nuovo umanesimo senza soggetto".

[164] Per A. Poggi, *Per un diverso Stato sociale*, cit., 247, "*il tema di un recupero del linguaggio dei doveri sui terreni economici e sociali è cruciale. Lo è a livello internazionale, lo è a livello nazionale, …. Lo è con riguardo*

discriminatorio. Approfittiamo del fatto che le generazioni future non hanno voce nel dibattito politico, sono più che minoranze (appunto 'fantasmi'), non possono difendere o rivendicare i loro interessi, o partecipare ad una qualche negoziazione.

Se questo ragionamento ha una sua consistenza intuitiva, tuttavia non è facile configurarlo in termini di scelte politiche o di vincoli giuridici. E' molto complicato tracciare una misura giusta di attuazione per questa considerazione degli interessi intergenerazionali, senza contare che è sicuramente più difficile che i comportamenti aggressivi nei confronti di questi beni economici a carattere 'intertemporale', come il diritto alla pensione, alla sicurezza sociale e del lavoro, alla stabilità economico-finanziaria, assumano il dato della definitività e della irreversibilità.

Infatti, seppure ad un certo punto dovesse venire a determinarsi una condizione di insostenibilità del debito o del sistema pensionistico, anche estrema negli effetti momentanei, non si può escludere che mutamenti oggettivi del quadro economico e dei suoi presupposti, forti processi di crescita economica, finiscano col determinare inversioni positive della situazione.

Ad ogni modo, l'argomento può essere posto, e ha una sua caratura costituzionale.

Lo dimostra il fatto che sono sempre più diffuse nelle Costituzioni clausole intergenerazionali riferite all'ambito economico-finanziario[165]. Di recente, anche il Presidente Mattarella ha richiamato più volte l'attenzione delle istituzioni politiche sul tema dell'equità intergenerazionale nella definizione delle politiche ambientali, economiche, sociali.

In particolare, per quello che interessa in questa sede, sono molteplici le connessioni del discorso intergenerazionale con i significati e le proiezioni del principio di eguaglianza.

Innanzitutto, penso al principio di ragionevolezza collegato all'uso dei diritti e delle risorse (naturali, ambientali, economiche). Come ho sostenuto in un'altra occasione, la ragionevolezza "è relazione con gli altri, con i loro diritti/aspettative/interessi; è consapevolezza delle implicazioni (anche per gli altri) di ciò che si fa o si rivendica". Rovesciando la prospettiva, è l'uso smodato (e perciò irragionevole) delle risorse e dei beni da parte delle generazioni (di volta in volta) presenti a mettere in discussione il mantenimento nel tempo (e per le generazioni future) di condizioni equivalenti nella disponibilità di risorse essenziali e nella qualità della vita.

La ragionevolezza, è una forma necessaria del diritto costituzionale (e dei diritti costituzionali). Su questo c'è una forte convergenza della più autorevole dottrina e della giurisprudenza costituzionale.

Ma appunto, nel concetto di ragionevolezza è insita l'idea del limite (e dell'autolimite): l'idea che nella valutazione di quello che posso fare oggi deve avere un ruolo anche l'analisi degli effetti che scelte, comportamenti, decisioni possono determinare per il futuro, quando questi effetti hanno un impatto potenzialmente irreversibile e tale da compromettere la

---

alle generazioni future". Cfr. anche G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Roma-Bari, 2015, 95, sulla dignità umana come "*concetto, …, a doppio scambio, relazionale, sovra-individuale, oggettivo", in cui "stanno, certamente, molti diritti, ma anche molti doveri*".

[165] L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Milano, 2020, 71 ss., secondo cui "*Un ruolo centrale nell'emersione a livello costituzionale del principio di sostenibilità -soprattutto di bilancio- è stato giocato dalla crisi economico-finanziaria e dall'Unione Europea*".

conservazione e la trasmissione alle generazioni future di beni, risorse, condizioni di vita che noi stessi riteniamo essenziali[166].

7.1. Come si è detto, debito pubblico e pensioni sono i due versanti principali del discorso intergenerazionale applicato all'economia, e che interrogano in modi diversi le logiche dell'eguaglianza.

Cominciamo dal primo[167], che rimanda al celebre dibattito tra Jefferson e Madison sul diritto della generazione costituente di contrarre debiti da distribuire sulle generazioni successive, con il primo che contesta in radice l'obbligo economico di una generazione nei confronti dei suoi predecessori, mentre il secondo sottolinea la necessità del debito per raggiungere alcuni fondamentali obiettivi di sviluppo della Nazione, e dunque la ragionevolezza della distribuzione intertemporale dell'onere, proprio perché le generazioni future possono avvantaggiarsi dei risultati delle spese precedentemente sostenute.

Ora, è evidente che il debito è una componente essenziale dell'azione moderna degli Stati. Può essere necessario per fare investimenti, costruire infrastrutture, aumentare la dotazione di patrimonio e di fattori di sviluppo di un Paese, ovvero -come in questa drammatica fase di emergenza- per arginare la devastazione economica e sociale derivante dalla pandemia e dalle misure che è stato necessario adottare per contrastare la diffusione del contagio, e per impostare uno scenario di ripresa. Non è sempre negativo, dipende da vari fattori: motivazioni del ricorso al debito, tipologie di utilizzazione[168], misura, quantità di debito che viene trasmesso, il suo rapporto con la ricchezza che un Paese è in grado di produrre.

Le soglie di sostenibilità/insostenibilità non sono facili da determinare, e certamente non valgono in ogni situazione[169]. Ci sono indici oggettivi, e giudizi legati a circostanze politiche[170], alla valutazione dei 'creditori 'di uno Stato (o delle agenzie di rating), che ad un certo punto possono ritenere che la situazione non sia più recuperabile, o che il debito di un certo Stato non rappresenti più un investimento utile. La stessa composizione della 'platea' dei

---

[166] Per la considerazione che 'sostenibilità economica' e 'ragionevolezza giuridica' dei diritti, in specie sociali, sono "due facce inscindibili della stessa medaglia", vedi A. Spadaro, *I diritti sociali*, cit., 8 ss.,

[167] Anche per J.-P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, Torino, 2013, 112, il debito pubblico è "una questione di futuro".

[168] J. Stiglitz, *La grande frattura*, cit., 37. Cfr. Anche F. Saitto, *Costituzione finanziaria*, cit., 23, secondo cui "*il debito non è da considerarsi un male in sé, in quanto occorre calcolare in concreto anche la misura del patrimonio netto complessivo dello Stato. Tuttavia, al contempo, occorre tenere conto del modo in cui si spendono le risorse raccolte tramite indebitamento. Ciò è fondamentale al fine di realizzare un equilibrio in cui «lo Stato ha un patrimonio netto positivo significativo» e per- tanto, «detenendo capitale e condividendo i frutti degli sviluppi tecnologici, [...] può usare le entrate risultanti per promuovere una società meno diseguale», con l'obiettivo di rinsaldare i circuiti di redistribuzione del reddito e la quota di ricchezza detenuta in comune*"; in termini analoghi, vedi A.B. Atkinson, *Disuguaglianza. Cosa si può fare?*, cit., 178.

[169] Come spiega J.-P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, cit., 113, "non esiste una cifra magica al di là della quale il debito pubblico sarebbe insostenibile, né il 60 per cento, come pensano gli europei, né il 90 per cento, come sostengono gli analisti della crisi finanziaria". Sulla difficile misurabilità della nozione di sostenibilità del debito, v. L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 98 ss., 101, sottolineando proprio che "vi sono una serie di fattori -sia endogeni sia esogeni- che influenzano la sostenibilità di un debito pubblico", e che in effetti, "come esistono rapporti debito/PIL estremamente elevati ma che sono considerati sostenibili -innanzitutto dai mercati- ve ne sono altri inferiori e che, tuttavia, sono considerati generalmente insostenibili".

[170] Di tensione tra la natura politico-discrezionale della decisione di bilancio e la natura tecnico-razionale degli indicatori, parlano C. Caruso e M. Morvillo, *Il governo dei numeri. Oggettività tecnica e discrezionalità politica nella decisione di bilancio euro-nazionale*, in Id. (eds.), Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale, Bologna, 2020, 10.

creditori è importante: una cosa è che il debito di uno Stato sia prevalentemente nella mani dei propri cittadini, altro che sia nelle mani di investitori finanziari stranieri, privati o istituzionali[171].

Il problema si pone in modo oggettivo quando il debito supera certi livelli di relazione con la ricchezza prodotta annualmente da un Paese, o produce interessi per decine di miliardi di euro all'anno, come è nel caso dell'Italia, sottraendo così risorse alle politiche di miglioramento dei servizi sociali e scolastici[172], alla ricerca e all'innovazione tecnologica, alla modernizzazione delle infrastrutture; quando questo accade, significa che il passato (i tanti 'presenti' che lo hanno costituito) si è mangiato il futuro[173]. Per le generazioni (di volta in volta) future rispetto a quelle che hanno prodotto questo debito eccessivo e incontrollato, il risultato è quello di una tassazione iniqua, perché *without representation* e senza alcun presupposto di responsabilità, e un ostacolo alla realizzazione di politiche più adeguate ai bisogni del tempo (di volta in volta) presente.

Su questo punto, le Costituzioni possono fare molto, e qualcosa in effetti hanno già fatto. Mi riferisco alle norme sull'equilibrio di bilancio, negli ultimi anni in molti Paesi europei particolarmente rafforzate dalla necessità di fronteggiare le implicazioni della gravissima crisi finanziaria che ha colpito la moneta europea nel 2011/2012[174].

Com'è noto, anche noi abbiamo fatto una riforma costituzionale (legge costituzionale n. 1/2012, seguita dalla legge n. 243/2012) che ha reso più perentorio nella nuova versione dell'art. 81 il principio dell' '*equilibrio tra le entrate e le spese … tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*"[175], mantenendo la possibilità dell'indebitamento "*al solo fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*" (ed è quello che sta avvenendo con le misure speciali legate alla pandemia da Covid-19)[176].

---

[171] In tema, v. alcune interessanti riflessioni di M. Benvenuti, *Democrazia e potere* economico, cit., 154-155.

[172] Come nota T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, cit., 910, oggi stiamo pagando più interessi sul debito pubblico di quanto investiamo, per esempio, nell'istruzione superiore.

[173] Correttamente F. Saitto, *Costituzione finanziaria*, cit., 41, sottolinea "*le fondamenta di quel compromesso originario che, fondando la Repubblica sul lavoro e presupponendo la redistribuzione della ricchezza come condizione di riequilibrio, certo non vietava il debito pubblico, ma neanche lo prendeva in considerazione come mezzo di natura genuinamente perequativa"*.

[174] Su alcune di queste *fiscal rules* costituzionali che fanno esplicito o implicito riferimento alla solidarietà tra le generazioni e/o all'esigenza di equilibrio e sostenibilità in materia finanziaria (penso alle costituzioni costituzionali di Belgio, Spagna, Slovenia, Ungheria, Germania, Finlandia, Austria), v. L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 74 ss.

[175] Sempre con questa riforma è stato introdotto il nuovo primo comma dell'art. 97 Cost., il quale ora stabilisce che "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico". Vedi L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 205, secondo cui "è la prima volta che la Costituzione si occupa -esplicitamente- del debito pubblico".

[176] Sul carattere 'aperto' dei concetti economici e delle clausole che rendono possibile lo scostamento di bilancio, v. M. Massa, *Corte Costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio*, in C. Caruso e M. Morvillo (eds.), Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale, cit., 359 ss., 371.

Opportunamente (lo dico mantenendo comunque un giudizio complessivamente negativo della riforma dell'art. 81, anche per come è stata imposta[177] e per la complessa e a volte astrusa tecnicità delle sue formulazioni[178]), la norma costituzionale non parla di 'pareggio di bilancio, e questo è sicuramente una [180](anche se il titolo della legge costituzionale si [179], 'singolarità'); ciò sarebbe probabilmente persino incompatibile con un progetto costituzionale che vincola tutti i soggetti della Repubblica a perseguire il principio dell'eguaglianza sostanziale, il pieno sviluppo della persona umana, la pari dignità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti alla vita politica, economica, sociale del Paese[181]. Proprio la Corte Costituzionale, nella recentissima sentenza 275/2016 (prima ricordata), ha affermato che "*una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, …E 'la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*".

La nuova versione dell'art. 81, nel momento in cui entra a far parte di un disegno costituzionale che ha le sue pietre angolari nella tutela del pieno sviluppo della persona e delle sue esigenze di eguaglianza sostanziale, viene da questo assorbito e condizionato. In altre parole, noi possiamo ritenere che l'art. 81 abbia scardinato o sia un cuneo estraneo al modello costituzionale; oppure leggerlo alla luce di questo, dei suoi tratti identitari, e leggere le sue formule (come quella sugli eventi eccezionali che possono consentire lo scostamento di bilancio) anche alla luce delle finalità di riequilibrio sociale dettate dalla Costituzione, e delle emergenze che dovessero porsi in relazione ad esse[182].

L'equilibrio finanziario, la stabilità dei conti pubblici, devono essere considerati e mantenuti su basi di ragionevolezza (come dice la Corte Cost., nella sent. 250/2013, attraverso "*un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il*

---

[177] Non si può non ricordare la celebre lettera a firma congiunta Trichet-Draghi, del 5 agosto 2011, in cui si chiedeva all'Italia "un'azione pressante … per ristabilire la fiducia degli investitori", e in questa richiesta rientrava anche la modifica delle norme costituzionali sul bilancio. Sulla 'coerenza' della legge cost. 1/2012 rispetto agli indicatori contenuti nei 'pacchetti' normativi europei come Sia Pack, Two Pack, Fiscal Compact, v. C. Caruso e M. Morvillo, *Il governo dei numeri. Oggettività tecnica e discrezionalità politica nella decisione di bilancio euro-nazionale*, cit., 14-17.

[178] Giudica negativamente il nuovo art. 81 anche R. Bin, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, cit., 332.

[179] Vedi D. De Grazia, *Crisi del debito pubblico e riforma della Costituzione*, in Ianus, n. 7/2012. Anche per L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinaziojne delle* risorse, in Costituzionalismo.it, n. 1/2013, 1, il nuovo art. 81 presenta significativi margini di flessibilità. Per F. Saitto, *Costituzione finanziaria*, cit., 18, "*si può constatare come lungi dall'imporre un reale azzeramento dell'indebitamento ammesso, la riforma costituzionale, ispirata dal rinnovato quadro di diritto sovra- e internazionale, abbia sostanzialmente previsto in Costituzione i casi in cui è consentito ricorrere al credito come eccezione rispetto ad una regola generale di divieto. Per quanto l'impatto del- la nuova disciplina sulla possibilità di continuare a far ricorso alle teorie keynesiane sia oggetto di una vivace discussione, non viene infatti previsto un divieto assoluto di ricorso al credito o un obbligo di pareggio contabile, avendo la riforma stabilito che nel redigere il bi- lancio si debba rispettare il principio di equilibrio tra entrate e uscite, tenendo conto delle fasi avverse e favorevoli del ciclo economico e ammettendosi il ricorso al credito per fronteggiare eventi eccezionali, tra cui si annoverano non solo le calamità naturali ma anche le gravi recessioni economiche*".

[180] La legge costituzionale n. 1 del 2012 è infatti intitolata "Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale".

[181] Anche per M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione*, Napoli, 2016, 155, l'art. 81, anche dopo la novella del 2012, "rifugge dalla retriva idea prekeynesiana della finanza pubblica neutrale".

[182] Cfr. Q. Camerlengo, *Costituzione Economia Società*, cit., 284-285.

perseguimento delle finalità pubbliche"), e questo vuol dire che ciò che va evitato è il debito eccessivo, incontrollato, non legato a spese di investimento[183], privo di qualsiasi riferimento di compatibilità e di coerenza con le strutture dinamiche di un sistema economico. In questa ottica, l'equilibrio finanziario può configurarsi come un valore strumentale ad una corretta e stabile (e cioè continua nel tempo) realizzazione di quei valori di solidarietà, eguaglianza, tutela dei diritti, ai quali è orientata una moderna democrazia costituzionale[184].

In due interventi del 2018, il Presidente Mattarella ha affermato che "*la logica dell'equilibrio di bilancio non è quella di un astratto rigore: ci deve sempre guidare uno sguardo più lungo sullo sviluppo, la sua equità e la sua sostenibilità*"; e che è "*evidente come, senza finanze pubbliche solide e stabili, non risulti possibile tutelare i diritti sociali in modo efficace e duraturo, assicurando l'indispensabile criterio dell'equità intergenerazionale*".

Possiamo dire che un'eguaglianza realizzata a scapito delle esigenze di stabilità economica alla lunga produce diseguaglianza, e dunque tradisce sé stessa. Peraltro, scrive Piketty, nella sua monumentale opera su "Il Capitale nel XXI secolo"[185], un debito pubblico (in specie eccessivo) "*finisce per favorire redistribuzioni alla rovescia: dai più poveri verso chi dispone di mezzi per prestare denaro allo Stato…*".

Invece, un bilancio stabile e 'ordinato' è una garanzia per l'oggi e per il domani: evita di scaricare sulle generazioni future oneri pesantissimi e ingiustificati, e abitua nel tempo presente all'esercizio responsabile della propria autonomia e dei propri poteri[186], in definitiva protegge i diritti e l'eguaglianza. Nella sentenza 88/2014, il Giudice costituzionale ha sottolineato che l'attuazione del principio di sostenibilità del debito pubblico "implica una responsabilità che, in attuazione (dei principi) fondanti di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future".

---

[183] Secondo A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in Quad. Cost., 2012, 109, "*la sostenibilità intergenerazionale, spesso evocata contro il debito pubblico, richiedere non tanto di ammettere in via eccezionale le operazioni di indebitamento, quanto piuttosto di configurarle come strumento ordinario di finanziamento limitato però alle sole spese suscettibili di creare ricchezza (in termini di incremento di infrastrutture e di patrimonio produttivo) per le generazioni future*".

[184] G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in Annuario AIC 2013, Napoli, 2015, 30.

[185] T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, cit., 908.

[186] Vedi A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in Rivista AIC, 2014, 12, secondo cui "*Controllare l'indebitamento e imporre procedure di riduzione dello stock di debito pubblico sono condizioni essenziali per consentire proprio alla politica di compiere scelte non pregiudicate dall'obbligo di onorare impegni sempre più onerosi, per generare crescita e coesione sociale. Il controllo della spesa pubblica e dei mezzi di finanziamento è anche una forma di contro- potere democratico al dispotismo di qualsiasi maggioranza. In questo senso, il pareggio di bilancio, nelle lasche formule positivizzate, svolge una funzione costituzionale di garanzia dei diritti di cittadinanza inclusiva e intergenerazionale: non si limita a un'egoistica protezione di categorie tradizionalmente protette (pensionati e lavoratori), ma si rivolge in senso solidaristico anche a coloro che sono fuori o ai margini del rapporto di lavoro o del sistema di protezione sociale, nonché alle future generazioni*" (dello stesso A., si veda *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in Quad. Cost., 2014, 90 ss., in particolare dove sottolinea che "l'equilibrio di bilancio [.] è il presupposto per l'attuazione del welfare state e […] per la sopravvivenza dello Stato costituzionale". Una posizione diversa è espressa da I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012, 146, e P. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio*, in Rivista AIC, 2012, 2 ss., secondo cui "*la gestione della crisi finanziaria mondiale e di sostenibilità del debito pubblico italiano, pur in fase di superamento grazie a politiche di bilancio finalmente rigorose e attente, viene pertanto assunta quale strumentale occasione per modificare a regime la forma di Stato ponendo le premesse giuridiche per il superamento, di fatto, dell'impianto sociale dell'economia di mercato*".

E' importante, e denso di significati, questo passaggio sulla responsabilità (e sulla solidarietà) non solo delle istituzioni, ma dei cittadini tra di loro. Le generazioni future sono tradite non solo da uno Stato che sperpera le risorse attraverso un debito eccessivo e fuori controllo, ma da tutti quelli che violano il dovere inderogabile di solidarietà tributaria. L'evasione fiscale erode le basi della giustizia sociale e della convivenza civile[187], ostacola la redistribuzione e la lotta alla disuguaglianze, ci allontana inesorabilmente dal progetto costituzionale di società e Stato[188].

Per come vedo io la cosa, la necessità di ragionare in questi termini non deriva solo da una imposizione europea, come una certa narrazione vorrebbe far passare: certo, altra cosa è discutere sulla rigidità di quei valori soglia fissati nei Trattati, la cui 'spiegabilità appare tutt'altro che evidente[189]. Con un debito pubblico così enorme, noi abbiamo tradito anche e in prima battuta la Costituzione, non solo i vincoli europei. Rinunciando per troppo tempo alla stabilità economica, abbiamo alla fine esposto proprio i diritti più legati alla prospettiva dell'eguaglianza ad un rischio di ridimensionamento che assume tratti purtroppo sempre più percepibili e reali[190].

7.2. Anche le pensioni, rimanendo sul terreno delle politiche economiche e sociali, sono un classico problema intergenerazionale; inevitabilmente destinato a complicarsi all'interno di società demograficamente sbilanciate da fattori di riduzione della natalità e di aumento della longevità[191]. La tecnica previdenziale è costruita su un gioco relazionale tra generazioni: chi lavora paga le pensioni di chi ha lavorato in precedenza, e si aspetta che i lavoratori successivi facciano lo stesso con lui.

E' evidente che sull'equilibrio e sulla sostenibilità finanziaria di questo sistema incidono una serie di fattori e di condizioni. Il numero dei lavoratori occupati, il numero dei pensionati, il tasso di natalità di un paese, il rapporto giovani/anziani, il grado di integrazione lavorativa delle

---

[187] M. Ruotolo, 2013, 12, il quale, arriva a dire, con un ragionamento molto efficace, che "*Contribuire alle spese pubbliche non è una scelta, ma un dovere, sottraendosi al cui adempimento si minano le basi stesse della giustizia sociale. Chi cela in tutto o in parte la propria capacità contributiva – più prosaicamente, chi evade il fisco – viene meno ad un dovere inderogabile, scaricandone l'adempimento sugli altri consociati, violando una delle regole base della convivenza civile. Si potrebbe perfino sostenere che ciascuno di noi abbia non solo il dovere di concorrere alle spese pubbliche, ma anche il diritto di contribuire in una misura che sia determinata per effetto della effettiva partecipazione di tutti. L'evasore, in tale prospettiva, non viola soltanto un dovere verso lo Stato ma un diritto degli altri cittadini, che dovrebbero perfino avere la possibilità di recuperare quanto in più versato per effetto di quell'inadempimento, se del caso con esoneri totali o parziali da successive contribuzioni. Quando qualcuno non contribuisce alle spese condominiali, pagano un di più gli altri condomini"*

[188] P. Marsocci, *Uguaglianza e memoria del legame costituzionale*, in Costituzionalismo.it, n. 3/2017, 101, sottolinea molto bene il rapporto tra memoria costituzionale e dovere di solidarietà tributaria.

[189] Pr una critica alla 'tendenziosità' e al pregiudizio 'antipubblicistico' dei parametri di Maastricht, v. ora A. Guazzarotti, *La tendenziosità dei parametri macroeconomiche nell'Eurozona: quando le regole economiche veramente necessarie sono priva di sanzione*, in C. Caruso e M. Morvillo (eds.), Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale, cit., 141 ss.

[190] Sostiene correttamente J.P. Fitoussi, *Il teorema del lampione*, cit., 206, che "*qualunque sia la misura della sostenibilità che concepiamo, dobbiamo comunque riconoscere che sarà fondata sulla nostra conoscenza imperfetta del futuro. Eppure è fondamentale, per qualunque società, formarsi un giudizio ancorché imperfetto riguardo al carattere sostenibile del proprio livello di consumo e del proprio benessere attuali, per far sì che l'uno e l'altro non vengano acquisiti a detrimento delle generazioni future*".

[191] In argomento, v. M. Campedelli, *Nella crisi, un diritto 'di' welfare? Tra evidenze, diritti e sperimentabilità*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Introduzione a Id. (a cura di), Diritto di welfare, Bologna, 2010, 559.

donne, i flussi di lavoratori immigrati. E ognuno di questi elementi meriterebbe una trattazione a sé.

Quando il modello va in disequilibrio, come è successo in questi anni quasi dovunque, sono necessarie riforme che però, normalmente, creano una frattura e un impatto diseguale tra pensionati (vecchi e più recenti), e tra questi e i lavoratori futuri pensionati.

Non è facile ricostituire condizioni di equilibrio. A volte intervenire su un fattore può mettere in crisi altri. Innalzare ad esempio l'età pensionabile può sembra un accorgimento necessario o quantomeno opportuno, e tuttavia può rendere più difficile l'ingresso nel mondo del lavoro dei giovani, e la capacità di questi di cominciare a formarsi il proprio pacchetto pensionistico.

In questa fase, da noi, un provvedimento come 'quota 100' viene presentato come un fattore di ricambio generazionale della forza lavoro; tuttavia, non solo questo risultato è ancora largamente indimostrato, e anzi viene messo in discussione dalla letteratura economica e lavoristica nelle sue stesse premesse, per quanto allo stato lascia prefigurare dei costi elevati che rischiano di mettere sotto stress la sostenibilità nel medio-lungo periodo del sistema pensionistico, e di richiedere ulteriori interventi correttivi che, come sempre, finiranno con lo scaricarsi sulle future generazioni di pensionati[192].

Sul piano costituzionalistico, e in particolare in rapporto ai possibili incroci con il principio di eguaglianza, il punto controverso è se di fronte al peggioramento delle condizioni previdenziali delle diverse generazioni di lavoratori, può essere considerato ragionevole ed equo che ci siano trattamenti ritenuti immodificabili (secondo la logica dei diritti 'acquisiti') e altri che, anche a causa dei requisiti e del livello dei primi, debbano subire da soli la ricaduta negativa delle riforme necessarie a mettere (o a tenere) in equilibrio il sistema [193].

Io penso che la logica dei diritti acquisiti, in linea di principio fondata su argomenti giuridici tutt'altro che deboli, e anzi basilari per la certezza del diritto (tutela dell'affidamento, principio di non retroattività della legge), rischia però di diventare una delle espressioni del privilegio che chi decide ha su coloro che in futuro subiranno gli effetti della sua decisione.

Innanzitutto, il tema dei 'diritti acquisiti 'non è una necessità costituzionale in senso stretto. La nostra Corte Costituzionale, in diverse occasioni ha ammesso la possibilità di interventi legislativi che incidano riduttivamente su rapporti di durata come quelli pensionistici, a condizione che tali interventi non siano –nella misura, nelle modalità, nella motivazione- eccessivi o e/o irragionevoli. Non posso qui richiamare la consistente giurisprudenza di questi anni.

Allora, non pare incongruo che alla struttura 'intergenerazionale 'del sistema pensionistico possa corrispondere, in un'ottica di estensione di quelle connotazioni di solidarietà che sono ad esso intrinseche, e di giustizia distributiva (e quindi di eguaglianza), un meccanismo di ripartizione dei 'costi 'collegati alle riforme basato su elementi di reciprocità e di condivisione solidaristica degli oneri tra le generazioni; a cominciare dai trattamenti pensionistici più 'generosi 'o dalle situazioni di minore bisogno.

---

[192] S. Ferro, *Quota 100? La pagheranno i giovani*, in Lavoce.info, 20/11/2018.

[193] V. Onida, *Costituzionalismo, spazio globale e crisi economica*, in Annuario AIC 2013, Napoli, 2015, 291-292.

Com'è noto, in questi anni, la misura più sostenuta e praticata è stata ed è quella di applicare un contributo di equità sulle pensioni più alte, ovvero sugli assegni di anzianità recenti (si tratta di soggetti ancora potenzialmente in grado di generare redditi che possono compensare la riduzione della pensione), o sui trattamenti elevati basati sul metodo retributivo, sul presupposto che "se appare giusto chiedere di più a chi ha di più, […], perché non dovrebbe apparire altrettanto giusto chiedere di più a chi ha avuto di più?".

Nella sent. 173/2016 la Corte Costituzionale ha dichiarato legittimo il prelievo forzoso sulle pensioni più elevate introdotto dal Governo Letta con la legge 147/2013, tra l'altro identificandolo come "*misura di solidarietà forte, mirata a puntellare il sistema pensionistico, e di sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale*".

Per il Giudice delle leggi, il contributo di solidarietà sulle pensioni può ritenersi misura consentita al legislatore ove la stessa assicuri il rispetto di alcune condizioni, atte a configurare l'intervento ablativo come sicuramente ragionevole, non imprevedibile e sostenibile. Quali sono queste condizioni? In sintesi, la ratio del contributo deve orientarsi ad un obiettivo di equilibrio del sistema previdenziale, oggi e nel tempo; la misura deve mantenersi in una logica di eccezionalità, nel senso che l'intervento non può essere ripetitivo e tradursi in un meccanismo di alimentazione del sistema di previdenza; il prelievo, per essere solidale e ragionevole, e non infrangere la garanzia costituzionale dell'art. 38 Cost. (agganciata anche all'art. 36 Cost., sebbene non in modo indefettibile e strettamente proporzionale: sentenza n. 116 del 2010), deve incidere sulle "pensioni più elevate" (parametro, questo, da misurare in rapporto al "nucleo essenziale" di protezione previdenziale assicurata dalla Costituzione, ossia la "pensione minima"); infine, le aliquote di prelievo non possono essere in ogni caso (quindi anche con riferimento alle opinioni più elevate) essere eccessive e devono rispettare il principio di proporzionalità, che è esso stesso criterio, in sé, di ragionevolezza della misura[194].

Le riflessioni della Corte si muovono su criteri evidentemente 'sostanziali'[195], e i confini tra 'ragionevole' e 'irragionevole' sono a volte davvero sottili. E' sufficiente ricordare, senza poter entrare in modo approfondito sulle sfumature motivazionali, la diversa posizione espressa dalla Corte sulla rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici nelle sentenze 70/2015 e 250/2017.

Analogamente, a valutazioni divergenti (perchè dipendenti dal diverso atteggiarsi concreto del bilanciamento tra finalità dell'intervento legislativo e grado di incidenza ed effetti concreti della misura adottata sulla categoria 'sfavorita' (o comunque diversa da quella prioritariamente protetta) si è arrivati con riferimento ai provvedimenti di fissazione di limiti massimi di età per il collocamento a riposo o di pensionamento anticipato per alcune categorie di lavoratori. In entrambi i casi, la finalità è quella di favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro o in alcuni segmenti professionali, e quindi di promuovere un obiettivo di 'ricambio

---

[194] Sulla proporzionalità come 'canone di ragionevolezza della legge', v. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 263 ss., 294 ss.

[195] N. Occhiocupo, *La Corte come giudice di opportunità delle leggi*, in Id. (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1978.

generazionale'. Non è sufficiente però la legittimità in astratto della finalità perseguita: bisogna tener conto della sua proporzionalità, non eccessività, appropriatezza in concreto[196].

Alla fine, la cosa interessante da mettere in evidenza è ancora una volta il modo con cui la questione intergenerazionale si pone davanti (e dentro) il principio di eguaglianza. In queste decisioni, l'argomento della solidarietà (o della mutualità) intergenerazionale è chiamato a confrontarsi con tutte le proiezioni del principio di eguaglianza: valutazioni di ragionevolezza e di proporzionalità, analisi di disomogeneità delle situazioni come presupposto di razionalità e adeguatezza del trattamento differenziato, si intersecano con riferimenti al progetto di eguaglianza sostanziale, e con elementi di solidarietà e giustizia distributiva.

Anche per questo, il risultato di questo nuovo approccio non stato e non è, come da qualcuno viene paventato, un arretramento opportunistico delle tutele del presente[197], una sorta di rovesciamento del bilanciamento ineguale tra diritti (eguaglianza) e risorse. Come si è visto, del resto, nella giurisprudenza non si registra questo cedimento alle ragioni del bilancio o dei mercati[198].

L'equità intergenerazionale può essere una risorsa del ragionamento giuridico e morale, e, con riferimento al tema specifico in esame, un argomento utile a completare il discorso sull'eguaglianza, e ad adattarlo ad un contesto attuale in cui, per tanti motivi "il costituzionalismo (e quindi anche e soprattutto le sue categorie assiologiche fondamentali) non può trascurare la sua proiezione intergenerazionale"[199], anche nella consapevolezza che pensare agli altri nel futuro può aiutarci ad essere migliori innanzitutto nel presente.

L'eguaglianza sostenibile, allora, è un'eguaglianza che vuole mantenere nel tempo le sue condizioni di effettività, e di compatibilità con il contesto costituzionale nella complessità dei suoi riferimenti. Un'eguaglianza che cerca attuazioni realistiche, appunto sostenibili; il che non deve significare recessive rispetto alle compatibilità economiche, o indifferenti ai bisogni essenziali delle persone.

Bisogna riflettere su questi temi, capire fino in fondo quale contributo può venire da clausole nuove come quella dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (introdotta nel 2001 all'art. 117, co. 2, lett. m)), che evidentemente oltrepassa il semplice piano dei rapporti centro-periferia e delle dinamiche del regionalismo. Se, e in che misura, questa formula può iscriversi nella linea di ricerca e trascrizione di un progetto di eguaglianza sostenibile, adeguato alla soddisfazione degli interessi costituzionalmente protetti, ma altresì responsabile e consapevole dell'esigenza di mantenere una linea di sostenibilità economica e di fattibilità reale delle politiche predisposte. Che non deve significare che vengono prima le risorse, come un dato rigido, e poi i diritti e le politiche di eguaglianza, come variabile dipendente e sostanzialmente rimessa alla discrezionalità di chi definisce il primo elemento, quello finanziario. Al tempo stesso, però, è altrettanto vero che il problema della sostenibilità

---

[196] S. Catalano, *Giovani e anziani nella crisi*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), Diritti sociali e crisi economica, Milano, 2017, 202, ss.

[197] G. Arconzo, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.,* in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018, 642

[198] M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, resposnabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in Quad. Cost., n. 1/2017, 73, 79 ss., segnalando anche un assestamento di alcuni filoni pro diritti sociali.

[199] G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 117.

finanziaria delle politiche pubbliche, e quindi anche di quelle attuative di diritti e istanze redistributive, è parte integrante del quadro di legittimazione costituzionale, ed è un problema essenzialmente politico[200], non un mero dettaglio tecnico.

7.3. Per chiudere questo discorso, ma mi limito solo ad un cenno che certo meriterebbe ben più approfonditi svolgimenti, si può parlare di una dimensione intergenerazionale dell'eguaglianza[201], e più direttamente di una nuova forma di disuguaglianza, quella generazionale, anche con riferimento ad alcune caratteristiche generali del sistema economico e sociale[202], all'orientamento marcatamente '*for ageeing*' delle politiche di welfare[203] (destinato probabilmente ad aumentare, come si è detto, in un contesto demografico caratterizzato da un forte invecchiamento della popolazione, e dagli effetti che tale fenomeno può avere su settori 'sensibili' come sanità, assistenza, previdenza), allo spostamento verso la precarietà dei modelli lavoristici attuali, infine alla crescita dell'indice di trasmissione intergenerazionale dei vantaggi (e degli svantaggi) sociali[204] e alla forte diminuzione dei percorsi di mobilità sociale[205], che sono invece determinanti in una concezione dell'eguaglianza (anche) come 'promozione sociale'[206].

Invero, nel confronto (che non dovrebbe mai diventare uno scontro ideologico) tra giovani e anziani, non è sempre facile, e soprattutto non può essere una opzione 'definitiva', data una volta per tutte, scegliere quando e chi proteggere: le 'debolezze 'sociali non restano mai le stesse, cambiano, producono nuove forme di discriminazione, e parallelamente nuove priorità o strumenti di contrasto. Il parametro dell'età, che certamente rientra nel quadro di espansione del principio antidiscriminatorio legato alle 'condizioni personali' (ma v. più direttamente l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), può essere scivoloso e ambivalente.

In un contesto di forte ristrutturazione del mercato del lavoro, e di accentuazione dei meccanismi di flessibilità, può emergere la posizione di 'debolezza 'dei lavoratori 'anziani',

---

[200] Come ricorda molto opportunamente L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 92 ss.

[201] Vedi F. Barca e P. Luongo, *Un futuro più giusto*, cit., 237 ss., secondo cui "*L'Italia è nel pieno di una vera e propria crisi generazionale. […] Il peso numerico dei giovani scende continuamente. La loro influenza sulle decisioni è bassa, attenuando, rispetto ad altri Paesi, la sensibilità della politica, delle organizzazioni di rappresentanza e delle istituzioni nei confronti dei loro problemi e del loro futuro, anche climatico. […] Insomma, la Repubblica non rimuove gli ostacoli che bloccano lo sviluppo dei giovani, per parafrasare l'art. 3 della Costituzione*…".

[202] Secondo T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, cit., 920, "*La disuguaglianza r > g significa che i patrimoni ereditati dal passato si ricapitalizzano a un ritmo più rapido del ritmo di crescita della produzione e dei salari. Questa disuguaglianza esprime una contraddizione logica di fondo. L'imprenditore tende inevitabilmente a trasformarsi in rentier, e a prevaricare sempre di più che non possiede nient'altro che il proprio lavoro. Una volta costituito, il capitale si riproduce da solo e cresce molto più in fretta di quanto cresca il prodotto. Il passato divora il futuro*".

[203] Cfr. M. Mastropierro, *Che fine ha fatto il futuro? Giovani, politiche pubbliche, generazioni*, Roma, 2019, 17-18, che arriva a definire questo modello di welfare un modello '*una semper*', sottolineando così la condizione di privilegio che caratterizza la generazione entrata nel mercato del lavoro durante i 'gloriosi trenta'.

[204] Su cui v. M. Alacevich – A. Soci, Breve storia della disuguaglianza, cit., 111, T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, cit., 753, facendo anche una graduatoria tra USA, Stati europei nordici, Francia, Germania, UK; e ancora M. Mastropierro, *Che fine ha fatto il futuro?,* cit., 21-22, 64-65. Parla di un 'tracollo della mobilità intergenerazionale' T. Judt, *Guasto è il mondo*, cit., 12 ss.

[205] T. Groppi, *Diseguaglianze e immobilità sociale. Quel che la Costituzione italiana ha da dire*, in Forum di Quad. Cost., 2 ottobre 2019, 1; e, soprattutto, l'importante monografia di Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, passim, ma spec. 291 ss., 337 ss. Per questo A., "la mobilità sociale è uno dei fattori che determinano il compiuto interramento del principio democratico … corrodendo gli stessi pilastri dello Stato costituzionale".

[206] In questo senso, v. ancora Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, ult. loco cit.

proprio in ragione della maggiore difficoltà di "rientrare nel mercato del lavoro" e di adattare le esperienze e attitudini lavorative acquisite (cfr., la sent. della Corte Suprema USA Smith v. City of Jackson, del 2005, su cui v. P. Torretta, 2006); altre esigenze (buon andamento della P.A., come pure la necessità di contrastare la disoccupazione giovanile, ovvero istanze di riequilibrio intergenerazionale), possono invece suggerire misure di preferenza o interventi 'positivi 'in favore del segmento giovanile [cfr., sul primo aspetto, Corte Cost., ord. 268/2001].

Una stessa misura può prestarsi a letture persino opposte da parte di diverse istituzioni giudiziarie (pensiamo ai casi Mangold, Kücükdeveci, Abercrombie Italia, e alle posizioni dei giudici nazionali e della Corte di Giustizia Europea).

7.4. Voglio fare solo un'escursione rispetto al contesto economico.

Bisogna evitare le caricature della questione intergenerazionale, come le proposte, recentemente rilanciate anche nel dibattito politico italiano, nel senso di graduare la titolarità del diritto di voto sulla base della maggiore e minore ampiezza del nucleo familiare, nella convinzione che chi ha figli è naturalmente portato a ragionare in senso intergenerazionale, ovvero di limitare l'età del voto (anche) dall'alto, fissando cioè un limite massimo di età.

In questo modo ci si pone nettamente oltre i limiti della tollerabilità costituzionale, scardinando il principio dell'eguaglianza del voto, che è il pilastro irrinunciabile della democrazia rappresentativa e parlamentare (Corte Cost., sent. 1 del 2014), e lo stesso diritto fondamentale di concorrere alla scelte democratiche e alla sovranità.

Un tema diverso, secondo me, è la possibilità di ipotizzare misure 'positive 'volte a favorire e ad incrementare la partecipazione dei giovani alla vita politica: meccanismi di promozione della presenza di giovani nelle assemblee parlamentari (e nelle altre assemblee locali), purchè non articolati secondo schemi rigidi e automatici (tipo quote, riserve di posti, ordine alternato delle liste), potrebbero rappresentare un fattore di 'arricchimento 'della democrazia, mantenendo un profilo di compatibilità con l'eguaglianza del voto e il carattere generale della rappresentanza (artt. 3, 51, 67 Cost.), sulla base di ragionamenti che, almeno in parte, non sono molto distanti da quelli che hanno portato il Giudice costituzionale ha giustificare gli strumenti di democrazia paritaria e di rafforzamento della rappresentanza di genere (Corte Cost., sent. nn. 49/2003, 4/2010).

8. L'eguaglianza nel contesto della globalizzazione

Tornando alla metafora prima richiamata della 'tavolozza dei colori costituzionali', e soprattutto al modo di concepire i rapporti tra politica ed economia, e la qualità del capitalismo, questo significa che c'è uno spazio nel quale si può incidere, a condizione di sapere che la scelta delle sfumature, e talvolta proprio dei colori, dipende da molti fattori esposti, da tempo, a profonde trasformazioni, a mutamenti di contesto che premono sulle categorie fondamentali del costituzionalismo.

L'eguaglianza, come è stato scritto con la consueta efficacia retorica da Ainis[207], è (anche) un tentativo di "venire a patti con il mondo"; il problema è che dietro questo termine ci

[207] M. Ainis, *L'eguaglianza molecolare*, in Scritti in onore di Gaetano Silvestri, cit., 28.

sono forze, elementi, problemi, processi globali che incidono pesantemente sugli spazi reali di questa 'negoziazione'.

La globalizzazione è un 'totem' multidimensionale. Non posso nemmeno pensare di sfiorare questo tema in questa mia introduzione[208].

Quello che conta mettere in evidenza è l'impatto di tutti quei fenomeni che riportiamo al concetto di globalizzazione sui contesti reali di traduzione e attuazione dell'eguaglianza all'interno dei singoli Paesi. A cominciare dalla estroversione dei processi economici[209].

Il progetto di eguaglianza delle costituzioni novecentesche era costruito sul raccordo tra ambiti di produzione-mercato (cioè i processi economici) e circuiti di cittadinanza-solidarietà (appunto la funzione sociale, redistributiva, la capacità di ricercare modelli concreti ed effettivi di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale)[210].

Questo schema (da taluni efficacemente identificato con la nozione di Ergreifung, di 'cattura dell'economico'[211]) viene inevitabilmente spiazzato[212] dalla rottura in più punti della dimensione territoriale della sovranità[213]. Una rottura parziale, frammentata, che non implica affatto la scomparsa della sovranità e del suo protagonista storico principale (vale a dire lo

---

[208] In generale, come nota G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 14, "*è ancor meno facile parlare di globalizzazione per un giurista, essendo egli abituato a utilizzare categorie forti, a maneggiare mattoni pesanti, cioè le norme (…)"; e inoltre, perché la scienza costituzionale, più di ogni altra, "si è connessa con la nascita e l'affermarsi degli Stati liberali moderni. (…) [l'] orizzonte statale si è conservato anche in seguito, rappresentando un dato storico indiscutibile*".

[209] M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in Riv. dir. cost., 1996, 125, parla di "dissoluzione del legame tra economia e territorio"; v. anche R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in Quad. Cost., n. 1/2007, 46 ss..

[210] A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 223, parla di una progressiva dissoluzione tra economia e politica (e dunque tra economia e diritto costituzionale). T. Judt, *Guasto è il mondo*, cit., 136, riporta testualmente inseguente brano di un discorso di D. Strauss Kahn, all'epoca in cui era ancora Direttore del FMI: "*Il successo della democrazia nel dopoguerra poggiava sull'equilibrio fra produzione e ridistribuzione, regolamentato dallo Stato. Con la globalizzazione questo equilibrio si è rotto. I capitali sono diventati mobili: la produzione si è trasferita oltre i confini nazionali sottraendosi alla ridistribuzione pubblica […]. La crescita ormai si contrapporrebbe alla ridistribuzione, il circolo virtuoso si sarebbe mutato in circolo vizioso*".

[211] M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 160 ss. Vedi ancora M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in Riv. dir. cost., 1996, 125 e ss., il quale aggiunge che "*la libertà di investimento del capitale è … nella società globalizzata, una libertà (l'unica) nella quale è percepibile solo il suo versante individuale: nessun valore collettivo le si contrappone, perché non esiste nessuna collettività cui imputare quel valore, e … nessun potere sociale che possa imporre il suo rispetto*".

[212] Di asimmetria tra spazio della politica (essenzialmente confinata entro lo Stato) e spazio del mercato (che sopravanza qualsiasi confine politico), parla A. Morrone, *Globalizzazione e trasformazioni del diritto costituzionale*, in Scritti Silvestri, cit., 1479, sottolineando altresì che "l*a libertà delle imprese nel mercato globale corre in parallelo a un inevitabile arretramento dello Stato dal mercato*"; vedi, in tema, le riflessioni di A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 50 ss., e, più recentemente, di M. Betzu, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, 15 ss., che sottolinea come "*lo spazio della globalizzazione non è di tipo fisico, ma uno spazio virtuale che vive in un presente ipertrofico di cui le nuove tecnologie sono al tempo stesso fattore e prodotto*" (cfr. anche 32 ss., dove l'A. sottolinea la rimodulazione sostanziale e istituzionale della sovranità, pur affermando che si tratta di erosione, e non di eclissi).

[213] A. Morrone, *Globalizzazione e trasformazioni del diritto costituzionale*, cit., 1479, secondo cui "*il tradizionale conflitto tra 'haves' e 'have-nots' fuoriesce dall'ordine costituzionale e perde le garanzie che, all'interno, erano state ricercate per tentare di risolverlo. Ciò costituisce un fattore di grave crisi del welfare state…*". L. Ferrajoli, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, cit., 39, paventa addirittura che la globalizzazione sia "un vuoto di diritto pubblico". Ricorda N. Irti, *L'uso giuridico della* natura, cit., 2013, 95, che "territorialità è parola decisiva per intendere la rappresentazione moderna del diritto. Territorialità viene dal verbo latino terreo (spaventare, intimorire) e indica la sfera in cui lo Stato esercita la propria potestà dominatrice. […] La territorialità è confinatezza…".

Stato)[214], ma la coesistenza differenziata (perchè dipendente dalla diversa forza che i singoli Stati hanno nello scenario globale[215], e dalla competizione che si instaura tra aree territoriali e tra Stati[216]) tra sistemi e processi ('siti' per usare le categorie di Sassen) che operano su piani contemporaneamente territoriali e globali, nazionali e sovranazionali[217].

In questo scenario di 'sconfinatezza'[218], dove "*Land has become an old factor*"[219], la vita economica attraverso i suoi processi , le sue forze, le sue 'infrastrutture' materiali e immateriali, si muove lungo itinerari di connettività che seguono una geografia che non è più quella dei confini territoriali e politici degli Stati[220]; come scrive Parag Khanna, "carte geografiche de facto" si sono sostituite, o almeno affiancate, "a quelle de jure", stiamo passando (o siamo già passati) "*dal mondo dei Trattati di Vestfalia al supply chain world*"[221].

La Costituzione, come idea (e forma reale) di un nuovo ordine sociale e istituzionale che nel secondo novecento ha avuto il suo momento (ri)fondativo dopo la parentesi tragica dei fascismi e della guerra, subisce inesorabilmente il colpo di questa contestualità che 'forza' e

---

[214] Così O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi*…, cit., 2016, A. Morrone, *Sovranità*, in Annuario AIC, 2016. Per V. Angiolini, *Sovranità e reciprocità (potere e libertà)*, in Lo Stato, n. 7/2016, più che a "*una crisi degli Stati come fatti della storia*", siamo di fronte a "*una crisi delle dottrine della sovranità, di cui i moderni studi politici, giuridici e costituzionali hanno contribuito a rivestire gli Stati stessi*".

[215] Per G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in Annuario AIC 2012, 5, "non possiamo neppure dare per scontata una impotenza degli Stati, che è invece tutt'altro che totale. […] oggi come in passato, gli Stati più grandi sono protagonisti tutt'altro che marginalizzati o sovrastati della stessa arena globale". Come rileva M. Betzu, *Stati*, cit., 39, "*i Paesi economicamente più solidi mantengono, infatti, maggiori spazi di autonomia decisionale, di policy making, ma anch'essi non sono immuni da vari condizionamenti, siano questi imposti da esigenze di competitività nel mercato globale o dagli effetti della finanza internazionale*". Anche A. Poggi, *Oltre la globalizzazione*, cit., 61, sottolinea come l'economia e il mercato globali siano sottoposti a livelli diversi di controllo, nell'ambito dei quali gli Stati, soprattutto quelli più avanzati, continuano ad esercitare un ruolo tutt'altro che marginale.

[216] E. Barberis, Y. Kazepov, *Tendenze e prospettive dei welfare state europei*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Introduzione a Id. (a cura di), Diritto di welfare, Bologna, 2010, 152

[217] L. Antonini, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in Annuario AIC, 2016, 533, 537. Tra gli strumenti utili, in questo contesto deterritorializzato, a favorire processi di omogeneizzazione verso l'alto, cioè nella direzione di replicare i principi di coesione sociale e di eguaglianza tipici dei nostri sistemi costituzionali, M. Betzu, *Stati*, cit., 133, segnala l'importanza delle clausole sociali che sempre più spesso vengono inserite nei trattati commerciali e negli scambi internazionali; in tema, v. Altresì T. Treu, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in Stato e Mercato, n. 1/2017, 7 ss., e 13, dove l'A. sottolinea che il riconoscimento dei diritti sociali nel commercio internazionale "*non è solo uno strumento per equilibrare i rapporti economici e per regolare la concorrenza, ma serve ad affermare principi di carattere sociale ed etico nelle logiche commerciali. Più specificamente, può dare in contributo essenziale a promuovere lo sviluppo sostenibile e il progresso umano*".

[218] M. Betzu, *Stati*, cit., 17.

[219] H.P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, 171.

[220] Anzi, nella prospettiva di H. Brunkhorst, *"There Will be blood". Costituzione senza democrazia?*, in Iride, 2008, 569 ss., la globalizzazione "ha trasformato i mercati entro-lo-stato (state embedded markets) del tardo-capitalismo nazionale negli stati entro-il-mercato (market embedded States) del turbocapitalismo globale".

[221] P. Khanna, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Roma, 2016, 55 ss., 65. Tra le tante stimolanti considerazioni contenute in questo bellissimo libro, mi limito a citare la seguente: "*la connettività ha sostituito la divisione come nuovo paradigma dell'organizzazione globale. La raffigurazione delle nostre infrastrutture ci dice molto più del funzionamento del mondo che non le cartine politiche con i loro confini. La vera mappa del mondo non dovrebbe rappresentare soltanto gli Stati, ma anche le metropoli, le autostrade, le ferrovie, le pipeline, i cablaggi per internet e gli altri simboli della nostra nascente civiltà di network globali* (17)". In termini, v. anche A. Poggi, *Oltre la globalizzazione,* cit., 2020, 9.

destruttura i suoi presupposti costitutivi (soprattutto la tendenziale coincidenza territoriale tra spazio politico e spazio economico)[222].

Non è facile trovare vie d'uscita o ricollocare le pedine sulla scacchiera.

Le risorse del costituzionalismo globale appaiono ancora incerte e frammentarie[223]. Allo stesso modo, il tentativo di valorizzare, in via sostitutiva rispetto alla 'holistic Constitution'[224], processi e ambiti costituzionali parziali ('frammenti di costituzione nella visione teubneriana[225]), legati non alle collettività politiche statali o sovranazionali, ma a "sottosistemi autonomi della società-mondo", pur essendo mosso da considerazioni condivisibili sulla necessità che ogni grande idea costituzionale sia comunque accompagnata e sostenuta da una consapevolezza diffusa, da uno 'scopo morale comune', e soprattutto dalla constatazione che "*l'esclusiva centratura sullo Stato del tradizionale concetto di costituzione renderebbe impossibile la tematizzazione dei fenomeni post-statali e in un certo senso sovra-statali del nostro presente*"[226], sembra insufficiente a generare *spontaneamente* risposte davvero efficaci di fronte alla riduzione delle condizioni di solidarietà ed eguaglianza[227].

---

[222] Come spiega R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, cit., 46, l'economia estroversa si sottrae "all'ambito territoriale di applicazione delle leggi nazionali, al potere della rappresentanza elettorale ed alle politiche redistributive che essa è incline a perseguire". Molto efficace è la metafora di Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 173, che parla di un nuovo capitalismo, "che viaggia leggero con un semplice bagaglio a mano: una cartellina portadocumenti, un computer portatile e un telefono cellulare". Per A. Poggi, Oltre la globalizzazione, cit., 55, "*essendosi indebolito il legame economia - territorio statuale si è al contempo gravemente compromessa la funzione redistributiva dello Stato e perciò lo spazio di esperienza statale è divenuto spesso il campo d'azione delle disuguaglianze*".

[223] Cfr. G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in Annuario AIC 2012, 148, secondo cui "*Da un punto di vista costituzionalistico, la forma istituzionale delle Nazioni Unite non risponde ancora ai 'requisiti minimi' fissati dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*"; e aggiunge, "*nella situazione storica attuale, pertanto, un governo globale -constatata l'inesistenza di una costituzione mondiale in senso proprio- sarebbe necessariamente un Leviatano dispotico e totalitario*".

[224] L'espressione è di N. Walker, *Beyond the Holistic Constitution?*, in P. Dobner and M. Loughlin (eds.), The twilight of Constitutionalism?, Oxford, 2010, 291 ss.

[225] Vedi, di G. Teubner, *Il costituzionalismo della società mondiale: cinque tesi sulle costituzioni degli spazi sociali transnazionali*, in G. Barcellona, R. Di Maria (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, Enna, 2012, 65 ss. Lo studioso parla di una 'nuova questione costituzionale', rivolta alla costruzione di un ordine costituzionale caratterizzato dall'esistenza di "regole limitative, che impediscano l'autodistruzione del sistema ed arginino i danni ai suoi ambienti sociali, umani e naturali". Partendo dalla premessa che "la profonda frammentazione della società mondiale mette in grande difficoltà un costituzionalismo unitaristico", Teubner espone la tesi di una "*costituzionalizzazione limitata a frammenti della società mondiale"; in altri termini, se si vuole persistere nell'idea di una costituzione mondiale, allora la formula può essere solo la seguente: costituzioni proprie dei frammenti globali -delle nazioni, dei regimi transnazionali, delle culture regionali- e il loro collegamento giuridicamente scritto in un diritto che ne disciplini i conflitti*". Dello stesso autore, v. anche *Costituzionalismo della società transnazionale*, in Annuario AIC 2013, Napoli, 2015, 3 ss. Preferisce parlare di una costituzione in senso 'funzionale' M. Dogliani, *Sulla necessità di affiancare alla distinzione tra 'costituzione in senso formale e materiale' quella tra 'costituzione in senso strutturale e funzionale'*, ivi, 98, che così conclude il suo ragionamento: "*perchè si abbia una costituzione in senso funzionale è necessaria una particolare qualità della costituzione in senso materiale: e cioè che le forze politicamente dominanti abbiano consapevolezza dei rischi autodistruttivi cui l'ordinamento è esposto ed abbiano la forza di garantire l'effettività delle norme tese a contrastarli. Si potrebbe dire che la costituzione in senso funzionale è quella che realizza pienamente il principio della rigidità*".

[226] G. Teubner, *Costituzionalismo della società transnazionale*, cit., 12.

[227] Dubbi sul carattere non meno utopico (rispetto all'idea di costituzione globale) della teoria teubneriana sono espressi da F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in Dir. Pubbl., n. 1/2012, 394 ss.

L'eguaglianza ha bisogno di mobilitazione, lotte, conflitti; e di progetti di 'redistribuzione' affidati a percorsi normativi capaci di imporre e di 'prescrivere' in modo vincolante; come ricorda Ciarlo[228], il principio di eguaglianza non è affatto spontaneo, non nasce nella società, viene giuridicamente posto.

In sintesi, lo Stato[229] resta tuttora il canale principale per selezionare e proteggere gli interessi dei più deboli e le logiche dell'eguaglianza[230]. Ma il palcoscenico sul quale è chiamato a svolgere la sua funzione non è più lo stesso[231]; e questo si riflette anche sulla ri-configurazione dello Stato, che a volte lavora da solo, altre volte gestisce politiche insieme ad altri Stati o a istituzioni sovranazionali, in una fluidità di relazioni e di modalità di azione che ne dissolvono l'immagine unitaria[232].

Questo insieme di processi di trasformazione, che chiamiamo sinteticamente 'globalizzazione' (nell'ambito dei quali dobbiamo considerare altresì le sfide che lo sviluppo dei sistemi di AI pongono al mondo del lavoro, la globalizzazione di Internet e del mondo digitale come "*territorio artificiale sovrapposto al territorio naturale e fisico; un non luogo nel quale si svolgono sfere crescenti della vita economica, sociale e politica, oltre che affettivo-relazionale…*"[233], l'evoluzione della struttura demografica globale e nei singoli Paesi, lo spostamento degli equilibri economici e politici mondiali, gli impatti più o meno prevedibili dell'intensificarsi

---

[228] P. Ciarlo, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in Quad. Cost., n. 1/2002, 102.

[229] Gli 'spazi sociali nazionali' di cui parla M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea?*, in Quad. Cost., n. 3/2018, 571.

[230] T. Judt, *Guasto è il mondo*, cit., 141.

[231] Cfr. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 134 ss., 139.

[232] Su questi processi di ri-configurazione dello Stato, v. K. Orren, S. Skowronek, *The Policy State. An American Predicament*, Harvard Univ. Press, 2019; e D. King, P. Le Gales (eds.), *Reconfiguring European States in Crisis*, Oxford Univ. Press, 2017.

[233] G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in Annuario AIC 2016, 457. Di grandissimo interesse sono le riflessioni sull'impatto del mondo digitale (definito come 'infosfera', o 'datasfera', o 'cybersfera') sulle forme della sovranità: v. B. H. Bratton, *The Stack. On Software and Sovereignty*, Cambridge, The MIT Press, 2016; e C. Accoto, *Il mondo dato. Cinque brevi lezioni di filosofia digitale*, Milano, 2017, 106 ss., secondo cui la "*Computazione … non è solo una questione di codce, dati, sensori, architetture, macchine intelligenti, ma … si allarga a comprendere e ridisegnare questioni geo-filosofiche, geo-politiche, geo-giurisdizionali e geo-economiche in un mondo divenuto programmabile. […] Di fatto, le piattaforme disegnano n nuovi regimi di sovranità (platform sovereignty), una sovranità, ancora immatura ed emergente, esercitata su territori e dimensioni fisico-digitali collettive quanto individuali. In questa sua volontà di governo, la pila (appunto The Stack) interseca e mette in discussione altre entità che reclamano anch'esse diritti di dominio e controllo sull'umano e sul pianeta: istituzioni politiche, nazioni e Stati, organizzazioni e imprese, organismi e municipalità locali, reti di trasporti e logistica*". In tema, v. anche le attente riflessioni di F. Faini, *Diritto all'esistenza digitale*, in Biolaw Journal - Rivista dio Biodiritto, n. 3/2019, 94, secondo cui "*il mondo digitale, privo di riferimenti terreni e di 'sovrani', conduce a un inevitabile ripensamento del potere nazionale e un'erosione dei monopoli statali*"; e di E. Maestri, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in Ars Interpretandi, 2016, 6, 19, il quale afferma che "*il diritto digitale segna irreversibilmente la crisi della sovranità dello Stato: la rigidità del diritto statale si rivela incapace di regolare le nuove modalità delle azioni umane; la destatualizzazione produce un diritto flessibile, che si adatta al modello reticolare del mondo digitale*".

della crisi climatica, i movimenti migratori globali)[234], rappresentano un fatto, una premessa[235] in relazione alla quale bisogna provare a ripensare in senso positivo (cioè rivitalizzare) le ragioni fondamentali del costituzionalismo, tra cui l'eguaglianza ha un posto di assoluto e primario rilievo, è una condizione di pensabilità della Costituzione come teoria e come esperienza.

L'eguaglianza, è stato detto in un recente pregevole lavoro di commento all'art. 3 della Cost., è una "sfida lanciata alla storia"[236]. Ma appunto, la storia 'scorre', produce e registra cambiamenti, e tutto questo modifica il terreno sul quale questa sfida viene concretamente portata e messa in azione.

E' illusorio pensare che queste cose non abbiano ricadute anche pesanti.

La globalizzazione non è assolutamente 'neutrale': se è vero che milioni di persone sono uscite da una condizione di povertà estrema, è altrettanto indubbio che gli effetti benefici di questa crescita dell'economia si sono distribuiti in modo fortemente diseguale, sia tra gli Stati, sia all'interno degli Stati[237].

Per altro verso, il fatto stesso che le scelte economiche e fiscali di uno Stato siano sottoposte ad un rating da parte di organismi privati[238], e che questo rating possa incidere sulla valutazione di chi può comprare i suoi titoli del debito pubblico, inevitabilmente si riflette sulle decisioni di un Paese[239] che ha bisogno, per realizzare i suoi obiettivi e i suoi impegni (a cominciare da quelli di rilevanza costituzionale), di ricorrere al debito[240]. Poi certo bisogna capire

---

[234] Per una ampia e comprensiva definizione di globalizzazione, v. J. Habermas, *The Divided West*, Cambridge, 2006, 175, per il quale: "*By 'globalization' is meant the cumulative processes of a worldwide expansion of trade and production, commodity and financial markets, fashion, the media e computer programs, news and communication networks, transportation systems and flows of migration, the risks generated by large-scale technology, environmental damage and epidemics, as well as organized crime and terrorism*".

[235] Come dice G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, cit., 4, "*il fatto che la fuoriuscita di tante attività umane dai confini nazionali abbia anche generato i fenomeni di cui ci lamentiamo, può davvero consentirci di rimettere il dentifricio nel tubetto o deve portarci a rendere più forte, con meno buchi e più rispondente alle nostre aspettative, il tubetto più grande con il quale siamo comunque alle prese?*"; vedi anche G. Silvestri, Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato, ivi, 146, secondo cui "*la globalizzazione non è un male, né un bene in assoluto, ma un 'fatto' con effetti in gran parte irreversibili. Appare irrealistico l'auspicio di tornare indietro rispetto ad un fenomeno dovuto a processi che stanno fuori dalla portata dei governi e delle decisioni politiche*".

[236] Così M. Dogliani - C. Giorgi, Art. 3, cit., 21.

[237] A. Poggi, *Oltre la globalizzazione*, cit., 46; P. Khanna, *Connectography*, cit., 519.

[238] Vedi C. Pinelli, L'incontrollato potere delle agenzie di rating, in costituzionalismo.it, n. 2/2012, 1 ss.; cfr. anche G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, cit., 151, secondo cui le agenzie di rating "non si limitano ad esprimere opinioni -come ideologicamente si tenta di far credere- ma influenzano le decisioni degli Stati e le stesse condizioni di vita di milioni di persone".

[239] In particolare su quelle che riguardano le politiche fiscali, il finanziamento della spesa sociale, il trattamento giuridico ed economico dei lavoratori; cfr., in tema, J. Stiglitz, La grande frattura, cit., 126. Sul dramma della corsa al ribasso nei trattamenti salariali dei lavoratori, si rinvia alle parole forti e angoscianti di S. Massini, Lavoro, Bologna, 2016, 115, in particolare quando ricorda che "*l'inarrestabile foga di un lavoro sempre più affamato di manodopera a basso costo scenderà rapidamente tutti i gradini della piramide…*".

[240] G. Grasso, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in Quad. Cost., 2015/1, 87 ss., 96. Cfr. G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, cit., 37, secondo cui: "*se oggi possiamo dire, come cosa ovvia, che lo Stato può fallire, è perché il suo attributo fondamentale -la sovranità- è franato . Di fronte a lui si erge un potere che non solo lo può condizionare, ma lo può addirittura spodestare. Lo Stato che fallisce china la testa di fronte a una nuova sovranità, la sovranità dei creditori*"; aggiunge ancora questo illustre studioso (44-45) che "*L'indebitamento degli Stati per sostenere i loro debiti non è, dunque, una deviazione dal sistema: è l'anima del sistema […] il potere economico-finanziario è amico delle cicale, non delle formiche. In ogni caso, la debolezza della finanza altrui mette il creditorie in posizione di vantaggio e lo induce a speculare sulle difficoltà del debitore. […] Ciò ingenera un circolo vizioso,*

chi sono realmente questi soggetti[241], come svolgono il loro lavoro, come questo compito -che certamente è di grande importanza in un contesto di mercati finanziari globali- potrebbe essere svolto in condizioni di maggiore trasparenza e imparzialità.

D'altra parte, però, almeno guardando all'esperienza di questi anni, non bisogna dare per scontato che l'impatto dell'economia globalizzata sia così forte da aver travolto o da poter travolgere radicalmente la capacità degli Stati di definire in modo dinamico, e mantenere nel tempo, i loro sistemi di protezione sociale[242], e più in generale, i modelli costituzionali di eguaglianza; i quali, almeno in parte, costituiscono indispensabili elementi di legittimazione sociale e di tenuta degli stessi mercati e dell'economia privata libera[243].

E' sempre una questione di scelte[244], e queste scelte hanno margini di autonomia e di alternativa[245], per quando ridotti e assai complessi[246], e soprattutto un paradigma di riferimento

---

potente, 'sovrano'…". Vedi anche G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, cit., 35, sottolinea la posizione dello 'Stato-debitore', sintetizzabile in una doppia fiducia verso due 'constituencies' "diverse e spesso confliggenti" […]: da una parte si trova il popolo dello Stato, dall'altra il mercato". Sull'importanza della fiducia degli investitori quando un Paese ha bisogno di ricorrere ai mercati per finanziare il proprio debito, v. L. Bini Smaghi, *Morire di austerità*, Bologna, 2013, 176-177. Sulle conseguenze del passaggio "Dallo Stato fiscale allo Stato debitore", v. Le approfondite riflessioni di W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, 94 ss., 100 ss., appunto richiamando il problema della doppia 'constituency'.

[241] G. Azzariti, 2013, 50-51, parla di una 'nuova mappa dei poteri', ma anche di forme di reazione a questi come ONG, movimenti, le stesse istituzioni statali.

[242] Vedi E. Barberis e Y. Kazepov, *Tendenze e prospettive dei welfare state europei*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Introduzione a Id. (a cura di), Diritto di welfare, Bologna, 2010, 146, per i quali "*I dati di lungo periodo ci mostrano che non si è visto né il temuto crollo dei sistemi di protezione sociale, né un loro congelamento con una resistenza indefinita ai cambiamenti esogeni. La globalizzazione economica non si è rivelata travolgente, ma nemmeno neutra*".

[243] Cfr. D. Rodrik, *Globalization Dilemmas & The Way Out*, in Indian Journal of Industrial Relations, vol. 47, n. 3/2012, 395. Vedi altresì le considerazioni di E. Grosso, *I diritti sociali e la crisi economica. Linee di tendenza nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), Diritti sociali e crisi economica, cit., 41, secondo cui l'indebolimento dei meccanismi di welfare, affievolendo la coesione sociale che dovrebbe essere garantita in forza del principio di eguaglianza sostanziale, "produce … vere e proprie diseconomie, quantificabili e misurabili". Cambiando prospettiva, è quello che sostiene anche J. Stiglitz, La grande frattura, cit., 108, quando afferma, provocatoriamente: "*… il consiglio che darei all'1 per cento di oggi è (…) quando vi si chiede di esaminare una proposta tesa a ridurre la disuguaglianza -alzando le tasse e investendo in istruzione, lavori pubblici, assistenza medica e ricerca scientifica- mettete da parte qualunque nozione di altruismo latente e riportate l'idea a quella di un genuino interesse personale. Non abbracciatela perché aiuta gli altri. Semplicemente, fatelo per voi*".

[244] P.R. Krugman, Esiste davvero una contrapposizione tra efficienza ed equità?, in http://2015.festivaleconomia.eu; e M. Giampieretti, Dis-eguaglianza e mercato, in M. Della Morte (a cura di), La diseguaglianza nello Stato costituzionale, cit., 110-113, che sottolinea come, in realtà, "le ricette per ridurre le diseguaglianze prodotte dagli odierni sistemi capitalistici e ricondurle entro limiti accettabili sono ben note" (vedi ivi per una dettagliata descrizione, e per più ampi richiami bibliografici).

[245] Scrive T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, cit., 43, che "*la storia della distribuzione della ricchezza è sempre una storia profondamente politica, che non si esaurisce nella individuazione di meccanismi puramente economici. […] La storia delle disuguaglianze dipende dalla rappresentazione di ciò che è giusto e di ciò che non lo è che si fanno gli attori economici, politici, sociali, dai rapporti di forza tra questi attori e dalle scelte collettive che ne derivano*"; ancora, a pag. 917, scrive: "*affinché la democrazia riesca un giorno a riprendere il controllo del capitalismo, bisogna innanzitutto partire dal principio che le forme concrete della democrazia e del capitale sono ancora e sempre da reinventare*". In questo senso, correttamente, M. Giampieretti, *Dis-eguaglianza e mercato*, cit., 114, scrive che "*dovremmo provare allora a regolare il mercato in modo da renderlo compatibile con i fondamenti dello Stato costituzionale -democrazia, libertà, eguaglianza, solidarietà- prima di andare alla ricerca di nuove forme di organizzazione politica compatibili con il mercato*".

[246] Trovo illuminante questa riflessione di W. Streeck, Tempo guadagnato, cit., 201: "*Se democrazia significa che la giustizia sociale non deve essere assorbita dalla giustizia del mercato, […] democratizzazione dovrebbe significare la costruzione di istituzioni in grado di sottoporre nuovamente i mercati al controllo sociale: dando vita a*

che resta (o almeno così dovrebbe essere) quello costituzionale[247]: ce lo ricorda la Corte Costituzionale quando, nella sentenza 275/2016 afferma che "*È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*"[248]. L'inviolabilità dei diritti sociali, allora, non solo si sviluppa nella giurisprudenza (inevitabilmente casistica e condizionata da una serie di variabili legate all'interesse tutelato, alla ragionevolezza delle misure riduttive anche in rapporto alle loro caratteristiche sostanziali e temporali) sulla determinazione del contenuto minimo essenziale (io preferisco questa seconda accezione)[249], ma potrebbe (anzi dovrebbe) anche portare, secondo una linea interpretativa elaborata proprio da Lorenza Carlassare[250], a conferire a questi 'beni' costituzionali un valore 'prioritario', nel senso di "*rendere più grave e rigoroso l'obbligo di un oculato impiego delle risorse e l'obbligo di destinarle innanzitutto ai bisogni primari, alla realizzazione delle priorità costituzionali, lasciando ad altri obbiettivi ciò che eventualmente rimane*"[251].

Un criterio che soprattutto oggi, nel mondo e nell'Italia dopo la pandemia, sembra particolarmente ragionevole e opportuno.

Questo confronto tra eguaglianza e contesti globali solleva anche un'altra prospettiva di analisi, che potremmo definire in un certo senso 'rovesciata' rispetto a quella riguardante i

---

mercati del lavoro che lasciano spazio alla vita sociale, a mercati dei beni che non distruggono la natura, a mercati del credito che non istigano a far proliferare promesse che nessuno potrà mantenere. Perché qualcosa del genere venga messo davvero all'ordine del giorno, sarebbero necessari anni di mobilitazione politica e di incessanti disordini nei confronti di quell'ordine sociale che al momento si sta costituendo".

[247] Come acutamente sostiene R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 146, "*i processi storici che hanno portato al riconoscimento di essi (i diritti) sono complessi, ma mai irreversibili. Anche l'attuale retrocessione dei diritti, soprattutto di quelli di matrice sociali, e dell'eguaglianza sostanziale che ad essi si è sempre accompagnata, sembra un processo inarrestabile e irreversibile. Ma non lo è affatto: ancora una volta, è solo l'offuscamento prodotto dall'ideologia*"; e ancora, "*L'ordine delle priorità è dettato dal mercato se e solo nella misura in cui gli Stati abdichino al loro compito costituzionale , quello di tutelare i diritti*". Vedi altresì Id., Che cos'è la Costituzione, cit., 51, secondo cui "*il problema è di restituire all'ordinamento costituzionale dei singoli Stati la strumentazione necessaria a ripristinare il controllo democratico dell'azione che il Governo svolge nelle sedi internazionali*". Per considerazioni analoghe v. G.U. Rescigno, *Intorno alle costituzioni, all'economia e ad altre questioni collegate*, in costituzionalismo.it, 2017, I, 7; e M. Benvenuti, *Democrazia e potere* economico, cit., 241.

[248] Per L. Antonini, *Alla ricerca del territorio perduto*, cit., 544, questa sentenza è la dimostrazione che esistono 'anticorpi 'al contesto attuale.

[249] Sulla quale v., per tutti, C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 153 ss., 171 ss.; C. Colapietro, 1996; A. Giorgis, 1999. In realtà, con la consueta acutezza, M. Luciani, *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), Diritti sociali e crisi economica, Milano, 2017, 15, si chiede se "esiste una questione denominabile 'Giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi'", aggiungendo che "*per la sua esistenza occorrerebbero due connesse e -anzi- sovrapponibili condizioni: che vi sia un tempo (o vi siano tempi) di crisi; che la condizione del tempo di crisi si distingua dalla condizione del tempo ordinario. Ch'esse si diano, però, non è sicuro*". Di "crisi economica soffocante, forse destinata a non avere fine", parla anche A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come 'sistema' (notazioni di metodo)*, in Consulta Online, II/2015, 540, aggiungendo che "*Diffuso è, infatti, il timore che si tratti di crisi di "sistema", di modello complessivo di organizzazione e di relazioni sociali, coinvolgente a conti fatti l'intero pianeta*".

[250] L. Carlassare, *Priorità costituzionali*, 2. In questo modo, viene in un certo senso proiettato in avanti, o riletto in chiave 'positiva', il limite costituzionale allo smantellamento dello Stato sociale ricavabile dall'art. 3/2, nella visione di B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 77.

[251] Cfr. anche M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Introduzione a Id. (a cura di), Diritto di welfare, Bologna, 2010, 13, secondo cui "*I diritti sociali non sono, nel nostro sistema costituzionale, un'opzione politica variabile a seconda della maggioranza parlamentare, ma sono un principio giuridico vincolante. I principi di giustizia distributiva sono diventati diritti e le politiche per realizzarli atti dovuti, …. Alle maggioranza politiche è rimesso il modo di realizzarli non il se realizzarli*"; e ancora, "*il vincolo delle risorse è un fatto reale ma vale per tutti i diritti, nessuno dei quali è a costo zero*".

riflessi della globalizzazione soprattutto economica sulla tenuta dei disegni costituzionali statali in tema di eguaglianza.

Si può continuare a parlare di eguaglianza e solidarietà solo con riferimento al nostro contesto statale (o al limite europeo), non vedendo il quadro di spaventose disuguaglianze e asimmetrie che caratterizza il mondo globale? Disuguaglianze che riguardano beni umani e chances di vita fondamentali (come acqua pulita, servizi sanitari adeguati, alimentazione, livelli anche minimi di istruzione) e non solo il reddito[252], e che la comunicazione ormai pervasiva e contestuale fa circolare con una velocità e con una diffusività[253] che finisce col renderle ancora più inaccettabili[254].

Bisogna intendersi su un punto. Molti studi statistici sulla globalizzazione economica enfatizzano il miglioramento in termini assoluti delle statistiche mondiali sulla povertà. Per alcuni studiosi, è su questo versante (vale a dire la riduzione della povertà) che occorre continuare a lavorare, piuttosto che sulle disuguaglianze[255].

Si tratta di un ragionamento secondo me parziale. Non è in discussione il fatto che sia importante, e doveroso, contrastare la povertà, che certamente si porta dietro tutta una serie di conseguenze negative sulla qualità della vita delle persone, sulla loro effettiva dignità sociale. Condivido però l'opinione di chi sostiene che la povertà non esaurisce il tema della diseguaglianza, ma ne rappresenta solo la forma estrema; a questa stregua, preoccuparsi solo delle situazioni che sono "all'estremo inferno della scala sociale significa rinunciare a porsi il problema dell'attuale distribuzione personale di reddito e ricchezza"[256].

Il progetto costituzionale di eguaglianza, del resto, non è solo questo; non è solo contenimento delle sperequazioni più evidenti e insopportabili. L'eguaglianza a cui pensa la Costituzione è promozione sociale[257], mobilità[258], emancipazione. Non a caso, il secondo comma dell'art. 3 mette in sequenza rimozione degli ostacoli di ordine economico-sociale, piena sviluppo della persona, partecipazione alla vita politica, economica, sociale[259].

In che modo questo scandalo interroga il nostro progetto costituzionale di eguaglianza e solidarietà incentrato sulla persona umana?

---

[252] Sul punto v. le riflessioni di A. Sen, *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2000, 112; e Id., *L'idea di giustizia*, cit., 243; e M. Nussbaum, *Creare capacità*, cit., 137 ss.. ; cfr. anche Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, 116 ss., 331 ss., per una lettura non solo 'economicistica' del concetto di 'rimozione degli ostacoli' di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. , e del principio di eguaglianza sostanziale più in generale.

[253] T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., 742, sottolinea che "*la distribuzione istantanea di testi, immagini e suoni in tutti i luoghi del pianeta grazie alle tecnologie informatiche hanno portato a forme di scambio e d'interdipendenza culturale, socio-economica e politico-ideologica mai conosciute in precedenza nella storia dell'umanità*".

[254] A. Schiavone, Eguaglianza, cit., 273.

[255] Per la dottrina costituzionalistica, v. le tesi basate su una valutazione positiva del fenomeno della globalizzazione economica espresse da G. Bognetti, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in Quad. Cost., 2008, secondo cui "*la tendenziale unificazione dell'economia mondiale ha nell'insieme grandemente giovato alla crescita, non solo economica, dei popoli della terra […]. Il carattere disordinato della crescita ha lasciato indietro per ora alcune zone del globo e ha lasciato per strada […] svariate vittime; ma in concreto non esistevano le condizioni perché si potesse ottenere tanto progresso per altra via e con metodi alternativi*".

[256] M. Alacevich, A. Soci, *Breve storia*, cit., 113.

[257] Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013.

[258] Sul lavoro come elemento "eccitatore di mobilità sociale", v. Le classiche riflessioni di C. Mortati, Art. 1, in Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 15.

[259] Da ultimo, v. altresì A. Valastro, *Costituzionalismo, democrazia sociale, dignità dell'esistenza: le ricadute politiche del racconto dei vissuti,* in costituzionalismo.it, n. 2/2019, 193.

I principi costituzionali creano delle aspettative che tendono ad oltrepassare i confini di un territorio e di un sistema giuridico. Come scrive G. Zagrebelsky[260], c'è un ambito costituzionale che non coincide più con l'ambito dello Stato sovrano; la percezione del carattere globale dei fenomeni di disuguaglianza può generare risposte costituzionali parziali (nel senso in cui ne parla Teubner) che prendono le mosse dai contenuti e dalle potenzialità costruttive dei grandi principi costituzionali (come appunto quello di eguaglianza).

In effetti, a me sembra che gli artt. 2, 3, e 11 della Costituzione, letti congiuntamente, possano delineare un progetto di società orientato anche verso l'esterno, finalizzato a promuovere (a provarsi 'seriamente') condizioni di eguaglianza e giustizia basate su una condivisione universale (almeno tendenzialmente e su livelli minimali) dei valori di dignità e di liberazione dal bisogno[261].

Sono principi che richiedono di sentirsi 'interrogati' dallo sguardo dell'Altro [Levinas], di "trascendere la prospettiva limitante derivante dalla nostra particolare posizione"[262].

Prendere sul serio questa 'lettura 'ha delle conseguenze in termini di doveri degli Stati economicamente più sviluppati di intervenire in favore degli Stati e dei popoli esclusi dal circuito del benessere[263]. Non è facile, e può sembrare persino utopico ragionare di giustizia distributiva su scala globale[264]. Bisognerebbe ri-pensare davvero ad una tassa globale minima[265], capace di adeguare il fisco alla 'smaterializzazione' e alla 'deterritorializzazione' delle transazioni economiche e di attenuare la gara al ribasso (fiscale) degli Stati (non solo di quelli che vengono etichettati come 'paradisi fiscali'); e ad istituzioni internazionali competenti a promuovere le condizioni di uno sviluppo equilibrato [Stiglitz, Silvestri].

---

[260] *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 390-391.

[261] Per G. Scaccia, *Il territorio*, cit., 448-449, queste disposizioni esprimono un disegno di umanizzazione della storia]. Vedi anche A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, cit., 123 ss.

[262] A. Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 165, che aggiunge: "Scambiare le posizioni è uno dei modi per vedere nel mondo cose nascoste"; e ancora, "la prossimità che si stabilisce nella relazione con persone a noi distanti è ricca di importanti implicazioni per il concetto generale di giustizia, soprattutto nel mondo contemporaneo.

[263] Per B. Barry, *Why Social Justice Matters*, London, 2005, 28, "*se I Governi non hanno I mezzi per fornire a ogni loro cittadino cose come un'adeguata abitazione e un adeguato apporto nutrizionale, acqua potabile, buone condizioni igieniche e un ambiente complessivamente sano, istruzione e assistenza medica, allora i paesi ricchi, singolarmente o in collaborazione, hanno l'obbligo di intervenire affinché, in un modo o nell'altro, tali risorse divengano disponibili*". Aggiunge A. Sen, L'idea di giustizia, cit., 389, che l'enunciazione di diritti umani è un invito all'azione -al cambiamento sociale- e non è per nulla subordinata a previe condizioni di fattibilità. Cfr., in argomento, M. Nussbaum, *Giustizia e aiuto materiale*, tr.it., Bologna, 2008, passim e spec. 90-91;

[264] R. Dahrendorf, Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile, Bari-Roma, 2005. G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione*, cit., 151, sottolinea però che "il legame alla attualità non deve tuttavia far perdere di vista le finalità sostanziali e durature del costituzionalismo".

[265] Ritiene che questa proposta, anche se oggi appare utopica "e forse anche orientata in una direzione non condivisibile", esprima "un'incontestabile esigenza di misura e di disciplinamento", A. Schiavone, *Eguaglianza*, cit., 280, e 813. Sulla celebre proposta della Tobin Tax, ipotizzata nel 1978 dal premio Nobel James Tobin, vale a dire un'imposta minimale sui cambi, corrispondente allo 0,5% del valore delle transazioni internazionali, v. A. Poggi, Oltre la globalizzazione, cit., 32. Per analoghe riflessioni sul tema, v. A. Baldassarre, Globalizzazione contro democrazia, Roma-Bari, 2002, 364. E' di questi giorni la proposta dell'Amministrazione Biden di una 'tassa minima globale' che possa fermare la corsa al ribasso dei Paesi contrastando il fenomeno negativo dei paradisi fiscali e la concorrenza sleale tra Stati; si tratterebbe di una imposta sulle imprese configurata in modo da funzionare come parametro fiscale minimo in tutto il mondo. Se ne è parlato, arrivando ad una prima intesa (anche se è prevedibilmente ancora lungo il percorso per definire tempi e modi di questa tassazione minima globale), al G7 di giugno (2021).

Più andiamo avanti però, e più questa utopia assume forme quasi inevitabili[266], legate alla insostenibilità dell'attuale situazione[267], nella quale povertà estrema, degrado ambientale e sociale, incontrollabilità dei processi migratori, diffusione crescente di elementi di insicurezza e violenza, si alimentano vicendevolmente[268].

La linea di percezione della tollerabilità e dell'accettazione delle disuguaglianze, come spiega con parole assolutamente convincenti L. Ferrajoli[269] , è "*un fatto sociale, legato alla pratica soggettiva e collettiva dei soggetti che di quella percezione sono portatori: una percezione dapprima minoritaria perfino tra quanti della disuguaglianza sono vittime, poi condivisa dalla maggioranza di costoro e infine destinata, con lo sviluppo e il successo delle loro lotte, a generalizzarsi e a divenire senso comune*". L'eguaglianza come sentimento che prende forma attraverso l'accorgersi delle condizioni degli *Altri*, la scoperta -attraverso l'immedesimazione- che esse non sono tollerabili, che da un lato nasce dalla interrogazione che la realtà rivolge alla nostra coscienza con la forza scandalosa delle immagini e del racconto quotidiano della sofferenza e della diseguaglianza estrema, e dall'altro può riproporsi come fattore costituivo di nuove idee, di nuovi concetti sociali e politici.

E' la tesi di Lynn Hunt, in un bellissimo volume sull'esplosione del discorso dei diritti e dell'eguaglianza con le rivoluzioni di fine '700. Il titolo della traduzione italiana, "*La forza dell'empatia*", affiancato al titolo originale, "*Inventing Human Rights*", prova appunto -con un'indagine ardita ma tutt'altro che priva di riscontri- a collegare la diffusione di una certa letteratura (che oggi definiremmo banalmente epistolare) con il determinarsi di uno sfondo culturale e sociale favorevole all'affermazione, in quel tornante decisivo della storia, della nuova piattaforma morale e giuridica dei diritti e dell'eguaglianza. Per la storica inglese, "*i romanzi agivano sui lettori nm modo da renderli più sensibili agli altri invece che semplicemente immersi in se stessi […], i diritti umani riuscirono a fiorire soltanto quando gli individui impararono*

---

[266] C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in Annuario AIC 2013, cit., 153, con la consueta eleganza e profondità di riferimenti culturali, cita all'inizio del suo contributo una poesia di Galeano, che ad un certo punto recita: "Finestra sull'utopia - Lei è all'orizzonte […] mi avvicino di due passi, lei si allontana di due passi - Cammino per dieci passi e l'orizzonte si sposta di dieci passi più in là - Per quanto io cammini, non la raggiungerò mai- A cosa serve l'utopia? Serve proprio a questo: a camminare".

[267] Di utopia necessaria parla A. Spadaro, *Dai diritti individuali ai doveri globali*, Soveria Mannelli, 2005. Sempre A. Spadaro, I diritti sociali, cit., 8, sottolinea che "una *teoria dei diritti fondamentali, soprattutto dei c.d. diritti sociali, è buona solo se è accompagnata da un'adeguata teoria dei doveri, capace di combinarsi con la prima dando vita a una coerente e unitaria teoria della giustizia, e segnatamente della giustizia distributiva (o re-distributiva) fra ricchi e poveri del mondo intero*". Secondo L. Ferrajoli, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, cit., 43, "*…dobbiamo riconoscere che l'idea più irrealistica è che la realtà possa rimanere a lungo così come è (…) senza che nei tempi lunghi la rivolta degli esclusi non travolga le nostre stesse democrazia; che potremo continuare a declamare credibilmente come 'valori dell'Occidente' la democrazia e i diritti umani, l'uguaglianza e la dignità delle persone, se non saranno rimosse o almeno ridotte l'oppressione, la fame e la miseria di miliardi di esseri umani, che di quei valori sono una clamorosa smentita*".

[268] Ancora A. Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 183-184, afferma che "*… oggi, nessuna teoria della giustizia può più ignorare l'intero mondo al di là dei confini nazionali, né rinunciare a considerare la nostra sempre più diffusa prossimità […]. Nel mondo di oggi sono ben pochi coloro che non possiamo ritenere prossimi a noi*"; in senso analogo, v. A. Schiavone, *Eguaglianza*, cit., 272, secondo cui "*se stringiamo i confini del pianeta in unico colpo d'occhio -come ormai è facile- ci accorgiamo che in nessun passato i suoi abitanti sono stati così contigui e legati tra loro: tanto da diventare tutti, ormai, 'il nostro prossimo', nel senso letterale di nostri vicini*".

[269] L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, cit., 480, proprio riferendosi "*a quel grande apartheid mondiale che esclude i quattro quinti della popolazione mondiale dalle nostre ricche e privilegiate cittadinanze*".

a pensare agli altri come a loro pari, fondamentalmente uguali a loro. Impararono questa uguaglianza, almeno in parte, attraverso l'esperienza dell'identificazione con personaggi comuni che sembravano drammaticamente presenti e familiari, anche se in definitiva erano immaginari"[270].

Una ricostruzione avvincente, quella della Hunt, che ha trovato un riscontro teorico-scientifico negli studi del neuroscienziato portoghese Antonio Damasio sui 'sentimenti' come "catalizzatori delle risposte che hanno avviato le culture umane"[271]. In questo senso, è certamente vero che l'eguaglianza resta qualcosa di 'artificiale'[272], un principio "giuridicamente posto"[273], ma -come del resto per tutti i grandi principi costituzionali- ha bisogno di un sostrato sociale, di una cultura condivisa in cui possa trovare alimento e spinta rigenerativa[274].

Il mondo ha bisogno di meccanismi di coesione. Alcuni problemi richiederanno con sempre maggiore forza una gestione 'globale'; penso ad esempio alla crisi climatica (in relazione alla quale si è parlato emblematicamente di un nuovo 'Leviatano).

E in fondo, questione sociale (ed economica) e questione ecologica sono strettamente collegate tra di loro, come si può rilevare chiaramente dagli obiettivi dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile[275]. Il concetto di sviluppo sostenibile contiene insomma nel suo orizzonte tutte le grandi questioni del mondo contemporaneo, e tra queste la questione della disuguaglianza, economica e sociale[276].

Disuguaglianza e abuso nei confronti dei beni naturali sono le due immagini più negative della globalizzazione. La reazione 'positiva' deve muoversi contemporaneamente su questo doppio, ineludibile, registro; scrive F. Viola[277] che "*Società e natura non possono essere più pensati come sistemi separati. Se il diritto si occupa della sopravvivenza dell'uomo, allora*

---

[270] L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Roma-Bari, 2010, 37 e 40.

[271] A. Damasio, *Lo strano ordine delle cose*, tr. it., Milano, 2018, 23 e 39, che così scrive: "*è concepibile che i sentimenti possano avere motivato le invenzioni intellettuali che hanno dato al genere umano, 1) le arti, 2) l'indagine filosofica, 3) le condizioni religiose, 4) le regole morali, 5) la giustizia, 6) i sistemi di governance politica e le istituzioni economiche, 7) la tecnologia e 8) la scienza? Risponderei affermativamente, senza riserve*".

[272] "Il principio di eguaglianza, il più artificiale di tutti" (come hanno scritto M. Dogliani- C. Giorgi, Art. 3, cit., 13). Scrive F. Modugno, *Breve discorso intorno all'uguaglianza. Studio di una casistica: i minori e i nuovi media*, in Osservatorio AIC, marzo 2014, 1, "l'uguaglianza degli uomini non è un dato di fatto. E' un obiettivo da perseguire".

[273] P. Ciarlo, *Contro l'idea di Costituzione spontanea*, in Quad. Cost., n. 1/2002, 102; e M. Betzu, *Stati*, cit., 113.

[274] Come nota J. Stiglitz, *La grande frattura. La disuguaglianza e i modi per sconfiggerla*, Milano, 2016, 93, "*più una società si divide in termini di ricchezza, più riluttanti diventano i ricchi a splendere denaro per le necessità comuni. I ricchi non devono contare sul governo per avere parchi, istruzione, cure mediche, sicurezza personale: possono comprarsi tutto questo da soli. Nel frattempo, si allontanano sempre più dalla gente comune, perdendo qualunque empatia potessero avere un tempo*".

[275] C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 221, afferma che "sarebbe auspicabile che un'attenzione pari a quella prestata alla limitatezza delle risorse finanziarie sia rivolta alla finitezza delle risorse naturali". In argomento, sia consentito il rinvio a A. D'Aloia, *Natura scienza diritto: relazioni incrociate,* in Dir. Cost., 3/2020, 99 ss., 156 ss.

[276] Anche per A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, cit., 140, "il problema della solidarietà 'oltre i confini temporali' è strettamente legato a quello della 'solidarietà verso l'esterno', nei confronti dei popoli e dei Paesi stranieri". In senso analogo, v. A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali*, cit., 553, secondo cui "*la solidarietà ha da aprirsi e spiegarsi a raggiera, praticamente per ogni dove, facendosi apprezzare altresì nelle sue proiezioni intergenerazionali e al piano delle relazioni interordinamentali*".

[277] F. Viola, *Il ritorno della natura nella morale e nel diritto*, Lezione di filosofia del diritto, Univ. Palermo, 1993-94, 36.

dovrà occuparsi anche della sopravvivenza della natura, data l'impossibilità attuale di scindere l'una dall'altra".

L'idea del contratto sociale come base del costituzionalismo statale ha bisogno di essere completata da una seconda parte, che va integrata con la prima. Michel Serres[278] parla di un 'contratto naturale', appunto come parte essenziale di un nuovo 'contratto sociale'. Nella sua riflessione, "*Ritorno alla natura … significa aggiungere al contratto esclusivamente sociale la stipulazione di un contratto naturale di simbiosi e di reciprocità in cui il nostro rapporto con le cose lascerebbe dominio e proprietà per l'ascolto ammirativo, la reciprocità, la contemplazione e il rispetto. […] Il diritto di dominio e di proprietà si riduce al parassitismo. Il diritto di simbiosi si definisce invece per reciprocità: tanto la natura dà all'uomo, tanto il secondo deve rendere alla prima, divenuta soggetto di diritto*".

Di sicuro, è in-sostenibile (e dunque deve essere corretto) il livello delle disuguaglianze economiche tra le diverse aree del mondo, come pure tra segmenti diversi nell'ambito degli stessi contesti sociali ed economici più evoluti. Ha ragione Piketty quando scrive che "*le società umane non possono vivere senza ideologie che cerchino di dare un senso alle loro disuguaglianze … soprattutto a livello transnazionale*"[279].

Il nuovo 'Leviatano' (inevitabilmente anche 'globale'), che dovrà rispondere (una sorta di ottimismo della necessità) alla sfida del climate change non potrà non porsi anche il tema della costruzione di un nuovo ordine sociale ed economico in cui i bisogni elementari dell'esistenza umana siano soddisfatti il più diffusamente possibile, e in cui sia il più possibile effettivo e diffuso l'accesso alle risorse fondamentali per una vita dignitosa. Queste cose sono infatti collegate e hanno bisogno di risposte coerenti e unitarie[280].

Ma soprattutto, come sottolinea acutamente Branko Milanovic[281], in un mondo sempre più interconnesso "non c'è spazio per una uguaglianza che non sia (almeno in termini di aspirazione progressiva, tendenziale) globale". La comunicazione in tempo reale sbatte costantemente in faccia agli esclusi la loro condizione, amplifica il senso di ingiustizia, e accelera pericolosamente l'urgenza di immaginare e mettere in campo azioni e strumenti di correzione.

Bisogna intendersi: non è in discussione la prospettiva di uno Stato globale. Come spiega però A. Sen[282], "*se si considera la democrazia in termini di riflessione pubblica* (e non

---

[278] M. Serres, *Il contratto naturale*, trad. it., Milano, 2019, 54-55.

[279] T. Piketty, *Capitale e ideologia*, cit., 1168.

[280] Vedi F. Biondi Dal Monte, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in Rivista Gruppo di Pisa, 2012, n. 3, 70-71, secondo la quale "*è necessario stimolare una "solidarietà tra estranei" che, con rilevanti effetti storici, ha già trasformato, in passato, la coscienza locale e dinastica in una coscienza nazionale e democratica: un processo di apprendimento che oggi è chiamato a superare i confini della nazione e della cittadinanza. I problemi che dobbiamo affrontare (sociali, economici, ambientali, politici) sono di portata mondiale e possono essere risolti soltanto se vi sarà un'effettiva cooperazione tra Stati e tra persone*"; e aggiunge, "*In questo contesto l'uomo ha il diritto-dovere di interessarsi dei problemi degli altri uomini, con un atteggiamento di solidarietà e condivisione che trova il suo fondamento nell' humanitas, e cioè nella consapevolezza della comune natura di esseri umani che porta a vedere nella condizione di straniero uno dei molteplici riflessi della propria*".

[281] B. Milanovic, *Mondi divisi. Analisi della disuguaglianza globale*, cit., 216-217.

[282] A. Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 413, dove l'illustre studioso, sottolineando l'azione di varie istituzioni e soggetti -anche non governativi- a livello internazionale, afferma che "*Naturalmente non si tratta di formulazione perfette, ma rappresentano comunque una realtà e in alcuni casi dimostrano anche una certa efficacia, per esempio*

solo di strutture istituzionali e politiche in senso stretto)*, allora la pratica di una democrazia globale non è necessariamente destinata a rimanere nel cassetto a tempo indeterminato*"[283].

9. Eguaglianza e non discriminazione nel quadro costituzionale 'comune' (europeo e nazionale)

Tutti i grandi principi costituzionali hanno una storia in cui la dimensione nazionale non è ormai più, da tempo, l'unico piano di lettura. Anche per l'eguaglianza l'elaborazione giurisprudenziale, culturale, politico-legislativa che si è sviluppata all'interno del nostro ordinamento, si è integrata, da un certo momento in poi, con declinazioni e contenuti di provenienza comunitaria, europea, che in molti casi sono diventati sostanzialmente 'comuni', espressione di una dimensione costituzionale osmotica, fatta di costituzioni parziali, che si integrano e si completano vicendevolmente.

Nella visione di P. Haberle[284],"I due aspetti, quello relativo al quadro costituzionale europeo e quello relativo al quadro costituzionale nazionale, procedono assieme. […] L'Europa è divenuta nella forma e nel contenuto una parte integrante delle Costituzioni nazionali"[285].

In questo contesto, qual è stato il contributo dell'Europa alla configurazione dinamica del principio di eguaglianza? In che misura è diversa la concezione comunitaria dell'eguaglianza? Quali sono stati (e quali potrebbero o dovrebbero essere) i riflessi del processo di integrazione europea sul principio di eguaglianza nelle sue dinamiche di concretizzazione.

A me pare (l'ho detto anche in altre occasioni) che il diritto eurounitario abbia fatto un percorso importante, che non va minimizzato, di avvicinamento alla questione dell'eguaglianza e dei diritti legati alle condizioni materiali di vita delle persone, nonostante l'idea originaria fosse quella di costruire un mercato e lasciare agli Stati la sovranità 'sociale'[286]. Idea che tuttora resta sostanzialmente confermata, anche se soprattutto dopo Amsterdam la UE abbia acquisito una serie di competenze parziali sulle politiche sociali[287], e questo si sia tradotto

---

quando danno sostegno a quelle istituzioni che contribuiscono alla diffusione di informazioni e promuovono una discussione pubblica a livello internazionale. La pluralità delle fonti accresce la portata della democrazia globale così intesa".

[283] Secondo D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004, 3, la globalizzazione economica, inoltre, è positiva perché non genera solo mercato Essa, infatti, è anche il "processo di estensione globale delle relazioni sociali tra gli esseri umani, tale da coprire lo spazio territoriale e demografico dell'intero pianeta". In questa prospettiva, come sottolinea A. Sen, *Dieci punti sulla globalizzazione in Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002, 4. E' innegabile che essa abbia "arricchito il mondo dal punto di vista scientifico e culturale, così come ha arrecato benefici economici a molti popoli". Di una"mondializzazione della dimensione del sentimento egualitario", che ha sicuramente condotto le organizzazioni internazionali a combattere le forme più odiose di "estromissione dall'umanità", ha parlato P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, cit., 298.

[284] Dallo *Stato nazionale all'Unione Europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *DPCE*, 2002, 455-456, e 460.

[285] Cfr. anche A. Di Martino, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca.* Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana, in Federalismi.it, 30 maggio 2012, 2, che usa la formula "Stato costituzionale aperto", richiamando l'espressione tedesca "Der Offene Verfassungsstaat".

[286] S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in Scritti in onore di Gaetano Silvestri, cit. , 2349].

[287] M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, cit., 139 ss., parla di "*perdurante evanescenza dei titoli competenziali in merito alla politica sociale dell'Unione Europea, …, da cui si apprende chiaramente che la dimensione sociale è colta, al più, come effetto di altre politiche, e non configurata come oggetto di una competenza propria dell'ordinamento sovranazionale*".

anche in arricchimento del quadro teleologico dei Trattati (come testimoniano ad esempio, tra gli altri, gli artt. 2 TUE, 3 e 9 TFUE).

Tuttavia, già a partire dagli anni '70, la Corte di Giustizia elabora una sua versione dell'eguaglianza, che non è poi tanto lontana dagli schemi interpretativi delle corti costituzionali nazionali; su alcuni aspetti, la Corte europea andrà addirittura più avanti, evidenziando significati e possibilità operative prima che tali evoluzioni avvenissero anche in sede nazionale.

E lo fa utilizzando la chiave del principio di non discriminazione, che è stato probabilmente uno degli strumenti più potenti del processo di integrazione europea. Per certi versi, non poteva che essere così.

Una 'comunità di diritto' sovranazionale [già nella Van Gend en Loos del 1963, la Corte parlò di "ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini"], fondata sulla libertà di circolazione delle persone (oltre che delle merci, dei capitali e dei servizi), non può che avere nel suo DNA un principio di non discriminazione: innanzitutto in rapporto alla nazionalità, e poi in rapporto a tutte quelle condizioni (sesso, razza, condizioni personali, lingua, religione) a loro volta in continuo aggiornamento e riconfigurazione, che, collegate con i contesti giuridici e sociali interni agli Stati membri, e con la stessa circolazione, possono determinare situazioni di discriminazione.

Insomma, c'erano fin dall'inizio tutti i tasselli, bisognava solo comporre il mosaico, ma secondo un disegno già tracciato.

Il principio antidiscriminatorio è stato uno dei canali di 'collegamento 'e di 'interscambio ' (appunto reciproco) tra l'ordinamento europeo e le esperienze costituzionali statali.

Da un lato, la Corte di Giustizia lo ha usato per sostenere e giustificare la sua strategia integrazionista, per condizionare in senso 'comunitario 'gli sviluppi delle legislazioni nazionali. Nondimeno, dalla porta del principio di non discriminazione sono passati dentro le logiche decisionali e le motivazioni del Giudice europeo alcuni dei significati e delle proiezioni sostanziali dell'eguaglianza, vera e propria grundnorm del costituzionalismo europeo (statale) del secondo novecento. In questo modo, lo spazio giuridico europeo si è riempito di significati sociali, e le istanze della dignità umana, dell'eguaglianza e della coesione economica e sociale sono diventati contemporaneamente obiettivi prioritari delle politiche 'comunitarie', e basi teleologiche ed assiologiche di una "prospettiva costituzionale comune".

L'apparente disattenzione della Comunità europea rispetto ai temi sociali, e la sua impronta "settorialista" collegata al mercato comune e all'economia, ha lasciato così il passo ad una ricerca sempre più 'generale 'di progresso e miglioramento delle condizioni di vita delle persone, e di coesione sociale, che alla fine è andata oltre gli ambiti tradizionalmente 'economici 'della discriminazione e delle politiche di contrasto; perché in fondo il linguaggio dell'eguaglianza (la sua 'grammatica 'e i suoi contenuti) non ha un settore o una categoria di riferimento, ma opera potenzialmente in tutti i settori e o nei confronti di tutte le categorie. D'altronde, era forse un destino già scritto. L'arricchimento del disegno finalistico dello spazio comunitario con valori e scopi quali coesione sociale, crescita sostenibile, protezione sociale, lotta alle discriminazioni, occupazione, era in un certo senso 'nelle cose', giacchè se ci si occupa del mercato

non si possono poi eludere le sue distorsioni, e la necessità di intervenire per correggerle o limitarne gli effetti 'diseguaglianti'.

Un esempio particolarmente significativo di questa attitudine espansiva della Corte europea nella trascrizione del principio di non discriminazione viene dal campo delle politiche antidiscriminatorie legate al sesso. Già nella Defrenne I del 1976, la Corte di Giustizia aveva sganciato l'istanza della parità retributiva delle donne (affermata dal 'vecchio 'art. 119 TCE) da un quadro finalistico di stampo semplicemente 'mercatista 'e anticoncorrenziale. Era una questione di eguaglianza, sebbene non comparisse questa parola nel ragionamento della Corte, che però due anni dopo [Defrenne II] dirà che al principio antidiscriminatorio corrispondono diritti umani fondamentali dei soggetti appartenenti alla classe sottorappresentata.

L'evoluzione di questa giurisprudenza, com'è noto, ha proiettato il principio antidiscriminatorio oltre il profilo della retribuzione (toccando tutti gli elementi e le forme del rapporto di lavoro, dalla formazione professionale alla progressione in carriera, ai lavori atipici), e dello stesso rapporto di lavoro dipendente (privato o pubblico), per poi legittimare interventi non più solamente di divieto e di sanzioni nei confronti di chi discrimina, ma meccanismi promozionali, misure specifiche di vantaggio, come recita l'art. 23 della Carta di Nizza (il tema, per intenderci, delle 'azioni positive', originariamente bocciate dal Giudice costituzionale italiano, e oggi cautamente ammesse anche sul piano della partecipazione delle donne alla vita politica); dal 'sesso 'come genere, come elemento di differenza/eguaglianza tra uomini e donne[288], la Corte è poi passata ad interessarsi al 'sesso 'come 'orientamento', come dato 'evolutivo', con le sentenze sui diritti dei lavoratori transessuali, e quelle più recenti che riguardano la controversa questione del rapporto tra diritti cd. 'familiari '(licenze, permessi, prestazioni previdenziali collegate alla vita familiare) dei lavoratori e forme di riconoscimento delle coppie tra persone dello stesso sesso.

Non è stato tutto e solo 'giurisprudenza'; ma certo, la Corte ha aperto gli spazi, ha condotto il gioco. Il 'legislatore 'europeo ha percorso questi spazi, qualche volta ha fornito gli strumenti (come appunto le varie direttive sul principio di non discriminazione, a partire dalla 76/207) che poi comunque l'interprete ha maneggiato e orientato verso certi risultati; in qualche caso, ha persino dettato un ritmo diverso da quello che era sembrato emergere in prima battuta dall'elaborazione del Giudice (emblematico il caso delle azioni positive, e la 'reazione ' delle istituzioni politiche comunitarie dopo la sentenza Kalanke, con la modifica dell '(allora) art. 141 TCE e l'inserimento proprio della clausola che permette le 'misure specifiche di vantaggio 'per una classe 'sottorappresentata').

Non è più solo il mercato la bussola che guida la progressione dell'ordinamento europeo: nei Trattati, soprattutto con Amsterdam (e, in ultimo, Lisbona[289]), si parla di giustizia,

---

[288] Come nota O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, cit., 8, "il concetto di uguaglianza sessuale costituisce un ossimoro", caratterizzato (secondo l'opinione di M. Barbera, Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro, Torino, 1991, 40) da "una tensione intrinseca tra il concetto di uguaglianza, che presuppone somiglianza, ed il concetto di sesso, che presuppone differenza". Da ultimo, v. l'importante studio di M. D'Amico, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020.

[289] Per M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea?*, in Quad. Cost., n. 3/2018, 567, "*pur con tutti i suoi limiti, …, il Trattato di Lisbona ha assegnato all'Unione obiettivi chiari ed ambiziosi in campo sociale",*

protezione sociale, istruzione, coesione sociale, l'ambiente ideologico di riferimento è quello dell'economia sociale di mercato, che prova a contemperare e a trovare un giusto equilibrio tra elementi tutti costituzionalmente rilevanti: l'eguaglianza, la dignità sociale, la tutela dei più deboli, e al tempo stesso, l'efficienza economica, l'equilibrio delle finanza pubbliche, la tutela del risparmio. Nella consapevolezza che queste cose stanno tutte dentro lo stesso progetto, altrimenti il progetto finisce, in un caso o nell'altro (anche se per vie differenti) per diventare insostenibile.

Con la Carta di Nizza, questo processo trova un ulteriore tassello di consolidamento. Questa Carta contiene parole nuove. E 'un catalogo dei diritti moderno, che da un lato completa il modello CEDU, e lo stesso sistema comunitario, assorbendo dal costituzionalismo statale il carattere fondamentale dei diritti sociali e culturali; dall'altro introduce contenuti che attualizzano lo stesso discorso statale sui diritti, soprattutto rispetto alle costituzioni scritte nell'immediato post- seconda guerra mondiale: penso al riferimento, contenuto nel preambolo, alla responsabilità e ai doveri nei confronti delle generazioni future; alla previsione di disposizioni specifiche in tema di bioetica, consenso informato, divieto di clonazione riproduttiva e di pratiche eugenetiche, divieto di fare del corpo umano una fonte di lucro (art. 3); ai profili concernenti la protezione dei consumatori; all'inserimento nella sfera di attrazione del principio di non discriminazione di elementi l'origine sociale, le caratteristiche genetiche, il patrimonio, l'età o le tendenze sessuali.

Senza contare che, in questo nuovo contesto, sono anche i concetti tradizionali del diritto comunitario a subire una trasformazione, o meglio una rigenerazione di fronte a nuovi principi, tra cui spicca il riferimento come valore centrale alla dignità della persona anche come 'dignità sociale', "nella sua concretezza, nelle sue relazioni umane, e dunque sociali"[290].

La classica libertà di circolazione perde il suo legame esclusivo con le esigenze del mercato comune e della sfera economica: chi può e deve circolare non è più solo l'imprenditore che ha bisogno di conquistare nuovi spazi e possibilità di profitto per la sua attività, o il lavoratore; ma il cittadino, lo studente, il quale ha bisogno che la sua libertà di circolazione non si rifletta negativamente sul suo bagaglio di diritti e libertà fondamentali.

E 'un passaggio chiave. In questo modo, la libertà di circolazione diventa un ulteriore, potente fattore di omogeneità costituzionale (soprattutto in relazione al tema dei diritti), una sorta di 'veicolo 'sul quale viaggiano non solo 'merci', capitali, servizi, ma appunto 'persone', i 'cittadini europei', con le loro esigenze di rispetto dei diritti fondamentali, della dignità umana, che non possono essere troppo diverse da Paese a Paese, altrimenti a risentirne è proprio la libertà di circolazione.

Non posso fare esempi; non sono poche però queste potenzialità aperte dalla rilettura della categoria della cittadinanza europea o del principio della libera circolazione (è sufficiente richiamare l'accesso ai sistemi sanitari dei diversi Stati membri, o il tema, del matrimonio

---

tra cui promozione dell'occupazione, inclusione e non discriminazione, uguaglianza tra donne e uomini, solidarietà tra generazioni e diritti dei bambini, coesione economica, sociale e territoriale. Nondimeno, sempre questo A. nota che l'avvento della crisi finanziaria e la conseguente recessione "hanno bruscamente interrotto questa traiettoria di conciliazione fra Europa economica e sociale…".

[290] Così A. Apostoli, *La dignità sociale*, cit., 5.

omosessuale, o comunque di come dare riconoscimento e tutela giuridica alla partnership omosessuale).

Quello che abbiamo descritto è un cammino che ha avuto (e continua ad avere) però le sue controspinte e le sue resistenze. Proprio Gaetano Silvestri, a commento delle famose 4 sentenze identificate dal brand 'Laval Quartet' (il riferimento è ai casi Viking, Laval, Ruffert e Commissione vs. Lussemburgo) ha scritto: "*le libertà economiche sono la Costituzione storica dell'UE, i diritti sociali guadagnano terreno con una certa difficoltà*[291]*. Il superamento della originaria impostazione esclusivamente mercatistica dell'UE è bene espresso in termini generali, di principio, dalla stessa Corte che ricorda come la Comunità non abbia soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale: i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali, devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, […]. Tutte cose molto belle, peccato che poi la conclusione sia nel senso che questo bilanciamento finisca per essere una secca diminuzione della tutela del diritto di sciopero*".

Insomma, questi contrattempi dimostrano quale sia il peso e la forza che le libertà economiche continuano ad avere nello scenario giuridico europeo e nei bilanciamenti della Corte di Giustizia. Anche i nuovi assestamenti post-Lisbona non sembrano promettere cose molto positive: voglio solo ricordare (poi la richiamerò più avanti) la sentenza Abercrombie Italia del 2017. Un'analoga impressione di inversione di tendenza la si ha confrontando, sul tema della concessione di prestazioni sociali in favore di cittadini dell'Ue inattivi che esercitino la libertà di circolazione senza avere un diritto di soggiorno nel Paese ospitante ai sensi della direttiva 2004/38, la sentenze Zambrano e Martinez Sala da un lato, con le più recenti Dalo, Alimanovic, Brey, Commissione c. Regno Unito[292].

Quanto all'altro sistema europeo, quella CEDU, nella sua fisionomia genetica mancano i diritti sociali. Nondimeno, la Corte europea dei diritti dell'uomo talvolta è riuscita a raggiungere risultati ascrivibili alla sfera dei diritti sociali attraverso una lettura avanzata e 'progressista'

---

[291] A. Spadaro, *I diritti sociali*, cit., 2, sottolinea che "*i diritti sociali sono la vera e propria "cartina di tornasole" dell'imperfezione di questo così lungo processo di integrazione europea. Infatti, se l'Unione è stata in grado di operare un'ampia redistribuzione "territoriale" di aiuti finanziari (c.d. politiche di coesione sociale), più o meno bene gestiti da Stati e Regioni, essa non è ancora riuscita a costruire un vero sistema di attribuzione "individuale" di diritti sociali. In particolare "due" sono le prove eloquenti della ricordata imperfezione e, quindi, della natura solo parzialmente compiuta e solidale di tale ordinamento: 1) l'adozione di una moneta unica senza una vera politica economico-finanziaria e fiscale comune (cosa che ha riverberi drammatici sulla "sostenibilità" per tutti proprio dei diritti sociali) e 2) il riconoscimento limitato dei diritti sociali stessi, per la presa di distanza – c.d. clausola di opting out – di alcuni Paesi: Regno Unito, Polonia, Repubblica Ceca (cfr. anche artt. 8, 9, 10, 11 e 12 Trattato UE e il Protocollo n. 30)*".

[292] Vedi l'ampio studio di S, Giubboni, *La solidarietà come 'scudo'. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in Quad. Cost., n. 3/2018, 591 ss., il quale sottolinea come "*il principio di solidarietà, che nella fase ascendente della cittadinanza europea era stato usato come 'spada' per aprire una nuova dimensione dei diritti sociali oltre i confini statuali, nel nuovo corso della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha visto rapidamente capovolgere la sua funzione, e funge ora da 'scudo' protettivo, brandito dagli Stati membri a difesa della chiusura dei sistemi nazionali di welfare dai (presunti) rischi di destabilizzazione finanziaria che deriverebbero dalla libertà di circolazione (specialmente) dei soggetti economicamente inattivi*".

delle sue risorse normative, come il diritto alla vita (art. 2), la tutela della vita privata e familiare (art. 8), i divieti di discriminazione (art. 14) e di trattamenti inumani e degradanti (art. 3)[293].

Adesso c'è una risorsa in più; com'è noto, con le sentenze 120 e 194 del 2018, la Corte Costituzionale ha inteso valorizzare, come 'norma interposta collocata nell'alveo dell'art. 117, primo comma, Cost., la Carta Sociale europea, che "*costituisce il naturale completamento sul piano sociale (della CEDU) poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo*". Resta un punto di discrimine forte tra norme CEDU e norme CSE, in quanto la Corte, pur riconoscendo l'autorevolezza delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, continua a considerarle non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018), in questo modo però privando il parametro normativo del valore aggiunto rappresentato dalle interpretazioni del Comitato, e della loro capacità di evidenziare le proiezioni concrete dei principi di volta in volta richiamati.

Provo a riassumere su questa prima parte. Indubbiamente, attorno al principio di non discriminazione si è sviluppata una circolarità di influenze tra le due dimensioni (interna e sovranazionale), ed è emersa una identità costituzionale europea basata sulla conciliazione/combinazione di un'economia di mercato aperta, e di un intervento pubblico orientato ad obiettivi di equità e coesione sociale, crescita sostenibile, eguaglianza almeno nel senso del principio di non discriminazione.

Le politiche (e le misure) antidiscriminatorie non esauriscono il complesso perimetro dell'eguaglianza. Una larga parte di quel sistema che noi collochiamo nella sfera dell'eguaglianza sostanziale appartiene ancora alla dimensione statale. Del resto, i diritti sociali hanno bisogno di un contesto -di partecipazione, conflitto, scelte politiche, pressioni sociali- che appare per molti aspetti ancora saldamente radicato sul piano nazionale[294].

Mentre lo sviluppo di una politica sociale europea appare ancora frammentario[295], parziale[296], affidato a schemi non vincolanti come il PEDS -e non privi di ambigui 'ritorni al passato' (ad esempio sul modo di configurare i diritti sociali)[297]-, l'impatto 'indiretto 'degli strumenti UE su queste categorie di diritti rischia di essere, in queste fasi di grande difficoltà, molto pesante.

---

[293] Più in generale, secondo A. Spadaro, *I diritti sociali*, cit., 3, potrebbe dirsi che "oggi" il complessivo *Bill of Rights* del Vecchio continente in materia di diritti sociali sia dato dalla CEDU (1950), dalla Carta Sociale Europea (1961-1996) e, in particolare, dalla Carta di Nizza siccome recepita dal trattato di Lisbona.

[294] Per R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 139, "*i diritti nascono dalla lotta sociale e il teatro di questa lotta è sempre, necessariamente, lo Stato*".

[295] Di forme embrionali di una politica sociale europea, citando anche il FSE, parlano E. Barberis e Y. Kazepov, *Tendenze e prospettive dei welfare state europei*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Introduzione a Id. (a cura di), Diritto di welfare, Bologna, 2010, 156.

[296] E tuttavia innegabile, come rilevano P. Caretti, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, Annuario AIC, 2012, Napoli, 2014, 33; e I. Stolzi, *Storia e storie del welfare*, cit., 723, 742, secondo la quale "*per quanto la Carta di Nizza possa apparire insipida a palati forgiati sui più robusti vincoli di finalizzazione sociale dell'economia contenuti nella Costituzione italiana, … sembra essersi aperto un capitolo che consente di parlare di re-embedded liberalism, senza che ciò rappresenti un puro e semplice ritorno alle origini*".

[297] Vedi A.O. Cozzi, *Perché il Pilastro Europeo dei diritti sociali indebolisce la Carta europea dei diritti fondamentali*, in Quad. Cost., n. 2/2018, 516 ss., rilevando tra l'altro che "rispetto alle acquisizioni della Carta europea, …, si perde l'indivisibilità dei diritti, considerata uno dei tratti più significativi della Carta". In generale, sul carattere ambiguo del PEDS, v. M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea?*, in Quad. Cost., n. 3/2018, 575-576, pur sottolineando che "*il PEDS contiene dei semi promettenti per la futura Unione sociale europea, che potrebbero iniziare, sin da ora, a spianare la strada per la sua costruzione*".

Il deficit democratico dell'UE si è ormai trasformato in un problema sistemico di legittimazione. I diritti sociali, la manifestazione più forte del principio di eguaglianza, restano, perciò, i nodi irrisolti del sistema europeo. In alcuni Paesi, certamente in quelli (come l'Italia) più esposti alla crisi del debito sovrano, alcune delle contromisure adottate (penso al Fiscal Compact[298], e al vincolo ad inserire a livello preferibilmente costituzionale il pareggio di bilancio) hanno prodotto e stanno producendo effetti depressivi sulle economie nazionali e risultati controproducenti proprio sul rapporto debito pubblico/PIL, e sui contesti che alimentano l'effettività del discorso dei diritti sociali. E 'su queste tematiche che l'Europa vive oggi il momento forse più difficile e decisivo della sua storia: rilanciarsi come grande laboratorio costituzionale e politico attorno alla scommessa della moneta unica, o addirittura disperdere la sua credibilità e la sua stessa giustificazione[299].

Di certo, l'integrazione attraverso il diritto, e attraverso la giurisprudenza e il lavoro delle Corti (specialmente sui diritti) sembra aver raggiunto un punto oltre il quale non può andare da sola. C'è bisogno della politica, della capacità di immaginare e di costruire un futuro, un contesto democratico e sociale in cui la protezione dei diritti sia davvero il riflesso di un'idea di Europa basata su principi di coesione, solidarietà, sviluppo equilibrato e sostenibile, che siano effettivamente comuni -almeno su livelli minimi o essenziali- agli Stati membri[300].

Il NGEU[301] è sembrato a molti l'espressione di una potenzialità solidaristica e trasformativa dell'Europa. Un'immagine di quello che potrebbe essere/diventare, e che invece è stato finora 'consumato' da una deriva tecnocratica e funzionalista.

E' presto per dire cosa sarà veramente. Se l'inizio di una nuova storia, un salto di paradigma verso una vera Unione, che richiede però che si vada stabilmente verso un bilancio che sia almeno in parte 'comune' (con dimensioni che siano in modo significativo e permanente diverse dalle attuali), con tasse (almeno in parte) europee, una solidarietà europea, istituzioni più legittimate democraticamente (almeno per l'Eurozona[302]); oppure un fatto legato all'eccezionalità della pandemia, ma destinato ad essere risucchiato nella versione europea di questi ultimi anni, fatta di condizionalità più o meno rigorose, aggiustamenti macroeconomici, politiche di austerità, mancanza di una condivisa e 'reciproca' idea di Europa[303].

---

[298] Che, secondo S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, cit., 2355, è un atto estraneo alla logica costituzionale europea e concluso al di fuori del quadro ordinamentale dell'UE.

[299] Di 'età del disincanto' parla M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, cit., 199 ss., e 219-220. A questa stregua, giustamente G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, cit., 81, invita a riscoprire il senso della 'reciprocità' di cui parla l'art. 11 della Costituzione, proprio come linea distintiva tra adesione all'Europa (indiscutibile), e possibilità di discuterne i caratteri attuali e concreti. Come ricorda Massimo Luciani (*Unità nazionale e struttura economica*, cit., 99-100) "*non tutti i cammelli possono passare per la cruna dell'art. 11 della Cost…. È nella Costituzione che giace la legittimazione delle istituzioni sovranazionali, non viceversa …*".

[300] Su questa proposta dei LEP europei, v. le interessanti riflessioni di A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in Rivista AIC, n. 4/2011, 15. In generale, sull'idea della Unione Sociale Europea, v. M. Ferrera, *Si può costruire una Unione Sociale Europea?*, in Quad. Cost., n. 3/2018, 567 ss., 572 ss.

[301] Vedi L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., 404 ss.

[302] Sulle ipotesi di istituzioni differenziate per l'Eurozona, v. T. Piketty, *Il Capitale nel XXI secolo*, 893.

[303] Su questi temi, e su questi dubbi, v. il recentissimo e ottimo lavoro di F. Salmoni, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova, 2021. Anche per T. Piketty, *Capitale e ideologia*, 1008 ss., l'ipotesi di una rifondazione serena ed equilibrata dell'Europa è purtroppo poco verosimile: bisogna essere realisti e aspettarsi nel prossimo futuro sviluppi caotici, con crisi politiche, sociali e finanziarie di ogni tipo, che potrebbero condurre all'implosione dell'Unione o della zona Euro.

10. Reinventare l'eguaglianza? Eguaglianza, lavoro, reddito 'di cittadinanza'

In un lavoro di alcuni anni fa, un attento studioso dei processi sociali ed economici che definiscono il terreno di svolgimento del principio di eguaglianza scrisse che era arrivato il momento di "reinventare l'eguaglianza", adeguarla al complicarsi delle forme della diseguaglianza. Non è una minaccia, ma appunto un'esigenza legata alla metamorfosi delle condizioni di debolezza sociali e personali. Da anni di discute di riforma del welfare come concretizzazione storica del discorso dell'eguaglianza.

Non è un oggetto facile da rappresentare. Si tratta di riscrivere un pezzo fondamentale del contratto sociale.

Il problema non è solo quello, certamente innegabile, della sostenibilità economica dei modelli di protezione sociale. Ho cercato di chiarire prima in che termini, ed entro quali limiti, lo ritengo un tema di livello costituzionale[304].

Sta emergendo, da tempo, una condizione di asimmetria e di inadeguatezza del modello di protezione sociale, che lascia fuori dal suo recinto, o comunque affronta in modo insufficiente, 'voci' che sono determinanti rispetto alla qualità della vita delle persone e all'obiettivo costituzionalmente primario di un'esistenza dignitosa, e situazioni di svantaggio e di marginalizzazione, che non si misurano solo attraverso il reddito. E' un problema di opportunità concrete, di effettiva capacità di essere, avere, fare, sapere; di 'capacitazioni' (secondo la celebre formula di A. Sen[305], ripresa e sviluppata da altri studiosi, come ad esempio M. Nussbaum[306]), che rappresentano il filo connettivo tra libertà ed eguaglianza.

---

[304] Sia consentito rinviare a A. D'Aloia, *Storie costituzionali dei diritti sociali*, in Scritti in onore di M. Scudiero, tomo II, Napoli, 2008, 689-746, spec. 738 ss. Come sostiene anche A. Spadaro, *I diritti sociali*, cit., 9-10, anche per i diritti sociali si è verificato un processo di "espansione/esagerazione"; ciò premesso, solo una delimitazione intelligente dei diritti sociali consentirà il passaggio dal «welfare incrementale all'universalismo selettivo», ossia da una crescita inarrestabile del *welfare* (costruita sul meccanismo: incremento del reddito - prelievo fiscale - indebitamento pubblico) alla capacità di «selezionare i bisogni e stabilire le priorità di intervento».

[305] A. Sen, *L'idea di giustizia*, cit., 241 ss. Per Sen, "*l'approccio delle capacità misura il vantaggio individuale in ragione della capacità che ha la persona di fare quelle cose a cui, per un motivo o per un altro, assegna un valore. […] L'idea di libertà, …, contempla anche il nostro essere liberi di stabilire cosa volere, cosa investire di valore e cosa decidere di scegliere. Il concetto di capacità è quindi strettamente connesso con l'aspetto della libertà relativo all'opportunità, considerato in termini di opportunità 'comprensive' e non di meri sbocchi 'conclusivi'*". In questo senso, "*è perciò assai verosimile che la povertà reale (intesa come privazione di capacità) sia molto più profonda di quanto indichino i dati sul reddito*" (265).

[306] M. Nussbaum, *Creare capacità*, tr. it., Bologna, 2012, 28 ss., 39-41, 137 ss., 175 ss. Nella visione della Nussbaum, un buon ordinamento politico deve garantire a tutti i cittadini un livello adeguato di disponibilità e realizzazione di dieci capacità centrali per "mettere in grado le persone di vivere un'esistenza piena e creativa, sviluppando il loro potenziale e organizzandosi una vita significativa e all'altezza della loro uguale dignità umana", tra cui: vita, integrità fisica, salute, gioco, controllo del proprio ambiente, sensi-immaginazione-pensiero.

Queste difficoltà investono anche la risorsa fondamentale dell'eguaglianza e del progetto costituzionale di società, quello che è stato definito "il principe dei diritti sociali"[307], vale a dire il lavoro[308].

La ricerca dell'eguaglianza nel lavoro e attraverso il lavoro, "in tutte le sue forme" (come recita l'art. 35 Cost.)[309], è uno dei principali (oltre che irrinunciabili) elementi di costruzione della nostra identità costituzionale[310]. Se questo pilastro vacilla, l'intera costruzione ne risente; e questo purtroppo sembra essere il trend[311].

Eguaglianza e lavoro (diritto *al* lavoro, diritto *del* lavoro) costituiscono un binomio tanto scontato quanto inafferrabile nella complessa pluralità di schemi conformativi e di implicazioni interpretative che siffatta relazione riesce ad evocare.

Il lavoro (e le sue forme giuridiche) produce l'eguaglianza, individuale e collettiva (nel senso di coesione della società), ne è uno dei fattori propulsivi, forse il principale nel suo

---

[307] C. Salazar, I*l diritto al lavoro e il* Jobs Act*: quale destino per il principe dei diritti sociali?*, in Studi Silvestri, 2015, 2206 ss., 2213 ss.; e U. Romagnoli, *La deriva del diritto del lavoro (Perchè il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in Lav. dir., 1/2013, 6, che parla di un "*processo di de-costituzionalizzazione che ha fatto defluire e allontanato il lavoro, le sue regole e la sua rappresentanza sociale dalla sfera di un superiore interesse presidiato dallo Stato*". Purtroppo, come scrive S. Massini, *Lavoro*, Bologna, 2016, 11, oggi "*la parola 'lavoro' si è colorata suo malgrado di una patina opaca, cinerea, sfumata di grigio e nero, […]. Se ci sintonizziamo su una qualsiasi trasmissione televisiva o radiofonica, il solo sentir dire 'adesso parliamo di lavoro' ci fa pensare immediatamente a quale sarà l'aspetto critico o polemico preso in esame, mentre escludiamo quasi di principio che possa esistere in quell'ambito un orizzonte positivo e rasserenante*".

[308] Per M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in ADL, n. 3/2010, 644 ss., "la considerazione del lavoro quale valore informante di sé l'ordinamento implica che il titolo commisurato del valore sociale del cittadino sia desunto dalle sue capacità, non già da posizioni sociali acquisite senza merito del soggetto che ne beneficia"; e ancora, "attraverso il lavoro l'uomo è parte attiva della società e tale si sente, realizza la sua personalità, si procura i mezzi per un'esistenza dignitosa…". Cfr., volendo, anche A. D'Aloia, *Eguaglianza e diritto del lavoro. Frammenti di un dibattito*, in ID. (a cura di), *Lavoro lavori eguaglianza*, Parma, 2006, VII ss.

[309] Lo sottolinea opportunamente C. Salazar, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, in costituzionalismo.it, n. 2/1028, 12-13, secondo cui "*l'art. 35 Cost. imprime all'ordinamento una spinta verso un'opera di costante 'costituzionalizzazione del lavoro', inteso quest'ultimo come 'categoria' dotata della massima estensione, così da poter abbracciare i lavoratori subordinati e quelli autonomi, ma anche 'gli occupati, i sottoccupati, gli inoccupati e coloro che perdono o rischiano di perdere il loro posto: tutti i lavoratori, secondo la formula con cui l'art. 3, c. 2, Cost. si riferisce tanto a coloro che, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, contribuiscono al progresso materiale o a quello spirituale della collettività (art. 4, c. 2, Cost.), quanto a coloro che vorrebbero contribuirvi, ma non ci riescono per la presenza di ostacoli 'di ordine economico e sociale'*". Vedi anche G. Colavitti, *"Fondata sui lavori". Tutela del lavoro autonomo ed equo compenso in una prospettiva costituzionale*, in Rivista AIC, n. 1/2018; e A. Apostoli, La dignità sociale, cit., 17, che sottolinea "*l'ampiezza e il significato profondamente antidiscriminatorio dell'espressione 'il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni' implica, per ciascun lavoratore, garanzia di appartenenza e di piena partecipazione alla comunità nazionale, è fattore di unità e di inclusione*". Cfr. anche F. Saitto, *Costituzione finanziaria*, cit., 3, secondo cui "*Nel momento in cui si riconosceva, dunque, l'esistenza del conflitto come fatto, si puntava a neutralizzarlo e renderlo virtuoso, prima di tutto tutelando il lavoro in tutte le sue forme (art. 35 Cost.) e ampliando le maglie del concetto di "lavoro", al secondo comma dell'art. 4 Cost., con l'affermazione secondo cui una qualunque attività o funzione potesse comunque concorrere al progresso materiale o spirituale della società*".

[310] Secondo M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione Repubblicana*, cit., 66, "quella del lavoro è forse la più viva delle questioni del presente e la Costituzione la inquadra nel modo più compiuto e fruttuoso". Di "valenza architettonica del lavoro" parla O. Chessa, *La Costituzione della moneta*, Napoli, 2016, 26.

[311] Come scrive G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino, 2013, 4, "*la Costituzione pone il lavoro a fondamento, come principio di ciò che segue e ne dipende: dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia"… viviamo in "un mondo che, rispetto a questa sequenza, è rovesciato: dall'economia dipendono le politiche economiche; da queste i diritti e i doveri del lavoro*".

essere –paradigmaticamente- "*il partecipare che fanno alla faticosa creazione della vita sociale le singole vite individuali con la propria attività*"[312]; al tempo stesso, ha bisogno dell'eguaglianza, delle sue risorse 'argomentative', della sua forza di trasformazione degli equilibri sociali ed economici

In questo incrocio di finalità (l'eguaglianza, la pari dignità sociale) e di strumenti (il lavoro), la Costituzione ritrova il senso più profondo della sua esperienza normativa e sociale, che è quello di "realizzare la libertà nell'eguaglianza"; e il suo stesso fondamento assiologico, racchiuso nella formula di apertura dell'art. 1[313].

L'eguaglianza "del lavoro" è qualcosa di più e di diverso dalla solidarietà verso i soggetti più deboli e svantaggiati sul piano economico; è l'eguaglianza che si costruisce attraverso l'impegno emancipante dei suoi stessi destinatari, è appunto "dignità sociale", sintesi di pieno sviluppo della persona (effettivamente libera dal bisogno) [314]e di partecipazione alla vita sociale, politica ed economica del Paese.

Dentro questo contesto, il diritto al lavoro disvela compiutamente la sua doppia natura, di diritto-libertà individuale, a scegliere un percorso di realizzazione costruito sulle proprie preferenze e attitudini (e altresì sui propri meriti); e di diritto sociale, sia per la pretesa che contiene ad interventi promozionali e di tutela dei poteri pubblici che rendano effettivo il diritto di lavorare o che siano comunque in grado di proteggere coloro che involontariamente non lavorano, sia nel senso di diritto che –come gli altri diritti sociali- svolge una funzione di coesione e di legame sociale, di definizione della qualità di un ordinamento democratico e delle sue prospettive di conservazione nel tempo[315].

Il diritto al lavoro non è peraltro un diritto sociale come gli altri. Non solo perché è forse il più significativo nel percorso valoriale di approfondimento della dignità umana, ma anche e soprattutto perché quasi tutti gli altri diritti sociali (alla retribuzione, alle pari opportunità delle donne, all'assistenza sociale e previdenziale, allo studio) sono modellati sul paradigma lavorista, ovvero tendono (come l'istruzione e la formazione) verso l'esperienza del lavoro.

Il nostro tempo ci mette davanti ad alcuni paradossi che spiegano molto bene come le diseguaglianze moderne sono *"molteplici e relative, …., e gli agenti e i processi della loro riproduzione plurimi e diffusi*"[316].

Ad esempio quello del lavoratore povero, ben illustrato da U. Beck. In altre parole, non è più scontato che la retribuzione "proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato" sia effettivamente sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia "un'esistenza libera e

---

[312] Secondo la celebre espressione di G. Capograssi, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in Opere, vol. V, Milano, 1959, 493.

[313] Parla di "un'affermazione fortemente innovativa che accompagna l'irruzione della Carta Repubblicana nello scenario europeo…" A. Apostoli, *La dignità sociale*, cit., 21.

[314] Sul lavoro come elemento "eccitatore di mobilità sociale", v. Le classiche riflessioni di C. Mortati, Art. 1, in Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 15.

[315] Significative, in tema, le riflessioni di C. Salazar, *La Costituzione interpretata dalle parti sociali*, cit., 34, sull'importanza della difesa del principio lavorata, per contrastare le disuguaglianze e "per salvaguardare la persistenza dei legami di solidarietà e per promuovere il progresso materiale e spirituale dell'intera collettività".

[316] L. Pennacchi, *Lo Stato sociale del futuro*, Roma, 1997, 66.

dignitosa". Le due finalità previste dall'art. 36 Cost. subiscono una singolare dissociazione, non appaiono più direttamente implicate l'una nell'altra[317].

Bisogna pensare ad interventi su più piani, sia generali (legati al livello e alla struttura della retribuzione, e al peso della parte fiscale su di essa), sia differenziati, che tengano conto del nucleo familiare, delle esigenze abitative, dei contesti economici territoriali.

Se il lavoro è così decisivo per la qualità del progetto di eguaglianza, allora la disoccupazione rappresenta una ferita profonda e inaccettabile nello svolgimento reale di una Costituzione fondata sul lavoro; in particolare quando essa raggiunge, come si registra in alcune zone del nostro Paese, livelli (strutturalmente irreversibili) talmente alti da mettere a rischio la coesione sociale e il senso di appartenenza ad una comunità di diritti e di doveri.

Il compito della Repubblica di rendere effettivo il diritto al lavoro, promuovendo le condizioni necessarie di sviluppo economico, non può arrestarsi di fronte ai limiti opposti dalle dinamiche endogene ai sistemi economici[318]; deve invece prolungarsi e trasformarsi, una volta riscontrata la parziale impraticabilità della strada principale (quella del lavoro per il maggior numero possibile di persone), in tutte quelle alternative che possono garantire ai soggetti la garanzia dell'esistenza libera e dignitosa come obiettivo costituzionalmente ineludibile [Tripodina].

A questa stregua, io penso che il reddito di cittadinanza (o reddito minimo garantito, inteso come "il reddito garantito da una comunità politica per assicurare a tutti il diritto all'esistenza"[319]) possa configurarsi nei termini di una risorsa costituzionale collegata essenzialmente alla ricerca di un'esistenza libera e dignitosa, come obiettivo costituzionalmente ineludibile alla luce dell'impegno che la Repubblica ha assunto con il secondo comma dell'art. 3.

Su questa linea, non ritengo decisiva la evidente limitazione testuale dell'art. 38, laddove richiede per beneficiare del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale il duplice requisito dell'essere 'inabile al lavoro' e 'sprovvisto dei mezzi necessari per vivere'.

Chiara Tripodina parla di una "tirannica congiunzione copulativa", di 'esempio di scrittura selettiva' della norma costituzionale[320]. Sicuramente quello dell'art. 38 primo comma è un ostacolo formale, perché come giustamente nota Benvenuti, sganciare le due definizioni di debolezza potrebbe condurre a risultati paradossalmente distanti dall'orizzonte valoriale dell'eguaglianza sostanziale[321].

---

[317] Scrive G.M. Flick, *Lavoro, dignità e Costituzione*, in Rivista AIC, n. 2/2018, 2-3, "il lavoro non c'è; il lavoro che c'è non basta a garantire un'esistenza libera e dignitosa".

[318] Cfr. G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino, 2013, 4, "la Costituzione pone il lavoro a fondamento, come principio di ciò che segue e ne dipende: dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia"; purtroppo, come nota lo stesso A., abbiamo davanti oggi "un mondo che, rispetto a questa sequenza, è rovesciato: dall'economia dipendono le politiche economiche; da queste i diritti e i doveri del lavoro".

[319] C. Tripodina, *Reddito di cittadinanza*, cit., 16.

[320] C. Tripodina, *Reddito di cittadinanza*, cit., 6-7.

[321] M. Benvenuti, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in M. P. Iadicicco, V. Nuzzo (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 177.

Lasciamo l'endiadi dov'è e concentriamoci invece sulla possibilità di identificare 'altrove' una legittimazione costituzionale di questa forma di eguaglianza distributiva.

Questo 'altrove', dal mio punto di vista, può essere rintracciato direttamente nei significati sostanziali dell'eguaglianza[322].

La possibilità stessa di provare a costruire il proprio futuro, e di perseguire la strada del 'pieno sviluppo', indicata come obiettivo sfidante dal capoverso dell'art. 3, racchiude implicitamente, come una sorta di indispensabile presupposto [Rodotà, 2012, 243 ss.], quella minima liberazione dal bisogno, che di fronte alla 'promessa tradita del lavoro', non può che realizzarsi nella forma di un'assistenza monetaria di base[323].

Non riesco a vedere una distonia o una contraddittorietà [324] rispetto al disegno della Costituzione. Mi sembra eccessivo che si parli di rischio di scivolamento in una forma di carità istituzionale, o di "remunerazione sociale della passività politica".

Non c'è dubbio che il lavoro costituisca l'espressione primaria (e non un semplice strumento) della pari dignità sociale e del pieno sviluppo di ogni persona[325]. Ha una sua dimensione antropologica prima ancora che economica. Il lavoro come strumento del "diritto alla ricerca della felicità" (secondo la formula jeffersoniana della Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America), che è una cosa diversa dal diritto (tout court) alla felicità (come dice il protagonista del film "La ricerca della felicità"): implica un 'fare qualcosa' per raggiungere e meritare la felicità, o -meno retoricamente- la dignità sociale, la libertà dal bisogno.

Nessun arretramento allora rispetto al mandato costituzionale di promuovere condizioni di piena effettività del diritto a lavorare; ma la necessità di recuperare nelle altre forme possibili quella libertà dal bisogno che resta il paradigma basilare per poter impostare il progetto di eguaglianza sostanziale come "processo di emancipazione personale e sociale"[326].

Garantire un reddito minimo a chi è involontariamente disoccupato e non ha le risorse minime per vivere dignitosamente, è perciò un dovere pubblico perchè -come è stato correttamente sottolineato- "la povertà è una condizione che impedisce la libertà" [Ruotolo, 2013, 13-

---

[322] Per ulteriori riferimenti costituzionali, in particolare l'art. 42, co. 2, Cost., v. L. Ferrajoli, Principia iuris, cit., 406-407.

[323] Cfr. ancora C. Tripodina, u.l.c., 27, secondo cui "*è l'esistenza precondizione del lavoro, e non, all'inverso, il lavoro precondizione dell'esistere. Se il lavoro non c'è, non per questo il diritto all'esistenza viene meno*"].

[324] In questo senso, invece, v. M. Benvenuti, *Quali* misure, cit., 195-196. Cfr. anche G. Fontana, *Diseguaglianza e promozione sociale. Bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in M. Della Morte (a cura di), La diseguaglianza nello Stato costituzionale, Napoli, 2016, 32-33, secondo cui "*… le soluzioni che si compendiano nel c.d. reddito di cittadinanza le quali dovrebbe(ro) prescindere dalla condizione di occupazione del beneficiario, non paiono de plano rispettose del principio lavoristico e di quello solidaristico ex art. 1, 2 e 4 Cost. I quali presuppongono un concerto e fattuale contributo al progresso materiale e spirituale del Paese da parte di ogni consociato*"; inoltre, "non andrebbero trascurate le distorsioni di tipo assistenzialistico cui tali strumenti fatalmente andrebbero incontro, incoraggiando forme di parassitismo ed ozio sociale…", senza contare che "*potrebbero insorgere significative disuguaglianze e asimmetrie retributive tra i beneficiari di simili misure ed i lavoratori (precari e non) a basso reddito, inducendo fenomeni di malcontento sociale e di rifiuto di prestazioni lavorative a bassa remunerazione e di scarso prestigio sociale*".

[325] L. Carlassare*, Nel segno della Costituzione*, cit., 189, secondo cui la Costituzione non concepisce il lavoro come semplice strumento per ottenere un reddito che garantisca benessere o sopravvivenza, ma vede nel lavoro un fattore indispensabile di crescita morale e di realizzazione personale.

[326] M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione Repubblicana*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (eds.), Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia Repubblicana, Milano, 2013, 61.

14]. Non a caso, era Mortati ne "Il lavoro nella Costituzione", del 1954, ad ipotizzare un risarcimento per mancato adempimento dell'obbligo di procurare un lavoro in favore di coloro che, pur abili al lavoro, sono disoccupati "per circostanze non dipendenti dalla loro volontà" [la tesi di Mortati è ampiamente ripresa e sviluppata nel lavoro di Tripodina].

Del resto, lo sottolinea con un pizzico di ironia la Tripodina, questo è uno dei non molti casi in cui "*l'Europa ce lo chiede*" non significa solo austerity e vincoli[327]. L'art. 34, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, riconosce espressamente il diritto ad un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti. In effetti, siamo stati gli ultimi in Europa a mettere in campo misure riconducibili alla figura del reddito minimo garantito.

Il 20 febbraio del 2019, il Cese (Comitato Economico e Sociale europeo), ha adottato un parere "*For a European Framework directive on a Minimum Income*", con il quale si chiede alla Commissione europea di «adottare un quadro UE vincolante che stabilisca un reddito minimo adeguato in tutta Europa, adattato al tenore di vita in ciascuno Stato membro [v. prima, nello stesso senso, una (Risoluzione del Parlamento europeo, del 20 ottobre 2010).].

Ciò premesso sul piano costituzionale, i meccanismi concreti di messa in opera dell'istituto possono essere vari, e rientrano nella discrezionalità del legislatore, sulla quale si possono fare valutazioni di semplice opportunità politico-amministrativa o di vera e propria ragionevolezza e congruità, anche in termini di sostenibilità finanziaria dei diversi schemi.

Su quest'ultimo aspetto, è stato giustamente messo in luce che il forte impegno finanziario sotteso alla strutturazione di un istituto come il reddito di cittadinanza non costituisce semplicemente una spesa, ma diventa un flusso monetario che può attivare circuiti positivi sul piano del sostegno ai consumi e alla crescita economica, soprattutto in tempi di crisi.

L'Italia, com'è noto, dopo varie sperimentazioni (le prime risalenti alla fine degli anni novanta), ha istituito nel 2019 il reddito di cittadinanza quale «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale» (art. 1, comma 1, d.l. 4/2019, convertito con la l. 26/2019). A distanza di due anni dal varo del sistema, appare evidente che ha funzionato a metà: se da un lato è riuscito a svolgere un ruolo incisivo nel contrasto alla povertà e alla mancanza di risorse economiche di sussistenza, arginando anche gli effetti devastanti della pandemia, ha registrato invece dati francamente sconfortanti sulla parte 'proattiva', quella della ricerca di opportunità di lavoro e della valorizzazione dei servizi per l'impiego.

Sicuramente sarà necessario ripensarne alcune caratteristiche. Magari, riconsiderando le proposte legate alla previsione di un impegno sociale, variamente definito, "a vantaggio della collettività, da parte del destinatario della prestazione". Una visione attiva della solidarietà, basata su un "dare e avere reciproco"[328] , in cui diritti e doveri traggono alimento gli uni dagli altri.

Non deve essere una controprestazione *tout court*; in questo senso, sarebbe probabilmente fuori dalla logica del reddito minimo. Tuttavia, può dare il senso di un'eguaglianza che non viene semplicemente 'attesa dall'alto 'ma fatta propria attraverso un percorso di solidarietà

[327] C. Tripodina, u.l.c., 18.
[328] E. Rossi, o.u.c., 119.

sociale: un lavoro d'impegno civile (U. Beck, 2000, 180 ss.), ovvero "un lavoro di cittadinanza, suscettibile di sostanziare quello sforzo permanente di emancipazione e di socializzazione di tutti i consociati a cui ci richiama la Costituzione italiana e, dunque, di atteggiarsi a strumento repubblicano par excellence"[329].

11. Nuovi orizzonti. Eguaglianza, ragionevolezza, non discriminazione di fronte agli sviluppi della scienza e della tecnologia

Il progetto dell'eguaglianza è uno schema aperto, in continua ridefinizione[330]. Il mutamento dei contesti sociali, delle condizioni personali di debolezza, dei rischi discriminatori, richiede nuovi strumenti di analisi, e nuove e più aggiornate configurazioni, pur sempre riconducibili alle clausole indeterminate attraverso le quali si manifesta il principio di eguaglianza (pari dignità sociale, ragionevolezza, eguaglianza sostanziale, pieno sviluppo della persona). E' in sostanza, come ho scritto in un'altra occasione, un progetto che "ogni generazione deve scrivere e adattare ai problemi del suo tempo"[331].

Una delle frontiere più affascinanti e mutevoli sulle quali può essere misurata la capacità adattiva, e la 'responsività' del principio di eguaglianza, è legata agli sviluppi della scienza e della tecnologia.

Il tema dell'eguaglianza è coinvolto su più livelli dalle *legal challenges* della bioetica, ed entra in gioco con tutta la sua complessità concettuale e la pluralità dei suoi significati.

Al tempo stesso, il biodiritto si intreccia con rilevanti interessi economici, determinando inedite occasioni di conflitto tra iniziativa (o libertà) economica e 'giustizia distributiva', tra le potenzialità benefiche del mercato e i suoi rischi distorsivi e diseguaglianti.

Abbiamo già accennato al peso che l'eguaglianza come parità di trattamento, o come esigenza di ragionevolezza (nel senso della non contraddittorietà e della non illogicità), ha avuto nei *constitutional cases* legati alla PMA, che hanno sostanzialmente portato alla 'riscrittura' della l. 40 ad opera del Giudice costituzionale.

---

[329] M. Benvenuti, *Quali* misure, cit., 182-183, e 198-199, a proposito di una concreta disponibilità a svolgere ogni attività ritenuta utile per la collettività, parla "di una cittadinanza industriosa", aggiungendo che "tale disponibilità ben potrebbe, in punto di diritto costituzionale, essere sollecitata da misure di inclusione positiva e anche di attivazione e, di conseguenza, integrare in termini modali l'esercizio del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale di cui all'art. 38, co. 1, Cost. …". Cfr. anche E. Rossi, *Prestazioni sociali con «corrispettivo»? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, in Fondazione Emanuela Zancan (a cura di), Vincere la povertà con un welfare generativo. Rapporto 2012, Il Mulino, che parla di 'azioni a corrispettivo sociale', o di 'welfare generativo'.

[330] Come sottolinea M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni*, cit., 61, "*l'art. 3, comma 2, … non indica un preciso modello di società", il che significa che "la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi del compimento del percorso indicato dalla Costituzione"; in un altro passaggio di questo lavoro, lo studioso aggiunge che "allorché una Costituzione traccia percorsi di sviluppo sociale, indica obiettivi, disegna scenari futuri (.) l'eccedenza progettuale sottesa alle previsioni costituzionali impedisce che ci si accontenti della semplice applicazione e pretende che si metta in campo la capacità -appunto- progettuale della politica*". Anche Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, cit., 43, parla, a proposito dell'eguaglianza sostanziale, di "indole dinamica" che si alimenta "nel tempo di significati e prospettive di sviluppo sempre più ricche", e di "margini di manovra non rigorosamente predeterminati, così da permettere (al legislatore e agli interpreti del diritto) di assecondare l'evoluzione incessante dei rapporti sociali, economici e politici".

[331] A. D'Aloia, *Storie costituzionali*, cit., 746. Cfr. anche M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*, cit., 167, secondo cui "la *Costituzione compie direttamente una parte di queste scelte. […] i Costituenti hanno consapevolmente lasciato spazio agli interventi del legislatore ordinario: segnatamente, gli hanno espressamente affidato il compito di bilanciare interessi contrapposti…*".

Nella decisione che ha dichiarato l'illegittimità del divieto di diagnosi genetica pre-impianto (sent. 96/2015), prima della violazione dell'art. 32 la Corte rileva "un insuperabile aspetto di irragionevolezza" collegato alla "palese antinomia normativa (sottolineata anche dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza Costa e Pavan contro Italia) per la quale il nostro ordinamento consente il ricorso alla "*più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali (…) quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto «accertati processi patologici […] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*». In sintesi, l'irrazionalità consiste nel fatto che "*il sistema normativo, …, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute*".

Ancora un giudizio di irragionevolezza conduce la Corte (sent. 151/2009) a censurare la previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, "*in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, (…), in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili*"; e il divieto di fecondazione eterologa (sent. 162/2014), sul presupposto (che si aggiunge ad una serie di altre considerazioni legate al diritto di procreare e alla mancanza di un interesse contrapposto di rilievo costituzionale) che "*la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, […], è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è ininfluente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe…*".

In questo caso, la combinazione tra diritto di procreare (entro certi limiti) e principio di eguaglianza e di ragionevolezza produce come risultato la dichiarazione di incostituzionalità del divieto di accesso alle tecniche di PMA. Nel più recente caso riguardante la limitazione dell'accesso alla PMA alle sole coppie eterosessuali (sent. 221/2019), nonostante la presenza degli stessi 'materiali' giuridici, l'esito è diverso (e dal mio punto di vista, *ragionevolmente* diverso).

La Corte non accoglie la questione, non solo perché "*l'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, …, esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (oltre che con interrogativi particolarmente delicati quanto alla sorte delle coppie omosessuali maschili, la cui omologazione alle femminili – in punto di diritto alla genitorialità – richiederebbe, …, che venga meno, almeno a certe condizioni, il divieto di maternità surrogata)*"; ma anche sulla base di una valutazione interpretativa interna al

principio di eguaglianza-ragionevolezza, in quanto "*l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive […] L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale*" (il Giudice costituzionale qui richiama l'analogo giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 15 marzo 2012, Gas e Dubois contro Francia).

Inoltre, viene respinta anche l'ulteriore censura secondo la quale la normativa in esame darebbe luogo a una ingiustificata disparità di trattamento in base alle capacità economiche, facendo sì che l'aspirazione alla genitorialità possa essere realizzata da quelle sole, tra le coppie omosessuali, che siano in grado di sostenere i costi per sottoporsi alle pratiche di PMA in uno dei Paesi esteri che lo consentono. Secondo la Corte, "*il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione. La circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia*".

E' una ragionevolezza però, quella affermata dalla Corte in questa pronuncia, che non sembra a senso unico, o definitiva. Per la Corte, "*l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae -due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile- rappresenti, in linea di principio, il 'luogo' più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata …. di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali*". Poco più avanti, il riferimento al modello 'naturale 'della genitorialità viene spiegato e rafforzato attraverso il richiamo al "grado di accettazione sociale del fenomeno della cosiddetta 'omogenitorialità' nell'ambito della comunità sociale".

In altre parole, la linea della persistente (attuale) ragionevolezza del paradigma eterosessuale della genitorialità sembra essersi fatta più sottile. La coppia eterosessuale è il luogo 'più idoneo '(ma non l'unico idoneo) allo svolgimento della funzione genitoriale; la ragionevolezza di questo modello è, in realtà, una 'non irragionevolezza', una 'non arbitrarietà'. Sfumature di linguaggio, che tuttavia non sembrano del tutto prive di significato.

La sensazione è che ci muoviamo su un terreno instabile, che potrebbe portare a cambi di prospettiva: infatti, la stessa Corte, nel ribadire che la scelta del legislatore non è "eccedente il margine di discrezionalità", ammette che tale opzione resta "*aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata*".

E infatti, la successiva sentenza n. 230/2020, nel ribadire formalmente l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale delle norme che precludono l'accesso delle coppie omosessuali alla PMA, riprendendo la parte motivazionale della sentenza del 2019, se per un verso conferma che l'obiettivo del riconoscimento del diritto ad essere genitori da parte di due donne unite civilmente, ex lege n. 76 del 2016, "non è, … raggiungibile attraverso il sindacato

di costituzionalità della disposizione di segno opposto…", dall'altro apre alla possibilità che esso sia "*perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente «attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre […] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale*".

Ma è soprattutto la recentissima sent. 32 del 2021 (confermata dalla sent. 33 in un caso di maternità surrogata) a compiere un deciso passo in avanti, verso lo slittamento della ragionevolezza dal divieto alla necessità di un intervento legislativo di riconoscimento giuridico (a certe condizioni) di una situazione di genitorialità omosessuale correlata alla nascita di uno o più figli a seguito di PMA eterologa praticata da coppie dello stesso sesso.

La chiave argomentativa per aggirare il divieto viene costruita intorno al superiore interesse del minore, e in particolare al suo diritto "a far valere, nei confronti delle due persone, pur dello stesso sesso, che si sono comunque assunte la responsabilità della procreazione, i propri diritti al mantenimento, all'educazione, all'istruzione, ma anche i diritti successori, soprattutto in caso di inadempimento e di crisi della coppia".

La Corte interviene su quello che le appare essere un 'vuoto di tutela' legato ad una situazione specifica, di rottura conflittuale della coppia (formata da due donne, una delle quali aveva poi portato avanti la gravidanza fino alla sua naturale conclusione) che aveva intenzionalmente e in modo condiviso messo in atto il progetto genitoriale attraverso una fecondazione eterologa.

Il filo del ragionamento però va oltre il caso particolare, e l'insufficienza del modello dell'adozione ex art. 44 comma 1, lett. d) della l. 184/1983.

La sentenza afferma infatti che "*L'elusione del limite stabilito dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004… non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali. Questa Corte ha già avuto occasione di affermare, in linea con la giurisprudenza di legittimità in materia di accesso alla PMA, che, da un lato, non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, pur spettando alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina; dall'altro, «non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore» (sentenza n. 221 del 2019)*".

Il rinvio al legislatore e al suo spazio di discrezionalità è in un certo senso 'blindato'. Il legislatore non solo deve fare presto, ma l'esito non potrà che essere una normativa che sottragga il minore alla 'condizione deteriore' di "restare incardinati nel rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibile dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo", vedendo così "gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi".

E' interessante vedere come il giudizio di eguaglianza-ragionevolezza subisca in questi casi una trasformazione nel senso di un arricchimento degli elementi fattuali e scientifici, che non può non incidere, anche per la forte carica di 'sensibilità' dei temi trattati -ma il discorso qui mi porterebbe troppo lontano dal tema che mi è stato affidato, per cui mi limito solo a

metterlo sul tappeto- su aspetti come i poteri istruttori della Corte, la partecipazione e il contraddittorio nel giudizio di legittimità costituzionale, l'esternazione delle diverse opinioni maturate all'interno della Corte.

Se i temi prima richiamati possono ritenersi già in qualche modo assestati o in via di assestamento, anche grazie all'intervento del giudice costituzionale, altri e più complicati problemi si affacciano all'orizzonte, ma è un orizzonte sempre più vicino e visibile. I nuovi conflitti della società tecnologica scaricano sul principio di eguaglianza tutta una serie di sollecitazioni che attendono di essere consolidate, e prima ancora capite.

Posso solo fare un riepilogo dei profili più controversi.

Un primo test concerne il problema della brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, e in particolare delle scoperte legate al genoma umano. Ma il tema può essere impostato più in generale con riferimento alla brevettabilità dei farmaci.

In effetti, il tema non è solo teorico, ma ha ricadute pratiche che impattano sull'eguale possibilità di accedere a cure efficaci, e in definitiva sull'eguaglianza nel diritto alla salute.

Com'è noto, nel 1978 la Corte Costituzionale, con la sent. n. 20, dichiarò incostituzionale il divieto di brevetto dei farmaci, lavora do proprio su alcuni profili del principio di eguaglianza.

In particolare, il Giudice costituzionale rilevò un contrasto della normativa del 1939 con l'art. 3 Cost., in combinato disposto con l'art. 41, Cost., soprattutto perché "svantaggia gli imprenditori del settore produttivo farmaceutico (nonché alcuni imprenditori di questo nei confronti dei loro concorrenti) rispetto agli imprenditori di altri comparti"; senza contare la violazione dell'art. 9 della Costituzione, nella parte in cui prevede il dovere della Repubblica di promuovere la ricerca scientifica e tecnica, rispetto alla quale il brevetto viene considerato come uno strumento necessario.

Tuttavia la Corte aveva piena consapevolezza del rischio che l'apertura della ricerca alle esigenze e alle logiche del mercato avrebbe potuto accentuare le finalità meramente commerciali e speculative a scapito del diritto alla salute che doveva invece rimanere prioritario; e infatti segnalò al legislatore una serie di possibili opzioni correttive, tra cui la riduzione della durata del brevetto, e una disciplina di attenta regolamentazione pubblicistica dei prezzi.

Alcune noti casi degli ultimi anni (Sofosbuvir, Avastin-Lucentis, tanto per citare le vicende più eclatanti) hanno dato l'impressione di uno svuotamento del tentativo di bilanciamento tra diritti economici, obiettivi di progresso della ricerca scientifica, tutela della salute individuale e collettiva in condizioni di eguaglianza e non discriminazione. La tutela brevettuale ha finito per legittimare situazione di esclusione di intere categorie di malati dalle cure più efficaci per la loro salute [Casonato]. Il primo comma dell'art. 41 ha completamente surclassato il secondo comma, l'utilità sociale, e i criteri di eguaglianza sostanziale ai quali la prima clausola (come le altre dell'art. 41, e in genere quelle degli artt. 41-44) è intimamente collegata[332].

[332] In questi termini, v. Q. Camerlengo, *Costituzione Economia Società*, Bari, 2017, 56, e 226-227; e M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 376.

Emblematico il caso della Myriad Genetics e della pretesa (alla fine bloccata dalla Corte Suprema USA) di coprire con la tutela brevettuale la scoperta delle mutazioni genetiche (relative ai geni BRCA1 e BRCA 2) potenzialmente collegate allo sviluppo di patologie tumorali al seno[333].

Ma in fondo, anche la competizione di questi mesi sui vaccini anti-Covid (tra le imprese farmaceutiche, e tra gli Stati) 'stona' profondamente rispetto al carattere globale della tragedia che questo virus ha imposto. Come ho detto in un' altra sede[334], questa emergenza ci ha sbattuto in faccia il fatto che la salute è un bene comune globale e deve essere gestita come tale, a cominciare dal vaccino (in realtà sono più di uno i vaccini che sono stati resi disponibili) che dovrebbe essere trattato come un patrimonio comune dell'umanità, un bene comune 'universale', da mettere a disposizione del massimo numero di persone, anche perché la sua efficacia dipende dalla sua diffusione, e dalla rapidità con cui avviene.

Ad ogni modo, di fronte a preoccupazioni di questo tipo, i sistemi sanitari devono cominciare a porsi anche il problema di considerare e trattare questi risultati del progresso scientifico, almeno quelli che si rivelano fondamentali per la cura e la prevenzione di importanti malattie, alla stregua di livelli essenziali di assistenza, che vanno garantiti uniformemente su tutto il territorio nazionale e per tutti i soggetti a rischio (art. 117, comma 2, lett. m)), in quanto corrispondono ad un nucleo indeclinabile del diritto alla salute.

Ma è una prospettiva tutt'altro che semplice.

L'intreccio tra bioetica ed economia scarica sulla dimensione giuridica il complicato puzzle di come allocare le risorse sempre più scarse dei sistemi sanitari (in crisi di sostenibilità) , anche di quelli più avanzati e orientati a coprire in chiave solidaristica le istanze legate al diritto alla salute.

Stabilire criteri di accesso a determinate terapie, decidere la durata o la 'quantità' delle stesse in rapporto alle condizioni cliniche del paziente, potenziare alcuni servizi o modalità di intervento (pensiamo alle cure palliative) a scapito di altri, distribuire le risorse finanziarie tra i diversi protocolli terapeutici, sono tutte scelte che hanno profonde implicazioni etiche e di giustizia sostanziale, e pongono inevitabilmente rischi discriminatori sotto diversi profili.

Ne abbiamo avuto un test drammatico nelle fasi più violente della pandemia da Covid-19. Molto sistemi sanitari hanno dovuto confrontarsi, più o meno dichiaratamente, con questo tipo di scelte tragiche. Scegliere chi può continuare a vivere, e chi invece deve essere 'sacrificato' alla mancanza di risorse e di macchinari disponibili per le cure intensive. Affiancando al (o forse 'mascherando' il) criterio dell'età dietro una serie di altre condizioni, più o meno oggettivamente verificabili, come la presenza di altri processi patologici, la gravità dello stato di malattia, la possibilità di un risultato di reversibilità delle compromissioni riscontrate, si è arrivati ai limiti estremi della ragionevolezza (o meglio della non irragionevolezza): andare oltre significa accettare una inammissibile graduazione del valore della vita.

---

[333] Per J. Stiglitz, *La grande frattur*a, cit., 289, "*il tentativo di Myriad di brevettare il DNA umano è stato una delle peggiori manifestazioni di disuguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie*".

[334] Vedi A. D'Aloia, *Una tempesta "inaspettata e furiosa". Dimensioni bioetiche e biopolitiche del Covid*, in Id. (a cura di), La tempesta del Covid, Milano, 2021, 19-20.

La medicina predittiva e la prospettiva della cura calibrata sulle caratteristiche 'genetiche 'del soggetto, "mettono in discussione l'approccio statistico al sociale", che costituisce il paradigma strutturale dei moderni sistemi di welfare. La protezione sociale viene indirizzata verso modelli in cui diviene sempre più importante l'elemento della singolarità (e della diversità) biologico-genetica dei soggetti, ed emergono inedite esigenze di giustizia e di meccanismi 'correttivi 'e compensativi da un lato, e problemi di allocazione delle risorse destinate agli interventi egualitari e solidaristici dall'altro (pensiamo solo al delicatissimo profilo delle malattie rare, e dei cd. 'farmaci orfani').

Un'altra, complessa sfida che il progresso biotecnologico lancia alle categorie dell'eguaglianza, in questo caso nella forma del divieto di discriminazione in ragione delle condizioni personali, viene dalla conoscibilità dei dati genetici, e attraverso questi, della predisposizione o del rischio di malattia di alcuni soggetti.

I dati genetici, anche senza scomodare la categoria dell'exceptionalism, hanno sicuramente una rilevanza 'personalissima'. Contengono informazioni sensibili, che pongono delicatissimi problemi di tutela della riservatezza delle persone, e altresì caratterizzate dall'elemento della 'condivisione familiare': e questo complica le cose, perché è chiaro che la circolazione di tali informazioni non può basarsi solo sul consenso del soggetto direttamente interessato.

Il conflitto tra il diritto di sapere e quello di non sapere, di scoprire sé stessi progressivamente (perché anche l'incertezza è un valore, su cui peraltro si basa l'essenza stessa dell'autodeterminazione), in particolare se dalla conoscenza della predisposizione ad una malattia non possono derivare vantaggi terapeutici ma solo un'anticipazione delle sofferenze psicologiche e persino una limitazione della propria libertà (si pensi ad una malattia come la Còrea di Huntington), supera la dimensione personale del soggetto coinvolto, e diventa un problema (anche) della sua famiglia; e, in siffatto contesto 'intersoggettivo', gli interessi possono persino essere opposti, dovendosi confrontare (alla ricerca di un bilanciamento) esigenze di privacy e ricerca di conoscenze strumentali alla tutela della propria salute o alla adozione di scelte o di comportamenti essenziali in chiave terapeutica o di prevenzione.

Potrebbe prefigurarsi anche una situazione in cui è necessario (o semplicemente opportuno) informare altre persone, diverse dal richiedente, dei risultati di un test genetico, proprio per il carattere condiviso di questi dati. Una norma del Codice di deontologia medica in effetti ammette, escludendo la responsabilità del medico, l'informazione a terzi se c'è grave pericolo per la salute o per la vita di questi soggetti.

Non è solo un problema di riservatezza. Una circolazione impropria o anche solo la conoscenza dei dati genetici può comportare rischi di discriminazione di un soggetto nel rapporto di lavoro (o anche prima, per l'accesso al lavoro), in ambito assicurativo, in tutta una serie di altri rapporti contrattuali (pensiamo solo al credito bancario) o di utilità sociali. S. Jasanoff[335], sottolinea il rischio di "creation of genetically stigmatized underclass with reduced access to employment, health law, insurance, and other social goods". Potremmo persino

[335] S. Jasanoff, *Reframing rights, Bioconstitutionalism in the Genetic Age*, MIT, Boston, 2011, 9.

trovarci di fronte a soggetti . che presentano "un profilo inassicurabile"[336], e in questi casi "*bisogna prendere atto del fatto che, in questi casi, ci troviamo di fronte ad un fallimento del mercato, che richiede un intervento dello stato, che si faccia carico di tali categorie*".

Sono prospettive realistiche, e già ampiamente rilanciate dall'esperienza concreta, tanto che le risorse del 'biodiritto 'hanno cominciato a fronteggiare questo tipo di problemi. In molti Paesi c'è già una legislazione più o meno avanzata (USA, Canada), che riguarda la tutela dei soggetti 'geneticamente 'deboli nei rapporti di lavoro, nelle relazioni contrattuali assicurative: e queste cose non hanno un impatto solo economico, ma attengono alla realizzazione professionale e quindi anche personale di un soggetto, alla sua dignità sociale, comportando situazioni di debolezza e di svantaggio sociale ed economico che devono essere rimosse o almeno attenuate. In alcuni Paesi (penso all'Armenia, e all'Ecuador) , sono state introdotte anche a livello costituzionale disposizioni volte a combattere le forme di discriminazione basate sulle informazioni genetiche [Tomasi, 360-361, che parla di 'declinazioni innovate dell'eguaglianza'].

In Italia, il Garante della Privacy (vedi l'Autorizzazione n. 2/1999) ha stabilito che "i dati genetici non possono essere trattati dalle imprese assicurative, dagli istituti di credito,dalle società e dalle imprese; i dati genetici non possono essere comunicati a soggetti pubblici e privati, ivi compresi i fondi e le casse di assistenza sanitaria integrativa, le aziende che svolgono attività strettamente correlate all'esercizio di professioni sanitarie o alla fornitura all'interessato di beni, di prestazioni o di servizi, gli istituti di credito e le imprese assicurative, le associazioni od organizzazione di volontariato, e i familiari dell'interessato".

Un capitolo molto particolare riguarda gli sviluppi in tema di neuroscienze e di AI, e la loro molteplice intersezione con le proiezioni sostanziali del principio di eguaglianza.

Non posso ovviamente indugiare sulla enormità dei due settori, e delle sfide che pongono complessivamente alla teoria e alla esperienza del diritto[337]. Sul primo versante, ormai si parla apertamente di neurolaw, e questa sintesi neologistica rappresenta un nuovo e complesso settore di ricerca caratterizzato da elevati livelli di trasversalità e di integrazione delle conoscenze, un 'work in progress' che investe molti dei tradizionali ambiti del diritto, tra cui soprattutto quelli legati alla responsabilità e al processo penale, al diritto dei contratti e della responsabilità civile, al diritto della salute (accertamento della morte, identificazione e trattamento della malattia mentale, individuazione dei livelli di capacità di un soggetto).

In fondo, diritto e neuroscienze si occupano dello stesso oggetto, sono in questo senso 'natural partners'. Tutte e due guardano all'uomo, ai suoi comportamenti, ed è inevitabile che finiscano per incontrarsi e incrociarsi se uno (il diritto) è chiamato a regolare le conseguenze delle azioni umane (e, prima ancora, a imporle, vietarle, favorirle, permetterle), e l'altro settore (appunto, quello delle neuroscienze) può aiutare a capire meglio cosa muove i comportamenti e le scelte umane, cosa c'è dietro lo schermo (essenziale per il diritto e per le sue categorie) della decisione libera e cosciente.

---

[336] E. Stefanini, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, 2008, 64-65.

[337] In tema, volendo, v. A. D'Aloia – M. Errigo (eds.), *Neuroscience and Law. Complicated Crossings and New Perspectives*, Cham, Springer, 2020; A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020.

A sua volta, sull'AI sembra scoppiata una vera mania, ma io sono convinto (forse perché sono uno dei 'maniaci') che non sia solo una 'bolla'. Il tema c'è, ed è davvero molto intricato e ricco di prospettive inedite anche per il giurista, che qui non possono nemmeno sfiorare.

Ma andiamo con ordine, discutendo singolarmente gli aspetti di entrambi i settori suscettibili di impattare sul principio di eguaglianza, o di esserne condizionati. Cominciamo dalle neuroscienze, per capire quali possono essere gli impatti sul principio di eguaglianza e sui suoi significati. Il campo principale di verifica è quello del diritto punitivo e del suo processo.

Intanto, è doverosa una premessa. Quando parliamo delle neuroscienze e del loro obiettivo fondamentale (vale a dire comprendere come il cervello può influire e rendere possibili le azioni umane, le possibili esperienze mentali e comportamentali), dobbiamo essere consapevoli che siamo solo all'inizio di un percorso, di cui si intuiscono le straordinarie potenzialità (anche grazie a strumenti capaci di esplorare il funzionamento normale del cervello con una accuratezza e un dettaglio prima inesistenti), e i riflessi, promettenti e inquietanti al tempo stesso. Come è stato detto, quello che dobbiamo conoscere è ancora molto di più di quello che già conosciamo [Marcus-Freeman].

La seconda premessa, almeno per come la penso io, è che le neuroscienze possono dare un contributo importante alla spiegazione dei comportamenti umani, possono aiutare a gestire e a regolare le conseguenze di questi, e la risposta punitiva dell'ordinamento, anche nell'ottica del principio di rieducazione dei condannati, che resta uno degli scopo fondamentali del diritto penale secondo la Costituzione.

In una celebre sentenza del 1988 (la n. 364, quella che ha sancito il principio della scusabilità, in alcuni casi, dell'ignoranza della legge penale), la Corte affermò che tra il primo e il terzo comma dell'art. 27 c'è uno stretto collegamento, dato dalla possibilità di "muovere un rimprovero all'agente, potendo da lui pretendersi un comportamento diverso". Per il Giudice costituzionale, "non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto) non ha certo bisogno di essere rieducato".

Proprio qui, in questo spazio tra 'grado della rimproverabilità' e 'grado della rieducazione', le neuroscienze possono aprire scenari inediti, segnalare nuovi approcci valutativi, senza tuttavia sconfessare radicalmente i concetti di responsabilità e di scelta libera, volontaria.

Non siamo solamente i nostri geni, come non siamo solamente i nostri neuroni, potremmo dire. Il determinismo genetico o neurale rischia di trascurare l'incidenza che altri fattori (ambientali, sociali, culturali, familiari) possono avere sul funzionamento del cervello e sulle nostre decisioni.

Come spiega M. Gazzaniga[338], non siamo "le pedine di una partita a scacchi giocata dal cervello". Il cervello è una specie di 'collo di bottiglia' dove tutti questi fattori causali prima

[338] M. Gazzaniga, *Who's in charge? Free will and the science of the brain*, Harper Collins, New York; trad. It., Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio. Codice edizioni, Torino, 2013, 113.

richiamati si mischiano, e si influenzano reciprocamente con le caratteristiche fisiche e comportamentali di ciascuno di noi.

Le moderne neuroscienze possono illuminare alcune di queste relazioni; individuare alterazioni genetiche suscettibili -in una certa percentuale statistica- di orientare verso comportamenti antisociali. Ma questo legame non è diretto e automatico: in mezzo ci sono numerose variabili ambientali, sociali, esistenziali.

Ad ogni modo, abbiamo uno strumento in più, che oltretutto sembra promettere ulteriori avanzamenti, per calibrare le risposte penali alle situazioni reali differenziate (al di là di quanto descritto nell'art. 133 c.p.), per rendere la pena più proporzionata al fatto e alle condizioni personali del reo, per escludere determinate sanzioni in relazione a classi di soggetti (pensiamo alle sentenze della Corte Suprema americana sull'incostituzionalità della pena di morte nei confronti dei minori e dei malati di mente) per decidere sulle misure di reinserimento sociale, per introdurre in sostanza ulteriori elementi di differenziazione ragionevole e quindi giustificabile, come pure per verificare l'attendibilità della memoria di un fatto, o l'esistenza di elementi di parzialità o di non neutralità in soggetti fondamentali del processo penale, come giudici, componenti delle giurie popolari, accusatori, testimoni.

Ma tutto questo ha a che fare con proiezioni basilari dell'eguaglianza, in un luogo (quello del processo) dove questo principio ha una valenza paradigmatica, quasi simbolica.

Più andiamo avanti, a mano a mano che queste tecniche progrediscono, e diventano un elemento decisivo o determinante nella gestione del processo, si porrà un problema di eguaglianza riguardo alla loro disponibilità effettiva.

In altre parole, possiamo lasciare questa risorsa nella disponibilità solo di chi può permettersi una consulenza neuroscientifica (come quella che ha portato la Corte d'Assise d'Appello di Trieste a ridurre la pena ad un omicida sulla base di dati provenienti dall'indagine neuro-genetica)? Di chi può avere buoni avvocati o buoni consulenti? O queste possibilità devono diventare un contenuto necessario del giusto processo?

Veniamo al secondo possibile incrocio tra neurolaw e declinazioni dell'eguaglianza.

Le moderne tecniche neuroscientifiche consentono (e ancora di più consentiranno in un futuro sempre più prossimo) di potenziare il cervello e le funzioni cognitive, anche combinando risorse farmacologiche ed elementi artificiali (le cd. Brain Computer Interfaces).

Tralasciando in questa sede i problemi legati alla sicurezza di queste tecniche, ai problemi di salute che possono derivare dal loro uso, alle conseguenze di una ibridazione uomo-macchina che in qualche misura rischia di offuscare i confini dell'umano, appare sempre più evidente che intorno a queste possibilità si profilano complicate questioni di eguaglianza (potremmo dire di 'fairness'). "L'umano cambia", scrive Aldo Schiavone, aggiungendo: "*si producono nuovi orizzonti di senso. Nascono nuovi mondi di pensiero. […] L'idea di eguaglianza è la misura della nostra visione dell'umano, che è il suo retroscena*"[339].

Per un verso, se questi strumenti non fanno male e possono essere utili, in linea teorica dovrebbero essere accessibili a tutti. E 'difficile però che un simile scenario possa essere

[339] A. Schiavone, *Eguaglianza*, cit., 271.

sostenibile per i nostri sistemi sanitari già pesantemente stressati dalle diverse linee evolutive del diritto alla salute.

D'altro canto, l'uso selettivo delle tecniche di enhancement potrebbe riproporre un nuovo capitolo del conflitto sociale, questa volta tra 'enhanced 'e 'unenhanced', sul piano del lavoro, e delle opportunità sociali ed economiche (come evidenzia un documento dell'*Irish Council for Bioethics*, intitolato emblematicamente: "*Making people better or Making better people?*"). La preoccupazione di alcuni studiosi è che un datore di lavoro potrebbe spingere i suoi lavoratori ad usare i "cognitive enhancers", per migliorare la capacità di concentrazione e la produttività.

Eguaglianza significa anche competizione paritaria, merito. Per i concorsi pubblici questa è la regola costituzionale, almeno in alcuni ordinamenti come il nostro. Quale impatto possono avere le tecniche di enhancement su questa esigenza, invero spesso tradita o alterata da altre motivazioni e pratiche poco commendevoli? Lo stesso si può dire per le procedure di accesso alle università, da cui può dipendere molto del futuro economico e sociale di una persona.

Come si può garantire che le procedure di selezione avvengano, almeno formalmente, in un contesto di pari opportunità? E 'sufficiente immaginare che si possa stab lire un divieto di ricorrere a strumenti di enhancement, nel periodo di svolgimento della prova? E 'sempre verificabile (e come) il rispetto di questo divieto?

Da un diverso punto di vista, la diffusione dell'enhancement come pratica sociale rischia di determinare altri effetti sistemici sicuramente problematici. L'individualismo esasperato che emerge dalla ricerca di prestazioni sempre più performanti rischia di condurre ad un modello sociale in cui la normalità (e ancora di più la disabilità) diventano condizioni sempre meno accettate, proprio perché potrebbero essere superate; senza contare "l'effetto di logorare l'adesione non formale a valori come impegno personale, lealtà, fairness, solidarietà".

Infine, la combinazione tra enhancement cognitivo ed editing genetico appare suscettibile di alterare la natura umana secondo modalità 'stabili 'e non reversibili, capaci cioè di riflettersi sulle generazioni future, con tutte le inquietudini che una simile prospettiva porta con se[340].

In un documento di pochi anni fa del CNB (parere su Neuroscienze e potenziamento cognitivo farmacologico: profili bioetici, 22/2/2013, pag. 19), si legge: "*Il problema bioetico non concerne solamente la nocività rispetto alla salute; esso chiama in causa anche la considerazione di valori politico-sociali basilari quali l'eguaglianza di opportunità, la lealtà, la cooperazione. [...] il libero uso di PCF, magari di difficile reperibilità e/o particolarmente costosi, ... potrebbe dar vita a ulteriori forme di vantaggio indebito a favore di chi vi può fare ricorso, sia*

[340] In questo caso, come si è già sottolineato, il riferimento alle generazioni future apre la prospettiva ad un'idea di eguaglianza impersonale, oggettiva, basata su "occasioni … di comunione solidale rispetto a un patrimonio genetico, ambientale, culturale, la cui unitarietà sostanziale è esaltata dal dominio di strumenti conoscitivi e operativi che lo padroneggiano e lo trasformano sempre più a fondo": così A. Schiavone, Eguaglianza, cit., 293. Questo Autore afferma ancora (298): "*il punto di arrivo non può essere allora se non la ricerca di un nuovo equilibrio tra individualità e impersonalità. Un bilanciamento che parta dalle fasce dio nuova eguaglianza da costruire intorno all'uso condiviso e paritario dei beni comuni: compreso quello, decisivo, della protezione dell'eguaglianza dell'umano da preservare come un valore assoluto, nelle condizioni storiche date*".

in ambito scolastico-accademico che lavorativo, accentuando le diseguaglianze esistenti e alterando ancor più il senso della comune cittadinanza e della solidarietà sociale ".

Il principio di eguaglianza, "il più artificiale di tutti"[341], si colloca in uno spazio che implica l'accettazione di alcune diseguaglianze naturali, legate al fatto che le persone sono differenti (ma pur sempre connotate da 'pari dignità sociale') sulla base di diverse caratteristiche, come intelligenza, capacità di lavoro, cultura, abilità fisiche e cognitive. Se questo ambito diventa potenzialmente attingibile e alterabile attraverso pratiche e strumenti di enhancement, il diritto non può rimanere indifferente; se le disuguaglianze naturali lasciano il posto a disuguaglianze prodotte o accentuate artificialmente (si pensi soprattutto all'editing o all'enhancement genetico[342]), questo diventa meno accettabile sulla base del senso morale comune, e può richiedere misure correttive e di neutralizzazione[343].

Poche notazioni sulle ipotesi discriminatorie e sui problemi di eguaglianze che si riconducono allo sviluppo dei sistemi di AI. Che il problema esista è ormai una valutazione comune a tutti i documenti ufficiali (al momento più che altro si tratta di soft law) che sono stati elaborati sul controverso rapporto tra Ai e diritto.

Il primo tema riflette il rischio che gli Ai Systems e le valutazioni algoritmiche possano perpetuare (anche indirettamente o involontariamente) modelli e schemi discriminatori, incidendo in modo più severo e penalizzante nei confronti di gruppi che già sono minoritari e marginalizzati.

Molti studi hanno evidenziato che software di previsione dei reati o di calcolo del recidiviamo possono basarsi su informazioni che finiscono con l'alimentare una sorta di circolo vizioso, per cui alla fine, ad essere criminalizzata, è la povertà, o anche semplicemente la collocazione di un soggetto all'interno di un determinato quartiere. Come ha affermato una studiosa americana, nelle nostre città, molto spesso configurate secondo logiche di segregazione razziale, "la geografia è un dato che sostituisce perfettamente la razza"[344].

Andrea Simoncini parla apertamente di un algoritmo 'strutturalmente incostituzionale', in quanto è costruito su un set di dati che riflettono in partenza elementi discriminatori (razzismo, sessismo) presenti nella rappresentazione virtuale del mondo[345].

Il problema è innanzitutto di programmazione e design dei modelli algoritmici, di come si configura quello che Lessig chiama il codice del 'cyberspace'; ma potrebbe non bastare di fronte allo sviluppo dei sistemi di machine learning, che apprendono da soli e che prendono

---

[341] M. Dogliani, C. Giorgi, *Art. 3*, cit., 13.

[342] Vedi le riflessioni critiche, sul punto, di J. Habermas, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale,* Torino, 2002, 31, il quale sottolinea che "tale possibilità sposterà il confine tra caso e decisione, che sta alla base dei nostri criteri di valore", aggiungendo (p. 65) che "con la programmazione genetica nasce una relazione per molti aspetti asimmetrica, una sorta di paternalismo 'sui generis'".

[343] Sottolinea S. Rodotà, *Il diritto di avere* diritti, Roma-Bari, 2012, 373, che se non venisse rispettata una condizione di eguaglianza nell'accesso a queste possibilità, e "l'accesso fosse riservato a gruppi privilegiati o solo a chi fosse in possesso di adeguate risorse finanziarie, si creerebbero le premesse per la più drammatica delle diseguaglianze. […] si istituzionalizzerebbe un vero e proprio 'human divide'. La negazione dell'accesso alle nuove 'abilità' genererebbe nuove figure o categorie di disabili, sfidando le regole poste finora a loro tutela".

[344] In tema, sia consentito rinviare ancora a A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo,* cit..

[345] A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale:intelligenza artificiale e il futuro della libertà,* in A. D'Aloia (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 167 ss.

autonomamente le informazioni di cui hanno bisogno nello sconfinato repertorio informativo del web.

Il secondo tema ha a che fare con l'uso dei sistemi di AI nel processo. In un lavoro del 1969 Losano immaginava che la cibernetica potesse essere un fattore di eguaglianza, contro la creatività diseguale e opportunistica del bravo avvocato, l'astuzia che non tutti possono permettersi.

Quando si parla oggi di decisione robotica o algoritmica, l'elemento che viene sottolineato è quello della rapidità e della oggettività della decisione, in questo senso astrattamente più idonea a non farsi condizionare da fattori soggettivi, emozionali, di adeguatezza professionale delle parti e del giudice, finanche da pregiudizi legati al sesso e all'orientamento sessuale, alla razza, alla religione, alla nazionalità, e così via.

Ammesso che tutto questo sia vero e disponibile tecnologicamente, il diritto e la giustizia sono anche altro: e soprattutto la capacità del giudice di far emergere la peculiarità dei fatti e di adeguare ad essi la decisione (appunto, ragionevolezza, proporzionalità, figure dell'eguaglianza), in particolare quando davanti a lui arrivano questioni scientifiche o rivendicazioni concrete inedite, non classificabili statisticamente, difficili da collocare in una dimensione standardizzata.

E' possibile, e in che misura, ricondurre agli schemi astratti della computazione algoritmica la straordinaria varietà dei fatti che il giudice è chiamato a considerare (in modo ragionevole e con proporzionalità: appunto, due figure dell'eguaglianza), le emozioni, le speranze, i drammi umani delle parti che rendono molte questioni irriducibilmente diverse? Fino a che punto decidere sulla pericolosità o ricuperabilità sociale di un soggetto, valutare se il rischio di recidiviamo debba prevalere sulla concessione di una misura premiale, può essere affidato ad un meccanismo automatizzato, basato sul trattamento algoritmo di informazioni, precedenti, dati personali o di contesto, che magari possono riflettere una serie di condizioni in sé potenzialmente sfavorevoli e tali da riproporre esiti sostanzialmente confermativi, e perciò discriminatori?

Al momento sono ancora domande di prospettiva. L'uso di questi sistemi nel processo, in alcuni ordinamenti, è stato essenzialmente configurato in termini di supporto informativo ausiliario, non esclusivo; in altre parole (penso al caso Loomis negli USA), l'algoritmo è solo uno degli strumenti a disposizione del giudice per prendere la sua decisione.

Il principio di non esclusività della decisione automatizzata è affermato ora con forza anche dal GDPR. Nondimeno, resta il problema del valore persuasivo delle scelte suggerite da un sistema automatico (Simoncini parla di una travolgente forza pratica dell'algoritmo), rispetto alle quali ci si può discostare, a patto di prendere sul serio l'obbligo costituzionale della motivazione e di impegnarsi in un notevole (e sempre rischioso) sforzo valutativo.

Questi problemi si pongono anche fuori dal processo. Una decisione del TAR Lazio (13/9/2019 n. 10963) sulla procedura di mobilità nazionale straordinaria dei docenti della scuola, censura il fatto che "è mancata nella fattispecie una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili nell'organico dell'autonomia della scuola". Nella prospettazione del GA, "*alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di*

soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazioni delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa", specialmente quando questa incide su posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati".

Intervenendo in appello sulla stessa questione, il Consiglio di Stato (sent. 8472/2019, sez. VI) è stato ancora più rigoroso nel tracciare le linee di ammissibilità della decisione amministrativa algoritmica. Per quello che riguarda specificamente la prospettiva dell'eguaglianza e della non discriminazione, il Supremo Collegio configura un principio di non discriminazione algoritmica, in base al quale il titolare del trattamento è tenuto ad utilizzare procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori.

12. L'eguaglianza nel "tempo dell'incertezza"

Gaetano Azzariti ha definito il nostro tempo -con un'immagine forse non rassicurante ma sincera, realistica- come "*il tempo dell'incertezza e del dubbio, dei passaggi e del viaggio, delle frontiere e degli attraversamenti dei confini, non invece degli approdi e degli orizzonti definiti*"[346].

Questi dubbi e questi orizzonti incerti e non definiti pesano sul costituzionalismo e sulle sue pagine più dense e caratterizzanti. E l'eguaglianza, come abbiamo detto all'inizio, è in un certo senso il punto di congiunzione di tutti i processi e di tutti i percorsi che dalla Costituzione partono verso il reale, e da questa dimensione ritornano ad interrogare le risorse costituzionali, a chiedere indicazioni, soluzioni, prospettive.

Eguaglianza e diseguaglianze (e discriminazioni) continueranno ad inseguirsi e a confrontarsi in forme sempre nuove e mai completamente assestate, di fronte a scenari e a contestualità che sono sicuramente modificati.

E' una sfida che non può fermarsi, quella dell'eguaglianza, e che si muove sul doppio registro dell'attuazione e del perfezionamento del disegno costituzionale[347], e del suo adattamento ai nuovi conflitti e alle nuove ipotesi di discriminazione e di diseguaglianza[348].

Ma è soprattutto, una sfida culturale, prima ancora che politica o normativa.

Eguaglianza, solidarietà, Costituzione sono beni/valori che hanno bisogno di una forza sociale che li sostenga, di una cultura costituzionale che riesca a confermarli dentro uno scopo morale comune (almeno prevalente).

---

[346] G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit., 13.

[347] Sul disegno costituzionale come disegno imperfetto, che ha bisogno di essere realizzato e tradotto … in questo senso è un'imperfezione benefica, v. C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale*, in Scritti Onida, cit., 214.

[348] Anche per M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali*, cit., 170, la definizione dei problemi connessi con l'eguaglianza "è una sfida perenne, che richiede un processo di intelligenza collettiva organico, corale, aperto".

Bisogna essere consapevoli che su questo terreno si gioca la "lotta per la conservazione del costituzionalismo" come visione complessiva della società [349], e dei motivi per cui è nato, vale a dire la ricerca incessante (spesso faticosa e incerta nei risultati) dei limiti a tutto ciò che si manifesta come potere, e di un orizzonte di speranza e di benessere per le persone, tenendo conto che il contesto è cambiato, e dentro questo nuovo contesto va mantenuta e ridefinita la capacità della Costituzione di suscitare speranze, idee, scenari, correzioni ai processi storici in atto, con il suo bagaglio più autentico e irriducibile: la cultura dei diritti e dell'eguaglianza.

Vorrei chiudere con una riflessione di Aldo Schiavone, contenuta nel suo ultimo volume dedicato proprio all'idea di Eguaglianza. Per questo studioso, "*il grande lascito dell'età da cui siamo appena usciti -l'idea di un'eguaglianza sostenuta socialmente dal lavoro e istituzionalmente dallo Stato, che potesse attraversare ogni singola vita, costitutiva di legami in grado di tenere insieme formazioni sociali anche di grande complessità, e di reggere il funzionamento politico di un'autentica sovranità popolare- non si è dileguato. Si trova in una condizione che si potrebbe definire sospesa, oggettivamente in bilico -una grande costruzione di cui all'improvviso stanno cedendo le basi- e il suo destino è aperto su molte soluzioni*"[350].

Ma appunto, da esse, dalla scelta di andare verso una delle direzioni possibili, dipende.

Indicazioni bibliografiche

M. Ainis, *L'eguaglianza molecolare*, in Studi Silvestri, 2015

M. Alacevich, A. Soci, Breve storia della disuguaglianza, Roma-Bari, 2019

A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti*, Napoli, 2005

G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in Annuario AIC 2012, Napoli, 2014

L. Antonini, *Alla ricerca del Territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in Annuario AIC 2016

G. Azzariti, Portata rivoluzionaria dell'eguaglianza: tra diritto e storia, in Studi Silvestri, 2015

G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013

G. Berti, *Immagini e suggestioni del principio di eguaglianza*, in Scritti in memoria di L. Paladin, Padova, 2004

E. Bettinelli, *Il clandestino: persona senza status?*, in Scritti Onida, Milano 2011

R. Bin, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in Annuario AIC 2014

R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992

R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018

Q. Camerlengo, *Costituzione Economia Società*, Bari, 2017

---

[349] S. Staiano, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, 428. Come scrive Fioravanti, *La trasformazione costituzionale, in G. Brunelli, G. Cazzetta (eds.), Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?,* cit., 363, *"ciò che minaccia davvero la Costituzione oggi è questa dispersione nell'attualità: la tendenza a comporre e scomporre al momento, ad assimilare anche la Costituzione alle cose del nostro tempo, che vuole che tutto sia infinitamente modificabile, che tutto venga usato, e poi gettato, con la massima rapidità possibile".*

[350] A. Schiavone, *Eguaglianza*, cit., 278.

Q. Camerlengo, *Eguaglianza sostanziale e promozione sociale nel sistema costituzionale*, in Scritti Onida, Milano 2011

Q. Camerlengo - L. Rampa, *I diritti sociali tra istituti giuridici e analisi economica*, in Quad. Cost., 2015/1

P. Caretti, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in Annuario AIC 2012, Napoli, 2014

L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012

M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in Scritti Onida, Milano 2011

M. Cartabia - T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009

V. Casamassima - E. Vivaldi, Ius existentiae *e politiche di contrasto della povertà*, in Quad. Cost., n. 1/2018

O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancora attuale*, in Annuario AIC 2016

P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, Modena, 2018

R. Dahrendorf, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Roma-Bari, 2003

G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012

G. De Vergottini, *La dislocazione dei poteri e la sovranità*, in Annuario AIC 2012

M. Dogliani, *Questione settentrionale e Costituzione*, in Scritti Onida, Milano 2011

M. Dogliani - C. Giorgi, *Art. 3*, Bari, 2017

D. Fassin, *Le vite ineguali*, MIlano, 2019

L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, in Dem. e Dir., 1994/2-3

L. Ferrajoli, *L'uguaglianza e le sue garanzie*, in M. Cartabia - T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009

L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. Teoria della democrazia, Roma-Bari, 2007

M. Fioravanti, *Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno*, in Annuario AIC 1998

M. Fioravanti, *La Costituzione democratica*, Milano, 2018

M. Fioravanti, *Uguaglianza e Costituzione: un profilo storico*, M. Cartabia - T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009

F. Gallo, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli, 2012

E. Garzon Valdès, *Some reflections on the concept of equality*, in Annuario AIC 1998

C. Giorgi, *L'uguaglianza tra diritto e storia (italiana). Momenti e figure di un principio costituzionale*, in Costituzionalismo.it, 3/2017

G. Grasso, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in Quad. Cost., 2015/1

T. Groppi, *Diseguaglianze e immobilità sociale. Quel che la Costituzione italiana ha da dire*, in forumcostituzionale.it, 2 ottobre 2019

P. Leroux, *De l'égalité*, Paris, 1838, 4.

M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione Repubblicana*, in Rivista Aic, 2011

M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in QC 1/2017

P. Marsocci, *Uguaglianza e memoria del legame costituzionale*, in Costituzionalismo.it, 3/2017

M. Mastropierro, Che fine ha fatto il futuro?, Roma, 2019

G. Micciarelli, CETA, *TTIP e altri fratelli: il contratto sociale della post-democrazia*, in Pol. dir., 2/2017

A. Morrone, *Sovranità*, in Annuario AIC 2016

Martha C. Nussbaum, *Creare capacità*, Bologna, 2011

V. Onida, *Eguaglianza, legalità, Costituzione*, in Annuario AIC 1998, Padova, 1999

C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale*, in Scritti Onida, Milano 2011

C. Pinelli, *Del tornare sulle categorie*, in Annuario AIC 2016

A. Rauti, *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni*, in Studi Silvestri, 2015

G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in Annuario AIC 1998

F. Rimoli, *Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione "scomoda"*, in Lo Stato, 2017, n. 9

S. Rodotà, *"Compagni di strada". Lelio Basso e Massimo Severo Giannini*, in Pol. dir., 2005/4

A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in Studi Silvestri, 2015

C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in Annuario AIC 2016

C. Salazar, I*l diritto al lavoro e il* Jobs Act*: quale destino per il principe dei diritti sociali?*, in Studi Silvestri, 2015

G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in Annuario AIC 2016

A. Schianchi, M. Franchi, *Democrazia senza*, Parma, 2016

A. Schiavone, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, 2019

G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in Annuario AIC 2012

G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in Quad. Cost., 2006

G. Silvestri, Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo, Roma-Bari, 2009

G. Silvestri, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, M. Cartabia - T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009

F. Sorrentino, *Eguaglianza formale*, in costituzionalismo.it, n. 3/2017

A. Sperti, *Eguaglianza, diritto alla differenza e dignità umana nell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui diritti degli omosessuali*, in Studi Silvestri, 2015

S. Staiano, *Rappresentanza*, in Annuario AIC 2016

J. Stiglitz, *La grande frattura. La disuguaglianza e i modi per sconfiggerla*, Milano, 2016

I. Stolzi, *Storia e storie del Welfare (in margine alla sentenza Kattner)*, in Giorn. dir. lav. rel. industr., 2009

C. Tripodina, *Aporofobia e povertà*, in Costituzionalismo.it, 1/2019

C. Tripodina, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in Costituzionalismo.it, 1/2015

C. Volpato, *Le radici psicologiche della disuguaglianza*, Roma-Bari, 2019

G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008

G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017

G. Zagrebelsky, *Moscacieca*, Roma-Bari, 2015

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 08/10/2021

AUTORE: Stefania Cecchini*

L'EUROPA ASPIRA A DIVENTARE UNO STATO SOCIALE?

Sommario: 1. Il radicarsi di una matrice sociale europea: dal Programma 2019-2024 della Commissione europea alla Conferenza sul futuro dell'Europa. – 2. La svolta politico-istituzionale e il mutato indirizzo politico europeo. – 3. La risposta europea alla crisi sanitaria «all'insegna della solidarietà». – 4. Quale futuro per il modello sociale europeo?

1. Il radicarsi di una matrice sociale europea: dal Programma 2019-2024 della Commissione europea alla Conferenza sul futuro dell'Europa

A partire dal programma 2019-2024 della Commissione europea, passando per la Conferenza sul futuro dell'Europa sino ad arrivare alla risposta alla crisi sanitaria, si sta assistendo a un mutamento nell'indirizzo politico europeo che impone una riflessione in ragione delle sue ripercussioni sull'assetto normativo e istituzionale dell'Unione stessa. Come ha recentemente osservato il Presidente del Consiglio Mario Draghi, «è convinzione comune che l'Unione Europea è cambiata completamente. Il Patto di stabilità e di crescita così come era prima è definitivamente superato. Anche da altri Paesi che avevano molto a cuore l'austerità di bilancio si prende coscienza che l'epoca attuale è un'epoca di grandi impegni di spesa»[1]. Tale cambio di indirizzo induce a interrogarsi sulla recente propensione delle istituzioni europee a inverare quei principi di solidarietà ed eguaglianza su cui comunemente si fonda lo Stato sociale.

---

* Ricercatrice t.d. in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari.

[1] *Replica del Presidente del Consiglio, Mario Draghi, al Senato della Repubblica a seguito del dibattito generale sulle Comunicazioni in vista del Consiglio europeo del 24 e 25 giugno*, Roma, 23 giugno 2021. Il Presidente del Consiglio Draghi, Presidente della Banca Centrale Europea dal novembre 2011 all'ottobre 2019, ha dichiarato: «il Patto di stabilità e di crescita così come era prima è superato. Questo ormai è convinzione comune. Io sarò circa un tre anni che continuo a osservare che le regole fiscali non erano più adeguate, ma oggi è definitivamente superato».

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

Sin dal discorso inaugurale della Presidente Ursula von der Leyen, le sei priorità su cui si sviluppa oggi l'Agenda della Commissione europea esplicitano un cambio di passo nella politica dell'Unione che, allontanandosi dalle rigidità di Maastricht, tende a conciliare la crescita economica con la tutela dell'ambiente, dei diritti e il perseguimento di altre finalità sociali. Più precisamente, i pilastri che sorreggono il Programma sono *l'European Green Deal*, finalizzato a raggiungere la neutralità climatica dell'Unione entro il 2050[2], un'economia al servizio delle persone (*an economy that works for people*), un'Europa pronta per l'era digitale (*an Europe fit for the digital age*), la promozione dello stile di vita europeo attraverso la tutela dei cittadini e dei valori europei (*protecting our European way of life*), più opportunità grazie a una nuova generazione di tecnologie, un'Europa più forte nel mondo (*a stronger Europe in the world*) e, infine, un nuovo slancio per la democrazia europea (*a new push for European democracy*)[3]. L'Agenda politica della Commissione risulta, dunque, ispirata ai valori della democrazia pluralista e dell'eguaglianza prescritti dall'art. 2 TUE e ai principi di solidarietà e coesione sociale *ex* art. 3, par. 3 del TUE, a lungo contraddetti da una "forma di Stato europea"[4] tesa ad interpretare «l'economia sociale di mercato»[5] sull'assoluta preminenza del

---

[2] Il 15 gennaio 2020, il Parlamento Europeo in seduta plenaria ha approvato la Risoluzione 2019/2956 sull'*European Green Deal* elaborato dalla Commissione Europea allo scopo di trasformare l'Europa nel primo continente a impatto ambientale nullo entro il 2050. Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020 sul Green Deal europeo, (2019/2956(RSP), reperibile all'url: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0005_IT.html.

[3] Tali priorità possono consultarsi all'url: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_it#documents. Tra i primi a registrare un cambio di passo nella strategia europea 2019-2024, cfr. G. PITRUZZELLA, *Con il «Patto verde europeo» l'Unione darà il buon esempio*, in *Il Corriere della sera*, 16 dicembre 2019.

[4] La letteratura non è unanime nell'applicare le categorie classiche del costituzionalismo all'Unione Europea e, in particolare, quella di forma di stato per descrivere e, al contempo, definire il rapporto tra autorità e libertà all'interno dell'Unione. Per tutti, cfr. F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005. Parla, in questo senso, di forma di stato dell'Unione A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta online*, 2, 2020, p. 13. Viceversa, M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, il Mulino, 2001, è profondamente scettico nell'applicare le categorie proprie dell'ordinamento statale a quello europeo.

[5] Secondo l'art. 3, par. 3 TUE "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su *un'economia sociale di mercato* fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri" (corsivo aggiunto). Il modello economico prescritto dal Trattato affonda le proprie radici nella teoria economica elaborata dall'economista Wilhelm Röpke che mira a garantire sia la libertà di mercato che la giustizia sociale, armonizzandole tra loro. L'idea alla base della cosiddetta economia sociale di mercato è quella per cui la piena realizzazione dell'individuo non possa avere luogo se non vengono, al contempo, garantite la libera iniziativa, la libertà di impresa, la libertà di mercato e la proprietà privata, da un lato, e un certo interventismo dello Stato a tutela della cosiddetta giustizia sociale, dall'altro.

principio di concorrenza[6]. Nonostante il Trattato di Lisbona abbia eliminato da quest'ultimo articolo ogni riferimento espresso alla tutela della concorrenza[7], a lungo si è continuato ad interpretarlo *come se* quello della libertà della concorrenza costituisse il suo fondamentale principio ispiratore, secondo quanto emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia[8]. Viceversa, come ci si appresta a vedere, il Programma della Commissione prende le distanze da quella interpretazione a favore di un'altra maggiormente conforme ai principi del TUE e dello Stato sociale[9]. I doveri di solidarietà e giustizia sociale[10], infatti, non sembrerebbero più intesi come mere enunciazioni formali bensì come principi da inverare e rendere

[6] Tale discrepanza tra quadro normativo e assetto politico è puntualmente messa in luce, da ultimo, da A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., pp. 1 ss. Sul punto, cfr. ID., *Il modello sociale ed economico europeo*, in ID., A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea*, Napoli, 2009, nonché ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, ESI, Napoli, 2016. Al riguardo, R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *Federalismi.it*, 5, 2019, p. 26, evidenzia che «la trasformazione del paradigma economico di Maastricht non è avvenuta in relazione ad un progetto lineare e prestabilito, ma a causa della necessita di colmare le lacune presenti al suo interno. Difatti, la revisione formale non è l'unico modo mediante il quale è possibile introdurre nuovi obiettivi costituzionali. Questi possono essere stabiliti anche attraverso un processo di trasformazione del significato delle disposizioni esistenti senza alcuna modifica del testo».

[7] Il previgente art. 2 TUE, sostituito poi dall'attuale art. 3, stabiliva che "la Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri".

[8] Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha contribuito a spostare il baricentro dell'indirizzo politico-economico europeo dalla dimensione sociale a quella della libertà di impresa, determinando una sostanziale compressione dei diritti sociali. Al riguardo, si pensi alle note sentenze V*iking, Laval, Rüffert, TV-EUmw/VKA* e *Lussemburgo* (rispettivamente Grande Sezione 11 dicembre 2007, C-438/05; Grande Sezione del 18 dicembre 2007, C-341/05; C-346/06 del 2008, in tema di minimi salariali; C-271/08 del 2010, in tema di contrattazione collettiva; C-319/06 del 2008, in tema di minimi salariali). Sul punto, tra i tanti, cfr. R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC,* n. 3, 2014, p. 8; A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., p. 12.

[9] Sul rapporto tra le teorizzazioni dell'Unione Europea in chiave post-sovrana e l'affermarsi pressoché incontrastato delle dottrine neo-liberali in economico-sociale, cfr. A. D'ATTORRE, *Sovranità costituzionale e costituzionalismo dei diritti dopo Maastricht*, in *Politica del diritto*, 3, 2020, p. 386, secondo il quale «la pressione e la metamorfosi, che le categorie concettuali di «ordinamento giuridico», «Stato» e «sovranità» subiscono sul piano teorico negli ultimi decenni, possono essere analizzate anche dal punto di vista di uno slittamento culturale più generale, per effetto del quale la costruzione europea viene catturata dentro il paradigma neo-liberale e diventa gradualmente sempre più funzionale alla sua intangibilità».

[10] Oltre all'art. 3, par 3 TUE, il modello socio-economico dell'Unione si evince dalla lettura di altre disposizioni contenute nei Trattati, quali, ad esempio, l'art. 14 TFUE che si riferisce al principio della coesione economica e sociale in relazione all'erogazione dei servizi di interesse economico-generale; l'art. 2 TUE, sui valori dell'Unione, che si rifà al principio solidaristico; l'art. 9 TFUE che contiene una clausola sociale e l'art. 10 TFUE che ancora l'azione dell'Unione al principio di non discriminazione, principio poi ripreso dagli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza, rispettivamente sull'eguaglianza davanti alla legge e sulla non discriminazione.

effettivi attraverso l'imposizione di puntuali obblighi giuridici e obiettivi in capo agli Stati membri[11].

In questo quadro, il 5 marzo 2021 i Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione hanno firmato la dichiarazione comune per la Conferenza sul futuro dell'Europa, definendone obiettivi e struttura[12]. Il contenuto e, soprattutto, le modalità con cui si sono sviluppati i lavori per costituire tale Conferenza consolidano, indipendentemente dai suoi futuri esiti, il mutamento di indirizzo politico in discorso[13], segnando un punto di cesura rispetto alle logiche prettamente liberistiche che sino ad oggi lo hanno contraddistinto[14]. In particolare, gli obiettivi della Conferenza rivelano il maturare di una matrice sociale che caratterizza non solo l'Agenda strategica dell'Unione ma anche le misure impiegate per fronteg-

[11] Già con la Risoluzione del 15 gennaio 2020 sul *Green Deal* europeo (2019/2956(RSP), gli Stati membri erano stati chiamati a redigere «Piani nazionali per l'energia e per il clima… in linea con gli obiettivi dell'UE» (*Ivi,* Paragrafo 15), le cui previsioni normative sono poi confluite nei Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) richiesti per l'attuazione del *Next Generation EU*. La previsione di vincoli finalistici in relazione ai piani di riforma da realizzare a livello nazionale pone, infatti, le basi per la realizzazione di un progetto comune europeo che richiede agli Stati l'attuazione di politiche sociali. Sul punto, cfr. §3.

[12] Consiglio dell'Unione europea, *Conferenza sul futuro dell'Europa - Dichiarazione comune*, Bruxelles 5 marzo 2021, consultabile all'url: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6796-2021-INIT/it/pdf.

[13] Come è noto, non è pacifico l'utilizzo della categoria «indirizzo politico» con riferimento all'ordinamento europeo, dove una delle maggiori criticità risiede proprio nella difficoltà di individuare chi, tanto formalmente quanto sostanzialmente, ne sia titolare. In argomento, senza pretesa di esaustività, cfr. C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra capo del governo e ministri*, Edizioni universitarie, Roma, 1942; T. MARTINES, *Indirizzo politico,* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993, p. 244; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffré, 1961; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1988 e ID., Indirizzo politico e cultura politica, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere. Atti del convegno (Caserta 6-7 maggio 2005)*, Giappichelli, Torino, pp. 130 ss.; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. VIII, Torino, UTET, 1993; G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007; A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2018, pp. 7-45.

[14] Secondo J.E. STIGLITZ, *Il ritorno dello Stato e la fine del neoliberismo*, relazione al Festival dell'economia di Trento, *Il ritorno dello Stato, Imprese, comunità, istituzioni*, 3 giugno 2021, «il modello neoliberista, che abbiamo visto prevalere negli ultimi quarant'anni, sta giungendo alla sua conclusione». In particolare, Stiglitz ha evidenziato che anche negli Stati Uniti c'è un rigetto completo nei confronti del neoliberismo, non svolge più quella posizione dominante che ha ricoperto fino alla crisi del 2008, in quanto «sia la teoria sia l'esperienza ci mostrano che il mercato non sono né efficienti né stabili, producono troppa poca ricerca e troppo inquinamento». Secondo l'economista, infatti, si sta assistendo a un ritorno dell'idea di Stato e, più in generale, una rivalutazione dei pubblici poteri.

giare l'emergenza sanitaria da Covid-19[15]. Stante il loro carattere sicuramente straordinario, anche gli strumenti finanziari adottati in risposta alla crisi pandemica sottendono un indirizzo politico contraddistinto da un maggiore interventismo degli Stati accompagnato da una rivalutazione del ricorso al debito[16], in ragione dell'ormai radicato e unanime «convincimento che occorre una robusta spesa pubblica in disavanzo per stimolare i consumi»[17].

Per cogliere la portata di tale mutamento[18], è opportuno risalire brevemente il percorso da cui ha tratto origine la Conferenza sul futuro dell'Europa, per comprendere, da un lato,

---

[15] Ci si riferisce, in particolare, alla sospensione del Patto di stabilità e di crescita disposta dalla Commissione Europea (cfr. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, brussels, 13.3.2020 COM(2020) 112 final, pp. 10 ss.); al cosiddetto SURE (Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency) istituito dal Regolamento UE n. 2020/672 (regolamento (UE) del Consiglio del 19 maggio 2020 quale strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione a seguito della pandemia di Covid-19, gravante sul bilancio europeo e sostenuto attraverso l'emissione di bond da parte della Commissione europea, con la garanzia degli Stati membri della zona euro; ancora, all'allentamento delle condizioni previste per l'accesso al MES; infine, al *Next Generation EU* che stanzia risorse, tanto nella forma di trasferimenti quanto di prestiti, al fine di accompagnare la ripresa degli Stati membri, i quali sono chiamati a redigere veri e propri Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) da sottoporre all'approvazione delle istituzioni europee nell'ambito del Semestre europeo. Tutte le misure saranno diffusamente analizzate nel §3.

[16] Nel corso del lavoro, con l'espressione «interventismo» pubblico si intende far riferimento al significato che tale locuzione assume in politica economica, vale a dire a tutte quelle attività che i pubblici poteri mettono in pratica al fine di condizionare l'andamento del ciclo economico per perseguire obiettivi di giustizia sociale. Più in particolare, si intende riferirsi alle misure che, anche prima dello scoppio della pandemia da Covid-19, erano volte ad aumentare l'occupazione, segnatamente quella giovanile, come peraltro confermato dal *Next Generation EU*, la crescita economica, l'aumento dei salari specialmente per quelle categorie di lavoratori maggiormente colpite dalla crisi economica determinata dall'emergenza sanitaria. A mero titolo esemplificativo, tra gli atti volti a rafforzare le tutele dei lavoratori, si può ricordare la proposta di direttiva della Commissione del 28 ottobre 2020 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea (COM(2020) 682 final) che, come ha osservato S. GIUBBONI, *Crisi pandemica e solidarietà europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, 2021, p. 220, «segnala la volontà di superare la logica della solidarietà competitiva in Europa». Su tale proposta di direttiva, cfr. A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lavoro e diritto,* 2020, pp. 539 ss.

[17] O. CHESSA, *Covid e finanza pubblica*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 85.

[18] La letteratura non è unanime nel ritenere che vi sia in corso un mutamento di paradigma siffatto. Di segno contrario sono, ad esempio, le considerazioni di M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *Le prime risposte dell'Unione Europea alle conseguenze economiche della crisi CoViD-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 1, 2020, pp. 527 – 539, i quali sostengono che «a destare notevole preoccupazione è in particolare l'incapacità dell'Unione di dar seguito concreto all'ideale europeo della solidarietà (…) nel momento in cui l'Unione si confronta con una crisi epocale, essa sembra mancare all'appuntamento della solidarietà transnazionale». Ovvero le riflessioni di A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2020, p. 34, che parla di «timido mutamento». Possono, invece, considerarsi in linea con la tesi qui sostenuta le riflessioni di A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza,* cit., pp. 1-23, e di A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia con particolare al* golden power, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2020, p. 407, il quale denuncia la «scarsa intraprendenza delle istituzioni europee nell'esercitare da protagonista quei compiti di sostegno, sul versante del coordinamento, che gli artt. 6 e 168 TFUE assegnano loro». Sebbene, infatti, anche secondo Sandulli, «la ricerca di soluzioni adeguate al superamento della crisi, tuttavia, potrebbe produrre effetti virtuosi sul processo di integrazione», egli nutre delle riserve in quanto, a suo avviso, «le recenti tendenze delle relazioni tra Stato e Unione Europea ci indicano una condizione complessiva di tensione per l'ordinamento europeo (…) Il problema di fondo è che l'ordinamento europeo si trova tuttora a mezza strada, non

il contesto in cui si è sviluppato questo nuovo discorso pubblico più vicino ai temi dell'Europa sociale[19] e, dall'altro, la stretta connessione che lega le aspirazioni della Conferenza all'Agenda strategica dell'Unione.

La Conferenza affonda le proprie radici in una lettera del marzo 2019 con cui il Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron, tra le altre cose, esortava una maggiore partecipazione dei cittadini europei alla vita dell'Unione[20]. Muovendo da obiettivi concreti[21], il Presidente francese auspicava un mutamento del progetto politico europeo che, a suo avviso, avrebbe potuto condurre anche a una revisione del ruolo delle istituzioni europee. Tale proposito fu accolto dalla Presidente von der Leyen, la quale affermò che la Conferenza sul futuro dell'Europa avrebbe potuto rappresentare un nuovo slancio per la democrazia europea grazie al ruolo attivo e propositivo svolto dai cittadini europei[22].

Quanto all'oggetto, la Commissione aveva proposto che la Conferenza lavorasse su due filoni paralleli: il primo dedicato agli obiettivi individuati dalle priorità politiche della Commissione[23]; il secondo rivolto alle questioni istituzionali e ai processi democratici, come il cosiddetto *spitzenkandidaten*, vale a dire il sistema per cui il Presidente della Commissione do-

---

avendo compiuto, a tempo debito, la transizione verso una Costituzione scritta ed un'unione politica. La natura ibrida e flessibile di tale ordinamento è stata a lungo la sua forza; adesso, nella profonda crisi che si sta attraversando, tale conformazione potrebbe rivelarsi una grave debolezza».

[19] Come ben evidenzia M. FERRERA, *Rotta di collisione, Euro contro welfare?*, Laterza, Roma-Bari, 2016, spec. pp. 21 ss., il grado di effettività dell'Europa sociale intesa in senso prescrittivo, vale a dire le politiche sociali europee che gravano sul bilancio dell'Unione e che sono volte ad attuare i gli obiettivi e le norme di carattere sociale prescritte nei Trattati, dipende da quali misure sono concretamente adottate dalle istituzioni europee e dal seguito che le stesse trovano a livello nazionale. Sul punto, da ultimo cfr. A.O. COZZI, *1999-2020, dalla Carta dei Diritti Fondamentali al Next Generation Eu: momenti dell'integrazione europea attraverso le iniziative della Presidenza tedesca*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, spec. pp., 100-101.

[20] La lettera del Presidente della Repubblica E. MACRON, *Per un Rinascimento europeo*, del 4 marzo 2019, è consultabile sul sito ufficiale dell'Eliseo all'url: https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2019/03/04/per-un-rinascimento-europeo.it

[21] Tra gli obiettivi riportati nella lettera del Presidente Macron, vi erano, ad esempio, la realizzazione di una banca europea per il clima, una polizia comune delle frontiere, un ufficio europeo dell'asilo e il finanziamento dell'innovazione e della ricerca.

[22] U. VON DER LEYEN, *Discours d'ouverture de la session plénière du Parlement européen*, 16 luglio 2009, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_19_4230. A tale iniziativa, il 15 gennaio 2020 fece seguito una risoluzione del Parlamento europeo che, sulla scia della lettera del Capo di Stato francese, aveva bene evidenziato che «la questione di fondo in questa conferenza riguarda l'organizzazione istituzionale dell'Unione». Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo sulla posizione del Parlamento europeo in merito alla conferenza sul futuro dell'Europa*, 15 gennaio 2020, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0037_IT.html.

[23] Tra i temi oggetto dei lavori della Conferenza sul futuro dell'Europa vi sono: la costruzione di un continente sano, la lotta contro i cambiamenti climatici e le sfide ambientali, un'economia al servizio delle persone, l'equità sociale, l'eguaglianza e la solidarietà intergenerazionale, la trasformazione digitale dell'Europa, i diritti e valori europei, tra cui lo Stato di diritto, le sfide migratorie, la sicurezza, il ruolo dell'UE nel mondo, le fondamenta democratiche dell'Unione e come rafforzare i processi democratici che governano l'Unione europea. Sul punto, cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Conferenza sul futuro dell'Europa - Dichiarazione comune*, cit., p. 5.

vrebbe essere scelto tra i capilista dei partiti alle elezioni europee[24], e la annosa questione delle liste transnazionali per l'elezione dei membri del Parlamento Europeo[25]. A causa della crisi provocata dalla pandemia da Covid-19, il lancio e gli sviluppi della Conferenza, che avrebbe dovuto essere simbolicamente avviata il 9 maggio 2020, Festa dell'Europa, hanno subito un rallentamento sino alla dichiarazione congiunta approvata dal Consiglio il 5 marzo 2021, con cui si è stabilito che la Conferenza debba ultimare i propri lavori entro la primavera del 2022.

Sebbene non ci si aspetti che la Conferenza porti a risultati concreti, dalla dichiarazione comune emerge la necessità avvertita dai Presidenti delle tre istituzioni di avviare un dibattito finalizzato a migliorare il modo in cui lavora l'Unione, non solo in relazione alle sue dinamiche istituzionali ma anche alle sue politiche. A loro avviso, è giunto il momento di riflettere sul progetto politico avviato con la Dichiarazione Schuman alla luce delle sfide che oggi l'Europa si trova ad affrontare e, soprattutto, «allo scopo di rafforzare la solidarietà europea»[26]. Il rafforzamento della solidarietà costituisce uno dei principali obiettivi affidati alla Conferenza, perfettamente in linea con il nuovo discorso pubblico, più vicino ai temi dell'Europa sociale, inaugurato negli ultimi anni dalle istituzioni sovranazionali e da alcuni leader nazionali[27], tra cui anche la Cancelliera tedesca Angela Merkel[28]. Le istituzioni avver-

---

[24] La parola *spitzenkandidat*, al plurale *spitzenkandidaten*, in tedesco significa comunemente candidato di punta o capolista e in genere si riferisce al candidato di punta di un partito. In ambito europeo, dal 2014, i partiti politici sono stati incoraggiati a concordare un candidato presidente della Commissione europea (o *Spitzenkandidat*) che guida la campagna elettorale in tutta l'Unione Europea. Il candidato presidente nominato dal Consiglio che ottiene una maggioranza in Parlamento viene da questo eletto Presidente della Commissione europea. Nel 2014 è stato così nominato Presidente della Commissione il lussemburghese Jean-Claude Juncker, *Spitzenkandidat* del Partito Popolare Europeo. Tuttavia, tale pratica non è prevista nei Trattati dell'UE e, dunque, non è obbligatoria. Nel 2019, infatti, l'attuale Presidente von der Leyen, che non correva come capolista, è stata scelta seguendo l'*iter* tradizionale attraverso una proposta del Consiglio europeo che ha tenuto conto del risultato delle elezioni e il voto successivo confermativo del Parlamento. Prima del suo insediamento, la Presidente von der Leyen ha affermato che «per ripristinare la fiducia, propongo di mediare le discussioni tra il Parlamento e il Consiglio europeo. Sono fermamente convinta che il sistema dei candidati capilista (*Spitzenkandidaten*) vada migliorato insieme. Al fine di rafforzarne la visibilità per l'insieme dell'elettorato dovremmo inoltre affrontare la questione delle liste transnazionali nelle elezioni europee come strumento complementare di democrazia europea. La conferenza sul futuro dell'Europa dovrebbe presentare proposte legislative o di altro tipo su questa materia entro l'estate del 2020. La Commissione darà seguito a tali proposte, laddove sia competente ad agire, e sosterrà il Parlamento europeo nel modificare la legge elettorale e farla approvare in sede di Consiglio».

[25] Cfr. Commissione Europea, Comunicazione *Dare forma alla Conferenza sul futuro dell'Europa* del 22 gennaio 2020, reperibile all'url: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0027&qid=1615395768083&from=IT.

[26] Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Conferenza sul futuro dell'Europa - Dichiarazione comune*, Bruxelles 5 marzo 2021, p. 1, consultabile all'url: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6796-2021-INIT/it/pdf.

[27] M. FERRERA, *Si può costruire una Unione sociale europea?,* in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, p. 569.

[28] In un discorso al Bundestag del 23 aprile 2020, la Cancelliera tedesca Angela Merkel ha affermato: «dobbiamo essere pronti, secondo lo spirito della solidarietà, a realizzare contributi di ben altra natura, ossia molto più alti, al bilancio europeo. Perché noi vogliamo che tutti gli Stati membri dell'Unione europea possano riprendersi economicamente (...). L'Europa non è l'Europa se non ci si sostiene l'un l'altro nel momento di un'emergenza di cui nessuno ha colpa. In questa crisi abbiamo anche il compito di mostrare chi vogliamo essere come Europa. E così alla fine del mio discorso torno di nuovo al pensiero della coesione. Quel che vale in Europa

tono la necessità di ritematizzare il principio di solidarietà europea su basi non solo di effettiva reciprocità tra gli Stati membri[29], ma anche tra cittadini europei. Più precisamente, negli anni della crisi del 2008, la stabilità finanziaria, l'austerità e la competitività sono state elevate a unici obiettivi delle politiche economiche e occupazionali europee[30], sostenute da un quadro istituzionale orientato verso la sorveglianza sovranazionale in base a regole automatiche come, ad esempio, quella del 3% contenuta nel cosiddetto *Fiscal Compact*[31]*.* Quelle politiche di *austerity* avevano, infatti, generato conflitti non facilmente inquadrabili attraverso le caratterizzazioni tradizionali delle questioni sociali o del conflitto tra capitale e lavoro, alimentando un generalizzato sentimento antagonista nei confronti dell'Unione[32].

Adesso, però, qualcosa sta cambiando. Si sta acquisendo una maggiore consapevolezza sul fatto che seguitare ancora con le politiche di austerità potrebbe accrescere un sentimento di sfiducia dei cittadini nei confronti dell'Europa. Sebbene il Consiglio ne abbia ribadito il carattere consultivo, escludendo espressamente la possibilità di una riforma dei Trattati *ex* art. 48 TUE, la Conferenza in discorso, con tutte le difficoltà tipiche delle iniziative di que-

---

è la cosa più importante anche per noi in Germania». Discorso reperibile all'url: https://www.agi.it/estero/news/2020-04-23/discorso-merkel-bundestag-integrale-8422274/.

[29] S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 46, 2017, spec. p. 586.

[30] A partire da quegli anni si diffonde l'impiego della locuzione "diritto europeo della crisi" per indicare quell'insieme di misure adottate a partire dal 2010 per gestire in particolare la crisi dei debiti sovrani che ha determinato un profondo mutamento nel processo integrativo, incidendo segnatamente sul rapporto tra costituzione economica europea e istituzioni del *welfare state* nazionale. Sul punto, tra i tanti cfr. S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, cit., p. 557; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato,* Milano, Franco Angeli, 2016, spec. pp. 16 ss.; ID., *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., pp. 1-42; S. CASSESE, *«L'Europa vive di crisi»*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., n. 3, 2016, pp. 779-790; J. MONNET, *Memoirs. The Architect and Master Builder of the European Economic Community*, New York, Doubleday, 1978, p. 46, «le crisi in fin dei conti contribuiscono a un progressivo sviluppo», perché «sono un'esortazione a prendere decisioni».

[31] Il *Trattato intergovernativo sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria*, rinominato "nuovo patto di bilancio", fu firmato il 2 marzo 2012 dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri ad eccezione del Regno Unito e della Repubblica ceca. Le previsioni di maggiore rilievo del *Fiscal Compact* sono state riprodotte nei due principali strumenti normativi dell'Unione che definiscono il Patto di stabilità e crescita, vale a dire i Regolamenti nn. 1466/97 e 1467/97, come modificati dapprima con il cosiddetto *six-pack* del 2011 e con il *two-pack* del 2013. Quanto, invece, all'incorporazione del *Fiscal Compact* nell'ordinamento giuridico europeo prescritta all'art. 16, secondo cui "al più tardi entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente trattato, sulla base di una valutazione dell'esperienza maturata in sede di attuazione, sono adottate in conformità del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto del presente trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea", è stata elaborata una Proposta di Direttiva del Consiglio che stabilisce disposizioni per rafforzare la responsabilità di bilancio e l'orientamento di bilancio a medio termine negli Stati membri (Bruxelles, 6.12.2017 COM(2017) 824 final), la quale risulta ancora in *itinere*. Al riguardo, cfr. A. MAGLIARI, *Le riforme della* governance *economica dell'Unione: la creazione di un Fondo monetario europeo e la "comunitarizzazione" del Fiscal Compact*, in *DPCE online*, 2, 2019, pp. 1399-1419.

[32] M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti,* Cedam, Milano, 2013, pp. 356-357. Sentimento peraltro cavalcato e alimentato dalla propaganda populista e sovranista, come lucidamente messo in luce da L. FERRAJOLI, *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2019.

sto tipo, costituisce un'occasione per iniziare a ragionare, tra le altre cose, attorno alla questione del *deficit* di democraticità dell'Unione[33]. Dalla dichiarazione comune, traspare una maggiore consapevolezza delle istituzioni europee relativamente alle tensioni a cui è ciclicamente sottoposto il principio democratico[34], che, da tempo, pongono il sistema di governo europeo dinanzi a un bivio[35]: incentivare l'integrazione europea rafforzando il processo di trasferimento di poteri dal livello nazionale a quello europeo e, di conseguenza, dotare l'Unione degli strumenti per seguire una propria politica economica e un'adeguata capacità di bilancio; ovvero restituire agli Stati nazionali quote di sovranità e di competenze attualmente attribuite all'Unione. Nonostante il breve termine entro il quale dovrà portare a compimento il proprio lavoro renda altamente improbabile che si possa addivenire ad una proposta di rifor-

---

[33] La locuzione "deficit democratico" fu utilizzata per la prima volta da D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, London, 1979, ed è stata, poi, ripresa da copiosa letteratura. Tra i tanti, cfr. P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa,* in *Associazione Italia dei Costituzionalisti, materiali,* 27.01.2005, G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita*, cit., p. 336, il quale sostiene l'assenza di un autorevole governo centrale, dotato di poteri politici effettivi e in grado di distribuire equamente le risorse finanziarie. Ovvero, cfr. M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, cit., pp. 71-87; S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 46, 2017, pp. 553-586; R. MICCÙ, *Postfazione. Il "duplice volto" del deficit democratico nell'Unione europea, a G. Ress, Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Guida, Napoli, 1999, pp. 165-177; P. CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, pp. 535-551. Ad esempio, F. PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione,* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 2017, p. 462, ritiene che sia in crisi il modello politico di integrazione, il quale, da un lato, sconterebbe un *deficit* strutturale di legittimazione democratica, e, dall'altro, di politiche sostanzialmente nazionalistiche spesso indotte da spinte antieuropee. Ancora, L. FROSINA, *La crisi «esistenziale» dell'Unione Europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe*, in *Nomos*, 2, 2018, qualifica come processo involutivo il rafforzamento della BCE, a seguito della crisi del 2008, in quanto costituirebbe un ulteriore rafforzamento della dimensione intergovernativa, che allontana la *governance* europea da un modello di governo costituzionale e democratico. Sul punto, cfr. S. FABBRINI, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

[34] R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 16-17. Al riguardo, R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e politica in Europa. Relazione finale*, cit., p. 3, ritiene che non abbia senso «parlare di deficit democratico come se fosse un incidente nella costruzione dell'Unione europea: non è un incidente, è il programma originario. È l'idea che l'ordine sociale – che è poi l'ordine economica – debba essere tenuto separato dall'ordine politico. Non certo un'idea nuova, visto che è quella che ha animato il pensiero liberale sin dalla Restaurazione». Peraltro, la questione del *deficit* democratico si è ripresentata con forza nel corso del 2015, quando in Grecia ha vinto le elezioni politiche il partito di sinistra Syriza che, insieme alle altre forze contrarie alle politiche di austerità imposte dall'Unione, ha formato il Governo Tsipras che ha avviato un duro negoziato con le istituzioni europee per accedere a un ulteriore programma di aiuti finanziari, al fine di evitare il rischio dell'insolvenza dello Stato. Tuttavia, per evitare il fallimento dello Stato e l'uscita della Grecia dall'Unione, come è noto, il Governo Tsipras ha ripreso il negoziato con le istituzioni europee, restaurando il rapporto di fiducia con gli altri Stati dell'Eurozona. Peraltro, anche la cosiddetta Brexit può considerarsi un esempio della crisi della legittimazione e della fiducia dei cittadini britannici nei confronti dell'Unione che il 23 giugno 2016 hanno votato contro la permanenza del Regno Unito nell'Unione.

[35] In questa sede, si preferisce parlare di sistema di governo e non di forma di governo dell'Unione. Sulla differenza, tra i tanti, cfr. M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 540; C. PINELLI, *Ipotesi sulla forma di governo dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2, 1989, pp. 315 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Forma di governo dell'Unione europea*, in *Enc. Treccani,* Roma, 2009, pp. 319 ss.

ma immediatamente percorribile, la Conferenza costituisce una sicura occasione di ripensamento e rilancio del processo di integrazione all'insegna della solidarietà a conferma dell'ormai indiscutibile cambio di indirizzo nella visione complessiva dell'assetto istituzionale europeo.

In definitiva, dalla dichiarazione comune emerge una sempre maggiore preoccupazione delle istituzioni europee per la costruzione di un'Europa capace di dare effettiva attuazione a quei principi di coesione economica, sociale e territoriale e, soprattutto, di solidarietà affermati nel Trattato di Lisbona[36], ma a lungo inattuati a causa della mancanza di una volontà politica realmente condivisa[37] capace di portare alla «comunitarizzazione di un sistema sociale europeo»[38]. Da questo punto di vista, l'emergenza sanitaria ha sicuramente impresso un'accelerazione al percorso di ripensamento delle linee della politica economica e sociale dell'Unione[39], rivelandosi una fonte di legittimazione non soltanto dell'Europa unita e del suo ruolo sulla scena mondiale ma, soprattutto, dell'idea di un interventismo pubblico, maggiormente in linea con le tradizioni costituzionali comuni di alcuni Stati membri informate ai principi della democrazia pluralista e, soprattutto, dello Stato sociale[40].

2. La svolta politico-istituzionale e il mutato indirizzo politico europeo

---

[36] Come è noto, infatti, il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato in Italia con la Legge 2 agosto 2008, n. 130 «*Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*» ed entrato in vigore il primo dicembre 2009, ha conferito all'Unione una personalità giuridica propria e un nuovo assetto istituzionale, completando l'integrazione di alcuni aspetti del cosiddetto terzo pilastro relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Più in particolare, un espresso riferimento alla «coesione» si rinviene già nel preambolo del TUE, mentre il TFUE fa riferimento alla «sollecitudine» degli Stati membri nel "rafforzare l'unità delle loro economie e di assicurarne lo sviluppo armonioso, riducendo le disparità fra le diverse regioni e il ritardo di quelle meno favorite". Una indicazione confermata dalle successive disposizioni contenute nel Titolo XVIII – artt. 174 e ss. – in cui la coesione si delinea come elemento "ordinatore" per la politica economica degli Stati membri e della Commissione europea. In questo senso, cfr. G.P. MANZELLA, *Il "tempo" della politica di coesione*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2021, pp. IV-VIII.

[37] Mancanza che ha concorso a determinare il fallimento del tentativo di adozione del Trattato che istituiva una Costituzione per l'Europa, naufragato definitivamente con la vittoria del "no" alle ratifiche ai *referendum* in Francia e nei Paesi Bassi.

[38] P. CARETTI, *Globalizzazione e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione, Atti del XXVII Convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre 2012,* Jovene, Napoli, 2014, p. 33.

[39] M. BELLETTI, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in *Diritto pubblico europeo Rassegna online*, n. 1, 2021, p. 44, secondo il quale «il Covid-19 sta mettendo realmente l'Unione Europea di fronte ad un bivio tra due opzioni: rimanere un'asettica organizzazione sovranazionale, governata da un poderoso (e forse inutile) apparato burocratico/amministrativo, oppure, camminare verso la creazione di un *demos* europeo che darebbe ben altra sostanza e ben altro significato allo stesso progetto europeo».

[40] Pare, infatti, riaffermarsi di quell'idea, bene evidenziata da G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1996, secondo cui «lo Stato sociale non è solo un fattore di costo e di appesantimento dell'economia e dello Stato, ma anche un contributo fondamentale alla produttività economica e alla stabilità politica, perché esso offre la pace sociale, fonda l'integrazione e la legittimazione di una società, limita i costi sociali per la ristrutturazione dell'economia, migliora la qualificazione professionale della forza lavoro».

Come è noto, l'Europa unita «ha conosciuto non poche e non lievi crisi»[41], a partire da quella "della sedia vuota" provocata dal Presidente francese De Gaulle che disertò le riunioni del Consiglio dei ministri della CEE[42], ovvero la crisi della seconda metà degli anni Settanta aperta dalla Gran Bretagna di Margaret Thatcher[43], passando, poi, per la crisi economica del 2008[44], per giungere, infine, a quella causata dalla pandemia da Covid-19[45]. Però, oltre alle note ripercussioni negative, tali crisi hanno generato una serie di sfide che l'Unione

---

[41] Intervento del Presidente emerito Sen. Giorgio Napolitano in occasione del Premio Altiero Spinelli, Senato, Roma, 22 gennaio 2016.

[42] Come è noto, la decisione del Presidente De Gaulle del 30 giugno 1965 costituì una risposta alla proposta avanzata dalla Commissione della CEE che suggeriva modifiche alla politica agricola comune, un rafforzamento del Parlamento europeo e della Commissione e l'estensione del ricorso a votazioni a maggioranza qualificata (e non più all'unanimità) in seno al Consiglio. La proposta della Commissione andava nel senso di un rafforzamento dell'integrazione europea e del carattere sovranazionale della CEE, a cui De Gaulle si oppose. A tale crisi si pose fine con il cosiddetto compromesso di Lussemburgo del 29 gennaio 1966 è stato un accordo politico informale con cui i governi degli Stati membri previdero la possibilità di un rinvio della adozione a maggioranza qualificata di una delibera del Consiglio nel caso in cui uno Stato membro invocasse il pregiudizio di propri interessi che, di fatto, si tradusse in un diritto di veto che contribuì a rallentare il processo di costruzione di un'Europa sovranazionale e federale e di favorire invece una concezione intergovernativa della CEE, in cui gli stati mantenessero ampi poteri. Al riguardo, P. CIARLO, *Non solo fonti, anche politiche*, in G. DEMURO (a cura di), *Rassegna di diritto pubblico europeo*, *Le Politiche pubbliche europee*, n. 1, 2004, p. 9, ha osservato come in gioco non fossero «tanto i problemi dell'agricoltura, bensì il ruolo degli stati nazionali nella Comunità. La crisi fu risolva solo nel 1966 con il "compromesso di Lussemburgo": accogliendo la posizione francese, i Sei stabilirono che ove fossero in gioco importanti interessi nazionali, i relativi atti comunitari dovessero essere adottati all'unanimità, in pratica riconoscendo a ciascuno di essi un diritto di veto. In tal modo venne rassicurata la soggettività statale».

[43] Negli anni del *thatcherismo* andò ad affermarsi l'idea di Stato minimo, sostenuta, tra gli altri, da Robert Nozick, il quale giustificava la formazione di uno Stato tramite un'agenzia privata di protezione che si limitasse a garantire le libertà individuali dei cittadini. Con l'espressione *thatcherismo*, infatti, si fa riferimento alla corrente politico-economica che fuse il conservatorismo con il liberismo di Milton Friedman e si intende, dunque, riferirsi alle politiche economiche che introdussero una deregolamentazione riconducibile alla *Reaganomics*, specialmente del settore finanziario, dei mercati del lavoro flessibili, della privatizzazione delle aziende statali e della riduzione dell'influenza dei sindacati. Al riguardo, cfr. C MAGAZZINO, *La politica economica di Margaret Thatcher*, Franco Angeli, Milano, 2010.

[44] S. CASSESE, *«L'Europa vive di crisi»*, cit., p. 779, ricorda le parole dell'allora ministro delle finanze tedesco Helmut Schmidt in una conferenza tenuta il ventinove gennaio 1974 al Royal Institute of International Affairs, il quale affermò: «L'Europa vive di crisi». Al riguardo, G. COCCO, *Itinerario di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2020, pp. 315-316, osserva che «quando si parla di crisi, però, specialmente in ambito europeo, bisogna prestare attenzione perché diverse volte le crisi nel medio periodo si sono rivelate crisi di crescita. Hanno dato luogo a progressi, anche se questi progressi sono stati ottenuti servendosi di compromessi, adattamenti, ambiguità irrisolte e insoddisfacenti per i più coerenti fautori dell'integrazione».

[45] La pandemia da COVID-19 ha prodotto e sta producendo effetti particolarmente gravosi sul piano economico e sociale: trattasi della crisi più grave dal secondo dopoguerra, di dimensioni di gran lunga superiori a quelle della crisi economico-finanziaria iniziata nel 2007. Secondo le previsioni economiche della Commissione europea del luglio 2020, complessivamente il PIL dell'Unione si sarebbe contratto dell'8,3% nel 2020, per rimbalzare nel 2021 ad un tasso di crescita del 6,1%. Per l'eurozona, invece, si prevede una contrazione del PIL dell'8,7% nel 2020 e un rimbalzo del 5,8% nel 2021. Per l'Italia, la Commissione europea stima una contrazione del PIL dell'11,2% nel 2020 e poi un rimbalzo del 6,1% nel 2021. Al riguardo, cfr. Senato della Repubblica, Documentazione per le Commissioni Attività dell'Unione europea, *Principali iniziative dell'Unione europea per fronteggiare l'impatto economico-sociale della pandemia COVID-19*, p. 1.

ha saputo cogliere come opportunità di crescita per l'integrazione e, soprattutto, per un mutamento nel suo assetto istituzionale in chiave via via sempre più politica e meno economica.

In principio, gli Stati fondatori della Comunità europea optarono per un modello economico e sociale in cui alla garanzia dell'iniziativa economica privata doveva affiancarsi la promozione di politiche dirette ad un'equa redistribuzione delle risorse economiche[46]. Una strategia che muoveva anche dalla convinzione secondo cui il processo di integrazione non dovesse incidere sulle politiche economiche e sociali degli Stati[47]. In quest'ottica, si istituì un ordine giuridico in cui alle istituzioni comunitarie era assegnato il compito di regolare il commercio alla luce di principi di razionalità economica, mentre agli Stati membri quello di gestire il conflitto sociale[48]. Diverse ricostruzioni storiche del processo di integrazione europea convergono nel collocare l'emersione dei conflitti sociali, e del soprarichiamato malcontento nei confronti dell'Unione, alla ratifica del trattato di Maastricht[49]. Da quel momento si è assistito

---

[46] Sul modello di economia sociale di mercato, cfr. §1, nota 5. Al riguardo, D. MILLER, *Principles of Social Justice*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2003, p. 3, osserva «what emerges, typically, is a discriminating defense of the market economy in which some existing property rights are criticized and others vindicated, and the state is charged with enacting those reformist policies that will lead to a just distribution of social resources».

[47] Diversamente da quanto accaduto con riferimento alle Costituzioni dell'Europa continentale, ove il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, secondo una concezione normativa di Costituzione, hanno rappresentato un punto di arrivo e di compromesso all'interno delle Assemblee costituenti, nell'ordinamento europeo tale processo non ha avuto luogo, in ragione del sostanziale disinteresse della Comunità per la questione sociale. Con particolare riferimento alla Costituzione italiana, il modello economico-sociale cosiddetto "weimeriano" ha trovato la propria sintesi nello Stato sociale di diritto. Al riguardo, cfr. L. PALADIN, *Eguaglianza (dir.cost.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, 1965, 549, secondo il quale Stato sociale non poteva ritenersi incompatibile con la conservazione della parità giuridica, venendosi così a configurare lo Stato sociale di diritto. Sul punto, cfr. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, nella collana *Civiltà del diritto*, Giuffrè, 1973, con *Presentazione* a cura di Carlo Amirante.

[48] Nella Costituzione italiana, ad esempio, è delineato un modello di governo pubblico dell'economia in cui le libertà economiche sono limitate da vincoli di utilità sociale. Tale modello aveva costituito oggetto di un animato dibattito in occasione del Convegno nazionale dell'AIC dell'11 e 12 ottobre 1991, come emerge dai lavori raccolti in AA.VV., *La Costituzione economica, Atti del Convegno Ferrara 11-12 ottobre 1991*, Cedam, Padova 1997. In particolare, nella sua relazione introduttiva, L. PALADIN, *Introduzione*, op. cit., pp. 1-4, evidenziava come la tesi nobile e irrealistica sostenuta da Mortati e Natoli, secondo cui l'art. 41 Cost. consentisse o imponesse una funzionalizzazione del dell'impresa privata e che l'iniziativa economica potesse dirsi ammessa solo in quanto socialmente utile, fosse da ritenersi ormai superata. Con particolare riferimento all'iniziativa economica privata, Paladin sosteneva che questa «al pari della proprietà privata, sia inviolabile in un senso "ampio o derivato" perché caratterizza "il pluralismo economico-sociale della nostra democrazia"». Secondo G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, op.cit., pp. 7-19, la supremazia del diritto europeo su quello interno avrebbe determinato l'incompatibilità del governo pubblico dell'economia con il diritto europeo.

[49] M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti,* cit., p. 314. Il progressivo allontanamento dalla vocazione prettamente economica del Trattato avviene con l'istituzione dell'Unione Europea ad opera del cosiddetto Trattato di Maastricht del 1992, col quale, ad esempio, il principio di non discriminazione trova espresso e generale riconoscimento con riferimento a tre fattispecie: come generale divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCE); come esclusione di qualsiasi discriminazione tra produttori e consumatori, in tema di organizzazione comune dei mercati agricoli (art. 34, par. 2 TCE); e, infine, come principio che sancisce la parità di retribuzioni tra lavoratori dei due sessi (art. 141 TCE). S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2015, p. 16, osserva che «con Maastricht, nella logica dei limiti massimi imposti al deficit pubblico e al tasso di inflazione nei singoli Stati, e con la conseguente potente limitazione di autonome politiche

al consolidarsi di un indirizzo improntato al dominio della concorrenza e alla prevalenza della "cultura ordoliberale"[50] che ha determinato un ridimensionamento del modello di economia sociale di mercato essendo «fondato sul principio della concorrenza, piuttosto che su un modello nel quale le istituzioni siano in grado di esprimere azioni fondate su principi alternativi, più aderenti a quello che comunemente si definisce Stato sociale»[51]. Ed è proprio in ragione di questa tendenza che, come è noto, il Trattato di Lisbona ha cercato, inizialmente senza riuscirci, di porre un argine al dominio della concorrenza e del mercato, attraverso il rafforzamento di principi democratici e la tutela dei diritti fondamentali[52]. In linea con le disposizioni sociali del Trattato (ad esempio gli artt. 9 e 10 TUE), anche il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea era volto a una maggiore propensione alla solidarietà. Esso, infatti, da ormai vent'anni, ribadisce che "l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà"[53]. Tuttavia, all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non sono seguite politiche pubbliche ed economiche veramente alternative rispetto alle precedenti e la tutela dei diritti sociali è rimasta affidata agli Stati, le cui politiche di bilancio continuavano in parte preponderante a restare vincolate ai parametri dettati dalla politica monetaria comune. L'assenza di una fiscalità comune ha costituito sicuramente il maggior ostacolo all'effettiva realizzazione di un, per così dire, *European Welfare State*. Se, infatti, dopo Lisbona, è sicuramente aumentato il tasso di democraticità del processo decisionale europeo attraverso l'attribuzione al controllo parlamentare e alla responsabilità democratica di un ruolo maggiore rispetto al passato[54], si è però continuato a regi-

---

macroeconomiche statali, la "flessibilità" dei sistemi di protezione sociale si afferma come valore, come espressione di "modernità", in opposizione al vizio antico del *deficit spending* nei singoli Paesi. E lo "spirito di Maastricht" continua ad aleggiare in Europa, attraversando le novellazioni del Trattato: nelle rigidezze del "Patto di stabilità" come strumento di vincolo e di controllo sulle scelte economico-monetarie». Al riguardo, cfr. S. MANGIAMELI, *Crisi del costituzionalismo e sovranità in Europa*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 135 – 174.

[50] Sul tema, per tutti, cfr. D.J. GERBER, Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe, Chicago, 1994, evidenzia come quella ordoliberale costituisca una variante del pensiero neo-liberale, inteso come socioliberale, e ripercorre il quadro storico sulla nascita della Scuola ordoliberale di Friburgo. Al riguardo, cfr. F. SAITTO, *Al di là dell'ordoliberalismo. Della ricerca di una "esatta misura" di correlazione tra politica ed economia nello stato costituzionale aperto*, in *Diritto costituzionale*, 2, 2018, pp. 121 ss.

[51] A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., p. 8.

[52] Sul punto, tra i tanti, cfr. F. DONATI, *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, pp. 1-8.

[53] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, che, in forza dell'art. 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

[54] I poteri legislativi del Parlamento europeo sono stati ampliati mediante la «procedura legislativa ordinaria», che sostituisce la precedente procedura di codecisione. La procedura del parere conforme continua a esistere con il nome di procedura di «approvazione», mentre la procedura di consultazione rimane invariata. La nuova procedura di bilancio pone sullo stesso piano il Parlamento e il Consiglio per quanto riguarda l'adozione del bilancio annuale. Il quadro finanziario pluriennale deve essere approvato dal Parlamento. Il Parlamento europeo elegge il presidente della Commissione a maggioranza dei membri che lo compongono su proposta del Consiglio europeo, che sceglie il candidato deliberando a maggioranza qualificata e tenendo conto del risultato delle elezioni europee.

strare uno iato tra il quadro normativo delineato dai Trattati e le dinamiche evolutive dei poteri delle istituzioni in materia di politica economica e sociale.

Oggi, invece, tale distanza sembra accorciarsi anche grazie a questo mutamento nell'indirizzo politico favorito dalle positive innovazioni nell'assetto istituzionale europeo determinate dalla crisi finanziaria del 2008 e da quella sanitaria del 2020, nel mezzo delle quali si inserisce il Programma 2019-2024 della Commissione von der Leyen.

La crisi finanziaria del 2008, in primo luogo, ha avuto, per così dire, il merito di mettere in evidenza alcuni limiti istituzionali dell'Unione economica derivanti principalmente dalla circostanza per cui gli Stati, sebbene abbiano messo in comune la politica monetaria, hanno, al contempo, mantenuto la titolarità delle politiche di bilancio[55]. I meccanismi adottati a partire dal 2010 come, ad esempio, l'istituzione del semestre europeo, del Meccanismo Europeo di Stabilità, dell'Autorità bancaria europea e del Comitato europeo per il rischio sistemico, ovvero l'emersione di nuovi metodi decisionali rispetto al metodo comunitario o il ricorso a strumenti giuridici cosiddetti *extra ordinem*[56], hanno modificato incisivamente l'assetto della cosiddetta Unione economica e monetaria (UEM) delineato dal Trattato di Maastricht e sostanzialmente confermato da quello di Lisbona, senza, tuttavia, «rimediare al grave paradosso che vive un sistema con moneta unica e debiti plurimi»[57]. Quelle misure si fondavano, infatti, sulla separazione della politica monetaria dalla politica economica ove alla prima si riteneva spettasse la determinazione dei parametri cui la seconda doveva conformarsi, il tutto allo scopo di dare attuazione all'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi previsto dall'art. 127 TFUE e dal *Fiscal Compact*[58]*.* Sebbene tali strumenti finanziari non possano essere assimilati agli strumenti diretti al perseguimento della giustizia sociale rinvenibili a livello nazionale, in quanto l'assistenza finanziaria erogata dall'Unione non era ispirata al raggiungimento di condizioni di eguaglianza sostanziale tra individui o tra Stati, ma soltanto a garantire la tenuta del sistema economico europeo[59], essi hanno costituito comunque

---

[55] È, infatti, in quel periodo che è cresciuto lo scontento nei riguardi delle politiche europee che, condizionando quelle statali, hanno cominciato ad essere percepite come espressione di scelte calate dall'alto, frutto di automatismi che avevano quale unico scopo la riduzione del disavanzo di bilancio e del debito pubblico.

[56] Si pensi a quegli strumenti di assistenza finanziaria per far fronte al deterioramento del disavanzo pubblico e del debito di alcuni Stati membri come, ad esempio, il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) istituito con regolamento (UE) n. 407/2010, e basato sull'art. 122, par. 2 TFUE; il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF) istituito, sempre nel 2010, tra gli Stati membri dell'Eurozona, riunitisi sotto forma di Eurogruppo, sulla base di un Framework Agreement, una società a responsabilità limitata con sede in Lussemburgo.

[57] M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità. Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la Riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale, 22 novembre 2013*, in https://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do. Sul punto, cfr. ID., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2013.

[58] Per un'analisi sulla risposta alla crisi economica del 2008 e sui meccanismi istituzionali di governo della recessione, per tutti cfr. M. LO BUE, *Crisi economica e trasformazioni delle istituzioni europee. Meccanismi istituzionali di governo della recessione*, Giappichelli, Torino, 2013.

[59] M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti,* cit., p. 345.

un'innovazione rispetto al divieto di assistenza finanziaria tra Unione e Stati membri posto dall'art. 136 TFUE, di cui infatti si è resa necessaria la riforma[60].

In secondo luogo, l'instabilità finanziaria del 2008 ha determinato una maggiore integrazione sul terreno del coordinamento delle politiche economiche e del controllo della finanza pubblica che ha portato a rafforzare il ruolo del Consiglio europeo e della Banca Centrale Europea[61]. Peraltro, quest'ultima ha garantito la stabilità dei prezzi e la crescita economica nell'area euro attraverso una politica monetaria ben precisa, sebbene a lungo mal celata dietro l'idea di «"neutralità distributiva" del governo della moneta»[62]. Ma oggi tale idea di neutralità della politica monetaria si può dire definitivamente superata, risultando ormai pacifico che «le scelte strategiche dell'Unione europea non sono state affatto "tecniche"» ma, come tutte le scelte politiche, anche quelle economiche «hanno favorito determinati interessi a detrimento di altri»[63]. A tale presa di coscienza ha recentemente contribuito anche la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020, la quale, al di là delle molteplici critiche a cui ha prestato il fianco[64], ha rivelato che la neutralità delle scelte economiche

---

[60] Prima della crisi economico-finanziaria del 2008 e dell'entrata in vigore dell'art. 136 paragrafo 3 TFUE, infatti, meccanismi di questo tipo era considerati illegali in quanto lesivi del diritto dei Trattati. Per tale ragione alcuni hanno ritenuto che tali meccanismi avessero alterato l'identità originaria del diritto pubblico europeo al punto da determinare il passaggio a una comunità basata anche sulla condivisione dei rischi e su una maggiore solidarietà. Altri, invece, giunsero persino a sostenere che tali strumenti determinassero una trasformazione in senso costituzionale dell'Unione. Nel primo senso, cfr. E. CHITI, P. G. TEIXEIRA, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis*, in *Comon Market Law Review,* 50, 2013, pp. 683. Nel secondo, cfr. G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2012, pp. 461-469.

[61] Il primo gennaio 1994 fu creato l'Istituto Monetario Europeo (IME), allo scopo di rafforzare la cooperazione tra le Banche Centrali, coordinare le relative politiche monetarie e compiere i preparativi necessari per la costituzione del SEBC. Il primo gennaio 1999, fu introdotto l'euro quale valuta scritturale, utilizzata per fini contabili; mentre, la BCE, istituita il primo giugno 1998, divenne responsabile della politica monetaria della zona euro, con il principale scopo di assicurare la stabilità dei prezzi, realizzata attraverso il mantenimento del tasso d'inflazione di medio periodo ad un livello vicino ma non superiore al 2%. Durante un ventennio di continui progressi per saldare l'Unione nell'Eurozona, e durante un periodo di trasformazione, la BCE ha operato senza essere affiancata da una politica fiscale unica europea e con una serie di peculiari strumenti. Essa, infatti, è l'unica banca centrale al mondo a essersi dotata del cosiddetto "*whatever-it-takes*", la difesa a oltranza, con qualsiasi mezzo, dell'irreversibilità dell'euro così come annunciato dal Presidente Mario Draghi nel 2012, con la celebre dichiarazione: «*Believe me, it will be enough*».

[62] P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, p. 128, spiegano come «il principio dell'indipendenza del banchiere centrale dagli organi rappresentativi dei titolari della sovranità sia stato trapiantato nella costituzione economica europea senza incontrare particolari resistenze». Ad avviso degli A., «Il *passepartout* che ha reso possibile l'accettazione supina da parte dell'opinione pubblica di un principio così evidentemente in conflitto con il *mood* delle costituzioni nazionali continentali è stato l'affermarsi nel dibattito teorico di un'idea» per cui «la politica monetaria agirebbe cioè senza alterare in maniera sostanziale la distribuzione della ricchezza tra le diverse categorie di agenti che partecipano, a vario titolo, alla sua produzione».

[63] R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e politica in Europa*, cit., p. 11.

[64] In letteratura non sono certo mancati i commenti alla sentenza del 5 maggio 2020 (2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16), del *Bundesverfassungsgericht*, tra i tanti, cfr. M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore*

«è essenzialmente un… mito»[65]. Peraltro, andando oltre i confini europei, si è ormai preso atto che anche le istituzioni economiche sovranazionali «non obbediscono automaticamente, ciecamente e irrimediabilmente a pretesi meccanismi auto-evidenti e auto-giustificati di razionalità tecnico-economica, ma sono anch'esse immerse in contesti politici e a quei contesti politici finiscono per rispondere»[66].

Infine, alla crisi apertasi nel 2008 sono seguiti altri eventi che hanno concorso a delineare un assetto sempre più politico dell'Unione[67]. Ne sono una prova, ad esempio, le prime elezioni del Parlamento europeo basate sulla contrapposizione di diverse linee di politica economica, la scelta del Presidente della Commissione determinata dal risultato delle elezioni e accompagnata da un documento programmatico che ne ha vincolato il mandato a obiettivi politici[68]. In queste elezioni, infatti, i partiti hanno proposto direttamente agli elettori di tutti i Paesi europei un candidato alla carica di Presidente della Commissione. Può, dunque, ritenersi che il risultato elettorale del 2014 abbia spinto il processo di integrazione verso un recupero della politica democratica rispetto alla dimensione cosiddetta tecnocratica[69]. A quel

---

ponderazione, in *Federalismi.it*, editoriale 13 maggio 2020; D.U. GALLETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 14, 2020; B. CARAVITA, *L'arroganza della Corte tedesca che fa la sovranista,* in *Il Dubbio*, 8 maggio 2020; L. VIOLINI, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, pp. 425 ss.; P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2020, pp. 429 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Osservatorio europeo DUE*), 11 maggio 2020.

[65] P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *La Corte di Karlsruhe, il mito della "neutralità" della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, cit., e ID., *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, cit., spec. pp. 119-152. Al riguardo, cfr. R. CONTI, *Dove va l'Europa dei diritti dopo la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco federale sul* quantitative easing? *Intervista a Giuseppe Tesauro*, in *Giustizia insieme*, 9 giugno 2020, il quale ne evidenzia anche gli aspetti positivi.

[66] E. GROSSO, *Recensione a Marco Betzu, Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, *Torino, Giappichelli, 2018*, in *Diritto pubblico*, 3, 2020, p. 1027. Più precisamente, la riflessione di M. BETZU, *Stati e Istituzioni economiche sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2018, muove dalla critica radicale alle frettolose conclusioni sulla "fine dello Stato" elaborate da molti autori a partire dalla constatazione dell'esistenza di sempre più accentuati fenomeni di "globalizzazione dei processi socio-economici" e dimostra come proprio nei momenti di crisi emerge la forza politica degli Stati.

[67] A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2014, mette in evidenza come la crisi economica ha modificato il funzionamento delle istituzioni politiche, incidendo tanto sulla forma di stato quanto su quella di governo. Tesi sostenuta anche in ID., *Garanzia della Costituzione e crisi economica*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Franco Angeli, Milano, 2017, spec. pp. 25-27.

[68] R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e politica in Europa. Relazione finale*, cit., p. 11.

[69] M. MASSA, *Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno),* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019, p. 11, parla, con riferimento alla Commissione di Jean-Claude Juncker (2014-2019), di un «rafforzamento della Commissione e la sua acquisizione di spazi di discrezionalità politica, ben al di là delle sue raffigurazioni in termini tecnocratici e neutrali».

risultato sono, poi, seguite le elezioni del 2019 che hanno registrato il tasso più alto di partecipazione elettorale degli ultimi vent'anni[70].

Sulla scia di tale svolta in chiave via via più politica, si inserisce il Programma 2019-2024 della Commissione che, tanto per le dinamiche istituzionali che hanno condotto alla sua adozione quanto per i suoi contenuti, restituisce il cambio di passo in discorso[71]. Con riferimento al processo decisionale, il Programma è il frutto di un dialogo tra i leader dell'Unione, i ministri nazionali, le istituzioni dell'Unione e i gruppi politici eletti al Parlamento europeo. Nel giugno 2019, i leader europei hanno definito le loro priorità nell'Agenda strategica che funge da ispirazione per le priorità politiche della Commissione elaborate prima dell'insediamento formale per un periodo di 5 anni[72]. Anche dal punto di vista contenutistico, l'Agenda risulta improntata a logiche più vicine a quelle delle politiche sociali degli Stati membri piuttosto che a quelle neoliberiste che hanno caratterizzato l'azione europea negli anni dell'austerità e che oggi sono accusate di fallimento da più parti[73]. Il progetto della Commissione, infatti, combina tra loro le nuove tecniche di produzione e di consumo dell'energia, un'infrastruttura di comunicazione basata su *internet of things* e sull'intelligenza artificiale, forme innovative di mobilità attraverso un'economia al servizio delle persone e, infine, un ripensamento delle politiche in molteplici settori dell'economia[74]. L'*European Green Deal* intende conciliare l'emergenza ambientale con le condizioni sociali di ciascuno Stato membro[75]. Nella Risoluzione

---

[70] Oltre il 50% degli aventi diritto al voto dell'UE ha partecipato alle elezioni europee, la più grande affluenza mai registrata negli ultimi 20 anni e il primo aumento della partecipazione dalle prime elezioni dirette del 1979.I numeri segnano una crescita nei 21 paesi, con tassi pari anche a dieci punti percentuali in sette stati membri. La crescita più alta si è avuta in Polonia, dove la partecipazione è passata dal 23% al 45%. Al riguardo, cfr. https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/eu-affairs/20190523STO52402/elezioni-europee-2019-il-tasso-di-partecipazione-piu-alto-degli-ultimi-20-anni.

[71] In questo senso, possono considerarsi lungimiranti le previsioni di P. CIARLO, *Non solo fonti, anche politiche*, cit., p. 17, il quale, da un lato, ammoniva dal rischio di «enfatizzare oltre misura le attuali difficoltà perché esse sono da sempre tipiche della costruzione europea» e, dall'altro, osservava che «la vera forza dell'Europa è la sua agenda politica, nel senso che le sue istituzioni perseguono i loro obiettivi, proseguendo nelle politiche fissate, a dispetto delle difficoltà e dei timori».

[72] *A new strategic agenda for the EU 2019-2024*, consultabile nel sito del Consiglio europeo all'url: https://www.consilium.europa.eu/en/eu-strategic-agenda-2019-2024/.

[73] Da ultimo, a partire dall'asserito fallimento del neoliberismo si sono sviluppati i lavori del Festival dell'economia di Trento "*Il ritorno dello Stato, Imprese, comunità, istituzioni*", svoltosi dal 3 al 6 giugno 2021, che ha avuto quale comune denominatore delle molteplici relazioni l'idea secondo cui la questione della giustizia sociale è sempre più posta al centro e l'economia di mercato da sola non è in grado di affrontarla. In particolare, secondo J.E. STIGLITZ, *Il ritorno dello Stato e la fine del neoliberismo*, la risoluzione di «tutti i problemi che affrontiamo oggi: crisi climatica, sanitaria, trasformazioni strutturali dell'economia, crisi delle diseguaglianze, richiede e impone un più ampio ruolo dei governi rispetto al passato, più ampio di quanto possa garantire il neoliberismo».

[74] Segnatamente, nei seguenti settori: industria, infrastrutture, trasporti, costruzioni, consumo, tassazione, ricerca, concorrenza, agricoltura e cibo.

[75] L'*European Green Deal* affida agli Stati membri compiti concreti che si traducono in un loro impegno di primario rilievo: è necessario uno sforzo condiviso di tutti gli Stati e che ogni Stato contribuisca al conseguimento della neutralità climatica dell'Unione entro il 2050. Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafo 11*. Il Parlamento invita la Commissione a presentare una proposta di normativa europea sul clima entro il marzo 2020. Al riguardo, il 4 marzo 2020, la Commissione Europea ha pubblicato una Proposta di Rego-

2019/2956 con cui tale accordo *green* è stato approvato, infatti, il Parlamento Europeo ha insistito sulla necessità che lo stesso «conduca al progresso sociale, migliorando il benessere generale e riducendo le disuguaglianze sociali, gli squilibri economici tra gli Stati membri e le disparità di genere e generazionali»[76]. Ergendosi a baricentro dell'intero Programma, l'*European Green Deal* non rappresenta soltanto uno strumento per la crescita economica e la tutela dell'ambiente, bensì un'azione volta a correggere i meccanismi di allocazione del mercato, impattando sulla società attraverso politiche e misure di formazione, riqualificazione, sostegno e imprenditorialità per i lavoratori[77]. È, insomma, un atto di indirizzo politico molto forte a cui seguirà l'adozione di veri e proprio piani nazionali finalizzati a garantire l'attuazione dei principi prescritti dall'art. 3, par. 3, TUE e dagli artt. 151 e ss. TFUE, peraltro perfettamente in linea con la volontà di implementare il Pilastro europeo dei diritti sociali[78].

In questo mutato contesto politico, infine, possono essere inserite anche le misure finanziarie adottate per far fronte alla crisi economica causata dalla pandemia, le quali si contraddistinguono per profonde innovazioni in termini di solidarietà e sussidiarietà, principi che

---

lamento EU, *Normativa europea sul clima - conseguire la neutralità climatica entro il 2050* (establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law).

[76] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., *paragrafo 4.*

[77] Peraltro, l'Unione fornirà inoltre sostegno finanziario e assistenza tecnica per aiutare i soggetti più colpiti dal passaggio all'economia verde. Si tratta del cosiddetto *Meccanismo per una transizione giusta*, che contribuirà a mobilitare almeno 100 miliardi di euro per il periodo 2021-2027 nelle regioni più colpite. Il meccanismo di transizione giusta affronta gli effetti sociali ed economici della transizione, concentrandosi sulle regioni, le industrie e i lavoratori che affronteranno le sfide più grandi, attraverso tre pilastri: a)un nuovo fondo per la transizione giusta di 17,5 miliardi di euro (a prezzi 2018; 19,3 miliardi di euro a prezzi correnti), dovrebbe mobilitare quasi 30 miliardi di euro di investimenti; b) Il programma *InvestEU Just Transition* fornirà una garanzia di bilancio nell'ambito del programma *InvestEU* attraverso le quattro finestre politiche e un *InvestEU Advisory Hub* che fungerà da punto di ingresso centrale per le richieste di supporto consultivo. Si prevede di mobilitare 10-15 miliardi di euro in investimenti principalmente del settore privato; c) un nuovo strumento di prestito per il settore pubblico combinerà 1,5 miliardi di euro di sovvenzioni finanziate dal bilancio UE con 10 miliardi di euro di prestiti della Banca europea per gli investimenti, per mobilitare tra i 25 e i 30 miliardi di euro di investimenti pubblici. Al riguardo, cfr. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/just-transition-mechanism/just-transition-funding-sources_en

[78] Nel novembre 2017, il Parlamento Europeo, il Consiglio e la Commissione europea hanno adottato il Pilastro europeo dei diritti sociali, per sostenere mercati del lavoro e sistemi di protezione sociale equi e ben funzionanti e servire da bussola per un nuovo processo di convergenza verso migliori condizioni di vita e di lavoro in Europa. Il Pilastro sancisce 20 principi e diritti, che si articolano in tre categorie: pari opportunità e accesso al mercato del lavoro; condizioni di lavoro eque; protezione sociale e inclusione. Nel 2018, la Commissione europea, con l'obiettivo di avviare un nuovo processo di convergenza verso migliori condizioni di vita e di lavoro nell'Unione, ha predisposto un piano di monitoraggio dell'attuazione del Pilastro con la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Monitorare l'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali*, 13 marzo 2018, COM(2018) 130 final. Al riguardo, tra i tanti, cfr. P. VESAN, F. CORTI, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e la strategia sociale di Juncker: un'agenda per la ricerca*, in *Politiche sociali*, 1, 2018, pp. 125-142; A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2018, pp. 24-26; J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2018; M. DELLA MORTE, *Tendenze e prospettive dei diritti sociali in Europa: dalla Carta di Nizza al Pilastro di Göteborg*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 7 luglio 2020, pp. 14-17. Da ultimo, cfr. G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi,* in *Rivista AIC*, 1, 2021, pp. 166-198.

non avevano, invece, caratterizzato la risposta europea alla crisi del 2008. In particolare, dalla valorizzazione del principio di solidarietà *ex* art. 122 TFUE, si può scorgere la volontà di far passare la «risocializzazione dell'integrazione europea» attraverso una riconfigurazione del rapporto che l'Unione e le sue politiche hanno, sino ad oggi, instaurato con le politiche sociali degli Stati membri[79]. Fino alla richiamata Agenda della Commissione von der Leyen, infatti, il rapporto tra integrazione economica e modelli sociali nazionali si è caratterizzato per una netta prevalenza della prima sui secondi in ragione di quello che è stato puntualmente definito il «patrimonio genetico liberista»[80] dell'Unione. Viceversa, la risposta all'emergenza pandemica si caratterizza per l'adozione di una diversa forma di supporto agli Stati Membri, contraddistinta dall'abbandono delle formule di stretta condizionalità negoziale, in favore di misure contraddistinte dall'allentamento, seppur temporaneo, dei vincoli imposti dal Patto di stabilità e crescita[81].

3. La risposta europea alla crisi sanitaria «all'insegna della solidarietà»

La risposta europea alla crisi economico-sanitaria si è articolata lungo diverse linee di intervento che paiono, da un lato, imprimere un'accelerazione al processo di integrazione della *governance* economica e, dall'altro, gettare le basi per un nuovo approccio al tema degli investimenti pubblici. Infatti, la destinazione dei contributi finanziari degli Stati membri, non è più indirizzata a fondi esterni al bilancio dell'Unione, ma nel bilancio pluriennale dell'Unione stessa con la conseguente loro sottoposizione alla gestione diretta della Commissione e al controllo democratico del Parlamento europeo[82].

Tra le misure per la ripresa che confermerebbero i mutamenti in discorso, rileva, anzitutto, la scelta dell'Unione di autorizzare la massima flessibilità nell'applicazione delle regole europee relative alle politiche in materia di finanze pubbliche e di bilancio, al fine di consentire spese eccezionali. Per la prima volta, la Commissione ha deciso di applicare la clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita *(general escape clause)*, la quale consente uno scostamento momentaneo dai normali requisiti per tutti gli Stati membri in una situazione di crisi generalizzata causata da una grave recessione economica della zona euro e

---

[79] F. SAITTO, *"Risocializzare l'Europa". La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di diritti comparati,* 3, 2017, pp. 126-128.

[80] R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e politica in Europa. Relazione finale*, cit., p. 11.

[81] Come è noto, il Patto di stabilità e di crescita (PSC) è costituito da una risoluzione del Consiglio europeo adottata il 17 giugno 1997 (Gazzetta ufficiale C 236 del 02.08.1997) e da due regolamenti del Consiglio del 7 luglio 1997 (nn. 1466/97 e 1467/97) che ne precisano gli aspetti tecnici, in particolare il controllo della situazione di bilancio e del coordinamento delle politiche economiche, da un lato, e l'applicazione della procedura d'intervento in caso di deficit eccessivi, dall'altro. Più in particolare, tra i criteri di convergenza stabiliti nel Trattato di Maastricht per l'ammissione dei singoli Paesi all'unione monetaria (i cosiddetti parametri di Maastricht), ne figurano due di natura fiscale: il deficit di bilancio pubblico inferiore al 3% del PIL e debito pubblico inferiore al 60% del PIL, o in costante diminuzione verso questo limite di riferimento. I regolamenti sono stati modificati nel giugno del 2005 e, a seguito della crisi economica e finanziaria del 2008, le regole di *governance* economica sono state rafforzate dal cosiddetto «six pack», poi dal «two pack» e nel 2012 dal Trattato intergovernativo sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* (*Fiscal Compact*) che ha introdotto disposizioni fiscali più severe del PSC.

[82] A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., p. 31.

dell'Unione nel suo complesso[83]. L'attivazione di tale clausola non è un elemento trascurabile. Sebbene, infatti, si tratti di una misura di natura temporanea, volta a consentire agli Stati di affrontare la crisi economica provocata dalla pandemia, essa segna inesorabilmente una cesura rispetto al passato.

Per poter operare efficacemente come misura di stimolo all'economia, la sospensione del Patto di stabilità e crescita è stata accompagnata da una deroga alle ordinarie regole sugli aiuti di Stato, mediante l'applicazione dell'art. 107, comma 3, lett. b) del TFUE[84], al fine di consentire agli Stati di fornire un sostegno diretto ai cittadini e alle imprese colpiti dalla crisi[85]. Nella medesima ottica, ulteriori misure di flessibilità sono state introdotte per i fondi strutturali, con la rinuncia per il 2020 agli obblighi di restituzione di prefinanziamenti non spesi provenienti dai fondi SIE detenuti dagli Stati membri[86]. Secondo le stime dell'Eurogruppo, l'allentamento dei vincoli europei ha permesso di mobilitare interventi finanziari per un volume pari al 3% del PIL dell'Unione[87].

---

[83] Cfr. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup, *Brussels, 13.3.2020 COM(2020) 112 final*, pp. 10 ss, consultabile all'url: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf

[84] Art. 107 TFUE: "1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. (…) 3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: (…) b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro". Da ultimo, il 28 gennaio 2021, con la Comunicazione della Commissione C 2021/C 34/06, la Commissione ha prorogato ulteriormente al 31 dicembre 2021 il Quadro delle misure di aiuto (sia quelle in scadenza al 30 giugno 2021, sia quelle per la ricapitalizzazione la cui scadenza era fissata al 30 settembre 2021). Sono stati inoltre aumentati i massimali degli aiuti di importo limitato e dei costi fissi non coperti, ed è stata consentita la conversione degli strumenti rimborsabili concessi nell'ambito del Quadro (garanzie, prestiti agevolati, anticipi rimborsabili) in altre forme di aiuto, quali le sovvenzioni dirette, a condizione che siano rispettate le condizioni del Quadro stesso. Per un approfondimento sul punto, cfr. Camera dei Deputati, Servizio di Studi, *Gli aiuti di Stato nell'epidemia da COVID-19: il quadro europeo*, 29 aprile 2021, p. 6.

[85] Cfr. Comunicazione della Commissione *Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak* - COM *2020/C 91 I/01*, reperibile all'url: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/latest-news_en, con cui gli Stati membri sono stati autorizzati ad adottare misure di sostegno al tessuto economico in deroga alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato. Da ultimo, con la Comunicazione 2021/C 153/01, reperibile all'url: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.153.01.0001.01.ITA, sono stati adottati i nuovi orientamenti della Commissione concernenti gli aiuti di Stato a finalità regionale per il periodo 1° gennaio 2022 - 31 dicembre 2027. Sul punto, cfr. M. IANNELLA, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l'ordinamento italiano*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2020, p. 95.

[86] In particolare, sono stati adottati, in primo luogo, il Reg. 2020/460/UE del 30 marzo 2020, per l'immediato utilizzo di fondi da parte degli Stati Membri per effettuare gli investimenti necessari soprattutto di carattere sanitario e di contenimento della pandemia e dei suoi effetti a breve termine sull'economia; in secondo luogo, il Reg. 2020/558/UE, del 23 aprile 2020, che ha introdotto una flessibilità eccezionale nell'impiego dei Fondi SIE in risposta all'epidemia di COVID-19.

[87] *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, reperibile all'url https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive- economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/, spec. punto 5.

Ancora, al fine di mantenere la liquidità del settore finanziario e assicurare condizioni di finanziamento che sostengano tutti i settori dell'economia, il Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea ha predisposto un programma temporaneo di acquisto di titoli del settore privato e pubblico denominato *Pandemic Emergency Purchase Programme* - PEPP (Programma di acquisto per l'emergenza pandemica), con una dotazione finanziaria iniziale di 750 miliardi di euro[88]. La Banca Centrale Europea si è impegnata ad acquistare titoli del debito sovrano degli Stati membri, riducendo il tasso di interesse che questi corrispondono sul mercato per finanziarsi[89]. Sebbene trattasi di debito pubblico, quest'azione della BCE consolida quel percorso di allontanamento da un sistema di regole fiscali fondate prevalentemente su parametri quantitativo-numerici adottate a seguito della crisi finanziaria[90].

Oltre a ciò, tra gli strumenti finanziari caratterizzati da una maggiore flessibilità rispetto alle politiche di *austerity* del passato, si inserisce anche il cosiddetto SURE, il *Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* approvato dal Consiglio europeo a seguito dell'accordo raggiunto dall'Eurogruppo in merito a uno strumento di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione legati all'emergenza, fondo che graverà sul bilancio europeo e sarà sostenuto attraverso l'emissione di bond da parte della Commissione europea, con la garanzia degli Stati membri della zona euro[91]. In altri termini, tale fondo consente agli Stati membri di reperire risorse ad un tasso di interesse più conveniente di quello offerto dal mercato, a condizione che le risorse così reperite vengano indirizzate solo al superamento delle conseguenze sociali ed economiche dell'epidemia[92].

Tutte le misure richiamate, compreso l'allentamento delle condizioni previste per l'accesso al Meccanismo europeo di stabilità (MES)[93] deciso in occasione dell'Eurogruppo

---

[88] Cfr. Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17) (PEPP), reperibile all'url: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A02020D0440-20200804.

[89] Il 22 aprile 2021, il Consiglio direttivo della BCE ha dato un ulteriore impulso al PEPP aumentando gli acquisti netti a circa 85 miliardi di euro. Sul punto, cfr. I. BUFFACCHI, *La Bce conferma: gli acquisti continuano a ritmo sostenuto*, in *Ilsole24ore*, 23 aprile 2021, p. 8.

[90] Peraltro, la tendenza ad abbandonare le logiche prettamente liberiste non è solo europea, anche gli Stati Uniti hanno deciso di fare debito. Come evidenzia F. FUBINI, *Ora l'Europa ha bisogno di visione e ambizione. La ripartenza possibile: la forbice che si apre nella società ci obbliga a chiederci a cosa aspiriamo come collettività, Joe Biden ha chiarito cosa vuole lui per gli Stati Uniti*, in *Il Corriere della Sera,* 22 aprile 2021, p. 36, «la Federal Reserve creerà dollari per finanziarlo [il debito] e Biden centrerà il suo obiettivo. A livello politico, è stemperare nella società la rabbia degli ultimi che ha alimentato il trumpismo».

[91] Cfr. Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19*, COM(2020) 139 final.

[92] G. CONTALDI, *Le misure poste in essere dall'Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19*, in E. CALZOLAIO, M. MECCARELLI, S. POLLASTRELLI (a cura di), *Il diritto nella pandemia Temi, problemi, domande*, pp. 226.

[93] Il MES, come è noto, è una vera e propria istituzione finanziaria internazionale, creata mediante un accordo internazionale tra gli Stati membri dell'eurozona, con la precipua finalità di erogare prestiti agevo- lati agli Stati

del 9 aprile 2020[94], hanno quale base legittimante il principio di solidarietà *ex* art. 122, par. 2, TFUE che consente al Consiglio di concedere un'assistenza finanziaria allo Stato membro che "si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo"[95]. Tuttavia, per evitare di cadere in facili semplificazioni, occorre intendersi sul significato da ascrivere al principio di solidarietà in chiave economica. Infatti, diversamente dalle altre disposizioni del Trattato ispirate al medesimo principio[96], l'art. 122, par. 2 TFUE non si riferisce a una dazione di denaro senza contropartita, quanto piuttosto a un prestito soggetto ad una rigorosa condizionalità[97]. Lo Stato che riceve l'aiuto economico è tenuto, in primo luogo, a restituire la somma ricevuta in prestito, seppure in tempi più comodi e a un costo più conveniente di quello imposto dal ricorso al mercato e, in secondo luogo, a effettuare determinate riforme in campo economico che favoriscano la competitività del sistema produttivo. La circostanza che la crisi abbia riguardato tutti gli Stati membri che, in misura minore o maggiore, sono chiamati ad intervenire a sostegno dell'economia, ha fatto sì che si elaborassero misure volte a supportare le economie di ciascuno Stato proprio perché gli effetti negativi anche su uno solo di essi avrebbero avuto ripercussioni anche su tutti gli altri[98]. Il richiamo a tale principio merita di essere valorizzato in quanto mai come in questa fase ha caratterizzato il processo di integrazione[99]. La Commissione ha, infatti, insistito a che la risposta dovesse essere necessariamente colletti-

---

membri in difficoltà. Come è noto, dal momento che col MES si è passati da forme di aiuto temporaneo all'istituzione di un fondo a carattere permanente, si avvertì il problema della compatibilità di tale strumento con il divieto di finanziamento pubblico previsto dal Trattato. Difatti, per evitare contrasti formali con il dettato normativo dei Trattati si decise di modificare l'art. 136 TFUE. Tuttavia, la Corte di Giustizia, nella famosa sentenza *Pringle* chiarì che il MES non costituiva alcuna violazione del divieto di cui all'art. 125 TFUE, perché il Trattato istitutivo vietava solo l'aiuto finanziario diretto e non l'erogazione di prestiti soggetti ad obbligo di rimborso (Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 2012/756, causa C-370/12, *Pringle* contro Irlanda). Secondo R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, cit., p. 26, col caso *Pringle*, il caso *Gauweiler* (C-62/14 *Gauweiler* v. *Deutscher Bundestag*, 16 giugno 2015) e quello *Weis* (C-493/17 *Weiss and others*, 11 dicembre 2018), si sarebbe assistito allo «abbandono dell'idea che il finanziamento degli Stati membri dovesse essere governato esclusivamente dalle logiche di mercato e l'accettazione che, invece, debba prevalere una logica di intervento dei poteri pubblici nel segno della assistenza finanziaria pubblica».

[94] Il 9 aprile 2020 è stato deciso che gli Stati contraenti potranno fare ricorso a risorse pari al 2% del rispettivo PIL, a condizione che queste vengano utilizzate per finanziare «spese mediche dirette o indirette».

[95] Art. 122, par. 2 TFUE.

[96] Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 2, 3, 21, 24 e 31 TUE e agli artt. 67, 80, 194 e 222 TFUE. Sul principio di solidarietà in ambito europeo, tra i tanti, cfr. Z. BAUMAN, *Oltre le nazioni: l'Europa tra sovranismo e solidarietà,* Roma, 2019; A. ROSANÒ, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021- 2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *Federalismi.it*, 24, 2020, pp. 289-308.

[97] G. CONTALDI, *Le misure poste in essere dall'Unione Europea per affrontare la crisi economica generata dalla pandemia di Covid-19*, cit., pp. 226 ss.

[98] C. MARCHESE, *Il ruolo dello Stato a fronte dell'emergenza pandemica e le risposte elaborate in sede europea: la garanzia dei diritti ed il rilancio economico alla luce del rapporto tra condizionalità e solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, spec. pp. 254 ss., parla di un'applicazione egoistica del principio di solidarietà, nel senso che l'aiuto è concepito non tanto a favore del destinatario dello stesso, quanto nell'interesse generale dello sviluppo del mercato interno.

[99] C. FASONE, *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *diritticomparati.it*, 29 luglio 2020.

va, per garantire una ripresa «all'insegna della solidarietà, della coesione e della convergenza. Nessuna persona, nessuna regione e nessuno Stato membro dovrebbero essere lasciati indietro»[100]. Non a caso queste parole potevano già leggersi nel Programma della Commissione, nella Risoluzione del Parlamento europeo sull'*European Green Deal*, in un discorso del Presidente della Repubblica del 27 marzo 2020 e sono divenute il *leitmotiv* di molte altre comunicazioni istituzionali nazionali ed europee[101].

Infine, a confermare la centralità di tale elemento di solidarietà è stata l'adozione del *Next Generation EU*, un programma di ben 750 miliardi di euro proposto dalla Commissione europea il 28 maggio 2020, approvato dal Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 e dal Parlamento Europeo con una Risoluzione del 9 febbraio 2021[102]. Dopo un lungo *iter*, che ha visto ripresentarsi la consueta divisione tra Stati dell'area nordica e baltica e quelli dell'area mediterranea, ha prevalso la scelta di finanziare investimenti e riforme con la raccolta di fondi sul mercato e il ricorso all'indebitamento[103]. Una scelta che rappresenta un'assoluta novità per l'Unione. La circostanza per cui tale programma sia stato interamente finanziato da prestiti contratti dalla Commissione europea sui mercati finanziari garantiti dal bilancio UE 2021-2027[104], da un lato, consente un indebitamento dell'Unione in deroga al principio del pareg-

---

[100] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, (COM/2020/456), 27 maggio 2020.

[101] Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2020, cit., paragrafi 4, 35 e 88; Programma della Commissione Europea 2019-2024, cfr. *Political guidelines of the Commission 2019-2024,* pp. 6, 11, 16 e 18, «*This is the European way: we are ambitious and* we leave nobody behind». Infine, cfr. la Dichiarazione del Presidente della Repubblica sull'emergenza coronavirus del 27 marzo 2020, il Presidente Mattarella ha affermato: «Dobbiamo compiere ogni sforzo perché nessuno sia lasciato indietro», reperibile nel sito internet del Quirinale all'url: https://www.quirinale.it/elementi/48598.

[102] Con una Risoluzione del 9 febbraio 2021 il Parlamento europeo ha approvato in via definitiva il regolamento per la creazione di un dispositivo per la ripresa e la resilienza. La relativa proposta (COM(2020) 408) era stata presentata dalla Commissione europea il 28 maggio 2020, nel contesto dell'adattamento delle proposte relative al Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-20271. L'approvazione costituisce il passo finale di un *iter* complesso che si è caratterizzato per una lunga negoziazione di quasi cinque giorni al Consiglio europeo del 17-21 luglio, lunghi triloghi con il Parlamento europeo e la difficile ricerca di un compromesso con Polonia e Ungheria sulla proposta di regolamento sul meccanismo per proteggere il bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto. Al riguardo, cfr. Parlamento Europeo, P9_TA(2021)0038, *Istituzione di un dispositivo per la ripresa e la resilienza*, Risoluzione legislativa del 10 febbraio 2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza (COM(2020)0408 – C9-0150/2020 – 2020/0104(COD)), reperibile all'url.: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0038_IT.html; European Commission, Identifying Europe's recovery needs, 28 maggio 2020 in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy- finance/assessment_of_economic_and_investment_needs.pdf.

[103] A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia con particolare al* golden power, cit., p. 409.

[104] Report dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, *Stato dell'Unione - La Commissione von der Leyen: un anno dopo*, consultabile all'url: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/von-der-leyen-commission-one-year-on_it.pdf., p. 13, «in base a una simulazione, si stima che l'investimento mobilitato farà aumentare i livelli reali del PIL dell'UE di circa l'1,75 % nel 2021 e nel 2022, cifra che salirà al 2,25 % entro il 2024. Tale ondata di investimenti creerà fino a 2 milioni di posti di lavoro entro il 2022. Il dispositivo per la ripresa e la resilienza,

gio di bilancio ex art. 310 TFUE e, dall'altro, attribuisce una rinnovata centralità al bilancio europeo, le cui risorse sono state, ad oggi, trascurabili. Peraltro, in linea con l'Agenda 2019-2024 della Commissione, tra le misure previste dal *Next Generation EU* vi sono anche risorse fiscali proprie quali la *digital service tax,* la *plastic* tax e l'introduzione del BCA (*Border Carbon Adjustment*), vale a dire il meccanismo di adeguamento alla frontiera del carbonio volto ad assicurare che i prodotti importati dall'esterno dell'Unione sostengano gli stessi costi per le loro emissioni di CO2 dei prodotti europei attualmente soggetti al sistema di scambio di emissioni dell'UE (ETS)[105]. La previsione di tali misure, sebbene di dimensioni finanziarie ancora modeste, oltre a perseguire la realizzazione dell'*European Green Deal*, suggerisce un primo passo verso un'autonomia fiscale dell'Unione o, quanto meno, un significativo cambiamento che, in prospettiva futura, è idoneo a rafforzare la politica monetaria ed economica dell'Unione[106].

Da un punto di vista strutturale, il *Next Generation EU* si articola in tre pilastri: il *Supporting Member States*, che rappresenta la parte più consistente in quanto prevede l'erogazione di circa 655 miliardi di euro agli Stati membri entro la fine del 2024; il secondo e il terzo pilastro – *Supporting the Private Sector* e *Lessons from the Crisis* – sono destinati a erogare un ammontare di risorse più limitato, ma comunque decisivo specialmente per la fase di ripresa[107]. La componente più rilevante del primo pilastro è sicuramente costituita dall'ormai noto *Recovery and Resilience Facility* (RRF) che stanzia risorse, tanto nella forma di trasferimenti quanto di prestiti, al fine di accompagnare la ripresa degli Stati membri, i quali sono chiamati a redigere veri e propri Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) da sottoporre all'approvazione delle istituzioni europee nell'ambito del Semestre europeo[108]. Tra i

---

del valore di 672,5 miliardi di euro, sosterrà gli investimenti e le riforme essenziali negli Stati membri attraverso sovvenzioni e prestiti».

[105] L'*Emissions Trading System* è il mercato del carbonio dell'UE, attraverso il quale le aziende comprano o ricevono permessi di emissione. I permessi permettono alle aziende di emettere una certa quantità di gas serra al di sotto di un limite stabilito che diminuisce nel tempo. L'*Emissions Trading System* ha avuto successo nell'aiutare l'UE a ridurre le emissioni di gas serra. È uno strumento importante per il buon funzionamento del mercato unico dell'UE, mettendo un prezzo uguale sulle emissioni di CO2 ovunque nell'UE. Sul punto, cfr. *The EU's 2021-2027 long-term Budget and NextGenerationEU - FACTS AND FIGURES,* consultabile all'url: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3e77637-a963-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-it.

[106] Sul punto, cfr. A. SANDULLI, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia con particolare al* golden power, cit., p. 409, che definisce il *Next Generation EU* «il primo passo concreto verso l'unione fiscale».

[107] Più precisamente, il *Next Generation EU* prevede tre fasi di gestione della crisi: la fase dell'emergenza pandemica; la fase della transizione dai picchi della pandemia alla ripresa; infine, la fase di una ripresa sostenibile.

[108] Gli Stati membri che intendono ricevere sostegno devono presentare alla Commissione, di regola entro il 30 aprile 2021, un Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (articolo 18), che deve definire uno specifico programma nazionale di riforme ed investimenti pubblici, strutturati in un pacchetto completo e coerente, in modo da assicurare la coerenza con (articolo 17, par. 3): 1) le sfide e priorità nazionali emerse nel contesto del semestre europeo, incluse quelle identificate nella più recente raccomandazione sulla politica economica della zona euro per i paesi la cui moneta è l'euro; 2) le informazioni inserite nei Piani nazionali di riforma, nei Piani nazionali per l'energia e il clima, nei Piani territoriali per una transizione giusta, nei Piani di attuazione della garanzia giovani e negli accordi elaborati nel contesto dei fondi unionali; 3) le priorità generali dell'Unione, con particolare riferimento alla transizione verde (il 37 per cento della spesa dei piani nazionali dovrà essere dedicata agli obiettivi del clima)

settori prioritari ai fini dell'erogazione delle risorse vi sono la transizione digitale ed ecologica, la salute, la competitività, la coesione e la *smart innovation*. Il *Recovery and Resilience Facility*, dunque, ricalca perfettamente le sei priorità della Commissione europea, in quanto gli Stati devono proporre progetti concreti che segnino progressi nazionali specialmente in termini di transizione verde e digitale[109]. La previsione di vincoli finalistici in relazione ai piani di riforma da realizzare a livello nazionale pone, dunque, le fondamenta per la realizzazione di un progetto comune europeo che richiede agli Stati l'attuazione di politiche di ampio respiro, segnatamente di politiche sociali[110]. Sebbene trattasi di un intervento straordinario, riferito ai soli flussi di spesa relativi al periodo 2021-2026, il *Next Generation EU* traccia il percorso per un'Unione che non intende limitarsi al perseguimento delle sole politiche monetarie, ma che, viceversa, ambisce alla realizzazione di più alte finalità comuni[111].

Anche il *Next Generation* EU costituisce, dunque, un sicuro elemento a supporto del mutamento che si sta registrando nelle politiche anche economiche europee, non soltanto per i suoi contenuti ma anche in ragione del processo che ha portato alla sua adozione, il

---

e alla transizione digitale (a sostegno della quale deve essere destinato almeno il 20 per cento della spesa contenuta in ogni piano nazionale) (articolo 18, par. 4, let. e) e f). Per quanto riguarda l'Italia, il 25 aprile 2021 il Governo Draghi ha presentato un nuovo testo del PNRR, oggetto di comunicazioni del Presidente del Consiglio alle Assemblee di Camera e Senato il 26 e 27 aprile 2021. Successivamente, il 30 aprile, il PNRR dell'Italia è stato ufficialmente trasmesso alla Commissione europea, la quale lo ha definitivamente approvato il 22 giugno 2021. Al riguardo, il Presidente del Consiglio Mario Draghi ha dichiarato «Col PNRR l'Unione Europea è cambiata completamente. Siamo passati da una gestione abbastanza nazionalistica delle posizioni a una gestione condivisa. Ci sono Paesi che hanno tassato i propri cittadini affinché ci potessero dare i *grants*, i sussidi del PNRR» (*Replica del Presidente del Consiglio, Mario Draghi, al Senato della Repubblica a seguito del dibattito generale sulle Comunicazioni in vista del Consiglio europeo del 24 e 25 giugno*, Roma, 23 giugno 2021).

[109] Quanto alle aree d'intervento, l'art. 3 del regolamento approvato individua sei aree di intervento per l'azione del dispositivo, organizzate attorno ai seguenti pilastri: transizione verde, compresa la biodiversità; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (incluse anche occupazione, ricerca, sviluppo e innovazione); coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse l'istruzione e le competenze.

[110] Il supporto del Dispositivo di ripresa e resilienza è subordinato al rispetto di specifici principi orizzontali. Difatti, il sostegno finanziario fornito nell'ambito del dispositivo: 1) non può sostituire le spese di bilancio correnti al livello nazionali se non in casi debitamente giustificati; 2) deve rispettare il principio di addizionalità e finanziamento complementare (articolo 9): le risorse del Dispositivo possono aggiungersi al sostegno fornito nell'ambito di altri fondi e programmi UE, a condizione di non coprire lo stesso costo. Tale norma consentirà di sfruttare appieno le complementarietà e le sinergie con altre fonti di finanziamento esistenti, tra cui ad esempio quelle della Banca europea degli investimenti, nel tentativo di massimizzarne l'impatto ai fini della ripresa; 3) può finanziare solo misure che rispettino il principio di non apportare danno significativo agli obiettivi ambientali dell'UE (*do no significant harm*) in termini di cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine, economia circolare, prevenzione e riduzione dell'inquinamento e protezione e ripristino di biodiversità e ecosistemi (articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020 sugli investimenti sostenibili). Sul punto, cfr. L. Lo Prato (a cura di), Servizio studi del Senato, Nota n. 67/1, *Il dispositivo per la ripresa e la resilienza*, 11 febbraio 2021.

[111] È del medesimo avviso A. Ciancio, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?,* in *DPCE online*, 1, 2021, p. 128, «l'approvazione di un piano di ripresa finanziaria (cd. "*Recovery plan*", adottato nel contesto del più ampio "*Next generation EU")* che contempla (anche) aiuti a fondo perduto per gli Stati maggiormente colpiti dalla pandemia sembrerebbe finalmente dar seguito a quell'idea di coesione economica e sociale sancita da ultimo nel Trattato di Lisbona».

quale conferma la tesi, qui sostenuta, secondo cui il nuovo indirizzo politico europeo più vicino ai temi dell'Europa sociale è allo stesso tempo causa ed effetto del mutato contesto politico-istituzionale. Il *Next Generation EU*, infatti, è il frutto di un forte investimento politico da parte delle istituzioni europee, le quali hanno avviato un procedimento di negoziazione senza precedenti caratterizzato dalla valorizzazione del ruolo del Parlamento Europeo, come risulta dal testo definitivo del Regolamento con cui tale programma è stato approvato[112]. Il Regolamento, infatti, pone una serie di obblighi di concertazione con l'assemblea europea durante tutta la fase di attuazione del programma, scongiurando, così, eventuali rilievi in termini di democraticità. Del resto, a ben guardare, una valorizzazione del ruolo del Parlamento risultava già da precedenti risoluzioni adottate nel corso della gestione della crisi pandemica[113]. Con una Risoluzione del 15 maggio 2020[114], ad esempio, il Parlamento Europeo aveva ribadito il proprio ruolo di co-decisore nella determinazione del programma e la possibilità che si svolgessero incontri inter-istituzionali sul bilancio ai sensi dell'art. 324 TFUE. Già in quell'occasione, infatti, il Parlamento si era impegnato a favore di un finanziamento del piano di ripresa mediante l'emissione di obbligazioni a lungo termine garantite dal bilancio dell'Unione[115]. Allo stesso modo, anche nella successiva Risoluzione del 23 luglio 2020, aveva insistito sulla necessità del proprio pieno coinvolgimento in qualità di garante di una ripresa trasparente e democratica[116]. L'assetto istituzionale dell'Unione europea è, dunque,

---

[112] Più precisamente, cfr. Parlamento Europeo, P9_TA(2021)0038, *Istituzione di un dispositivo per la ripresa e la resilienza*, cit., spec. art. 16 (obbligo per la Commissione europea di presentare, entro il 31 luglio 2022, una relazione di riesame sull'attuazione del dispositivo, con la possibilità, per la Commissione competente del PE, di audire esponenti della Commissione), art. 25 (trasmissione senza indebito riardo dei piani nazionali di ripresa e resilienza degli Stati membri e delle proposte di decisione esecutiva del Consiglio che li approvano); art. 26 possibilità, per le Commissioni del PE competenti per materia, di procedere ad audizioni di esponenti della Commissione europea ogni due mesi e di adottare risoluzioni), art. 10, par. 7 (informativa al PE sulle eventuali proposte della Commissione di sospendere gli impegni o i pagamenti in favore di uno Stato membro), art. 32 (ricezione di una relazione di valutazione indipendente sull'attuazione del dispositivo entro tre anni dall'entrata in vigore del regolamento e, entro il 31 dicembre 2028, di una relazione di valutazione indipendente ex post).

[113] Sul punto, da ultimo, cfr. M.C. GIRARDI, *Il ruolo del Parlamento Europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation EU*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, pp. 337-357.

[114] Parlamento Europeo, Risoluzione del 15 maggio 2020 sul nuovo quadro finanziario pluriennale, le risorse proprie e il piano di ripresa (2020/2631(RSP)), P9_TA(2020)0124, *Nuovo QFP, risorse proprie e piano di ripresa,* consultabile all'url: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0124_IT.pdf

[115] Più precisamente, il Parlamento Europeo aveva affermato di essere pronto, sul piano della legittimità formale, «a respingere qualsiasi proposta che non rispetti tali norme» (p.to 5) e «determinato a opporsi a qualsiasi tentativo di mettere a repentaglio il finanziamento adeguato del prossimo QFP al fine di fornire finanziamenti immediati per la strategia di ripresa» (p.to 12), per cui devono essere stanziate risorse «in aggiunta alle politiche Ue» (p.to 13); mentre, e sul piano sostanziale, aveva invitato «i leader dell'Ue e la Commissione a prendere decisioni coraggiose riguardo alla riforma del sistema delle risorse proprie dell'Ue, compresa l'introduzione di un nuovo paniere», ribadendo la propria precedente posizione in merito alla sua composizione (p.to 9 della Risoluzione del 15 maggio 2020). Al riguardo, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, spec. pp. 769-780.

[116] Parlamento europeo Risoluzione del 23 luglio 2020 sulle Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (2020/2732(RSP)), P9_TA(2020)0206, *Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020,* reperibile all'url: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0206_IT.pdf, spec. lett. H) del *Considerando:* «con-

molto più dinamico di quanto possa risultare dalle sole disposizioni dei Trattati e risulta sempre più complicato mettere in discussione la centralità del Parlamento europeo che, lungi dal costituire «un'istituzione remissiva e rassegnata a giocare un ruolo di secondo piano»[117], ha ricoperto, una posizione di primario rilievo nell'adozione del *Next Generation EU*[118].

4. Quale futuro per il modello sociale europeo?

Mettendo in discussione alcuni capisaldi del tradizionale diritto economico europeo, anche la risposta alla crisi sanitaria costituisce un sicuro riscontro del nuovo indirizzo politico alla base del Programma 2019-2024 della Commissione. Nelle intenzioni delle istituzioni europee, contestualmente a un'accelerazione verso le transizioni verde e digitale, l'ingente investimento stanziato dal *Next Generation EU* dovrebbe consentire all'Unione «una ripresa (…) collettiva, inclusiva, tempestiva e coesa [che] fortificherà la competitività, la resilienza, la dimensione sociale e il ruolo dell'Europa sulla scena mondiale»[119]. Dalla risposta «concertata e coordinata all'emergenza»[120], considerata la maggiore politica di investimento pubblico europea «dal Piano Marshall ad oggi»[121], traspare dunque la costante preoccupazione per il problema occupazionale, l'esigenza di rimuovere le diseguaglianze e la necessità di una re-

---

siderando che il Parlamento dovrebbe essere pienamente coinvolto nell'attuazione dello strumento per la ripresa, sia nelle operazioni di assunzione che in quelle di erogazione di prestiti».

[117] R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e politica in Europa*, cit., p. 5. Del medesimo avviso è A. CIANCIO, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?,* in *DPCE online*, 1, 2021, p. 124, la quale parla di «progressiva attenuazione di quello che per decenni è stato definito il *deficit* democratico dell'Unione europea, perseguita, nell'evoluzione del diritto dei Trattati, attraverso il costante rafforzamento del Parlamento fino all'esito rappresentato dalla vigente normativa siglata a Lisbona, in cui il PE ha ormai acquisito il ruolo di vero e proprio co-legislatore dell'Unione insieme Consiglio».

[118] Sul punto, cfr. C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, cit., spec. p. 773. Di segno contrario, l'analisi di P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, cit., spec. p. 151, secondo i quali «la persistente assenza di poteri da parte del Parlamento europeo si rivela ancor più seria e preoccupante; non soltanto, com'è ovvio, dal punto di vista del controllo democratico delle scelte politiche in questione, ma anche sotto il profilo dell'eventuale evoluzione in senso federalistico del fenomeno dell'integrazione europea». Scettico con riferimento al futuro di tale ruolo accresciuto del Parlamento europeo è A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., p. 39, il quale ritiene che «c'è da chiedersi, però, quanto tale organo sia davvero in grado di fornire prestazioni democratiche soddisfacenti per gli elettorati nazionali, che ancora stentano a percepirsi anche come "elettorati europei". Certo, questa inedita innovazione istituzionale indotta dalla pandemia ha consegnato al Parlamento europeo una potente leva per accreditarsi e per stimolare la propria trasformazione, così da far transitare i gruppi parlamentari europei verso autentici partiti transnazionali. Tale salto quantico resta, tuttavia, un'incognita, resa ancor più aleatoria dall'inesistenza di un vero e proprio rapporto di fiducia tra Parlamento europeo e Commissione».

[119] Consiglio europeo, *Dichiarazione di Porto*, 7-8 maggio 2021, reperibile all'url: https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/.

[120] È così espressamente definita dalla Commissione europea nel report pubblicato dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, *Stato dell'Unione - La Commissione von der Leyen: un anno dopo*, cit., p. 4.

[121] G.P. MANZELLA, *Il "tempo" della politica di coesione*, cit., p. VI. In questo senso, A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, cit., p. 17, parla di «una risposta comune: una risposta di un'Europa solidale».

golazione dei conflitti sociali che vada oltre il livello statale[122]. Non si tratta di una novità trascurabile.

Dinnanzi a un indirizzo politico europeo diametralmente opposto a quello che condusse all'adozione del *Fiscal Compact* e alla revisione dell'art. 81 della Costituzione italiana[123], sorgono, dunque, spontanei alcuni dubbi circa il destino, specie nel lungo periodo, dei principi di pareggio di bilancio e del mantenimento della stabilità dei prezzi previsti dal TFUE, dagli accordi intergovernativi e dalle Costituzioni che, come la nostra, a quei principi si sono adeguate[124]. Vigente il quadro normativo frutto di quell'indirizzo politico, ci si chiede, in primo luogo, se sia o meno necessaria una revisione del diritto europeo, ad esempio, dell'art. 126 TFUE, del *Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi*[125] o del Regolamento n. 1467/97/CE, i quali contengono norme che pongono vincoli anche numerici, non solo procedurali, alle politiche di bilancio e, in secondo luogo, se eventuali modifiche possano incidere sul diritto interno, segnatamente sull'assetto delineato dall'art. 81 Cost.

Con riferimento al primo interrogativo, stante la contingenza del momento emergenziale e l'eccezionalità degli atti adottati, è sicuramente rischioso avventurarsi in previsioni, tuttavia non pare azzardato immaginare che la solidarietà europea che ha contraddistinto la risposta alla crisi sanitaria e, più in generale, il progetto politico preordinato alle transizioni ecologica e digitale, racchiuda in sé un potenziale trasformativo in grado di coniugare la ripresa economica con un ripensamento delle regole fiscali e di bilancio. Che questo sia un approdo probabile è dimostrato anche dal fatto che la presenza nel diritto europeo (ad esempio nell'art. 2 del Regolamento n. 1467/97/CE che pone la soglia del 60% al rapporto debito-PIL) di regole che pongono veri e propri vincoli numerici, cosiddette *Balanced Budget Rules*, «non appartiene *naturalmente* e quindi necessariamente al costituzionalismo demo-

---

[122] In questo senso, il Pacchetto di sostegno all'occupazione giovanile basato su quattro elementi fondamentali: rafforzamento della garanzia per i giovani, politica di formazione, apprendistato e misure addizionali approvato dalla Commissione il 1 luglio. Cfr. Bruxelles, 1.7.2020 COM(2020) 276 final, reperibile all'url: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0276&from=EN.

[123] Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, intitolata «*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*». Al riguardo, preme chiarire che sebbene l'inserimento del principio del pareggio di bilancio in Costituzione risulti successivo all'adozione della Direttiva 85/201151 (relativa ai quadri di bilancio degli Stati membri) e alla stipulazione del *Fiscal Compact*, tuttavia è formalmente assente ogni riferimento al pareggio di bilancio in tale Direttiva e non può riconoscersi natura prescrittiva e vincolante ai riferimenti contenuti al riguardo nel *Fiscal Compact*, il quale vi fa riferimento nel terzo, undicesimo e quattordicesimo punto del suo preambolo. Preambolo che, come è noto, di non ha efficacia dispositiva vincolante.

[124] Ci si riferisce, in particolare, alla riforma della Costituzione tedesca e di quella spagnola. Al riguardo, cfr. R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, in ID., O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 139-152.

[125] Ai sensi dell'art. 51 TUE, il Protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al TUE e al TFUE costituisce parte integrante dei Trattati. È all'interno di tale Protocollo, all'art. 1, che è stabilita la cosiddetta regola del 3%: "I valori di riferimento di cui all'articolo 126, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea sono: - il 3% per il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato; - il 60% per il rapporto fra il debito pubblico e il prodotto interno lordo ai prezzi di mercato".

cratico, ma è un'esigenza sistemica dell'Eurozona»[126]. Tali regole rappresentano il frutto del *favor* espresso, al tempo, dalle istituzioni europee per le politiche di stampo neoliberista giustificate anche in forza del fatto che la politica monetaria accentrata non era affiancata né da una politica fiscale comune, bensì da tante politiche fiscali nazionali, né da un bilancio europeo adeguato[127]. Viceversa, oggi, il bilancio europeo sta via via acquisendo una maggiore centralità grazie al *Next Generation EU* e alle ormai durevoli misure straordinarie adottate dalla Banca Centrale Europea sui mercati finanziari a sostegno delle politiche di espansione monetaria di molti Stati, il cui ricorso all'indebitamento, se non fosse per la citata sospensione del Patto di stabilità, sarebbe già di per sé insostenibile rispetto ai cosiddetti limiti del 3% e del 60% del PIL posti dal *Fiscal Compact*[128]. Peraltro, già prima della pandemia, nel febbraio 2020, la Commissione aveva avviato un dibattito sull'efficacia della sorveglianza economica: con la Comunicazione *Riesame della governance economica*, intendeva comprendere quale fosse «il ruolo appropriato che il quadro di sorveglianza dell'UE può assumere al fine di incentivare gli Stati membri a intraprendere le riforme e gli investimenti indispensabili per poter affrontare le sfide economiche, sociali e ambientali»[129]. Dunque, già allora si riteneva fosse giunto il momento di «discutere quale ruolo possa svolgere il quadro di sorveglianza dell'UE al fine di (…) incentivare gli Stati membri a mantenere livelli adeguati di investimenti necessari (…) per attuare un'iniziativa ambiziosa come il *Green Deal* europeo»[130].

La risposta al secondo interrogativo, relativo alle ripercussioni sull'ordinamento interno di un'eventuale revisione del diritto europeo volta ad allentare i vincoli vigenti, dipende

---

[126] O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, cit., p. 455 (corsivi dell'A.). Più diffusamente, l'A. spiega che le cosiddette *Balanced Budget Rules* (BBR) «possono essere di vario tipo (…) alcune riferite espressamente al rapporto tra entrate e spese, altre specificamente al livello delle prime o delle seconde, calcolato in termini assoluti o relativi; altre, infine, si riferiscono a grandezze diverse ma egualmente rilevanti, come il livello del debito pubblico, anch'esso determinato in termini assoluti o relativi (cioè definito in sé e per sé ovvero con riferimento a un altro termine, ovverossia come numeratore di un denominatore: ad esempio, in percentuale al PIL). Di regola, pongono vincoli di tipo numerico, sebbene tal- volta si accompagnino a delle *escape clauses*, a delle «clausole di flessibilità» (letteralmente, «di fuga»), che ne ammorbidiscono la cogenza con riguardo a taluni eventi eccezionali come le recessioni economiche. Si distinguono perciò le regole che pongono vincoli: a) al disavanzo nominale di bilancio; b) al disavanzo calcolato con riferimento al saldo strutturale di bilancio; c) al livello della spesa pubblica; d) al livello delle entrate fiscali; e) al livello del debito pubblico».

[127] *Ivi*, p. 477. Nello stesso senso, P. DE IOANNA, *Forma di governo e politica di controllo della finanza pubblica*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2013, spec. pp. 396-401, secondo il quale fissare vincoli numerici, basati sugli scarti tra previsioni e risultati, «è un azzardo teorico, si tratta di una scelta fondata, come meglio diremo dopo, essenzialmente sui rapporti di forza economica instauratisi, di fatto, nei dieci anni successivi alla piena adozione dell'euro». L'A. si mostrava particolarmente preoccupato dell'introduzione nella nostra Costituzione di «concetti di complessa e non univoca declinazione teorica e pratica, quali ciclo economico, equilibrio anticiclico o PIL potenziale».

[128] Nello stesso senso, cfr. F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica,* in *Diritto pubblico*, 1, 2021, spec. p. 43.

[129] Commissione Europea, Comunicazione 5 febbraio 2020, n. 55, (COM(2020) 55), *Riesame della governance economica*, Relazione riguardante l'applicazione dei regolamenti (UE) n. 1173/2011, (UE) n. 1174/2011, (UE) n. 1175/2011, (UE) n. 1176/2011, (UE) n. 1177/2011, (UE) n. 472/2013 e (UE) n. 473/2013 e l'adeguatezza della direttiva 2011/85/UE.

[130] *Ibidem*.

innanzitutto dal significato che si attribuisce all'art. 81 della Costituzione. È ben noto, infatti, il dibattito sulla distinzione tra principio di «equilibrio» e «pareggio» di bilancio che seguì l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2012[131], la quale nel titolo parla di «pareggio», mentre nell'articolato di «equilibrio»[132]. Di qui le due tesi: quella che propende per il più elastico principio di equilibrio, in forza di un'interpretazione letterale[133] e di una lettura in continuità con le interpretazioni che la letteratura maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale davano dell'art. 81 Cost.[134]; e quella che, all'opposto, vi desume la più rigida regola del pareggio. Ove si aderisca alla prima tesi, eventuali modifiche dell'impianto normativo europeo risulterebbero in sintonia col modello italiano e, dunque, non dovrebbero comportare incisive limitazioni nella determinazione della politica di bilancio nazionale. Viceversa, se dall'art. 81 Cost. si desume il più stringente principio di pareggio, allora si potrebbe delineare lo scenario, per così dire, paradossale in cui il diritto europeo consentirebbe alle politiche di bilancio dello Stato margini di elasticità maggiori di quelli costituzionalmente ammissibili. Non risulta irragionevole, dunque, propendere per la prima delle opzioni prospettate, non fosse altro perché, sin dalla sua entrata in vigore, proprio in ragione dell'assenza di un richiamo espresso al vincolo del pareggio, l'art. 81 Cost. sé stato inteso secondo il più flessibile approccio per cui le esigenze di equilibrio del bilancio sono diverse nelle fasi di recessione e in

---

[131] Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, intitolata «*Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale*». Al riguardo, preme chiarire che sebbene l'inserimento del principio del pareggio di bilancio in Costituzione risulti successivo all'adozione della Direttiva 85/201151 (relativa ai quadri di bilancio degli Stati membri) e alla stipulazione del *Fiscal Compact*, tuttavia è formalmente assente ogni riferimento al pareggio di bilancio in tale Direttiva e non può riconoscersi natura prescrittiva e vincolante ai riferimenti contenuti al riguardo nel *Fiscal Compact*, il quale vi fa riferimento nel terzo, undicesimo e quattordicesimo punto del suo preambolo. Preambolo che, come è noto, di non ha efficacia dispositiva vincolante.

[132] Sull'acceso dibattito, per tutti, cfr. O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2016, spec. pp. 455-457.

[133] M. MASSA, *Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno),* cit., p. 2, nella sua analisi si riferisce «esclusivamente al concetto di equilibrio e non a quello del pareggio di bilancio, per la nota ragione che questa seconda espressione compare esclusivamente nel titolo, mai nel corpo della legge cost. n. 1 del 2012 e della legge n. 243 del 2012. Con ciò non si nega che determinate disposizioni, a certi fini, enuncino regole che si avvicinano a quella del vero e proprio pareggio contabile; ma l'esame deve investire, allora, queste singole disposizioni».

[134] In particolare, cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 1966, secondo cui: "il precetto costituzionale attiene ai limiti sostanziali che il legislatore ordinario è tenuto ad osservare nella sua politica di spesa, che deve essere contrassegnata non già dall'automatico pareggio del bilancio, ma dal tendenziale conseguimento dell'equilibrio tra le entrate e la spesa"; e Corte costituzionale, sentenza n. 250 del 2013, in cui ha chiarito che "il principio dell'equilibrio tendenziale del bilancio, già individuato da questa Corte come precetto dinamico della gestione finanziaria (...), consiste nella continua ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche".

quelle espansive e per cui «l'indebitamento è consentito non solo per far fronte a circostanze eccezionali, ma anche allo scopo di moderare gli effetti del ciclo»[135].

Ebbene, risulta difficile immaginare che, una volta superata l'emergenza sanitaria, l'attuale volontà delle istituzioni europee di «conciliare sociale e mercato»[136], in una visione di Europa unita all'insegna della parità, della tolleranza e dell'equità sociale, possa drasticamente arretrare in favore di un ritorno a un indirizzo politico informato alle logiche di stampo neoliberista. Se, infatti, non può certo escludersi che, una volta passata l'emergenza, gli Stati possano adottare «azioni di contenimento della spesa pubblica o di aumento delle imposte, in funzione del rientro da quel debito ulteriormente aumentato»[137], non si può nemmeno ignorare che tali azioni si inserirebbero nel mutato assetto politico europeo che, peraltro, già emergeva all'apertura della sessione plenaria del Parlamento europeo del 16 luglio 2019. In quell'occasione, la Presidente von der Leyen aveva sì affermato l'intenzione di «operare nell'ambito del patto di stabilità e crescita», ma aveva altresì immediatamente precisato che, ove fossero «necessari investimenti e riforme», bisognava «fare in modo che possano essere realizzati» avvalendosi «di tutta la flessibilità consentita dalle regole» per rendere più forte l'economia[138]. Dopo lo scoppio della pandemia, la Commissione ha ribadito che le sfide del Programma 2019-2024 «sono diventate ancora più urgenti di quanto non lo fossero prima dell'inizio della crisi», al punto che l'impegno delle istituzioni nel più prossimo futuro «sarà cruciale per gli anni e i decenni a venire» in ragione del fatto che «si è visto ancora una volta che la forza dell'Europa risiede nella sua unità, e che le grandi sfide che ci troviamo davanti sono troppo grandi da affrontare per i singoli paesi»[139]. Idea condivisa dal Consiglio europeo che, in occasione della Dichiarazione di Porto, ha affermato che «l'Europa deve essere il continente della coesione sociale e della prosperità. Ribadiamo il nostro impegno ad adoperarci per un'Europa sociale»[140].

In definitiva, appare poco realistico un ritorno all'assetto politico-istituzionale pre-emergenziale, ritenendosi più probabile un ripensamento delle regole di politica economica e

---

[135] M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità. Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la Riforma costituzionale del 2012",* cit., p. 17. Dello stesso avviso, cfr. M. MASSA, *Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno),* cit., p. 42, secondo il quale la possibilità di ricorrere all'indebitamento per motivi congiunturali sussiste «anche nel testo costituzionale revisionato, come del resto nel PSC (che ne è il modello) e nel FC (che ne è uno sviluppo); ma l'affermazione si presta ad essere estesa anche ad altri elementi dei vincoli costituzionali (ed europei) di bilancio».

[136] Cfr. Programma 2019-2024 della Commissione europea reperibile all'url: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_it#documents

[137] M. BELLETTI, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, cit., p. 33.

[138] *Discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo di Ursula von der Leyen*, Presidente eletta della Commissione europea, Bruxelles, 16 luglio 2019, reperibile nel sito del Senato della Repubblica all'url: http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/AT022.pdf?_1627719819385.

[139] Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, *Stato dell'Unione - La Commissione von der Leyen: un anno dopo*, cit., p. 17.

[140] Consiglio europeo, *Dichiarazione di Porto*, 8 maggio 2021, reperibile all'url: https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/.

di bilancio[141], sebbene non si possano ignorare le difficoltà che incontra l'uniforme attuazione del principio di solidarietà in tutti gli Stati dell'Unione, specie tra quelli, come Polonia e Ungheria, in più occasioni accusati di violare i valori di cui all'art. 2 TUE[142]. Consapevoli di tali difficoltà, le istituzioni europee hanno deciso di subordinare il programma del *Next Generation EU* al vincolo della "politica di condizionalità democratica" *ex* art. 21 TUE, prevedendo, nelle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, che i finanziamenti esterni siano soggetti alle norme sulla condizionalità anche per quanto riguarda il rispetto dei principi dello Stato di diritto *ex* art. 2 TUE. Sebbene le Conclusioni non possano costituire la fonte su cui fondare l'eventuale sospensione della erogazione delle risorse finanziarie agli Stati che non dovessero garantire il rispetto del *Rule of Law*[143], in quanto a tal fine si dovrebbe attivare la procedura *ex* art. 7 TUE, questa scelta rivela comunque la stretta correlazione tra la ripresa economica e l'attuazione dei principi su cui si fonda il progetto comune europeo[144]. Trattasi, dunque, della decisione forse definitiva per il compimento del nuovo indirizzo politico europeo, il quale, sebbene non consenta ancora di parlare di uno Stato sociale europeo, evidenzia quanto meno l'aspirazione dell'Unione a diventarlo.

---

[141] Si condividono, infatti, le riflessioni di F. BILANCIA, *Sistema delle fonti ed andamento del ciclo economico: per una sintesi problematica*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2020, p. 1449, il quale si chiede «Come pensare che all'esito della transizione in atto e degli importanti rivolgimenti nelle sostituzioni di ruolo tra i diversi livelli di governo, a partire dalla BCE ma considerando altresì i rapporti tra governi e Consiglio europeo, Parlamento e Commissione non si determineranno le condizioni materiali e politiche per una ridefinizione anche formale degli assetti normativi vigenti?». Di segno contrario è, invece, A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, cit., spec. pp. 34 ss., secondo il quale è «prematuro intravedere nelle soluzioni innovative (…), l'inizio di un qualche mutamento di paradigma, nonostante si tratti di innovazioni di grande portata».

[142] Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo sulle audizioni in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria*, 2020/2513(RSP), del 9 gennaio 2020. Più in generale, sul rapporto tra Unione Europea e Ungheria, cfr. G. MILANI, *Parlamento e parlamentarismo nella democrazia illiberale: l'esperienza ungherese*, in *DPCE online*, n. 4, 2019, pp. 2917 ss.

[143] Al riguardo, cfr. E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020*), in *Federalismi.it*, 29, 2020, spec. p. 58. L'A. evidenzia i dubbi di legittimità dell'applicazione del principio di condizionalità a parte delle istituzioni e, in particolare, sostiene che «le "raccomandazioni" di cui all'art. 121, par. 2, TFUE, non sono idonee ad apprestare il fondamento logico-giuridico per prescindere dallo strumento istituzionalmente previsto dai Trattati al fine di sospendere o limitare la disponibilità di diritti fondati sulla partecipazione dello Stato membro all'ordinamento europeo in ragione di motivazioni attinenti alla presenza di carenze sistemiche dello Stato di diritto. (…) È di tutta evidenza, infatti, che per mezzo di una normativa di rango secondario non possono essere intaccati diritti nascenti dalla partecipazione all'ordinamento europeo mediante la sospensione dei pagamenti e degli impegni, la riduzione dei finanziamenti nell'ambito degli impegni esistenti o il divieto di concludere nuovi impegni con i destinatari».

[144] Commissione europea, *Rapporto 2021 sul rispetto dei diritti e delle libertà nei paesi membri UE*, Bruxelles 20 luglio 2021. Nel secondo Rapporto sul rispetto dello Stato di diritto, la Commissione evidenzia la necessità che la ripresa economica sia accompagnata dalla presenza, in ciascuno Stato membro, di «sistemi giudiziari forti, un solido quadro anticorruzione, un sistema legislativo chiaro e coerente, la tutela degli interessi finanziari dell'UE e la crescita sostenibile».

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 22/10/2021

AUTORE: Marilisa D'Amico*

THE LEGACY OF RUTH BADER GINSBURG**

Sommario: 1. Introductory Remarks. – 2. Ruth Bader Ginsburg and the Teaching of "Women and the Law". – 3. Ruth Bader Ginsburg as a Lawyer. – 4. Ruth Bader Ginsburg's View of Justice. – 5. Ruth Bader Ginsburg's Conception of Equality. – 6. The Dissent in Ruth Bader Ginsburg's Perspective. – 7. Concluding Remarks.

1. Introductory Remarks

In some interviews and in the inspiring documentary "RBG"[1], witnessing the myth that was created around her, Ruth Bader Ginsburg wondered why there was so much interest, especially from the younger generations, in an 80-year-old woman.

"Notorious" Ruth Bader Ginsburg in the last 15 years[2], at the end of her career, became a "pop" myth, famous even for the initials of her name: so much celebrity has been conquered only by very few people. So far the most famous initials, in the entire history of the United States, are that of JFK.

In these reflections, I would like to focus on some among the most important features of the life and professional history of the missing judge, but also on the specific reasons, related more to the Italian reality than to the United States one, which I know less and on which I do not feel like venturing Judgments.

---

* Professor of Constitutional Law, University of Milan, Department of Italian and Supranational Public Law, (marilisa.damico@unimi.it), Vice-Rector for Legality, Transparency and Equality of Rights, Chair holder and Academic coordinator of the European Fundamental Rights and Women's Rights (EFRiWoR) Jean Monnet Chair.

** Il testo costituisce la rielaborazione della relazione svolta nell'ambito del convegno "Ruth Bader Ginsburg: la voz de la justicia", tenutosi il 3, 4 e 5 febbraio 2021 ed in corso di pubblicazione nel volume curato da L.E. Rios Vega, I. Spigno, T. Groppi, *Ruth Bader Ginsburg: La Voz de la Justicia*, Editoriale Scientifica, Napoli, in corso di pubblicazione.

[1] The reference is to the 2018 Documentary produced by Netflix.

[2] On this, please refer to I. CARMON, S. KNIZHNIK, *Notorious RBG: The Life and Times of Ruth Bader Ginsburg,* Dey Street Books, 2015.

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

The premise of the following reasoning might rely on at least two questions. What could be for us the legacy[3], for the women, and for the Italian society as a whole? What is the deep-rooted reason for so much interest, even academic, for the role of Ruth Bader Ginsburg?

It is not usual, in Italy, for the academia to celebrate women who have just passed away. However, since October 2020, in Italy, as well as in other parts of the world, Ruth Bader Ginsburg and her important conquests for women's rights have been at the very center of several official and unofficial gatherings, seminars, events.

To start reflecting on the deepest legacy of Ruth Bader Ginsburg, it is not without significance that just right after her death another woman, Kamala Harris, became, for the first time in history, Vice-President of the United States of America[4]. As soon as she was elected, Kamala Harris, in a highly moving speech, strongly affirmed that she was proud to be the first woman sitting as Vice-President, but that she did not want to be the last. And, what's more, she appeals to the younger generations of women, for whom such a conquest would have opened up space, horizons, and new dreams, sending them a strong message: «[d]ream with ambition, lead with conviction, and see yourselves in a way that others may not, simply because they've never seen it before, but know that we will applaud you every step of the way»[5].

Ruth Bader Ginsburg has rightly become an icon, because she was not just "the first", to make her way in a male world, proving her expertise. Ruth Bader Ginsburg fought for the rights of all women, first in college classrooms, then before Courts, finally as member of the United States Supreme Court, in a long series of Judgments where she was part of the majority and also in others, perhaps even more significant and groundbreaking, where she argued her "dissent".

Across her rich and fascinating life, some "personal" traits are striking: the ostentation of female symbols, such as her famous "collars" and, even more so, the extravagant brooches. Unlike many powerful women, Ruth Bader Ginsburg finds her style, a very effective one, a style that does not deny the extent to which dresses do represent an expression of women, unlike men. She makes use of the "disadvantage" of being a woman and of being considered for her appearance as a tool of strength. She doesn't go out of her way to blend in with men, in features and costumes, but she wishes to adapt some accessories to her taste, claiming personal use. Ruth Bader Ginsburg's collars and pins become important symbols for the younger generations. They contributed to create the character of Ruth Bader Ginsburg and, even, to convey legal messages: there is, for Ruth Bader Ginsburg, the pin for majority decisions, those for dissent. There are collars for happy days and collars for sad ones: famous and

---

[3] O this, refer to S. PASETTO, *La scomparsa della giudice Ruth Bader Ginsburg*, in *Servizio Studi Area di Diritto Comparato*, September, 12st, 2020, who fully describes Ruth Bader Ginsburg's figure, link: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1600689845203.pdf.

[4] See T. GROPPI, *Kamala Harris, Ruth Bader Ginsburg e le altre. Quel che le donne (al potere) ci possono dire*, in *GiustiziaInsieme*, 2020.

[5] The full version of the oral speech might be read here: http://www.astrid-online.it/static/upload/harr/harris_07_11_20.pdf.

remarkable was her outfit on the prophetically and very sad day for United States' democracy of the 2016 inauguration of Donald Trump as President of the United States[6].

Another personal aspect of great interest deals with her positive relationship with men.

Above all, I refer to her husband, her beloved Marty, who becomes the main supporter in her professional history, providing her with all the crucial support for being later appointed to the US Supreme Court[7]. Marty never considered her as a competitor, the two of them acted as a well-balanced team, and, from the words of their children, we can feel that it was Ruth Bader Ginsburg's husband who also took on a role of balance as a stable presence with their children when Ruth was busy.

This personal aspect represents another precious legacy for future generations, for those women who many, too many times, in their family or professional context experience themselves as limited and threatened by the possibility to "reconcile". This example is a remarkable and clear demonstration of how reconciliation is not the business of women but, instead, something that has to be shared between both sexes: in Ruth Bader Ginsburg's case, this scenario worked very well.

The other relationship that stands out in Ruth Bader Ginsburg's life is that entertained with her fellow Supreme Court arch-conservative judge, Antonin Scalia[8]. Ruth Bader Ginsburg's memorial speech clearly captured the reasons for this deep friendship: «we are different, we are one [...] different in our interpretation of written texts, one in our reverence for the Constitution and the institution we serve»[9].

Two individuals who had different ideas, but, at the same time, shared the same passion for the institution and the law. The description of the most important moments when the two justices found themselves with opposite opinions is astonishing: Scalia's dissent in the *United States v. Virginia* case[10], where Ruth Bader Ginsburg admits that thanks to the evaluation of the dissent, she has been able to write down a more convincing text; and, also, the *Gore v. Bush* case, where Ruth Bader Ginsburg wrote a dissent[11]. In a nutshell, recalling Scalia's words: «I attack ideas. I don't attack people. Some very good people have some very

---

[6] For an insight on R. BADER GINSBURG's habit of wearing her collars, see, among others, the interview published on the Washington Post in 2009, *Justices Have Differing Views of Order in the Court*, and the exclusive interview with A. K. COURIC in 2014 for Yahoo Global News. Following her death, several newspaper articles were dedicated to the history of R. BADER GINSBURG' s collars, as that published on the New York Times on September, 20th 2021, *The Meaning of Ruth Bader Ginsburg's Lace Collar* by V. FRIEDMAN.

[7] On this, see R. BADER GINSBURG, *My own words*, (with M. HARTNETT and W. W. WILLIAMS), Simon & Schuster, NY, 2016, 182.

[8] See, on this, A. SCALIA, *Scalia Speaks. Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, The Crown Publishing Group, 2017.

[9] R. BADER GINSBURG, *My Own Words*, 37.

[10] US Supreme Court, *United States v. Virginia*, 7 – 1 decision, 518 U.S. 515, decided on June, 26th, 1996. Majority op. (Ginsburg) Concurring op. (Rehnquist) and Dissenting op. (Scalia). On this, see B. LONG, *United States v. Virginia: Virginia Military Institute Accepts Women*, Enslow Publishers, Berkeley, 2001.

[11] US Supreme Court, *Bush v. Gore*, 5 – 4 decision, 531 U.S. 98, decided on December, 12th, 2000. Concurring op. (Rehnquist, joined by Scalia and Thomas) and Dissenting op. (Stevens, Ginsburg), Dissenting in Part op. (Brayer and Souter). For a comment, see J.M. BALKIN, *Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 110, No. 8, June 2001, 1407 ff.; E. CHEMERINSKY, *Bush v. Gore Was Not Justiciable*, in *Notre Dame Law Review*, Vol. 76, Issue 4, 2001, 1093 ff.; H. M. KRITZER, *The Impact of* Bush v. Gore *on Public Perceptions and Knowledge of Supreme Court,* in *Judicature,* Vol. 85, p. 35 ff.

bad ideas – and if you can't separate the two, you gotta get another day job. You don't want to be a judge. At least not a judge on a multi-member panel»[12].

In the following reflections, I intend to focus on three main profiles, which reflects three phases of Ruth Bader Ginsburg's professional life and which Ruth Bader Ginsburg deliver to us as a legacy.

First of all, I will examine the relationship between Ruth Bader Ginsburg and the teaching of gender studies to university classrooms and, in particular, to the law. Ruth Bader Ginsburg was actually one of the very first scholar who courageously launched and favored the study of gender and women's rights as a field worth of academic reflection[13].

Second of all, I intend to investigate the way in which Ruth Bader Ginsburg managed to defend women's human rights before Courts with a specific reference to her conception of equality. I will, therefore, explore Ruth Bader Ginsburg's role as a Supreme Court Justice by looking at the opinions, majority and dissent, where she expressed important principles for all civil rights, contributing to their advancement for the society as a whole.

Finally, as a third point, I will linger on Ruth Bader Ginsburg's contribution to the development of the dissent in the United States Supreme Court.

2. Ruth Bader Ginsburg and the Teaching of "Women and the Law"

From the very beginning of her university career, Ruth Bader Ginsburg was concerned with gender discrimination[14]. In particular, in May 1970, she organized her first students panel on *"Women's Liberation"* at Rutgers School, and many others followed, especially those organized within the annual meeting of the Association of America Law Schools, held in Chicago.

In the spring of the following year, Ruth Bader Ginsburg held the first Seminar on "Sex Discrimination and the Law". The course was characterized not only by a case-law analysis approach on discrimination related issues, but, also, by a very peculiar involvement of the students.

In 1972, Ruth Bader Ginsburg went back to Columbia University Law School, where she graduated 13 years before. Here, she was Professor of Law, and, to be more precise, Ruth Bader Ginsburg was actually the very first woman in Columbia University's 114-year

---

[12] Lastly, R. BADER GINSBURG recalled this famous statement of Justice Scalia in *Remembrance of Antonin Scalia,* in *Journal of Supreme Court History*, Vol. 41, No. 3, 2016, 250.

[13] R. BADER GINSBURG, *My Own Words*, 41. The United States' literature and academia largely benefit from Ginsburg's insight and dedication to gender studies. Among many other, some of the most significant monographic works include: S. DELLER ROSS, *Women's Human Rights. The International and Comparative Law Casebook*, University of Pennsylvania Press, 2008; L. ADLER, L. CROOMS-ROBINSON, J. GREENBERG, M. MINOW, D. ROBERTS, *Women and the Law*, Foundation Press, 2007; K.T. BARTLETT, D.L. RHODE, J.L. GROSSMAN, D.L. BRAKE, *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, Wolters Kluwer, 2020 (Eight Edition).

[14] Among her first essays, R. BADER. GINSBURG, *Treatment of Women by the Law: Awakening Consciousness in the Law Schools,* in *Valparaiso University Law Review,* Vol. 5, Issue 2, 1971, 480 ff.; ID, *Gender and the Constitution,* in *University of Cincinnati Law Review,* 1975, Vol. 44, No. 1, 1 ff.; ID, *Women at the Bar - A Generation of Change,* in *University of Puget Sound Law Review,* Vol. 2, Issue 1 1978, 1 ff.; ID, *Equal Rights Amendment Is the Way,* in *Harvard Women's Law Journal,* Vol. 1, 1978, 19 ff.; ID, *Sexual Equality under the Fourteenth and Equal Rights Amendments*, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 1979, Issue 1, 1979, 161 ff.

history to hold that position. Not surprisingly, that year was dubbed by her as: "The year of the woman" in legal academia[15].

In those years, Ruth Bader Ginsburg closely collaborated with P. Herma Hill Kay of the University of California in the publication of the Casebook "Sex-based discrimination"[16], where Ruth Bader Ginsburg wrote three Chapters. The casebook was very successful in the United States and became an important point of reference for law students approaching the subject during that time[17]. To note that, as a professor, she taught traditional subjects and discrimination against women, through the case-law and the analysis of laws.

There are important aspects that need underlining, such as: women's rights, women's condition must be studied because real change can only start from the awareness of women's situation for a society that aims at challenging its reference model. For this reason, the so-called "Gender Studies", which cannot be limited to the law area[18], are fundamental and cannot be relegated to a frill or be deprived of any scientific dignity. Ruth Bader Ginsburg succeeded in demonstrating that a social model based on effective gender equality can be positive and brings benefits to the society as a whole through an in-depth and scientific analysis of the Swedish model: reasoning on the different taxation system, Ruth Bader Ginsburg showed how, in Sweden, citizens were pushed to allow greater freedom of choice for women. This is certainly an extraordinary interesting aspect for Italian women.

Only in recent years, the study of women's discrimination has begun to gain dignity in academia from a scientific and academic perspective. Public debates on women's rights, seminars, and clinics linked to specific topics, such as violence against women, started flourishing across the Country[19].

---

[15] On the role of Gender Studies in Law Schools, please refer to R. BADER GINSBURG, *Treatment of Women by the Law: Awakening Consciousness in the Law Schools*, *Val. U. L. Rev*., 1971, 480 ff.

[16] K. M. DAVIDSON, R. BADER. GINSBURG, H. H. KAY, *Sex-Based Discrimination: Text, Cases and Materials,* West Publishing Co., St. Paul, 1974.

[17] Reference is made to K.M. DAVIDSON, R. BADER GINSBURG, H. HILL KAY, *Sex-Based Discrimination: Text, Cases and Materials*, West Publishing Company, 1974.

[18] On the need to expand the study of gender to disciplines other than the law, the literature has reached a *consensus* over the years. Among others, see J. MARCHBANK, G. LETHERBY, *Introduction to Gender: Social Science Perspectives*, Routledge, 2014 (2nd edition); E. DEMÉNY, C. HEMMINGS, V. VASTERLING, *Practising Interdisciplinarity in Gender Studies*, Raw Nerve Books, York, 2006; T.S. PAVLIDOU, *Open forum: The challenge of interdisciplinarity: From theoretical claims to interdisciplinary practices in Gender Studies*, in European *Journal of Women's Studies*, 2011, 310 ff.

[19] For a more general insight into the way in which the Italian legal system regulates and contrasts violence against women, please refer to M. D'AMICO, C. NARDOCCI (Eds.), *Gender-based violence between national and supranational perspective. The way forward*, Editoriale Scientifica, Naples, 2021; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milan, 2020 and, of the same A., see the parliamentary hearing, *Audizione dinanzi alla "Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere"*, published on https://ovd.unimi.it/commento/audizione-dinanzi-alla-commissione-parlamentare-di-inchiesta-sul-femminicidio-nonche-su-ogni-forma-di-violenza-di-genere/, 2021; I. PELLIZZONE, *Violenza di genere e Covid/19: impatto sulle donne e sui minori delle misure restrittive in una prospettiva di diritto costituzionale*, E. CATELANI, M. D'AMICO (Eds.), *Genere e COVID*, Il Mulino, Bologna, upcoming, 2021 and, also, M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal*, 2020, III, 31 ff.

In the year of the Covid-19 Pandemic[20], the impact on the condition of women has been deeply scrutinized among scholars, and in the so-called "Recovery Plan"[21], with its positive note and downsides, there is also an attempt to take gender equality into proper account. Within this framework, it is significant to recall how a discipline such as Constitutional Law, which until then has always been resistant towards the study of gender, is slightly opening its doors to completely new horizons thanks to the initiative of a group of women, scholars in the constitutional law area, that recently launched the network "*Le costituzionaliste*", which undertook the initiative to integrate gender studies into their disciplines[22].

At the same time, especially when looking at the phenomenon of violence against women, there is a growing awareness among judges and lawyers, that specific expertise in the field of gender studies and women's rights is necessary[23].

There is no formal request for academic recognition of gender studies, but thanks to the European context, a step should not be delayed.

I very recently had the privilege to be nominated Jean Monnet Chair which leads me to launch, in October 2020, the first Italian university course on "Women's rights in the Constitutional State", at the University of Milan, School of Law. It is certainly of key relevance that all disciplines, including the scientific ones, recognize the importance of the gender perspective. Just think, in particular, to medicine or pharmacology, where until some time ago, diagnoses, treatments, and drugs were imagined and tested on male patients only, with sometimes considerable damages for women[24].

However, I do believe that Ruth Bader Ginsburg's own experience demonstrates the essential role of the gender perspective for the law. Ruth Bader Ginsburg used to explain to her students the existing laws and realized that so many laws and Judgments, in short, the entire legal world, considered "normal" or, even, took for granted that women were perceived as being inferior to men. From this angle, it is precisely the discriminatory dimension that makes us understand and fight the stereotype that we have inherited from the classics and that still affects any attempt to overcome the so-called "natural inferiority of women"[25]. Conversely if, as Ruth Bader Ginsburg did, we understand that discrimination is a human product, due to history and expressed in legal norms that can and must be challenged when they do

---

[20] On this, see E. CATELANI, M. D'AMICO (Eds.), *Genere e COVID*, Il Mulino, Bologna, upcoming, 2021.

[21] The so-called "Recovery Plan" (in Italian: "PNRR – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza") was approved on January, 12th 2021, by the Italian Government with the aim of detailing areas of intervention to foster the recovery of Italy following the outbreak of the Covid-19 Pandemic.

[22] On this, see the Report *Equilibri di genere e procedure di nomina. Terzo report intermedio,* published on *Federalismi.it*, 2020, Link: https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=43780&dpath=document&dfile=08072020155808.pdf&content=Equilibri%2Bdi%2Bgenere%2Be%2Bprocedure%2Bdi%2Bnomina%2E%2BTerzo%2Breport%2Bintermedio%2B%28luglio%2B2020%29%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B.

[23] P. DI NICOLA, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Harper Collins Italia, 2018; F. ROIA, *Crimini contro le donne*, FrancoAngeli, Milan, 2017.

[24] On this, see S. OERTELT-PRIGIONE, V. REGITZ-ZAGROSEK (Eds.), *Sex and gender aspects in clinical medicine*, Springer Science & Business Media, 2011; G. BAGGIO et al., *Gender medicine: a task for the third millennium. Clinical Chemistry and Laboratory Medicine*, Clin Chem Lab Med, 2013, 713 ff.

[25] On this, extensively, E. CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli, Milan, 2010 and *Passato prossimo, Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Feltrinelli, Milan, 2012.

no longer reflect the reality, then, finally, the road to emancipation and recognition of equal rights becomes achievable. I was very struck by this very moment of the passage in Ruth's professional life. In teaching and her responses to students, Ruth Bader Ginsburg found the way to take the flight and to make women's rights take the flight before the Courts. But it impressed me even more, and I would like us to keep it as a firm point, that Ruth Bader Ginsburg never felt inferior to anyone; conversely, acknowledging the existence of "social" injustice, she discovered the right way to obtain rights for all, through the same legal instruments that cause themselves discrimination.

Before analyzing her successes before Courts, another aspect that emerges very clearly is the circumstance that Ruth Bader Ginsburg has never been a political activist, but, rather, that she became the expression of a society transformed by the struggles of the sixties and the seventies in the United States and the world, and that, with refined legal instruments, she inaugurated, for women, the precious road called "judicial" activism.

In comparison with the United States and as a civil law Country, Italy as well has known this particular and important strategy to favor the recognition and the advancement of women's rights. It was thanks to the battle of a woman, Rosa Oliva, and her determination, that for the very first time the Italian Constitutional Court recognized the principle of equality between the sexes, enshrined under Article 3 of the Italian Constitution, declaring that was not in conformity with the Constitution the rule that barred women from many public positions, including the judiciary[26]. Following that Judgment, Italian women, therefore, began sitting as judges thanks to a decision of the Constitutional Court. Through other battles brought before Courts in the last 10 years, the principle that requires that all executive organs (the so-called Regional Councils) of the national Regions and Municipalities cannot be composed by men only has progressively been enforced. Before that moment, it seemed, once again, "natural" that it would happen like that, with no women nominated in the executive organs[27].

---

[26] See the Italian Constitutional Court, Judgement No. 33 of 1960. On this Judgment, see, within the Italian literature, the comments of: V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1958, 564 ff.; C. ESPOSITO, *Il sesso e i pubblici uffici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*,1960, 568 ff.; C. MORTATI, *L'accesso delle donne ai pubblici uffici*, in *Democrazia e diritto*, 1960, 147 ff.

[27] Women's political representation in the Italian legal system and the way in which increase the numbers of women sitting in the elected bodies have been at the center of the debate for decades. Reference might be made here to the most significant judgements held by the Italian Constitutional Court with this respect: Constitutional Court Judgment No. 422 of 1995; Constitutional Court Judgment No. 49 of 2003; Constitutional Court Judgment No. 4 of 2010. For a scientific and theoretical reflection on this topic, see B. BECCALLI, *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Feltrinelli, Milan, 1999; G. BRUNELLI, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche*, Il Mulino, Bologna, 2006; and my study in *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Turin, 2011 and in *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni. Strumenti di riequilibrio*, in M. D'AMICO, S. LEONE (Eds.), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Giuffrè, Milano, 2017, 41 ff.; S. LEONE, *Sulla conformazione delle Giunte degli Enti locali al canone delle pari opportunità: alcune riflessioni alla luce delle innovazioni legislative e della giurisprudenza più recente*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2015, 1 ff.

3. Ruth Bader Ginsburg as a Lawyer

As an attorney, Ruth Bader Ginsburg succeeded in having sex discrimination recognized before Courts. It is, therefore, of great relevance here to hinge on the features and the most significant aspects of the path she pioneered. From my perspective, first of all, it stands the awareness that in those judges' eyes gender differences, understood as the inherent or "natural" inferiority of women compared to men, was ordinary and that, therefore, there was no need to call into question the concept of discrimination as such. Conversely, Ruth Bader Ginsburg was well aware that she had to challenge the judges' mindset and to do so, she tried to build very specific actions, where the leap in the recognition of gender discrimination was almost imperceptible.

A very interesting example of her effort to push forward in the recognition and safeguard of gender equality might be offered by the landmark *Frontiero v. Richardson* case[28] held by the United States Supreme Court on gender-based discrimination within the United States military, where Ruth Bader Ginsburg was actively involved as a lawyer[29].

Ruth Bader Ginsburg submitted a seventy-page *amicus brief* on behalf of the American Civil liberties Unions in support of Sharon Frontiero's claim. Ruth Bader Ginsburg supported the applicant's complaint, arguing that Sharon Frontiero had been the victim of a discrimination based on gender because she was treated differently compared to male servicemembers for the enjoyment of the benefits afforded by federal laws to the members of the United States Air Force. In her *amicus brief*, Ruth Bader Ginsburg strongly endorsed the thesis of the urge to apply a strict scrutiny – the same one that the United States Supreme Court was already used to applying to discrimination grounded on race – even when the difference in treatment was based on gender. Her argument relied, therefore, on the fact that gender, as race, should be included among the so-called "suspect grounds", therefore, requiring the Supreme Court to undertake a thorough and profound investigation every time the legislator allows a difference in treatments based on sex.

Thanks to Ruth Bader Ginsburg, for the very first time, sex was depicted as a "suspect" ground of discrimination before the United States Supreme Court[30].

---

[28] US Supreme Court, *Frontiero v. Richardson*, 8 – 1 decision, 411 U.S. 667, decided on May, 14th, 1973. Majority op. (Brennan), Concurring op. (Powell) and Dissenting opinion (Rehnquist). Above all, see R.B. GINSBURG, *Comment: Frontiero v. Richardson*, in *Women's Rights Law Reporter*, Vol. 1, Issue 5, 1973, 2 ff.; B.B. MCKENNY, *Frontiero v. Richardson: Characterization of Sex-Based Classifications*, in *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, Vol. 6, 1974, 239 ff.

[29] Alongside the Frontiero case, Ruth Bader Ginsburg was also actively involved in defending gender differences before domestic Courts. See, for example, the 1972 *Charles E. Moritz v. Commissioner of Internal Revenue* on tax law and gender discrimination. On this, more recently, A.C. INFANTI, B.J. CRAWFORD, *A taxing feminism*, in D.L. BRAKE, M. CHAMALLA, V. WILLIAMS (Eds.) *The Oxford Handbook Of Feminism And Law In The United States*, Oxford University Press, forthcoming, 2021. In the Italian literature, explicitly refer to the Moritz case F. FELICE, *Ruth Bader Ginsburg, una vita giuridica contro la discriminazione e la violenza di genere*, in *Questione giustizia*, 2020, link: https://www.questionegiustizia.it/articolo/ruth-bader-ginsburg-una-vita-giuridica-contro-la-discriminazione-e-la-violenza-di-genere.

[30] On the role of the *amicus brief* or *amici curiae* in bringing new arguments before Courts see M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 2020, 122 ff. and, of the same A., also, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2019, 321 ff.; T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva*

Moreover, she contributed to advance the idea that sex is nothing less compared to race and that a full and real equality demands for a society where inequality, regardless of the discrimination factor involved, must be rejected. In sustaining her claims, Ruth Bader Ginsburg highlighted that, although women are a majority, they nevertheless «face all of the prejudice and hostility encountered by members of a minority group»[31] and, what's more, that «[w]orse that being 'discrete and insular', […], women are separated from each other and therefore remain far distant from the political potential appellees ascribe to them»[32].

In her view, therefore, the argument that wanted sex not interpreted as "suspect" before Courts, because women are a majority and should not be compared and treated as a minority group, had to be fully rejected. Conversely, in her *amicus brief*, she was very straightforward in stating that: «[f]or women who want to exercise options that do not fit within stereotypical notions of what is proper for a female, women do not want to be 'protected' but do want to develop their potential without artificial constraints, classifications reinforcing traditional male-female roles are hardly 'bening'»[33].

The United States Supreme Court, in the highly famous Justice Brennan's majority opinion, ruled 8 to 1 in favor of Sharon Frontiero, holding that federal law discriminated between male and female, but it did not go too far in ascertaining that sex should be regarded as "suspect". There were only four justices who agreed with Ruth Bader Ginsburg's interpretation that sex should be considered as a suspect ground of discrimination. A number that was, nevertheless, not enough to win the case on this additional and essential point. Had Ruth Bader Ginsburg failed in having the Supreme Court recognized sex as a suspect ground of discrimination, she nevertheless won the case before the Supreme Court, paving the way to following cases and to the awareness that gender differences do count and have to count before Courts.

4. Ruth Bader Ginsburg's View of Justice

Another perspective to investigate Ruth Bader Ginsburg's contribution and legacy is bound to her view and conception of justice. On this, some insight might very well be captured in the astonishing speech Ruth Bader Ginsburg gave right after her appointment as Justice of the US Supreme Court in the White House Rose Garden as well as after the Hearing before the Committee on the Judiciary United State Senate. In the first speech in particular, she evokes three remarks of Justice Holmes that a modern constitutional judge has to keep in mind when he/she is confronted with a "hard" case. These remarks are described as follow: first «intellectual honesty about the available policy choice; – second – disciplined self-restraint in

comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia, in *Giurcost*., 2019, 123 ff. Worth mentioning is the recent initiative undertaken in 2020 by the Italian Constitutional Court to amend its rules of proceeding in order to boost the admissibility of briefs submitted by the so-called *amici curiae*. For a series of comments on this new development, refer to AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Giurcost.*, 2020, 1 ff., link: https://www.giurcost.org/COLLANA/3.pdf.

[31] R. BADER GINSBURG, *My Own Words*, 136.

[32] *Ibidem.*

[33] *Ibidem.*

respecting the majority's policy choice; – third – principled commitment to defense of individual autonomy, even in the face of majority action»[34].

Other significant statements, where it can be traced signs of Ruth Bader Ginsburg's conception of justice, are, as mentioned above, very clearly expressed in the speech she gave after the United States Senate, where she emphasizes the role of the Supreme Court Justices under several and different perspectives.

First off, Ruth Bader Ginsburg described the Supreme Court Justices as «guardians of the Constitution» and of the other State's powers. In this regard, she highlights that: «the Justices do not guard constitutional rights alone. [Supreme Court] share[s] that profound responsibility with Congress, the president, the states, and the people. Constant realization of a more perfect Union, the Constitution's aspiration, requires the widest, broadest, deepest participation on matters of government and governmental policy»[35]. This idea of separation of powers is also reflected in her view on the work of judging. Focusing, therefore, on the activity itself and leaving behind the institutional role played by the Justice, she observes: «[m]y approach, I believe, is neither liberal nor conservative, rather, it is rooted in the place of the judiciary, of judges in our democratic society. The Constitution's preamble speaks first of 'We, the People', and then of their elected representatives. The judiciary is third in line and it is placed apart from the political fray so that its member can judge fairly, impartially, in accordance with the law and without fear about the animosity of any pressure group' […] in a few words as Justice Benjamin Nathan Cardozo said "Justice is not to be taken by storm. She is to be wooed by slow advances"»[36].

A second element she hinges upon deals with her conception of the impartiality of the Justices during the office. On this point, she was in fact of the view that, using her words, «[j]udges […] are bound to decide concrete case, not abstract issues. Each case comes to court based on particular facts and its decision should turn on those facts and the governing law […]»[37]. Indeed, she continued, «a judge sworn to decide impartially can offer no forecast, no hints, for that would show not only disregard for the specifics of the particular case, it would display disdain for the entire judicial process»[38]. In a nutshell, recalling Justice Holmes' own words, «one of the most sacred duties of a judge is not to read [her] convictions into [the Constitution]»[39].

Her view of justice and of the role of judges in the constitutional State is certainly of relevance in a context where the issues brought before Courts are progressively more and more complicated. Be it for the impact of scientific and technological progress and their ethical-related challenges, be it for the features of a society that is increasingly complex in its demands and diverse and fragmented in its composition, judges are nevertheless asked to give responses and their deference to the Constitution represents at the same time our defense

---

[34] R. BADER GINSBURG, *My own words*, 176.
[35] *Ivi,* 183.
[36] *Ivi,* 184.
[37] *Ivi,* 186.
[38] *Ibidem*.
[39] *Ibidem.*

against the violation of fundamental principles and our chance to foster their successful safeguard.

5. Ruth Bader Ginsburg's Conception of Equality

Ruth Bader Ginsburg's legacy is also strongly intertwined with the history of the principle of equality, and of gender equality more specifically, as well as with the ways in which to favor its effectiveness.

Before looking at the ways in which Ruth Bader Ginsburg applied and boosted the full realization of the principle of gender equality in her activity as Justice of the Supreme Court, it is worth recalling that Justice Ginsburg had always endorsed a conception of gender equality that was connected with a peculiar reading of feminist theories. Ruth Bader Ginsburg opted, in fact, for a feminism that did not look at women as individuals deserving special protection or demanding separate and differentiated treatment, but, rather, for a feminism that entails and requires a true formal equality for women. Women, from this perspective, need to be placed on an equal footing to men and not to be relegated to differential or special treatments[40].

With regard instead to her commitment to the full realization of the principle of gender equality as Justice of the Supreme Court, this clearly emerges when she confronted with the notion of affirmative actions.

Since the 1971 United States' Supreme Court decision in the *Griggs v. Duke Power Company* case[41], affirmative actions, as it is very well-known, made their way into the United States' constitutional history primary with respect to race-based discrimination against African-American and, only later, they were also translated into the sex discrimination discourse.

Ruth Bader Ginsburg was a huge supporter of affirmative actions, as a tool to promote equal opportunities and to restore past discriminations. Her conception of equality is

---

[40] On this, within the Italian literature, hinges on the specifics of the conception of equality and feminism endorsed by R. BADER GINSBURG throughout her career, G. ROMEO, in her recent paper *Femminismo ed eguaglianza dentro la comunità politica: un ritratto di Ruth Bader Ginsburg*, in *DPCE Online*, 2020, 5300 ff., who highlights how Ginsburg's conception of feminism was much more linked to the notion of equality than of differences stating that: "[i]l femminismo dell'eguaglianza è lontano tanto dalla corrente del 'femminismo delle differenze', che invece punta al riconoscimento della specificità della condizione femminile, tanto dalla critica femminista radicale di Catharine MacKinnon o di Carole Pateman. Per la giudice Ginsburg, insomma, il femminismo è una rivendicazione di eguaglianza non diversa, metodologicamente e sostanzialmente, da altre pretese di accesso al riconoscimento della piena appartenenza alla comunità politica", 5303. It is interesting to underline that RUTH BADER GINSBURG never endorsed, neither sided with feminists theories such as those proposed by I.M. YOUNG in her well-known work *Justice and the politics of difference*, Princeton University Press, 1990. On this, see, also, B. LIBERALI, *Contraceptive mandate e obiezione di coscienza "aziendale": l'opinione dissenziente di Ruth Bader Ginsburg e la costruzione di un innovativo paradigma di parità di genere*, *ivi*, who underscores the the perculiar reading which emerges from the reading offered in the dissenting opinion in the case *Burwell v. Hobby Lobby Stores, 573 U.S. 682 (2014)*, where the A. highlights that RUTH BADER GINSBURG "ha messo in stretta correlazione la fornitura di determinati metodi contraccettivi rispetto non solo alla complessiva tutela della salute, ma anche – e forse soprattutto – alla possibilità di garantire una piena e paritaria partecipazione delle donne alla vita economica e sociale della collettività".

[41] US Supreme Court, *Griggs v. Duke Power Co.*, unanimous decision, 401 U.S. 424, decided on March, 8th, 1971. Majority op. (Burger). On this case D.J. GARROW, *Toward a Definitive History of* Griggs c. Duke Power Co., in *Vanderbilt Law Review*, 2014, Vol. 67, Issue 1, 197 ff.

remarkably depicted in the already mentioned *United States v. Virginia et al.*[42] case about school admission. The case was about the prohibition for female students to have access to a public institution because, being a single-sex school, it was composed of men only. Interestingly, in that case where Ruth Bader Ginsburg wrote the majority opinion[43], she did not believe that equality between sexes could be guaranteed by merely establishing another single-sex school accessible for female only. Rather, she claimed that *Virginia*'s exclusion of women from the educational opportunities denied equal protection to women and that to create a separate program for women would «not cure the constitutional violation»[44].

Another interesting case that contributes to describe Ruth Bader Ginsburg's reading of the principle of equality and the nature of affirmative actions is *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*[45]. The case was about the constitutionality of lower school programs designed to keep kindergarten students racially integrated by taking race into account. In that case, the Supreme Court declared the non-conformity with the Constitution of those school programs, whereas Ruth Bader Ginsburg and other three dissenters held that to take race into account to structure school programs to keep schools racially diverse would not amount to a discrimination. The dissenters argued, in fact, that there was a need to rely on «the use of race-conscious criteria […] to bring the races together», therefore denying the existence of the adverse effects of affirmative actions.

Moreover, Ruth Bader Ginsburg has always been well-aware of the controversial nature of affirmative actions. As she used to say: «[a]ffirmative action and the disparate-impact concept have potential to lessen substantive inequality, foster diversity, and promote the economic and social well-being of people raised in unprivileged communities. But they also generate opposition, charges that they unfairly discriminate against individuals not personally responsible for society's transgression»[46]. Despite the pros and cons, she was nevertheless a huge believer in the need to build a diverse society and to pursue this goal by making use of affirmative actions. This is certainly part of the legacy she left to us. Not surprisingly, she fundamentally noted that: «[w]e will all profit from a more diverse, inclusive society, understanding,

---

[42] US Supreme Court, *United States v. Virginia et al*., decision 518 U.S. 515, decided on January 17th, 1996. For a comment, *inter alia*, see A. DEVAN WILLIAM, *Toward a New Standard in Gender Discrimination: the Case of Virginia Military Institute*, in *33 Wm. & Mary L. Rev*., 489 ff.; J.M. AMSTEIN, *United States v. Virginia: The Case of Coeducation at Virginia Military Institute*, in *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law 3*, 1994, 84 ff.; On the aftermath of the US Supreme Court's Judgment, see D.C. MORGAN, *Anti-subordination analysis after United States v. Virginia: Evaluating the constitutionality of K-12 single-sex public schools*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1999, 381 ss.

[43] For a comment on the R. BADER GINSBURG's majority opinion, see M. SMILER, *Justice Ruth Bader Ginsburg and The Virginia Military Institute: A Culmination of Strategic Success*, in *4 Cardozo Women's L.J. 541*, 1998, 544 ff. For the investigation into the impact of the Judgment in the following years, please see K.N. ROLANDO, *A Decade Later:* United States v. Virginia *and the Rise and Fall of 'Skeptical Scrutiny'"*, in *Roger Williams University Law Review*, 2006, 182 ff.

[44] US Supreme Court, *United States v. Virginia et al.*

[45] US Supreme Court, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 5 – 4 decision, 551 U.S. 70, decided on June, 28th, 2007. Majority op. (Roberts), Concurring op. (Kennedy and Thomas) and Dissenting op. (Breyer, Stevens). For a comment see, N. LOVE, Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1: *The Application of Strict Scrutiny to Race-Conscious Student Assignment Policies in K-12 Public Schools,* in *Boston College Third World Law Journal,* 29, 2009, 115 ff.

[46] R. BADER GINSBURG, *My own words*, 275.

accommodating, even celebrating our difference, while pulling together for the common good»[47].

6. The Dissent in Ruth Bader Ginsburg's Perspective

Ruth Bader Ginsburg is also very well-known because of her "dissenting" opinions. Her dissenting opinions depict her original conceptualization of equality and civil liberties and contributed to highlight their importance within the context of contemporary democracies for the role of Constitutional Courts' Justices.

Before examining the *rationale* behind Ruth Bader Ginsburg's interpretation of the role of the dissent, it might be interesting to recall that Ruth Bader Ginsburg was the one who took the unprecedent initiative to read her dissenting opinion directly from the bench, expressing her deep disagreement with the view taken by the majority. By 2014, she read twelve dissenting opinions by the bench, including the one delivered in the *Ledbetter v. Goodyear* case[48] in 2007. As she noted recalling that case, «[a] dissent announced orally […] garners immediate attention. It signals that, in the dissenters' view, the Court's opinion is not just wrong, but, – citing Justice Steven – 'profoundly misguided'»[49]. In that case, not only did Justice Ginsburg disagree with the majority as to the correct interpretation of the legal provisions at stake, but also on the role of the United States Supreme Court when asked to review the interpretation of rules to strengthen fundamental rights' protection.

Ruth Bader Ginsburg was a firm supporter of dissenting opinions and of their necessity in the constitutional legal system. She precisely speaks about the "utility" of the dissent and distinguishes their "in-house impact" from their "external impact". On the "in-house impact", she hinges on their utility because, as she stated, «there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation»[50]. In other words, the dissent positively impacts on the quality of the majority opinion. Interestingly, Ruth Bader Ginsburg recalls the 1996 *Virginia Military* case about sex-based discrimination in university admission to highlight that «the final draft, released to the public, was ever so much better than my first, second, and at least a dozen drafts more, thanks to Justice Scalia's attention-grabbing dissent, which he adjusted to meet each of my responsive circulations. In the Term's waning days, we agreed it was time to say Basta!»[51].

Beyond their "in-house impact", Ruth Bader Ginsburg underlines and values the dissent's "external impact". Endorsing Chief Justice Hughes' reading of the dissent as «an appeal […] to the intelligence of a future day»[52], Ruth Bader Ginsburg underlines that, when a Court's decision does not meet the evolution of the society but the dissenter does, the Court might be

---

[47] *Ibidem.*

[48] US Supreme Court, *Ledbetter v. Goodyear Tire and Rubber Company*, 5 – 4 decision, 550 U.S. 618, decided on May, 29th, 2007. Majority op. (Alito) and Dissenting op. (Ginsburg).

[49] R. BADER GINSBURG, *My own words*, 279.

[50] *Ivi*, 281.

[51] *Ibidem*.

[52] *Ivi*, 283.

able to overrule its precedent, therefore better reflecting and responding to the society's demands.

As an additional sign of the close relationship between Ruth Bader Ginsburg and Justice Scalia, she uses his words to describe this peculiar effect of the dissent. In Scalia's word, in fact, dissents «augment rather than diminish the prestige of the Court»[53]. The dissent, therefore, calls for the «intelligence of a future day» and invites to take action. The "who" will then take the initiative is another element to take into consideration when discussing the role of the dissent. Will it be the Supreme Court in a following Judgment? The legislator only? The role of Constitutional Courts and Supreme Courts *vis-à-vis* to the legislator is, in fact, at the center of public and academic debate in Italy[54] as in the United States.

A first example of a fruitful dialogue between the dissenter and the legislator is offered by the *Ledbetter v. Goodyear* case[55]. In that case, after two years following the Supreme Court's Judgment, the Congress decided to amend the *Title VII* of the 1964 *Civil Rights Act* in compliance with the dissenting opinion released by Ruth Bader Ginsburg who, not surprisingly, had called the Congress to intervene.

Another significant example might be offered by Justice Scalia's dissenting opinion in the 2015 Supreme Court's ruling on same-sex marriage in the *Obergefell et al. v. Hodges* case[56], where he strongly affirmed that: «[t]oday's decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact – and the furthest extension one can even imagine – of the Court's claimed power to create 'liberties' that the Constitution and its Amendments neglect to mention. This practice of constitutional revision by an unelected committee of nine, always accompanied (as it is today) by extravagant praise of liberty, robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves»[57].

---

[53] *Ibidem.*

[54] On this, within the Italian constitutional debate, for a more recent insight, please refer to N. ZANON, G. RAGONE (Eds.), *Dissenting Opinion - Selected Essays*, Giuffrè, Milan, 2019, to my analysis, *The Italian Constitutional Court and the Absence of Dissent: Criticisms & Perspectives*, *ivi* and, also, to S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *L'opinione dissenziente, Seminario di Studi svoltosi presso la Corte costituzionale il 22 giugno 2009*, in http://www.cortecostituzionale.it. The Italian debate has neverthless developped across the years. Within this context, some investigation might be found in S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema italiano di giustizia Costituzionale*, Giappichelli, Turin, 1998; A. ANZON (Ed.), *L'opinione dissenziente. atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo Della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milan, 1995; C. MORTATI (Ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milan, 1964 with a specific reference to G. AMATO, *Osservazioni sulla 'dissenting opinion'*, *ivi*, 21 ss., who spoke highly in favor of the introduction of the dissenting opinion within the Italian constitutional system.

[55] For a comment on the case, please see C. NARDOCCI, *US Supreme Court Ledbetter v. Goodyear Tyre & Rubber co., Inc. La discriminazione come condotta individuale invocabile (solo) a tempo debito?*, *ivi*.

[56] US Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 5 – 4 decision, 576 U.S. __, decided on June, 26th, 2015. Majority op. (Kennedy) and Dissenting op. (Scalia, Roberts, Thomas, Alito). See, for a comment, S.B. GOLDBERG, *Obergefell at the Intersection of Civil Rights and Social Movements*, in *California Law Review Circuit, Berkeley*, vol. 6, 2015, 157 ff.; A. SPERTI, *La sentenza* Obergefell v. Hodges *e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie same-sex negli Stati Uniti. Introduzione al Focus*, in *GenIUS*, Vol. II, December 2015, 7 ff.; R. ROBSON, *Justice Ginsburg's Obergefell v. Hodges*, in *UKMK Law Review*, Vol. 84, Issue 3, 2016, 837 ff. The A. reconsiders the majority opinion in Justice Ginsburg's perspective; M. MURRAY, Obergefell v. Hodges *and Non-marriage Inequality,* in *California Law Review,* Vol. 104, 2016, 1207 ff.

[57] A. SCALIA, dissenting opinion, 2.

Beyond her friend Scalia's criticisms on the relationship between the Supreme Court and the legislator and going back to the comprehensive role of the dissent in Ruth Bader Ginsburg's reading, it is of key relevance to highlight that for her the dissent are almost more valuable than unanimous opinion. Not surprisingly, she argued, in fact, that: «although I appreciate the value of unanimous opinions, I will continue to speak in dissent when important matters are at stake»[58]. Her remarkable commitment to the «intelligence of a future day»[59] and to the dissent as a tool to shed light on unsolved problems and dilemmas is certainly one of her most significant legacy.

A legacy that is especially valuable from the Italian constitutional perspective, where the debate on the feasibility of the introduction of the dissent within the constitutional process is still under debate although it would with no doubt enrich both the quality of the Judgments, their arguments and, hopefully, the ability of the Constitutional Court to engage in a dialogue with the legislator.

7. Concluding Remarks

Wanting to draw some conclusions in the light of the above, it is significant to highlight that, eventually, the path to fundamental rights and justice that Ruth Bader Ginsburg leaves behind her as a legacy to us and to the future generations is certainly innovative. It is a legacy which is permeated by the idea that the principle of gender equality requires to play as a qualifying aspect for the fulfilment of a true democracy and a more fair society[60].

The principle of gender equality in Ruth Bader Ginsburg's view might, therefore, be depicted as the key for a balanced and diverse society and requires to be safeguarded as much as the principle of racial equality: with tireless effort and dedication.

We are not, therefore, merely celebrating one of the many women who managed to break the glass ceiling. What we are emphasizing here, is the history of a woman who broke that roof to allow many others like her and different from her to emancipation. The fact that her appointment as a Supreme Court Justice was a step forward for all women and that it was made it possible by the developments of the society and the efforts of other women before her is something that Ruth Bader Ginsburg is entirely aware of. This is, in fact, the first aspect she hinged on in her beautiful speech in the White Rose Garden, following her nomination, even before her description of what justice and the profession of a judge were for her[61].

And, in fact, it is by quoting some significant passages from that speech that I would like to close my speech. The first one deals with the so-called crystal roof broken following her appointment as Justice of the United States Supreme Court. On this, Ruth Bader Ginsburg highlighted that: «[t]he announcement the President just made is significant, I believe, because

---

[58] R. BADER GINSBURG, *My own words*, 286.

59 On this, see, also, C. L'HEUREUX-DUB, *The dissenting opinion: the voice of the future?*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2000, 495 ss.

[60] On this, refer to my study *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Giappichelli, Turin, 2011.

[61] The nomination acceptance speech was given on June, the 14th, 1993. The speech might be read in R. BADER GINSBURG, *My own words*, 174 ff.

it contributes to the end of the days when women, at least half the talent pool in our society, appear in high places only as one-at-a-time performers»[62].

Ruth Bader Ginsburg goes on by remembering some significant episode of her personal life: «[m]y law school class in the late 1950s numbered over 500; that class included less than 10 women. […] Today, few law schools have a female enrollment under 40 percent, and several have reached or passed the 50 percent mark. And, thanks to Title VII, no entry doors are barred»[63].

The message here is crystal clear. Cultural barriers are the highest and most resilient. But, as we learn from the second and final passage of her speech at the White House, only with their strength and courage women will succeed (we will succeed!) in breaking down these barriers. The words she dedicated to her mom to thank her are particularly moving. She wrote: «[i] have a last thank you. It is to my mother, Celia Amster Bader, the bravest, strongest person I have known, who was taken from me much too soon. I pray that I may be all that she would have been, had she lived in an age when women could aspire and achieve, and daughters are cherished as much as sons»[64]. From these words, it appears that Ruth Bader Ginsburg's awareness towards the outside reality is the same awareness that we found in Kamala Harris' powerful words following her election. This awareness, I do believe, is the one that should guide us, each of us, especially in academia, and in our daily work, as women.

[62] *Ivi*, 175.
[63] *Ibidem*.
[64] *Ivi*, 177. See also *Ruth Bader Ginsburg's Advice for Living*, published on October, 1st, 2016 by the *New York Times.*

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 22/10/2021

AUTORE: Raffaele Manfrellotti*

LA CAUSA DEGLI ATTI DI DIRITTO PUBBLICO

Sommario: 1. Premesse concettuali. - 2. La causa dell'atto amministrativo. - 3. Elemento causale e tipicità dell'atto. - 4. La causa nei contratti pubblici e negli accordi della pubblica amministrazione. - 5. La polivalenza causale dell'atto legislativo. - 6. Il collegamento causale nel diritto pubblico. - 7. Le patologie della causa nel sistema degli atti pubblici. - 8. Conclusioni.

1. Premesse concettuali

Una delle problematiche maggiormente studiate dalla dottrina degli atti pubblici a cavaliere tra le due guerre mondiali è stata quella relativa alla causa. Accanto a studi autorevoli che hanno affrontato *ex professo* l'argomento[1], si registrava una tendenza generalizzata a presupporre l'elemento causale quale costitutivo dell'atto e, in rapporto ad esso, ad analizzare gli aspetti di volta in volta oggetto di riflessione[2]. Dopo il secondo conflitto mondiale l'attenzione

---

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Napoli Federico II.

[1] P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; *U. FORTI, I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, pp. 477 ss.; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 471 ss.

In realtà, l'applicazione della causa alla categoria dell'atto amministrativo si deve, già all'inizio del secolo XX, a F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1901, p. 40 (nonché, più dettagliatamente, nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, p. 1332), a cui risale, però, anche l'equivoco di legare tale concetto a quello di "volontà" e di "negozio giuridico" nel campo del diritto pubblico: equivoco che accompagnerà tutta la successiva riflessione sulla causa degli atti pubblici. La dottrina dell'epoca accolse la nozione e la utilizzò per definire singole problematiche in rapporto agli atti della pubblica amministrazione (A. DE VALLES, *L'invalidità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pp. 145 ss.; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (Concetto classificazione validità)*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917, pp. 145 ss.). Fu solo dopo la Grande Guerra, tuttavia, che la causa nel sistema degli atti pubblici fu oggetto di studi specifici.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale la problematica della causa degli atti di diritto pubblico tornerà, sporadicamente, a "fare capolino" negli scritti della dottrina, per lo più in rapporto all'esigenza di ricostruire, sul piano dommatico, la categoria del vizio di eccesso di potere.

[2] U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1935, pp. 42 ss.; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 186 ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 312 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. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

della dottrina per la causa degli atti pubblici è andata progressivamente scemando, sebbene sia mancata una riflessione intesa a contestarne l'utilità scientifica[3] ovvero l'opportunità di estendere un concetto sorto in seno agli studi di diritto privato anche nel diritto pubblico[4]. Lo sforzo scientifico che, per qualità e quantità dei contributi, ha interessato il concetto di causa, rende, forse, non inutile interrogarsi sull'attualità di tale categoria del diritto pubblico senza rassegnarsi alla constatazione della sua desuetudine.

Una prima questione da affrontare, dal punto di vista metodologico, è la possibilità di considerare l'elemento causale in maniera unitaria per tutti gli atti di diritto pubblico, sebbene ciascuno di tali atti costituisca espressione di una peculiare e determinata funzione. Non si saprebbe individuare, nel sistema degli altri pubblici, altro elemento comune che questo: la predeterminazione normativa della forma dell'atto e dello scopo a cui esso è rivolto, ossia, appunto, della funzione da cui l'atto stesso scaturisce, e dunque la possibilità di considerare le singole manifestazioni delle diverse funzioni quali specificazioni di un sistema assiologico normativamente imposto alla cura di esse[5]. Eppure, ai fini dello studio dell'elemento causale, questo singolo, minimo elemento appare sufficiente. Se si identifica la causa con la relazione di necessità giuridica tra il fine dell'atto e lo scopo della funzione di cui esso è espressione (affermazione di cui si cercherà di dare conto nel prosieguo), appare evidente che la causa viene a connotarsi quale elemento di ogni manifestazione di una pubblica funzione, indipendentemente dalla sua natura e dalle sue peculiarità. Ne consegue che, in questa (pur limitata) prospettiva, può senz'altro ragionarsi, in generale, sulla causa come elemento costante di tutti gli atti espressione di pubbliche funzioni, o, più semplicemente, di tutti gli atti di diritto pubblico.

Si è già detto che la dottrina del secondo dopoguerra ha dedicato a tale elemento pochissima attenzione[6]. Certamente sul progressivo allontanamento della scienza del diritto pubblico dal concetto avrà pesato la difficoltà di ricostruirlo sul piano dommatico. Diversamente dai cultori del diritto romano e del diritto civile, i giuspubblicisti non hanno accettato la sfida di dare alla "più filosofica delle parole"[7] una dimensione scientifica, rinunziando, però, ad un validissimo strumento concettuale per l'inquadramento di diverse problematiche, come il presente studio cercherà di evidenziare. Sicché, sembra opportuno prendere le mosse dalla delimitazione della nozione di causa nel sistema del diritto privato al fine di disporre di uno schema concettuale che possa adattarsi, *mutatis mutandis*, alle manifestazioni delle pubbliche funzioni.

Non si pretende, ovviamente, di dar conto neppure sommariamente del dibattito sulla causa del contratto (o, come comunemente pure si afferma con poco riguardo al diritto

---

[3] Un passaggio (in verità, assai laconico) in tal senso in B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo generale, I)*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, p. 746.

[4] Cenni, in tal senso, si rinvengono nella manualistica: R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Milano, 1966, pp. 315 ss.; e più recentemente V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 513, entrambi però sulla non condivisibile premessa dell'assimilazione della causa al tipo (su cui *amplius infra*).

[5] H. KELSEN *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966, pp. 217 ss.

[6] Nello studio degli atti normativi, la tendenza contemporanea è di non dar conto di tale elemento neppure in chiave problematica. Si confronti G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 51 ss., che rivolge tutto il pur notevole sforzo ricostruttivo in rapporto alla volontà senza neppure accennare all'elemento causale.

[7] In questi termini P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, p. 133.

positivo, del c.d. "negozio giuridico") che ha impegnato i civilisti. Basterà qui dar conto del risultato a cui, nell'attuale momento storico, è pervenuta la dottrina civilistica anche sulla scorta della giurisprudenza.

Sin dal suo sorgere, la nozione di causa è passata, "*con vece assidua*", da una concezione oggettiva, tale da identificarla con il tipo funzionale disciplinato dall'ordinamento a proposito di una determinata operazione contrattuale (dottrina della causa come funzione economico-sociale)[8], ad una soggettiva, tale da identificarsi con il complesso delle obbligazioni funzionalmente collegate previste dal contratto (dottrina della causa in concreto)[9]; ed è in questa seconda accezione che è, oggi, intesa anche dalla giurisprudenza[10]. Interessa qui sottolineare che, in ambedue le accezioni, sottesa al concetto di causa vi è un'esigenza giuridica di funzionalizzazione del traffico giuridico ad un interesse normativamente qualificato, espressa mediante un giudizio di meritevolezza in rapporto a quest'ultimo dell'assetto di interessi dedotti nel contratto ovvero della forma giuridica utilizzata[11]. Questa constatazione rende evidente che l'elemento causale esprime un'esigenza di diritto obiettivo non riconducibile alla volontà dei contraenti e anzi, in qualche misura, antitetica ad essa: essa fissa infatti un limite esterno a tale volontà e all'atto che la manifesta, il quale condiziona la rilevanza giuridica (e dunque la tutela) che l'ordinamento le attribuisce alla coincidenza con un interesse espresso da una norma e, perciò, pubblico. E non è senza significato che nell'elaborazione pandettistica della categoria del negozio giuridico mancasse qualsivoglia riferimento alla causa come elemento di esso, perché incompatibile con la centralità della volontà quale ragione necessaria e sufficiente per il sorgere del vincolo negoziale[12].

Questa constatazione consente di affermare, sul piano metodologico, l'indipendenza della problematica della causa dalla categoria del negozio giuridico, sollevando il presente lavoro dal compito di indagare la riconducibilità degli atti pubblici alla volontà degli organi che li adottano e, dunque, l'ammissibilità, sul piano dommatico, di "atti pubblici negoziali"[13]. Basti qui osservare che, essendo l'atto di diritto pubblico la manifestazione di una funzione, esso si connota in ragione di un elemento di doverosità in rapporto allo scopo da conseguire che rende l'indagine sulla volontà del soggetto pubblico assai poco fruttuosa (la categoria logica che si

---

[8] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.), pp. 169 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pp. 131 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.), pp. 126 ss.

[9] G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 370 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, pp. 808 ss.

[10] C. Cass, sez. III, sent. n. 10490 del 2006.

[11] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 53 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pp. 131 ss.

L'immanenza della categoria della causa agli interessi meritevoli di tutela ne consente l'allocazione nell'ambito della teoria generale delle obbligazioni (e dunque, oltre i confini del solo diritto dei contratti), dove, in effetti, nella tradizione romanistica essa aveva visto la luce. Sul punto, si veda la lucida ricostruzione di G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, in part. pp. 156 ss.

[12] F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. a cura di C. FADDA e E. BENSA, Torino, 1930.

[13] La categoria dommatica del negozio di diritto pubblico, compiutamente elaborata da K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, in part. pp. 15 ss., ha avuto fortuna a partire dalla prima metà del 1900 e ha ispirato anche alcune ricostruzioni contemporanee. Essa è stata utilizzata da tutti gli studiosi che hanno affrontato il tema della causa nel diritto pubblico.

accompagna al concetto di funzione è l'obbligo, non la volontà). Ne consegue che la categoria del negozio giuridico, controversa già tra gli studiosi del diritto privato, non trova nessuno spazio nel diritto pubblico[14].

2. La causa dell'atto amministrativo

Nel vigente ordinamento, la causa quale elemento essenziale degli atti amministrativi non è soltanto una ricostruzione teorica: essa è altresì riconosciuta, sul piano del diritto positivo, dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990. La norma disciplina, come è noto, gli accordi sostitutivi del provvedimento, ossia atti che, sul piano sostanziale, posseggono il medesimo contenuto del provvedimento da cui differiscono solo quanto alla genesi (consensuale e non autoritativa). L'atto amministrativo e l'accordo *ex* art. 11 posseggono, in altri termini, lo stesso carattere di disciplina obiettiva di un rapporto oggetto di una funzione. Orbene, se questo è vero, il rinvio ai principi in materia di obbligazioni e contratti (e, dunque, anche all'art. 1325 c.c. sui requisiti dell'atto) di cui al comma II del citato art. 11 deve ritenersi valevole anche per il provvedimento amministrativo che l'accordo sostituisce per quanto concerne l'aspetto della regolazione della fattispecie, a cui è evidentemente indifferente la natura consensuale ovvero autoritativa della fonte della regolazione medesima. In altri termini, se l'accordo *ex* art. 11 l. 241/1990 è fungibile rispetto all'atto amministrativo sotto il profilo del contenuto regolativo di un rapporto giuridico, deve avere necessariamente requisiti comuni a quest'ultimo per quegli aspetti che attengono alla disciplina del rapporto medesimo. Se, dunque, è evidente che alcun rilievo può avere, nella prospettiva soggettiva dell'atto amministrativo, l'accordo delle parti, è altrettanto evidente che, sul piano oggettivo, esso dovrà pur sempre presentare un complesso di prescrizioni o di autorizzazioni che ne costituiscono l'oggetto e una forma attraverso cui si manifesta il contenuto dell'atto. Se si condivide tale ragionamento, l'atto amministrativo dovrà, inoltre, presentare, tra i suoi requisiti, anche una causa.

Nell'esperienza francese, in cui il concetto ha avuto origine, la causa era intesa quale scopo obiettivamente considerato dell'atto, ossia il fine di esso quale espresso dalla norma che ne costituisce la base giuridica[15]. La ricostruzione coglie senz'altro il cuore della problematica relativa all'elemento causale ancorandola al profilo teleologico dell'atto; tuttavia, finisce con il risolvere tale elemento nel tipo normativo astrattamente considerato privandolo, in larga misura, di qualsivoglia utilità dommatica.

Noi crediamo che, nel diritto pubblico, il concetto di causa sia legato a quello di discrezionalità e ne costituisca, in qualche misura, un corollario. Come è noto, l'attività discrezionale è identificata come la potestà riconosciuta ad un centro soggettivo di imputazione di una pubblica funzione di specificare, in uno o più casi concreti, l'interesse pubblico astrattamente previsto quale scopo della funzione. La discrezionalità implica, in altri termini, un giudizio sillogistico tra l'interesse generale tipico (premessa maggiore) e il caso concreto (premessa minore),

[14] Per qualche ulteriore considerazione sul punto, se si vuole, R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, Torino, 2021, p. 349.

[15] G. VEDEL, *Essais sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, 1934, pp. 118 ss.

nell'ambito del quale l'autorità ha un margine di libertà di apprezzamento delle circostanze di fatto ritenute rilevanti per determinare la sussistenza o la non sussistenza di un interesse pubblico rispetto al quale, comunque, la sua attività è funzionalizzata[16]. Il carattere saliente della discrezionalità è, appunto, questo ossimoro per la quale essa si muove in un ambito di libertà, ma vincolato, sul piano teleologico, alla corrispondenza tra il fine dell'atto discrezionale e quello della funzione che esso esprime[17]. La corrispondenza tra il fine concreto dell'atto discrezionale e quello astrattamente previsto dalla funzione richiede tre condizioni: la corretta ricostruzione del fatto, sotto il profilo dell'attribuzione della corretta rilevanza di tutte le circostanze ai fini della valutazione del pubblico interesse; la corretta sussunzione del caso, così ricostruito, nel parametro normativo generale che disciplina la funzione; la razionalità del contenuto dell'atto rispetto all'interesse generale a cui è preposto in rapporto alle peculiarità del caso concreto. Tali condizioni, ancorché insuscettibili di regolazione giuridica quanto al *quomodo*[18] (c.d. "merito" dell'atto), richiedono, tuttavia, la delimitazione della libertà di apprezzamento dell'atto quanto al risultato concreto a cui è rivolto, il quale deve necessariamente consistere in un'articolazione logicamente apprezzabile dell'interesse generale tutelato dalla funzione.

Ne deriva che la causa legittima di un atto di diritto pubblico individua un nesso di corrispondenza logica tra lo scopo concreto dell'atto e il fine astratto della funzione che esso esprime, ossia il corretto utilizzo della discrezionalità quale attività di specificazione dell'interesse pubblico posto a fondamento della funzione medesima.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, è senz'altro corretto identificare la causa dell'atto con l'interesse normativamente qualificato a cui è funzionalizzato: poiché tale interesse è la ragione stessa della funzione di cui l'atto è manifestazione, la causa è dunque lo scopo della funzione, ossia l'interesse pubblico che l'atto deve realizzare[19]. Ma tale affermazione definisce l'elemento causale soltanto parzialmente. La causa esprime un limite interno all'atto, consistente nella necessità giuridica che l'atto stesso sia coerente con lo scopo normativamente qualificato al cui servizio è posta la funzione; attraverso l'elemento causale si misura la rispondenza del singolo atto incidente su un rapporto concreto all'interesse pubblico astrattamente previsto dalla funzione e attualizzato attraverso l'atto stesso[20]. Si può anche dire, dunque, che la causa dell'atto consiste nel suo scopo concreto, quale specificazione storica della finalità astratta a cui è preordinata la funzione. Ne consegue che la verifica del requisito causale presuppone un raffronto tra lo scopo tipico della funzione e il fine specifico dell'atto perseguito nel caso concreto. La rispondenza di tale finalità storica all'interesse

---

[16] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 22 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1103.

[17] Ancora C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., p. 1102.

[18] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., in part. pp. 93 ss.

[19] P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 44 ss.; *U. FORTI, I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., pp. 484 ss. Analogamente, ma nella sola ipotesi (ad avviso dell'A., eccezionale) in cui la norma vincoli l'amministrazione al perseguimento di uno scopo determinato, C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 508.

[20] Ad esempio, il provvedimento di espropriazione del terreno Alfa corrisponde all'interesse pubblico concreto a realizzare in quel punto del territorio comunale un mercato ortofrutticolo o l'ufficio del Giudice di Pace.

normativamente qualificato determina la liceità della causa dell'atto[21]. L'identificazione della causa con l'interesse tipico e astratto perseguito dalla funzione è all'origine delle critiche che, come si vedrà nel paragrafo seguente, sono ancora oggi riferite a tale requisito.

La ricostruzione dell'elemento causale quale nesso di necessità giuridica tra l'interesse astrattamente attribuito alla funzione e lo scopo concretamente perseguito dall'atto è stata revocata in dubbio da un'autorevole dottrina che, precedentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, ha ritenuto che così intesa la causa dell'atto sarebbe in contraddizione con un elemento essenziale del provvedimento amministrativo, ossia la libertà di apprezzamento dell'interesse pubblico; in rapporto al quale, la qualificazione normativa dell'interesse stesso opererebbe come limite, per così dire, "esterno" al provvedimento, fissando un confine all'interno del quale la discrezionalità amministrativa sarebbe libera di muoversi liberamente e senza costrizioni da parte dell'ordinamento. In altri termini, l'interesse normativamente qualificato non costituirebbe lo scopo della funzione, ma il suo limite meramente negativo: e all'interno di quel limite l'atto potrebbe assumere qualsiasi contenuto l'amministrazione volesse.

La posizione in esame si presenta come articolata in due differenti opinioni.

Secondo la prima di esse[22], il carattere vincolato della discrezionalità amministrativa al perseguimento di un interesse pubblico non esclude la possibilità di diverse scelte dell'amministrazione in ordine al *quando* e al *quomodo* del provvedere, ciò che concreterebbe una sfera di libertà decisionale in rapporto alla quale l'interesse normativamente qualificato opererebbe con un vincolo di corrispondenza. In verità, la dottrina in esame fa coincidere la causa come il fine a cui deve tendere l'atto amministrativo: l'interesse normativamente qualificato, che nel diritto civile opererebbe, secondo l'opinione in esame, come divieto di pregiudizio, nel diritto amministrativo costituisce invece lo scopo stesso dell'atto, in relazione a cui viene apprezzata la legittimità[23]. Può poi discutersi se si possa definire tale discrezionalità funzionalizzata come "volontà", ma si tratta di una questione strettamente terminologica che non incide sulla sostanza del fenomeno, per la quale l'atto amministrativo non è libero nel fine ma è vincolato a perseguire, nel caso concreto, l'interesse pubblico che ne costituisce la causa. Così inteso, non sembra possibile sfuggire alla conclusione che la causa dell'atto ne costituisce un requisito e non possa, perciò, ritenersi qualcosa di esterno all'atto stesso.

La seconda delle tesi in esame sviluppa, in verità con maggiore coerenza, l'assunto per il quale la discrezionalità amministrativa sarebbe libera entro i confini fissati dalla norma attributiva della funzione. Quest'ultima incide, infatti, su differenti interessi, solo un numero limitato dei quali è preso in considerazione dalla norma (interessi c.d. principali); ma l'amministrazione sarebbe libera di regolare le interazioni tra gli interessi principali e gli interessi c.d. secondari come meglio ritenga opportuno[24]. La causa dell'atto coinciderebbe, dunque, con la disciplina concreta degli interessi principali e di quelli secondari e sarebbe, perciò, un concetto relazionale inerente alla modalità di ponderazione degli interessi stessi all'interno del rapporto

---

[21] La causa è elemento dell'atto, non della funzione.

[22] C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 529 ss.

[23] C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., in part. p. 532.

[24] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., in part. pp. 77 ss. Analogamente, E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, in part. pp. 312 ss.

disciplinato dall'atto[25]. La causa opererebbe, dunque, nella sfera del giuridicamente indifferente e non costituirebbe un concetto deontologico, volto cioè a porre un limite di scopo all'atto stesso, ma fenomenologico, inerendo ad un procedimento volitivo libero (e perciò giuridicamente indifferente[26]) della pubblica amministrazione relativo alla valutazione e alla cura di tutti gli interessi coinvolti dalla funzione. Ne discenderebbe l'irrilevanza giuridica della causa sul piano della legittimità dell'atto, se non nel caso estremo in cui la cura degli interessi secondari si spinga al punto di negare, nel rapporto disciplinato dall'atto, l'interesse essenziale[27].

Anche tale ricostruzione, tuttavia, non sembra condivisibile. È senz'altro vero che la funzione incide su una pluralità di interessi ulteriori e diversi da quelli giuridicamente qualificati posti ad oggetto di essa, ed è senz'altro vero che un corretto uso della discrezionalità imponga all'amministrazione di non sacrificare tali interessi oltre quanto necessario per la realizzazione dell'interesse essenziale. Il punto è che, come ammette la stessa dottrina in esame, la discrezionalità è comunque vincolata al rispetto della norma che disciplina la funzione, e dunque a salvaguardare l'interesse essenziale. L'ordinamento vigente ha altresì chiarito che tale salvaguardia deve essere efficiente ed efficace (art. 1 l. n. 241 del 1990), e che dunque l'interesse principale deve trovare, nel singolo atto, il maggior grado possibile di realizzazione. La libertà di apprezzamento dell'amministrazione non è, dunque, libera, ma è vincolata all'aderenza agli interessi normativamente qualificati che costituiscono la ragion d'essere delle funzioni ad essa attribuite. Sotto altro profilo, la considerazione degli interessi secondari da parte della discrezionalità amministrativa presuppone pur sempre una qualche rilevanza giuridica di tali interessi, e dunque una qualificazione normativa dei medesimi. L'acquisizione degli interessi coinvolti dalla funzione amministrativa trova, in altri termini, un limite nella qualifica normativa di essi come meritevoli di tutela, al fine di non gravare il perseguimento dell'interesse pubblico specifico di limiti fondati sulla considerazione di fenomeni giuridicamente indifferenti e, perciò, privi di valore per l'ordinamento giuridico.

Ne consegue che la discrezionalità amministrativa, lungi dal configurarsi come libera, è invece legislativamente vincolata, in positivo a valutare il fatto oggetto della funzione in coerenza con l'interesse specifico che è chiamata a perseguire, e in negativo a non considerare, nel bilanciamento tra quest'ultimo e gli interessi secondari, le istanze sociali prive di riconoscimento sul piano dell'ordinamento giuridico.

L'errore della ricostruzione in commento è nell'aver posto sullo stesso piano tutti gli interessi sociali di fronte all'attività amministrativa, quando invece ad alcuni di essi quest'ultima è vincolata ad attribuire una rilevanza prevalente conformemente alle norme di legge che tipizzano tale attività. In buona sostanza, la tesi in esame confonde l'oggetto dell'atto amministrativo, *id est* il complesso dei rapporti interessati dal contenuto prescrittivo o autorizzatorio dell'atto, con la sua causa, ossia la finalità di tale contenuto o, se si preferisce, l'interesse alla cui realizzazione tale oggetto è strumentale. Può convenirsi che la causa dell'atto implichi un raffronto relazionale tra gli interessi coinvolti dall'atto, ma esso è fissato, almeno nelle sue linee essenziali, dall'ordinamento: non dipende da un apprezzamento teleologico-discrezionale, ma,

---

[25] M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 186 ss.
[26] Ancora M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 96 ss.
[27] M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 188.

all'opposto, ne costituisce un limite oggettivo. L'atto sarà, pertanto, sempre sindacabile sotto il profilo della causa, qualora venga in discussione la sua idoneità a realizzare gli interessi normativamente qualificati a cui esso è funzionale. Ne deriva, ancora una volta, che essa è un elemento imprescindibile dell'atto, riferibile alle singole scelte concrete compiute in rapporto agli interessi essenziali.

Tale conclusione consente di cogliere la similitudine che sussiste tra la causa dell'atto nel diritto amministrativo e la causa del contratto nel diritto civile[28]. Così come quest'ultima esprime la rilevanza giuridica del programma contrattuale, ossia il necessario legame tra lo scopo concreto perseguito dai contraenti e un interesse normativamente qualificato come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento[29], la causa dell'atto amministrativo esprime la rilevanza giuridica dell'interesse perseguito mediante il provvedimento, ossia il legame tra lo scopo concreto dell'atto e l'obiettivo normativamente imposto alla funzione di cui l'atto stesso è espressione. La differenza, come meglio si vedrà, non risiede nella natura giuridica della causa, ma nel regime giuridico della sua divergenza dal paradigma normativo. Mentre infatti nel diritto privato tale difformità si traduce nell'irrilevanza giuridica del contratto, e dunque nell'impossibilità dei contraenti di attivare le tutele predisposte dall'ordinamento[30], riflettendosi sull'atto stipulato in termini di illegittimità solo nell'ipotesi in cui esso persegua finalità espressamente vietate dal diritto (art. 1343 ss. c.c.), nel diritto pubblico la non congruenza dell'atto rispetto al fine posto dalla sua base giuridica ne determinerà sempre l'illegittimità[31].

Tale ultimo rilievo dimostra come la causa dell'atto costituisca un elemento centrale proprio al fine di connotare il *proprium* dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Se la causa, infatti, esprime il nesso tra l'interesse pubblico espresso dalla legge in via generale e la sua specificazione da parte del provvedimento, l'attività discrezionale può essere considerata come il margine di apprezzamento di un interesse generale ed astratto in un caso individuale e concreto. La discrezionalità amministrativa, in altri termini, potrebbe essere costruita come l'attività di sussunzione del caso oggetto del provvedere nella norma attributiva della funzione, ovvero nell'attività di apprezzamento degli elementi essenziali del caso oggetto dell'attività amministrativa quale espressione concreta e storicamente determinata di un interesse enunziato in maniera astratta dalla legge. È senz'altro vero che si tratta di un apprezzamento tanto più ampio quanto maggiore è il grado di astrazione del parametro (si pensi al concetto di "pubblica utilità" in rapporto alle procedure espropriative), ma è altrettanto vero che esso non potrà mai spingersi al punto di lasciare all'amministrazione una libertà assoluta, possedendo qualsivoglia parametro un nucleo di senso idoneo a limitare l'azione amministrativa e, dunque, a costituirne un parametro di legittimità. Sotto altro profilo, l'elemento causale

---

[28] F. P. PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico/interesse privato*, in *Sull'amministrazione consensuale*, Napoli, 2013, p. 29; *contra* R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 318.

[29] Secondo la tesi che si è tentato di sostenere altrove. In argomento, se si vuole, R. MANFRELLOTTI, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, pp. 14 ss. In termini analoghi, nella dottrina privatistica, G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 545.

[30] Cfr. P. BONFANTE, *Sulla causa illecita*, in *Scritti giuridici varii*, cit., pp. 104 ss.

[31] Per tutti, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, p. 683.

costituisce un parametro per l'esercizio della discrezionalità amministrativa anche sotto il profilo della valutazione degli interessi secondari incisi dal procedimento, posto che il bilanciamento tra essi e l'interesse specifico sottoposto alla cura dell'amministrazione procedente da parte del provvedimento troverà comunque un limite nel nesso di strumentalità tra l'atto e l'efficiente perseguimento dell'obiettivo della funzione. Ne consegue che la discrezionalità può essere definita come la potestà riconosciuta ad una pubblica autorità di specificare l'interesse pubblico attribuito alla cura della funzione che essa deve istituzionalmente esercitare: sicché, la causa dell'atto che è espressione dell'esercizio della funzione ne costituisce lo scopo concretamente perseguito, qualificato in ragione del nesso di coincidenza con l'interesse pubblico oggetto della specificazione.

Ai fini del presente lavoro, il nesso tra il grado di astrattezza nella predeterminazione del contenuto dell'atto e la causa dell'atto medesimo, ossia della discrezionalità dell'amministrazione nella specificazione dell'elemento causale in rapporto all'interesse astrattamente previsto dalla legge, rileva per quanto concerne la delimitazione della problematica dell'elemento causale in rapporto agli atti amministrativi che esprimano la discrezionalità dell'ente in via generale ed astratta, specificando la previsione normativa e vincolando le successive concrete manifestazioni della funzione. La causa dei regolamenti delle autorità amministrative consiste, analogamente a quanto visto a proposito degli atti a contenuto provvedimentale, nella specificazione di un interesse pubblico normativamente previsto[32], con questa peculiarità: che la causa del regolamento, ossia l'interesse pubblico da esso perseguito in rapporto alla norma di legge che ne costituisce la base giuridica, richiede un ulteriore momento di concretizzazione in rapporto a casi concreti. L'esercizio di una funzione regolamentare, in altri termini, dà luogo ad una specificazione causale progressiva nella quale alla determinazione concreta dell'interesse pubblico specifico concorrono sia il regolamento che l'atto applicativo. Tra i due sussiste, pertanto, un collegamento causale, determinato dalla loro strumentalità al medesimo interesse legislativamente riconosciuto, di cui entrambi costituiscono una specificazione progressiva; ciò che si riflette, del resto, sul piano delle garanzie, nell'esigenza di impugnare congiuntamente i due atti proprio in ragione dell'identità dell'elemento causale. Il punto sarà oggetto di qualche ulteriore considerazione nel prosieguo.

L'identificazione dell'elemento causale con l'interesse pubblico disciplinato dalla norma attributiva della funzione per come esso si realizza, concretamente, nel singolo atto, pone tuttavia, sul piano dommatico, l'esigenza di distinguere la causa dalla fattispecie contemplata dalla norma stessa, ossia dal tipo; e si tratta di un'esigenza particolarmente importante perché, come accennato, in tale confusione risiede la tendenza all'abbandono della categoria della causa da parte della dottrina contemporanea.

3. Elemento causale e tipicità dell'atto

È acquisizione pacifica che gli atti amministrativi siano tipici, e dunque caratterizzati da una specifica funzione istituzionale e dalla predeterminazione normativa dell'interesse

[32] P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 67 ss.

pubblico a cui essa è finalizzata[33]. Tale premessa costituisce, sul piano dommatico, una delle principali differenze rispetto allo stato della dottrina nell'epoca in cui veniva elaborato il concetto di causa dell'atto amministrativo, nella quale la necessaria predeterminazione legislativa delle finalità dell'atto era una tesi ancora discussa[34]. Secondo la tesi in discussione, l'inserimento dello scopo dell'atto nella disciplina della fattispecie lo renderebbe un elemento di quest'ultima e, dunque, priverebbe di autonomia l'elemento causale dagli altri requisiti previsti dalla legge per l'esercizio della funzione: in altri termini, il concetto di causa si risolverebbe nel tipo[35].

Il disconoscimento della possibilità di distinguere la causa dal tipo ha, in verità, origini antiche che risalgono al dibattito sulla natura dell'elemento causale tra gli studiosi del diritto civile. Già prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 la causa del contratto era ricondotta alla forma imposta dalla legge mediante la quale l'ordinamento assicurava la coincidenza tra lo scopo del privato (il "motivo") e la funzione economico-sociale del contratto[36]. Tale ricostruzione perde di vista, tuttavia, la stessa ragion d'essere dell'elemento causale, che trascende il piano normativo per porsi come parametro di valutazione della singola operazione economica in rapporto ad un interesse meritevole di tutela: la causa del contratto di compravendita non è lo scambio della cosa con un prezzo, ma di *quella* cosa determinata, sottoposta, in ipotesi, ad una peculiare disciplina normativa quanto alla destinazione, per *quel* prezzo pattuito, non sempre liberamente determinabile dalle parti, e per le finalità eventualmente dedotte nel programma contrattuale (abitazione, esercizio di un'attività commerciale, ecc.).

Questo modo di ragionare finisce per applicare il concetto di causa dell'atto ad una dimensione (quella del diritto positivo) che le è estranea, e nella quale, effettivamente, tale nozione risulta, nel migliore di casi, superflua. Tuttavia, la causa e il tipo sono strumenti concettuali che, nel mondo del diritto, assolvono a compiti diversi. Il tipo, o fattispecie, è la previsione normativa degli effetti che si verificano al ricorrere di determinate circostanze, astrattamente considerate[37]. Nel caso della funzione amministrativa, tali effetti non discendono immediatamente dalla legge, bensì richiedono l'esercizio di un'attività di accertamento del concreto realizzarsi di quanto astrattamente previsto e di adozione di un atto che, in rapporto a quel caso, attua la previsione normativa[38]. L'effetto di costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico con i destinatari dell'atto scaturisce, dunque, dal concorso tra la previsione legislativa della fattispecie posta a salvaguardia di un determinato interesse pubblico e l'accertamento, da parte della funzione stessa, del ricorrere delle circostanze di fatto che concretano, in un momento storico determinato, l'interesse tipizzato. Se, come si è detto, la causa dell'atto esprime il rapporto tra lo scopo della funzione e l'interesse concretamente perseguito, appare evidente che tale elemento non riguarda affatto la previsione generale della fattispecie,

---

[33] A. M. SANDULLI, *loc. ult. cit.*

[34] Cfr. C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 524.

[35] Si vedano gli Autori citati alle note nn. 3 e 4.

[36] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 181 ss.; e in termini particolarmente chiari, P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., p. 133.

[37] A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964 (rist.), p. 46.

[38] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 57 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 51 ss.

ma, presupposta questa, la sussistenza in un caso determinato dell'interesse medesimo; essa è, in altri termini, un requisito dell'atto quale manifestazione della funzione, non della funzione stessa[39]. La causa dell'atto esprime dunque un rapporto di adeguatezza tra il fine posto dalla legge alla funzione (tipo) e la disciplina precettiva o autorizzativa posta dall'atto in riferimento ad un caso determinato (oggetto). Non si risolve nel tipo, così come non si risolve nell'oggetto dell'atto[40]: ma è un elemento distinto che postula la coerenza del secondo con gli obiettivi posti dal primo.

La tesi che, nel diritto amministrativo, risolve la causa nel tipo[41] riferisce tale elemento non al singolo atto, ma alla funzione astrattamente determinata, smarrendo però la valenza storico-concreta dell'atto stesso, ossia la verifica della sussistenza, nel caso specifico, dell'interesse pubblico che legittima l'emanazione dell'atto. La verifica della sussistenza della causa di un ordine di ripristino dello stato dei luoghi non riguarda la sussistenza, in generale, di un interesse pubblico alla repressione degli abusi edilizi, ma, nel caso specifico, il carattere abusivo dell'immobile oggetto del provvedimento, l'assenza di una domanda di condono, e così via. E si tratta, in tutta evidenza, di una valutazione che trova solo in parte nella legge il proprio fondamento (l'atto è stato adottato in conformità alla disciplina normativa, ha rispettato i suoi requisiti formali, ecc.), ma che si colora di legittimità o di illegittimità a seconda della situazione di fatto sulla quale va ad incidere (l'ordine di demolizione è formalmente corretto ma riguarda un immobile oggetto di una precedente autorizzazione in sanatoria). In altri termini, la semplice aderenza al tipo normativo non basta a definire la legittimità dell'atto: è altresì la sua rispondenza ad una determinata situazione di fatto, la sua capacità di disciplinare un evento storico reale conformemente all'interesse pubblico normativamente predeterminato, che lo rende legittimo sotto il profilo della causa.

La migliore dimostrazione dell'autonomia dell'elemento causale dell'atto dal tipo funzionale, e dell'imprescindibilità di un giudizio di coerenza dell'atto rispetto allo scopo normativo, appare offerta dalla stessa dottrina che, risolvendo, con una mano, la causa nel tipo, si trova poi costretta a elaborare una categoria contigua a quella di causa, parimenti mutuata dal diritto civile, per indicare tale concetto: quella del "motivo"[42]. Secondo questa impostazione, il "motivo" dell'atto costituirebbe l'apprezzamento, nel caso concreto, dell'interesse pubblico a cui è finalizzata la funzione. Si tratta di una contrapposizione che già al momento della sua elaborazione ricevette più critiche che consensi[43], e che appare una superfetazione logica che

---

[39] P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 18 ss.

[40] *Amplius*, sulla distinzione tra causa e oggetto dell'atto, ancora P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 13.

[41] *U. FORTI, I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., p. 490.

[42] *U. FORTI, I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., pp. 491 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939, pp. 308 ss.; e più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., p. 513. Analogamente, in una prospettiva di teoria generale, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 251 ss., il quale preferisce però sostituire alla dicotomia causa/motivo quella fine/intenzione. La sostituzione, per espressa ammissione dell'A., ha, comunque, un valore prettamente terminologico (p. 242).

La dottrina più risalente era solita, talvolta, riferirsi ai motivi quale "causa remota" dell'atto, ma tale concetto, elaborato dalla scienza del diritto privato, rileva, come si vedrà, nella esclusiva prospettiva del collegamento causale e, pertanto, non può essere accostata al "motivo" interno dell'agente se non sulla base di un evidente fraintendimento.

[43] P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 18; C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 537 ss.

non supera il vaglio del rasoio di Occam alla luce delle considerazioni che precedono. Invero, il concetto di causa è privo di qualunque utilità dommatica ove non riferito all'esplicazione concreta della funzione, ossia all'atto. Si può, poi, certamente scegliere una convenzione terminologica per la quale si preferisce definire il rapporto tra l'interesse pubblico tipizzato e il suo concreto perseguimento nell'atto come "motivo" piuttosto che come "causa", purché ci si intenda sull'essenza del fenomeno: nel diritto pubblico non esistono motivi contrapposti alla causa, esiste solo un requisito di legittimità dell'atto espresso dal rapporto tra l'interesse pubblico posto dalla norma attributiva della funzione e l'oggetto della concreta esplicazione della funzione stessa. Poiché la parola "motivo" richiama, tuttavia, un elemento psicologico interno all'agente che mal si attaglia al carattere oggettivo delle manifestazioni di pubblica autorità, si ritiene che la categoria in esame possa essere senz'altro qualificata come "causa" dell'atto, poiché tale espressione presenta, come visto, un carattere di obbiettività che evita possibili equivoci in una tematica già di per sé di non facile elaborazione. La dottrina dei c.d. "motivi" dell'atto pubblico può, quindi, senz'altro essere consegnata alla Storia.

L'elemento causale dell'atto amministrativo inteso come sussistenza in un caso specifico dell'interesse pubblico a cui è preposta la funzione trova, peraltro, un significativo riconoscimento, sul piano del diritto positivo, dalla previsione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo. Il primo comma della disposizione individua quale contenuto della motivazione l'esplicitazione delle ragioni giuridiche a fondamento dell'atto in rapporto alle circostanze di fatto accertate in sede di istruttoria. In buona sostanza, la previsione normativa impone all'amministrazione di esplicitare il rapporto tra il fatto su cui interviene la decisione e l'interesse pubblico a cui essa è finalizzata, ossia, appunto, la causa del provvedimento. Si comprende come, in tal guisa, la motivazione assuma un'importanza centrale nella determinazione della causa dell'atto e nella sua sindacabilità, perché consente di raffrontare la ricostruzione storica operata dall'autorità procedente con l'interesse pubblico espresso dal parametro normativo. Una ricostruzione dei fatti errata o incompleta, quale palesata dalla motivazione, incide sulla causa dell'atto e, dunque, sulla sua legittimità. Ne deriva la centralità della motivazione nell'apprezzamento del vizio causale del provvedimento.

4. La causa nei contratti pubblici e negli accordi della pubblica amministrazione

Un prezioso banco di prova per verificare le conclusioni a cui si è giunti nelle pagine che precedono sull'elemento causale dell'atto riguarda le fattispecie in cui l'interesse pubblico sia determinato non autoritativamente e unilateralmente dall'amministrazione, ma consensualmente mediante il coinvolgimento dei destinatari: o nella determinazione dell'oggetto di un atto il cui regime giuridico resta quello di diritto pubblico, ovvero nella determinazione dell'oggetto di un accordo di natura contrattuale sottoposto, in linea di principio, alla disciplina del diritto privato. Pur nella diversità tra le due ipotesi, la specificazione dell'interesse pubblico a fondamento dell'attività amministrativa non è rimessa, in entrambi i casi, alla sola valutazione discrezionale dell'amministrazione, ma deve misurarsi con l'interesse privato coinvolto a cui, evidentemente, deve essere riconosciuto un qualche ruolo nella definizione dell'elemento

causale[44]. Sicché, ai limitati fini del presente studio, sembra possibile accomunare le due ipotesi in un'unica categoria logica che potrebbe definirsi attività consensuale della pubblica amministrazione.

L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica è stata al centro di una nutrita riflessione scientifica che l'ha identificata come modello operativo di carattere generale e alternativo all'esercizio delle funzioni pubbliche in forma autoritativa: tutte le volte che l'ordinamento impone ad una pubblica funzione la cura di un interesse pubblico specifico, l'autorità a cui la funzione è affidata avrebbe sempre la scelta tra agire secondo modelli autoritativi ovvero consensuali, indipendentemente da un'espressa autorizzazione legislativa in tal senso[45]: si è autorevolmente osservato che la pubblica amministrazione "non ha bisogno di agire sempre come autorità per assolvere i suoi compiti istituzionali"[46]. Una volta che si concepisca la funzione come l'astratta attribuzione ad un ente di un interesse pubblico da tutelare, concettualmente distinta dalla progressiva estrinsecazione, nel caso concreto, dell'attività procedimentalizzata finalizzata all'emanazione dell'atto autoritativo la cui causa è costituita, appunto, da tale interesse[47], l'impostazione in esame sostiene che l'amministrazione potrebbe rinunziare alla forma autoritativa dell'esercizio della funzione e avvalersi, per la cura dell'interesse pubblico, di modelli consensuali[48].

La tesi è stata criticata da chi ha ritenuto insuperabile la garanzia della previsione legislativa anche in rapporto all'attività consensuale dell'amministrazione, che perciò dovrebbe essere tipica, e dunque espressamente disciplinata (non dissimilmente da quella autoritativa), in ragione della necessaria preordinazione, da parte del legislatore, delle finalità dell'azione stessa[49].

La presa di posizione a favore dell'una o dell'altra tesi presupporrebbe un'indagine di natura sistematica sulla sussistenza, sull'operatività e sui limiti del principio di legalità che esulerebbe oltre misura dalla prospettiva del presente studio. Sia solo consentito osservare, sul piano dello stretto diritto positivo, che l'obiezione ad una possibilità generale dell'amministrazione di agire consensualmente sembra perdere, oggi, mordente: e questo sia a proposito dell'attività consensuale finalizzata alla conclusione di accordi sostitutivi di atti amministrativi, in ragione della previsione generale di cui all'art. 11 della legge sul procedimento

---

[44] Cfr. già A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, p. 111.

[45] La tesi si deve, già nel precedente ordinamento, a G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 48. Essa ha tuttavia ricevuto l'attenzione della dottrina solo molto più tardi: G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 189 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in on. di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, pp. 49 ss.; F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1469 ss.; nonché, più recentemente, A. CONTIERI, *La programma zione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi.*, Napoli, 2000, p. 15.

[46] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 490 ss., e p. 492 per la citazione testuale.

[47] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 121 ss.

[48] F. P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, in *Sull'amministrazione consensuale*, cit., pp. 44 ss.

[49] C MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 114 ss.; e più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, pp. 19 ss.

amministrativo[50], sia a proposito di una generale capacità di diritto privato degli enti pubblici la quale è riconducibile *per tabulas* all'art. 11 c.c.[51] e, se ben si intende la portata dell'art. 1, co. I*bis* della legge sul procedimento amministrativo[52], dovrebbe essere espressamente esclusa nei singoli casi dalla legge.

Nell'ambito di un modello amministrativo di tipo consensuale, la problematica della causa dell'atto, abbia esso natura pubblica o privata, assume una rilevanza centrale; e non è senza significato che tale concetto sia riapparso nella riflessione scientifica, sia pur assai fugacemente, proprio nell'ambito di uno studio sull'amministrazione consensuale[53].

Indipendentemente dal carattere generale o tassativo dell'attività amministrativa consensuale, infatti, nella prospettiva del presente studio rileva rimarcare un dato che la riflessione scientifica pone come pacifico: l'attività consensuale, così come quella autoritativa, si caratterizza in ragione del necessario perseguimento di finalità pubbliche, che pertanto condizionano necessariamente la formazione dell'accordo[54]. L'agire amministrativo, in altri termini, è imprescindibile dalla previa definizione normativa dell'interesse pubblico che ne costituisce lo scopo.

Ne consegue che, per quanto concerne gli accordi sostitutivi di provvedimento, tale interesse (ovvero tali interessi, nell'ipotesi di accordi tra amministrazioni in cui manchi la qualificazione di un interesse prevalente, ai sensi dell'art. 15 l. n. 241 del 1990[55]) costituisce la causa dell'accordo[56], nei termini in cui si è ricostruito il concetto nelle pagine che precedono: la consensualità è un modello operativo che deve, comunque, essere parametrato all'interesse a cui essa è preordinata, e dunque non esclude il rilievo della causa dell'accordo quale elemento essenziale della sua legittimità. La causa dell'accordo, che si identifica con quella del provvedimento che esso va a sostituire, costituisce, sotto altro profilo, un limite quanto all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare all'accordo stesso, posto che, come si è detto, deve escludersi che il perseguimento dell'interesse pubblico specifico possa trovare un limite nella salvaguardia di interessi di mero fatto, giuridicamente indifferenti. Ne consegue che l'amministrazione procedente potrà relazionarsi soltanto con i soggetti di diritto, pubblici e privati, che facciano valere un interesse normativamente qualificato. Come per il provvedimento autoritativo, la qualificazione giuridica degli interessi secondari costituisce il limite che, sul piano causale, incontra l'accordo sostitutivo.

Le conclusioni che precedono sono adattabili, *mutatis mutandis*, anche ai contratti di diritto privato sottoscritti dall'amministrazione, rispetto ai quali giova, preliminarmente, ribadire

---

[50] F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, pp. 107 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pp. 9 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, in part. pp. 52 ss.

[51] S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, pp. 76 ss.

[52] Per un panorama delle posizioni degli studiosi sulla problematica della portata della disposizione citata, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 19 ss.

[53] F. P. PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività*, cit., p. 29.

[54] F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., pp. 210 ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 68 ss., la quale osserva che, del resto, il vincolo di scopo caratterizza l'attività di tutte le persone giuridiche.

[55] Sul rapporto tra l'art. 11 e l'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 39 ss.; F. P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, cit., pp. 41 ss.

[56] F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, pp. 270 ss.

che, in quanto contratti, debbono necessariamente presentare il requisito *ex* art. 1325, n. 2 c.c. Per altro verso, trattandosi di contratti essenzialmente tipici, appare evidente che la loro causa non può essere dissolta nella "funzione economico-sociale" e, dunque, nel tipo, posto che, a ragionare diversamente, la disposizione citata non avrebbe alcun senso in riferimento alla fattispecie in esame[57]. Ne consegue che la causa del contratto pubblico deve necessariamente intendersi quale causa in concreto. Tale conclusione era apparsa chiara fin dalle prime riflessioni sul fenomeno, rispetto a cui si affermava che il programma contrattuale deve necessariamente presentare, sul piano causale, un nesso di strumentalità con l'interesse pubblico espresso dall'ente stipulante[58]. Lo sforzo della dottrina si è dunque indirizzato sulla consistenza di tale interesse pubblico nonché, assai più recentemente, sulla rilevanza dell'interesse privato nella determinazione della causa del contratto pubblico.

Le opinioni che escludono l'interesse pubblico dalla causa del contratto concluso dalla p.a., relegandolo al piano dei motivi[59], presuppongono una nozione astratta di causa, coincidente, come si è detto, con il tipo contrattuale. Al di là delle critiche a tale modo di intendere l'elemento causale, giova ribadire quanto già richiamato *supra*: esso esprime, nel diritto dei contratti, un interesse pubblico alla stregua del quale valutare la meritevolezza degli interessi privati dedotti nel programma contrattuale in ossequio al limite dell'utilità sociale *ex* art. 41, co. II Cost. Sarebbe, dunque, un assurdo logico se proprio l'interesse pubblico positivamente perseguito da uno dei contraenti, la p.a., non trovasse rilevanza, sul piano causale, nei contratti stipulati da quest'ultima. Dal punto di vista dell'amministrazione, il contratto è uno strumento per perseguire le proprie finalità istituzionali, per cui l'interesse-scopo di tali finalità costituisce, per il soggetto pubblico, il *primum mobile* dell'attività contrattuale: come si è efficacemente detto, il contratto pubblico è funzionalizzato agli interessi che il contraente pubblico è obbligato a perseguire secondo l'ordinamento giuridico[60]. Né tale conclusione appare inficiata dalla circostanza che tale interesse possa rilevare, sul piano causale, in via mediata, lì dove il contratto non si indirizzi immediatamente alla realizzazione di quest'ultimo ma sia, ad esempio, rivolto a fornire all'amministrazione dei mezzi necessari per la sua realizzazione[61], perseguendo uno scopo specifico ancillare e, comunque, strumentale ad esso: il contratto stipulato da un istituto scolastico avente ad oggetto servizi di pulizia delle aule, ancorché non immediatamente rivolto alla formazione degli studenti, presenta sicuramente un collegamento, sul piano causale, con la funzione istituzionale della scuola; se il contratto avesse ad oggetto l'acquisto di un autoarticolato per il trasporto di merci, vi sarebbe, viceversa, un vizio della causa. Sussiste, insomma, un collegamento, sul piano causale, tra l'interesse pubblico attribuito alla cura dell'amministrazione stipulante e l'interesse dedotto in contratto ad esso strumentale: la causa prossima del contratto, ossia l'interesse concretamente perseguito, deve intendersi collegata alla causa

---

[57] Sul punto, in generale, M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1960, pp. 573 ss.

[58] P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 38.

[59] Per tutti, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., p. 65; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. ROPPO, VI, Milano, 2006, pp. 1049 ss.; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 449.

[60] V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, p. 212; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., in part. pp. 76 ss. e 100 ss.

[61] Ancora V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 208 e pp. 224 ss. Sul punto si vedano, altresì, le considerazioni di F. CANGELLI, *Potere discrezionale*, cit., pp. 219 ss.

remota di esso, ossia al complessivo disegno di salvaguardia dell'interesse pubblico mediante una serie di attività di diritto pubblico e di diritto privato funzionalmente collegate tra loro[62]. In verità, un'acuta dottrina ha osservato che, a rigorosamente ragionare, la causa del contratto pubblico non è altro che un'articolazione specifica e concreta dell'interesse pubblico soggetto alla cura dell'amministrazione, per cui non ha senso distinguere tra perseguimento diretto o indiretto dell'interesse pubblico mediante il contratto stesso: esso non è altro che una manifestazione della discrezionalità amministrativa in ordine ad elementi non predeterminati finalizzati al perseguimento dello scopo tipico della funzione[63]. In altri termini, la causa del contratto pubblico non sarebbe collegata all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione stipulante ma sarebbe essa stessa una specificazione concreta di quest'ultimo.

Le conclusioni che precedono sono, peraltro, espresse dallo stesso ordinamento positivo per quanto concerne la determina a contrarre, ossia il provvedimento con il quale l'amministrazione esprime la propria disponibilità a concludere un contratto pubblico[64]. La determina deve, tra l'altro, indicare il fine di pubblico interesse che si intende perseguire mediante il contratto. Ne deriva che tra quest'ultimo e la determina sussiste un collegamento causale in ordine alla definizione dell'interesse specifico nel suo rapporto con il fine perseguito dall'amministrazione. Sembra evidente che l'interesse pubblico finisce, in tal guisa, per permeare il programma contrattuale e qualificarlo sul piano della causa.

La questione più interessante, per ciò che riguarda l'elemento causale dei contratti pubblici, riguarda non il loro legame con l'interesse pubblico, ma il rilievo degli interessi di cui è portatore il contraente privato nella prospettiva del bilanciamento con l'interesse della p.a. Tale rilievo è espressamente riconosciuto sul piano normativo[65]. Ne deriva che la causa del contratto pubblico è la risultante dell'interesse pubblico di cui è portatrice la p.a. e dell'interesse privato dedotto nel programma contrattuale, e deriva dall'equilibrio che, nel concreto del singolo rapporto contrattuale, tali interessi trovano[66]. La causa rileverà, dunque, per il contraente pubblico quale vincolo di scopo del contratto alla missione istituzionale dell'amministrazione stipulante, e per il contraente privato quale limite di meritevolezza dell'interesse

---

[62] Sulla distinzione tra causa prossima e causa remota, e sulla centralità di essa ai fini dello studio del collegamento causale, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1948), pp. 600 ss.

[63] S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 144 ss. L'A. osserva (p. 108 e p. 154) che la funzionalizzazione dell'attività contrattuale all'interesse pubblico esclude che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione possa ricondursi alla categoria dell'autonomia privata, che a suo avviso è incompatibile con il concetto di discrezionalità. Lo spunto meriterebbe un approfondimento che esulerebbe troppo dalle finalità del presente studio.

[64] Cfr. l'art. 32 d. lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 192 d. lgs. n. 267 del 2000. In particolare, la prima disposizione, che riproduce l'art. 11 del d. lgs. n. 163 del 2006, fa espressamente riferimento all'indicazione, da parte della determina, degli "elementi essenziali del contratto" e, dunque, della causa di esso, ossia l'interesse perseguito mediante il programma contrattuale che, dal punto di vista dell'amministrazione, deve necessariamente essere un interesse pubblico. Sul punto, ancora S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 128 ss.

[65] Già con l'art. 143, co. VIII, d. lgs. n. 163 del 2006; nonché oggi dagli artt. 180 ss. d. lgs. n. 50 del 2016 e, in particolare, dall'istituto della finanza di progetto (art. 183).

[66] V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 197 ss.

concretamente fatto valere[67]. Né tale valenza anfibia dell'elemento causale, diversamente operante per la parte pubblica e per quella privata, deve sorprendere, posto che tale modello, nel quale il rilievo dell'interesse pubblico si fonde, sul piano causale, con quello privato delle parti stipulanti, è disciplinato *per tabulas* dalla stessa Costituzione (art. 39, u.c. Cost.).

5. La polivalenza causale dell'atto legislativo

La riflessione sulla causa come elemento costitutivo degli atti pubblici ne ha considerato la consistenza anche a proposito degli atti aventi contenuto normativo e, segnatamente, degli atti legislativi. Trattandosi, tuttavia, di studi condotti sotto la vigenza del precedente ordinamento, anche le relative conclusioni non sono sempre feconde in rapporto all'esperienza giuridica repubblicana.

In particolare, secondo il Mortati, la legge costituirebbe una forma di manifestazione della volontà dello Stato non vincolata al perseguimento di fini predeterminati, e dunque libera. La valutazione dello scopo perseguito dal singolo atto legislativo in rapporto "ad un'esigenza di pubblico interesse", dunque, porrebbe la problematica della causa in termini non dissimili da quanto accadrebbe, ad avviso del chiaro Autore, nell'esplicazione dell'autonomia privata, perché essa costituirebbe un'istanza limitativa della volontà legislativa che tuttavia, al di fuori di tali limiti, sarebbe libera di assumere qualsivoglia contenuto[68]. Appare evidente, che, in tale concezione, la causa perde qualsivoglia valenza definitoria dell'interesse pubblico meritevole di tutela da parte del singolo atto, qualificandosi invece come un vincolo essenzialmente negativo dall'incerta natura giuridica[69].

Come accennato, la premessa logica del ragionamento ora sommariamente riassunto non è più conforme all'ordinamento instaurato dalla Costituzione italiana del 1948. Come tutte le funzioni pubbliche, anche le funzioni legislative[70] sono vincolate alla realizzazione di un programma assiologico espresso dalla Carta. Lo stesso Mortati, pur senza ritornare sistematicamente sul concetto di causa della legge, ebbe modo di negarne la possibilità di determinare liberamente il proprio contenuto in ragione del nesso di strumentalità con gli obiettivi ad essa imposti dalla Costituzione[71]. Ne consegue che la legge non è espressione di volontà, ma, analogamente a quanto osservato a proposito degli atti amministrativi, di discrezionalità,

---

[67] Il giudizio sulla meritevolezza dell'interesse privato perseguito assume un rilievo particolare nelle società miste, posto che il contratto associativo costituisce un parametro condizionante tutta l'attività della società ed è perciò un elemento intermedio tra l'interesse del socio e la singola operazione contrattuale posta in essere dalla società (cfr. F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIII, Torino, 1995, in part. p. 401). Il contratto associativo è dunque causalmente collegato ai contratti stipulati dalla società, e si sovrappone, in qualche misura, all'interesse specifico del singolo socio che, pure, la società è sorta per perseguire.

[68] C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 569 ss.; e analogamente, M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 106.

[69] Ai fini del presente lavoro si può prescindere dalla teoria dell'Autore in ordine alla configurabilità di limiti alla funzione legislativa nel contesto costituzionale statutario (C. MORTATI, *op. ult. cit.*, pp. 565 ss.).

[70] Il concetto di legge, nell'ordinamento vigente, identifica una pluralità di atti eterogenei accomunati unicamente dalla provenienza da un'assemblea rappresentativa e dalla sottoposizione al sindacato della Corte costituzionale. Non è il luogo per affrontare oltre la problematica, per cui sia consentito rinviare, ove il lettore lo desideri, a R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., pp. 393 ss.

[71] C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pp. 201 ss.

poiché anch'essa è una forma giuridica preordinata alla specificazione di interessi riconosciuti dalla Carta; ne consegue altresì che anche la legge, come l'atto amministrativo, è sottoposta ad un vincolo di coerenza tra lo scopo perseguito (la c.d. *ratio legis*) e la propria finalità costituzionale, e dunque presenta una propria causa, nei termini in cui si è ricostruito il concetto nelle pagine che precedono.

Nell'ordinamento costituzionale, dunque, le funzioni legislative e quelle amministrative presentano un rilevante elemento di omogeneità materiale, nel senso che entrambe sono attività vincolate al perseguimento di interessi predeterminati, e perciò caratterizzate dalla discrezionalità dell'organo legislativo o amministrativo nell'attività di specificazione di tali interessi[72]. La distinzione tra la discrezionalità del legislatore e quella dell'amministrazione può, al più, intendersi come quantitativa, nel senso che la maggiore astrazione del parametro costituzionale lascia, in alcuni casi[73], più ampi margini di scelta nell'esercizio della discrezionalità legislativa[74]. Tale conclusione, in verità non pacifica[75], trova tuttavia un ulteriore momento di conferma alla luce dell'ordinamento europeo, che ha integrato sensibilmente (per quantità e rilevanza) il parametro normativo costituzionale quanto alla previsione di vincoli di scopo per il legislatore nazionale[76]. La causa della legge si lega all'esercizio di tale discrezionalità, e coincide con la finalità perseguita dal singolo atto in rapporto al parametro assiologico costituzionale o comunitario oggetto di attuazione.

Con ciò non si vuole certamente affermare che la causa della legge è del tutto sovrapponibile a quella dell'atto amministrativo. In primo luogo, la specificazione di un interesse costituzionalmente protetto da parte della legge richiede, in linea di principio, un'ulteriore attività di concretizzazione da parte dell'autorità amministrativa, nell'ipotesi normale in cui la legge stessa non incida su un caso concreto ma ponga una disciplina generale ed astratta, sia pure caratterizzata da un livello di astrazione minore del principio o del valore costituzionale oggetto dell'attuazione legislativa[77]. Tale rilievo è, comunque, valido solo in linea di principio, posto che la legge può assumere contenuti provvedimentali che la rendono strutturalmente simile all'atto amministrativo[78].

---

[72] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 157 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., pp. 1108 ss.

[73] L'elevato grado di astrazione riguarda solo alcune delle disposizioni costituzionali, poiché per altre il vincolo appare assai definito (cfr. art. 13, co. III Cost.).

[74] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 160; e più recentemente, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, p. 146.

[75] Per tutti, V CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 1. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative*), Padova, 1993, p. 74. Per una panoramica completa della dottrina sul carattere libero o vincolato della funzione legislativa, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., pp. 149 ss.

[76] S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, pp. 194 ss. Il principio sembra espresso anche dalla giurisprudenza europea: cfr. Corte di Giustizia, sent. 19 settembre 2000, c. C-287/90, *Linster*.

[77] Si può qui prescindere dall'esame del fenomeno delle c.d. leggi provvedimento, che sotto il profilo dell'indagine sull'elemento causale presenta analogie con la causa degli atti amministrativi (pur con la precisazione di cui si dirà subito *infra*). In tal senso si vedano le considerazioni di S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., in part. pp. 125 ss.

[78] La problematica delle leggi provvedimento costituisce, come è noto, un tema di riflessione centrale nella dottrina del diritto pubblico. I termini del relativo dibattito sono efficacemente riassunti da S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., in part. pp. 45 ss.

Tuttavia, è possibile rinvenire un ulteriore, e ben più rilevante, elemento di differenziazione.

La funzione amministrativa, come si è detto, è preordinata alla cura di un interesse tipico, rispetto al quale la funzione stessa è strumentale. La cura di interessi diversi e secondari è ammissibile e lecita solo se la loro considerazione non incide, sul piano causale, sull'idoneità del singolo atto a realizzare, nel caso specifico, tale l'interesse pubblico. L'identificazione della causa dell'atto con l'interesse oggetto della funzione è confermata dalla circostanza che la presa in considerazione di interessi pubblici diversi da quello a cui il procedimento è funzionalizzato richiede momenti di partecipazione istituzionalizzati delle amministrazioni preposte alla relativa cura (quali la conferenza di servizi)[79], e ferma restando l'autonomia della decisione discrezionale dell'amministrazione procedente[80]. Ne concerne che la causa dell'atto amministrativo è tipica e tassativa.

La funzione legislativa, viceversa, è una forma che può essere utilizzata per curare più interessi costituzionali, suscettibili di differente bilanciamento da parte della discrezionalità del legislatore. La singola funzione legislativa non è vincolata, come la funzione amministrativa, a realizzare un singolo e determinato interesse. Ne consegue che la legge si caratterizza in ragione di una polivalenza causale[81] estranea all'atto della pubblica amministrazione: il singolo atto legislativo si rivolge, di regola, ad una pluralità di interessi costituzionalmente protetti, che rientrano tutti nell'elemento causale dell'atto stesso. La legge può poi prendere in considerazione interessi secondari, che si identificano con le istanze sociali non espressamente contemplate dalla Carta, e che non possono compromettere la realizzazione degli interessi riconosciuti da quest'ultima[82]. Ne consegue che la causa della legge è anch'essa tipica, perché predeterminata dalla Costituzione, ma a differenza di quanto accade con la causa dell'atto amministrativo si identifica con il complesso degli interessi meritevoli di tutela a cui l'atto legislativo dà attuazione. Anche nell'ipotesi (forse più accademica che reale) in cui la legge si muova in un ambito costituzionalmente indifferente, essa appare comunque soggetta al vincolo di ragionevolezza e coerenza logica *ex* art. 3 Cost. (di cui meglio si dirà), che concorre a determinare la causa dell'atto e ne definisce le condizioni di legittimità[83].

L'ultimo rilievo appare fondamentale per analizzare l'elemento causale in rapporto ad una categoria particolare di atti legislativi, ossia le leggi costituzionali.

Un primo profilo di problematicità consente l'identificazione dello stesso scopo della funzione *ex* art. 138, se cioè l'atto che la esprime debba rivolgersi necessariamente alla

---

[79] Si confrontino, sul punto, le acute considerazioni di D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, in part. pp. 137 ss.

[80] Ancora D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, cit., pp. 228 ss.

[81] Sembra appena il caso di sottolineare che il concetto di polivalenza causale non coincide con quello di astrazione causale, che esprime l'assorbimento della causa nella forma giuridica utilizzata (e dunque la sua presunzione). Gli atti di diritto pubblico debbono necessariamente rivolgersi ad un interesse tipizzato dall'ordinamento, e debbono, dunque, possedere necessariamente un elemento causale che rileva ai fini della legittimità dell'atto a prescindere dalla forma giuridica utilizzata. I concetti sono invece talvolta confusi (cfr. P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 60 ss.)

[82] Tale limite assume una valenza peculiare in rapporto al fenomeno della c.d. "negoziazione legislativa": sul punto, F. COCOZZA, *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, Milano 1988, 128 ss.; E. DE MARCO, *La "negoziazione legislativa"*, Padova 1984, pp. 279 ss.

[83] Così, espressamente, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., p. 153.

revisione di determinate disposizioni costituzionali ovvero se esso possa assumere qualsivoglia contenuto[84]. La dottrina contemporanea[85] tende ad accogliere la seconda soluzione, non soltanto sulla base del rilievo testuale che la norma contrappone le leggi costituzionali alle leggi di revisione costituzionale, offrendo un dato positivo molto rilevante in ordine all'ammissibilità di utilizzare il relativo procedimento anche per finalità diverse dalla revisione della Carta, ma altresì sulla base del rilievo che nessuna norma costituzionale pone vincoli di contenuto alle leggi costituzionali che, nei fatti, hanno concorso ad integrare il testo della Costituzione mediante la previsione di istituti originariamente sconosciuti e la cui legittimità è fuori discussione (si pensi all'accesso incidentale alla Corte costituzionale introdotto dalla l. cost. n. 1 del 1948).

La competenza generale delle leggi costituzionali, d'altronde, non significa che esse non sopportino vincoli normativi poiché, come è noto, esse sono vincolate al rispetto del Principi Fondamentali della Carta. La connotazione assiologica peculiare di tali norme si traduce in un vincolo per il legislatore costituzionale il quale, se, per un verso, dispone di una discrezionalità certamente ampia nell'interpretazione dei valori fondanti l'ordinamento repubblicano, per altro verso è vincolato a relazionarsi con tali valori la cui formulazione astratta li rende applicabili in ogni ambito in cui il legislatore stesso (anche nelle forme di cui all'art. 138 Cost.) intenda intervenire[86]. La disciplina posta da una legge costituzionale, in particolare, dovrà soggiacere all'esigenza di coerenza e di razionalità con l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato tradizionalmente ricondotta, sul piano normativo, all'art. 3 Cost., oltre che ad una complessiva coerenza con tutto il sistema assiologico tipizzato dagli artt. 1-12 Cost. Ne deriva che anche la legge costituzionale è vincolata, sotto il profilo causale, al nesso di strumentalità con i valori fondamentali della Costituzione italiana.

6. Il collegamento causale nel diritto pubblico

L'ammissibilità nel diritto pubblico della categoria giuridica della causa dell'atto richiede l'approfondimento di un fenomeno assai comune nel diritto privato, che si indica con l'espressione "collegamento causale". Il concetto esprime la concorrenza di una pluralità di atti al compimento di una singola operazione contrattuale. Si discute se, sul piano causale, il collegamento determini un'unicità della causa, comune a tutti gli atti che partecipano all'operazione, ovvero una pluralità di cause specifiche per ciascun atto ma connesse nella prospettiva di un risultato giuridico sostanzialmente unitario[87]. Il problema sembra, in verità, più terminologico che effettivo, perché se è vero che ciascuno dei contratti collegati presenta uno scopo determinato distinguibile da quello degli altri, è altrettanto vero che tale scopo partecipa all'obiettivo finale dell'operazione e non è distinguibile da essa più di quanto la parte sia distinguibile dal

[84] Per una ricostruzione dei termini del dibattito, T. GROPPI, *Art. 138*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, III, Torino, 2006, pp. 2707 ss.
[85] T. GROPPI, *Art. 138*, cit., p. 2707.
[86] Sul punto si vedano le lucide pagine di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, tr. it., Milano, 2008, pp. 46 ss.
[87] Per una panoramica del dibattito, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 820 ss.

tutto[88], connotandosi piuttosto quale momento determinato del progressivo avanzamento del risultato perseguito.

Il collegamento causale appare un fecondo punto di vista nello studio di fenomeni caratteristici del diritto pubblico, nei quali una pluralità di atti concorrono alla cura di un determinato assetto di interessi. Perché vi sia collegamento, è necessario che la connessione tra gli atti sia giuridicamente qualificata, tale che alcuni di essi determinino effetti prodromici e parziali preordinati all'adozione di un atto autonomo del quale costituiscono una condizione necessaria: è, cioè, necessario che ciascun atto sia elemento costitutivo di una medesima fattispecie, e si qualifichi come antecedente necessario degli atti successivi[89]. Tale fenomeno sembra richiedere un diverso approccio ricostruttivo a seconda che gli atti collegati siano espressione di una medesima funzione ovvero di più funzioni diverse. Nel primo caso la causa di ciascuno degli atti è identica, trattandosi della specificazione discrezionale del medesimo interesse pubblico astrattamente previsto dalla legge che disciplina la funzione; nel secondo, ciascuno degli atti possiede, invece, una distinta causa che specifica gl'interessi pubblici oggetto delle funzioni di cui tali atti sono espressione, e che concorre a definire, sul piano causale, l'operazione complessivamente considerata.

La prima ipotesi trova il suo esempio più caratteristico nel procedimento amministrativo. Il concetto è stato magistralmente espresso nella definizione del procedimento quale "storia causale dell'atto"[90], ossia quale progressiva specificazione dell'interesse pubblico oggetto della funzione da parte di atti prodromici preordinati all'emanazione del provvedimento definitivo. Il fenomeno è stato oggetto di autorevoli riflessioni, le quali hanno puntato l'attenzione sul profilo soggettivo: ossia sulla circostanza che ciascuno degli atti endoprocedimentali provenga da un medesimo soggetto di diritto pubblico[91]. Si è tuttavia opportunamente puntualizzato che l'identità causale prescinde dal profilo soggettivo e riguarda invece la funzione, quali che siano i soggetti pubblici che partecipano al suo esercizio: l'unicità dell'interesse sottoposto alla cura della funzione esprime la necessità giuridica dell'identità causale dei singoli atti procedimentali e dell'atto finale, che rappresentano tutti momenti di specificazione discrezionale del primo[92] in rapporto alla medesima funzione: gli atti endoprocedimentali sono privi di un'autonomia funzionale propria[93], ma costituiscono momenti diversi dell'esercizio della discrezionalità in rapporto alla determinazione dell'interesse tipico nel caso concreto.

La seconda ipotesi presenta, invece, rilevanti esempi in seno alla disciplina delle fonti del diritto[94]. Si pensi al collegamento tra la legge delega e il decreto legislativo o tra la legge

---

[88] Si pensi all'ipotesi di una procura conferita per la stipula di un contratto preliminare di compravendita a cui faccia poi seguito il contratto definitivo. Ciascuno di tre atti definisce un aspetto causale specifico e parziale, ma tutti e tre concorrono ad una regolazione di interessi unitaria il cui scopo è divisibile nei tre distinti momenti dell'operazione complessiva.

[89] A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 41 ss.

[90] F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 126 ss.

[91] U. FORTI, *"Atto" e "procedimento" amministrativo*, in *Studi*, cit., pp. 468 ss.

[92] Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 132.

[93] A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 71.

[94] Ma non soltanto: un'ipotesi rilevante di collegamento causale si verifica anche a proposito dell'attività amministrativa che prelude alla stipula di un contratto e il contratto medesimo: cfr. V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 218 ss.

cornice e la legge regionale concorrente, ma, altresì, tra i regolamenti di attuazione e integrazione o i regolamenti delegati e le rispettive basi giuridiche legislative. In tutti questi casi, la causa della legge e quella dell'atto ad essa collegato risultano connesse nella determinazione di una singola disciplina, al punto che non è possibile definire la prima prescindendo dalla seconda. Ne consegue che così come la legge condiziona la causa dell'atto collegato, vincolandone la discrezionalità, anche l'atto collegato, nello specificare la causa legislativa, concorre a connotarla. La conseguenza è che la valutazione causale di ciascuno degli atti collegati assume una diversa colorazione, anche dal punto di vista della sua legittimità, alla luce dell'altro: un rilevante esempio è stato offerto dalla giurisprudenza costituzionale che ha valutato la legittimità di una disciplina legislativa nella specificazione operatane dal regolamento governativo di attuazione[95].

7. Le patologie della causa nel sistema degli atti pubblici

Le conclusioni a cui si è giunti sulla ricostruzione della causa come categoria generale degli atti di diritto pubblico presentano un peculiare interesse, dal punto di vista pratico, in rapporto all'eventuale momento patologico dell'elemento causale: vale a dire nell'ipotesi di mancata corrispondenza, concordanza o congruenza tra lo scopo dell'atto e quello della funzione[96]. In tal caso viene a determinarsi un vizio della causa, ossia un cattivo impiego della discrezionalità quale attività di specificazione dell'interesse pubblico posto a fondamento della funzione: vizio a cui, tradizionalmente, si dà il nome di eccesso di potere[97].

Il riferimento dell'eccesso di potere all'esercizio della discrezionalità ha indotto un'autorevole dottrina a svincolare la figura dal singolo atto: esso prescinderebbe dalla validità di singoli elementi dell'atto e scaturirebbe dal complesso esercizio della funzione, indipendentemente dal formale rispetto di un parametro normativo che implicherebbe il diverso vizio della violazione di legge. La premessa logica di tale ricostruzione è che la discrezionalità sarebbe libera di condizionamenti normativi, per cui il cattivo uso di essa sarebbe sindacabile, al là dell'atto, in rapporto alla funzione complessivamente esercitata[98].

L'opinione in esame, ancorché autorevole e, oggi, diffusa, incontra tuttavia due rilievi critici. In primo luogo, la distinzione tra vizio dell'atto e vizio della funzione presuppone, sul piano metodologico, una contrapposizione che non ha ragione di porsi. L'atto costituisce, infatti, l'esercizio della funzione, ossia la manifestazione concreta della funzione astrattamente prevista. Non vi è alterità tra l'atto e la funzione, perché la funzione stessa è un'attività che si

---

[95] C. cost., sentt. n. 1104 del 1988; n. 456 del 1994; n. 354 del 2008; n. 34 del 2011.

[96] Sembra indicativo che tutti i riferimenti alla causa degli atti pubblici, da parte della dottrina del secondo dopoguerra, sono finalizzati all'inquadramento di tale problematica.

[97] La prima ricostruzione dell'eccesso di potere come vizio teleologico dell'atto si deve a A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, pp. 249 ss. La tesi è stata sviluppata dalla dottrina successiva: U BORSI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 42; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 698 ss.; nonché, soprattutto, R. RESTA, *La "legittimità" degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pp. 28 ss., per la ricostruzione dell'eccesso di potere come vizio della causa dell'atto.

[98] F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 32 ss.

manifesta nel caso specifico attraverso l'atto: come si è avuto occasione di osservare[99], l'atto è la manifestazione statica e concreta della funzione. Non vi è vizio della funzione che non si manifesti nell'atto e attraverso di esso. Ne consegue che se l'eccesso di potere è vizio della funzione, esso deve necessariamente manifestarsi nell'espressione concreta dell'esercizio della funzione, ossia, appunto, nell'atto.

Sotto il profilo dommatico, si è già avuto modo di sostenere, nelle pagine che precedono, che il carattere libero della discrezionalità non significa che essa non sia soggetta al fine positivamente determinato dalla disciplina della funzione, per cui la funzione che, nel caso concreto, si discosti da tale fine configura un'illegittimità. Tale illegittimità riguarda, evidentemente, la manifestazione specifica della funzione stessa che non persegue il fine a cui essa è vincolata, ossia, appunto, l'atto. Se l'illegittimità concerne il profilo teleologico, lo scopo che, nel caso specifico, il soggetto pubblico ha inteso perseguire in difformità dal fine normativamente imposto, ne viene giocoforza coinvolto l'elemento dell'atto che esprime il nesso tra lo scopo della funzione astrattamente disciplinata e la sua manifestazione specifica, ossia, secondo la tesi sostenuta in queste pagine, la causa. In altri termini, il cattivo utilizzo della discrezionalità nella specificazione del fine imposto dalla norma determina un vizio teleologico che inficia l'elemento causale dell'atto[100]. Ne deriva che l'eccesso di potere, quale vizio della manifestazione della funzione in rapporto all'elemento teleologico, si configura, più precisamente, come un vizio della causa dell'atto[101].

La figura dell'eccesso di potere quale vizio causale dell'atto presenta una obiettiva difficoltà ricostruttiva, dal punto di vista giuridico, derivante dalla circostanza che esso si connette all'utilizzo della potestà discrezionale e, dunque, ad una sfera di attività che sfugge, sia pure parzialmente, alla regolazione giuridica. Il confine tra la difformità dello scopo concreto dell'atto e l'interesse tutelato dalla funzione, che ne vizia la causa, e la sua inopportunità nel merito, che è invece, di regola, giuridicamente irrilevante, è assai labile ed espone il giudice dell'atto agli opposti rischi di astenersi da qualsivoglia sindacato sulla discrezionalità, di guisa da privare di tutela i soggetti lesi da un atto non coerente con le finalità per il quale l'ordinamento lo aveva concepito, ovvero di spingere tale sindacato troppo oltre avventurandosi in valutazioni che dovrebbero invece essergli precluse.

Tale difficoltà è stata temperata da una ricca elaborazione giurisprudenziale finalizzata a enucleare talune figure sintomatiche, il ricorrere delle quali lascia presumere un erroneo utilizzo della discrezionalità sulla valutazione degli elementi rilevanti nella ricostruzione del fatto, sulla sussunzione del caso, così ricostruito, nella norma attributiva della funzione e sulla congruenza logica del contenuto dell'atto rispetto al parametro normativo in rapporto alle peculiarità del caso concreto. Le figure sintomatiche costituiscono manifestazioni specifiche di un unitario vizio attinente al cattivo impiego della discrezionalità, nei tre momenti in cui essa viene in rilievo: nel momento ricostruzione degli elementi salienti del fatto, in quello della

---

[99] R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., pp. 348 ss.

[100] In questi termini, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 1332.

[101] La configurazione della non conformità dello scopo dell'atto al fine della funzione quale vizio causale dipendente dal cattivo uso della discrezionalità è, del resto, affermato, senza voci discordi, a proposito degli accordi tra le pubbliche amministrazioni (F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi*, cit., p. 89).

sussunzione del caso storico nella fattispecie funzionale, in quello della congruenza logica del contenuto dell'atto rispetto alle sue finalità. In tutte queste ipotesi il vizio della discrezionalità inficia la corrispondenza dello scopo dell'atto rispetto al fine della funzione, poiché ciò che è oggetto di contestazione, in tutte le figure, è, a ben vedere, la sussistenza dell'interesse pubblico tipico in un caso storicamente determinato: e questo sia perché il fatto non è stato valutato correttamente (p. es. in caso di travisamento dei fatti), sia perché non è stato inquadrato correttamente nel paradigma normativo (p. es. in caso di disparità di trattamento), sia perché non è stato regolato correttamente dal provvedimento (p. es. in caso di irragionevolezza o contraddittorietà dell'atto). In tutte le ipotesi riconosciute di figure sintomatiche, dunque, ciò che viene contestata è la declinazione dell'interesse pubblico oggetto della funzione nel singolo caso, e dunque la legittimità della causa dell'atto in ordine alla mancata corrispondenza con lo scopo della funzione. La riconduzione di tutte le figure sintomatiche ad un vizio unitario attinente alla causa dell'atto è confermata dalla previsione di una figura sintomatica generale, lo sviamento di potere, che definisce il perseguimento da parte dell'atto di un interesse diverso da quello posto dalla sua base giuridica. In realtà, lo sviamento di potere, più che una figura sintomatica autonoma, sembra esprimere piuttosto l'elemento che accomuna tutte le ipotesi di figure sintomatiche, ossia l'allontanamento dell'atto dal suo paradigma causale. Lo sviamento di potere, più che una distinta figura sintomatica, può dunque senz'altro intendersi come un sinonimo per definire lo stesso vizio di cui le figure stesse sono sintomo, ossia l'eccesso di potere[102].

In conclusione, l'elaborazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche di eccesso (o sviamento) di potere rispondono all'esigenza di limitare l'arbitrio del giudice nel sindacare l'elemento teleologico dell'atto, ossia l'impiego della discrezionalità nella specificazione dell'interesse pubblico all'interno del caso concreto. Il cattivo uso della discrezionalità determina una discrasia nella corrispondenza del fine dell'atto in rapporto al fatto specifico rispetto allo scopo della funzione normativamente previsto, e dunque un vizio nella causa dell'atto definito eccesso di potere o sviamento di potere.

Se si accoglie l'impostazione di fondo del presente lavoro per il quale la causa costituisce un elemento di tutti gli atti di diritto pubblico, è necessario dedurne che l'eccesso di potere, quale patologia causale, costituisce a sua volta una categoria di illegittimità generale del diritto pubblico stesso indipendentemente dalla natura dell'atto. In realtà, è assai

---

[102] L'assimilazione dello sviamento di potere all'eccesso di potere, e la nascita dell'espediente delle figure sintomatiche al fine di non ledere la tutela del ricorrente onerandolo di provare un elemento teleologico (lo scopo perseguito dall'atto) e, dunque, interno al provvedimento e in qualche misura astratto da esso, è riassunta con esemplare chiarezza da Cons. St., sez. VI, sent. n. 4174 del 14 agosto 2013. Sia consentito riportare un passo della pronunzia citata (punto 6.2.1 della motivazione): "*Nella impostazione tradizionale l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere […] era rappresentata dallo sviamento di potere. Il ricorrente, per ottenere l'annullamento dell'atto, doveva dimostrare che la pubblica amministrazione avesse inteso perseguire un interesse diverso da quello predefinito dalla legge. Nel corso degli anni, preso atto della difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali, a solo titolo esemplificativo, la motivazione insufficiente, l'errore di fatto, l'ingiustizia grave e manifesta, la contraddittorietà interna ed esterna, la violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa*".

controversa, in dottrina, l'ammissibilità di una figura patologica assimilabile all'eccesso di potere in relazione agli atti legislativi.

L'affermazione dell'eccesso di potere legislativo quale vizio della causa, ossia "deviazione dalla funzione tipica dell'atto", sindacabile *ex* art. 134 Cost. si deve, già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, al Mortati[103]; ricostruzione, questa, ovviamente contestata da chi, ricostruendo la legge come atto libero nel fine, ne nega la sussistenza di un elemento causale (nei termini di cui si è detto) e, dunque, la possibilità di configurare un vizio dell'atto legislativo relativo a tale elemento[104].

Sulla possibilità di configurare, sul piano dommatico, un elemento causale anche in rapporto agli atti legislativi si è già argomentato *supra*; qui basti richiamare quelle conclusioni e osservare che, nei lavori preparatori alla legge n. 87 del 1953, la preoccupazione di sottrarre il merito delle scelte del legislatore al sindacato della Corte, poi espressasi nella formula dell'art. 28 della legge stessa, si accompagnava all'ammissibilità del sindacato sul cattivo esercizio della discrezionalità legislativa quanto al perseguimento della sua "causa costituzionalizzata"[105]. Nel dibattito contemporaneo si è acutamente osservato che il problema della configurabilità dell'eccesso di potere legislativo è, essenzialmente, terminologico, posto che il sindacato di ragionevolezza esercitato dalla Corte costituzionale assume il normale contenuto del raffronto tra lo scopo specifico della legge e le sue finalità costituzionali (per ampie che esse possano essere)[106]. Al di là della questione terminologica, ai fini del presente lavoro basta sottolineare che ogni qual volta vi è deviazione, nell'esercizio concreto della discrezionalità, dallo scopo della funzione, vi è un vizio della causa dell'atto, e questo anche nell'ipotesi in cui tale deviazione riguardi atti aventi natura legislativa[107].

Il giudizio sulla patologia dell'elemento causale della legge, comunque lo si voglia denominare, pone la stessa esigenza concreta di circoscrivere il sindacato al solo profilo di legittimità evitando sconfinamenti nel merito dell'atto che è stata avvertita dal giudice

---

[103] C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. It.*, 1949, I, pp. 457 ss.

[104] V CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, 2. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale*), Padova, 1984, p. 369; in termini sostanzialmente analoghi, M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, in part. p. 62.

[105] G. CICALA, *Causa della legge e giudizio costituzionale in tema di uguaglianza relativa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, pp. 522 ss. (e p. 522 per la citazione testuale).

[106] M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., pp. 155 ss. In senso critico sulla possibilità di raffrontare il sindacato sull'eccesso di potere legislativo al giudizio di ragionevolezza G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 174 ss. L'A. non sembra contestare che l'oggetto del giudizio di ragionevolezza risieda nell'elemento teleologico della legge, ma nega che tale finalità sia vincolata. Tale ragionamento, tuttavia, finisce per risolversi in una contraddizione, perché delle due l'una: o la legge è libera di assumere i contenuti che crede e, in tal caso, non può essere sindacata sotto il profilo delle sue finalità (salvo assimilare la ragionevolezza ad un sindacato di merito, conclusione pacificamente esclusa), oppure essa è costituzionalmente vincolata nel fine, fosse anche sotto il mero profilo dell'obbligo di garantire l'uguaglianza giuridica dei suoi destinatari, e in tal caso non sembra potersi sfuggire alla configurazione del vizio di ragionevolezza come patologia dell'elemento causale dell'atto legislativo. Sulla riconducibilità del cattivo uso della discrezionalità, e della figura dello sviamento di potere, alla violazione del principio di uguaglianza. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, 1925, pp. 88 ss.

[107] L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 1038 ss. Il pensiero dell'A. è particolarmente significativo, nella prospettiva del presente studio, perché Egli ritiene che la funzione legislativa possa considerarsi vincolata quanto al fine solo in alcune fattispecie: tuttavia, in tali ipotesi, l'illustre studioso non dubita che possa configurarsi un elemento causale della singola legge, la cui patologia configura un vizio di eccesso di potere legislativo.

amministrativo a proposito dell'eccesso di potere degli atti amministrativi; e come il giudice amministrativo, anche la Corte costituzionale ha risposto a tale esigenza elaborando talune figure sintomatiche dell'eccesso di potere legislativo, ossia circostanze il ricorrere delle quali determina una presunzione di illegittimità della causa della legge. La Corte ha, ad esempio, censurato il travisamento dei fatti considerato dal legislatore ai fini della determinazione di presunzioni legali[108], il contrasto tra il fine perseguito dalla legge impugnata e quello desumibile dai lavori parlamentari[109] ovvero dalle circolari esplicative della norma[110], la difformità dello scopo della legge rispetto agli accordi conclusi con le parti sociali in sede di "negoziazione legislativa"[111], il contrasto con le acquisizioni della scienza e della tecnica dominanti[112]. Tale elaborazione pretoria sembra esprimere efficacemente l'identità della problematica sui limiti del sindacato avente ad oggetto la causa degli atti pubblici, indipendentemente dalla natura della funzione che li ha espressi.

8. Conclusioni

La problematica dell'elemento causale degli atti pubblici, quale ricostruita nel corso di questo studio, si lega allo studio della discrezionalità e ne costituisce un complemento fondamentale. La causa è una categoria generale del diritto pubblico che presenta implicazioni sistematiche feconde, sia sul piano della teoria generale che nella prospettiva, più concreta, di dare agli operatori del diritto un prezioso strumento di valutazione del fine dell'atto, nella prospettiva di valutarne la legittimità.

In realtà, l'esigenza connessa all'elaborazione di una dottrina della causa sembra riproporsi assai oltre i confini del diritto privato, in cui il concetto ha visto la luce, e il diritto costituzionale e amministrativo. Lo studioso della causa dell'atto potrebbe trovarne ulteriori implicazioni anche in seno ad altri ambiti della scienza giuridica, come nel diritto penale (ad esempio ai fini della ricostruzione dell'elemento psicologico del reato) o nel diritto processuale: e si pensi, a quest'ultimo riguardo, al combinato disposto degli artt. 156, co. II e co. III c.p.c., che potrebbe forse costituire un dato testuale rilevante nell'elaborazione di una dottrina della causa degli atti processuali.

Non è forse errato concludere che la causa costituisce un concetto di teoria generale del diritto che viene in rilievo ogni volta che venga in rilievo l'esame dell'elemento teleologico di un determinato atto[113], secondo le peculiarità proprie di ciascun ambito del diritto in cui tale elemento deve essere considerato. Si tratta di una suggestione che, in questa sede, può essere soltanto accennata, e che richiederebbe un approfondimento che andrebbe troppo oltre

---

[108] C. cost., sent. n. 65 del 1962.
[109] C. cost., sentt. nn. 132 del 1979 e 105 del 1983.
[110] C. cost., sentt. nn. 7 e 121 del 1963.
[111] C. cost., sent. n. 81 del 1969. La Corte dichiarò, nel caso di specie, la questione non fondata, ma dopo aver accertato la coerenza della disciplina legislativa con l'accordo sindacale che l'aveva preceduta (punto 4 del *Considerato in diritto*).
[112] C. cost., sentt. n. 64 del 1961; n. 91 del 1973; n. 49 del 1980.
[113] Secondo l'intuizione già di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 241 ss.

le forze dell'autore di questo scritto; il quale può, dunque, soltanto limitarsi a riproporre l'invito del Kormann espresso nella prefazione del suo lavoro principale[114]: *faciant meliora potentes!*

[114] K. KORMANN, *System*, cit., p. IX.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 26/10/2021

AUTORE: Matteo Trapani*

IL SISTEMA DELLE CONFERENZE E IL REGIONALISMO DIMEZZATO: IL DIFFICILE RAPPORTO TRA PNRR E REGIONI ALLA LUCE DELLE RECENTI EVOLUZIONI NORMATIVE

Sommario: 1. Il PNNR nel sistema delle emergenze. 2. Il coinvolgimento delle Regioni nella predisposizione del PNNR. 3. La fase di progettazione del PNNR e i decreti legge. 4. Il potere sostitutivo 5. Cenni conclusivi

1. Il PNRR nel sistema delle emergenze

La crisi pandemica sviluppatasi negli ultimi due anni ha contribuito profondamente a mettere in discussione la struttura economica e istituzionale della nostra società, evidenziandone la necessità di una riforma strutturale. Dal punto di osservazione giuridico, l'attenzione della dottrina si è rivolta principalmente ai rapporti istituzionali e al sistema delle fonti, a partire dagli atti adottati dal Governo o dal Parlamento quale risposta economica e sanitaria alle crisi in atto, mentre, la legislazione della ripresa ha trovato uno spazio minore nel dibattito dottrinale.

In questo quadro, ricopre un ruolo rilevante l'analisi dei paradigmi e delle modalità con le quali gli Stati, ed in particolar modo l'Italia, hanno affrontato l'individuazione delle priorità e delle progettualità utili per una riforma sia in campo economico che sociale. L'attività compiuta da numerosi organi costituzionali per addivenire all'elaborazione di una bozza di *Piano per la Ripresa e Resilienza* rappresenta uno snodo cruciale per tentare di garantire l'effettività di una uscita dalla crisi. Il tema che sta alla base di una tale riflessione attiene principalmente alla capacità espansiva delle competenze tra Stato e Regioni, tra centro e periferie nelle riforme in discussione.

E' indubbio il fatto che il Piano nazionale di ripresa e resilienza italiano, approvato e trasmesso dal governo alla Commissione europea il 30 aprile scorso, abbia tra le proprie principali missioni quella di superare una diseguaglianza che spesso si sviluppa quale con-

* 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. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

seguenza del differente grado di sviluppo e di garanzia dei servizi delle Regioni. Una frattura che si consuma da Nord a Sud[1] ma che non lascia fuori da questa diseguaglianza città inserite negli stessi contesti regionali. Una situazione che, preesistente alla crisi, soprattutto in quanto mai affrontata in senso complessivo ma solo settorialmente, si acuisce sensibilmente per l'effetto della crisi sanitaria in corso.

Il Piano è stato descritto come un'azione economica e politica comune dell'UE, che servirà a ridurre le diseguaglianze e far ripartire le economie nazionali, grazie alla particolare rilevanza delle risorse dedicate. Una sorta di piano Marshall europeo che vede la luce in costanza di un periodo emergenziale che ha comportato la chiusura forzata delle attività economiche, con conseguente crisi economica negli ambiti nazionali. Anche questo Piano, al pari di quello noto per aver in qualche modo accompagnato, non senza alcuni dubbi circa i propri effetti, la difficile ripresa economica post-bellica, ha l'ambizione di innovare profondamente, sia i processi produttivi, che la capacità delle istituzioni di farsi promotrici di azioni concrete per una ripresa coordinata e diffusa.

Così l'impegno economico complessivo di 750 miliardi di euro, costituito per la maggior parte dal "*Dispositivo per la Ripresa e Resilienza"* di circa 672,5 miliardi di euro, per oltre 300 miliardi quali sovvenzioni, ha reso possibile un intervento massiccio da parte degli Stati membri sia in relazione ai processi di adeguamento dei procedimenti amministrativi sia per le politiche sull'occupazione e sullo sviluppo.

L'Italia ha così elaborato un complesso insieme di riforme, predisposte anche e soprattutto in stretto dialogo con le Istituzioni europee[2], che comportano una quota di investimenti che ammonta, nell'insieme delle varie misure previste, a quasi 250 miliardi da impegnare per la transizione digitale e quella ecologica, per le infrastrutture di mobilità sostenibile, per l'istruzione, per la ricerca ed infine per l'inclusione sociale, la coesione e la salute. Un Piano economico che si appresta a rappresentare un approccio innovativo, se adeguatamente applicato, e centrale per la modifica strutturare degli stessi rapporti inter-organici della dorsale istituzionale e amministrativa.

Per questo, le potenzialità del Piano sono molteplici e rappresentano altresì un'opportunità per riavvicinare le aree del Paese più in difficoltà alla media di crescita. Per fare ciò però non sono però sufficienti i soli fondi, sicuramente molti, e le progettualità presentate, ma risulta centrale un perfetto equilibrio sinergico tra competenze territoriali e nazionali e una piena condivisione degli obiettivi e dei meccanismi decisionali.

Diversamente, la difficoltà potrebbe essere non solamente quella di non riuscire a utilizzare (efficacemente) le risorse a disposizione ma di dare priorità ad interventi che accrescano ancor di più le differenze tra i vari territori e di difficile attuazione per il mancato coinvolgimento di Regioni ed enti locali. Si rischierebbe insomma, da una parte, di accettare una

---

[1] Sul punto si veda S. STAIANO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it,* 2 giugno 2021.

[2] Sul rapporto tra Italia e Istituzioni europee nella predisposizione del piano e nella previsione delle riforme della P.A. si veda il contributo di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma della pubblica amministrazione nel quadro del "Recovery Fund"*, in *AIPDA*, Forum "Next generation EU", marzo 2021.

spinta centripeta ormai già evidente e, dall'altra, di provare a equilibrare quest'ultima con l'accettazione passiva del fatto che i territori più virtuosi, che spesso possono anche contare su una maggiore dotazione di personale, si accaparrino la maggior parte delle risorse; con la conseguenza che le infrastrutture verrebbero realizzate solo laddove il livello di sviluppo è già medio-alto.

Il pericolo è, dunque, che il nostro sistema istituzionale ed amministrativo si trovi in balia di quella fretta e di quell'agitazione frutto della necessità di risposta all'emergenza che porta, riprendendo una celebre citazione manzoniana, ad "ingegnarsi a beccarsi l'un l'altro, come accade troppo sovente tra compagni di sventure[3]". Un'architettura economico - giuridica che è nata, così, con forse eccesiva rapidità per il timore che una nuova emergenza rendesse ormai vana la corsa contro il tempo, non può non porsi tuttavia come obiettivo quello di ripensare interamente il sistema di gestione amministrativa e istituzionale.

Se si passa, infatti, ad analizzare i singoli interventi, si rileva come le materie di riferimento non sono da inquadrare esclusivamente nella competenza statale ma, nella maggior parte dei casi, sono oggetto di competenza concorrente. Si pensi, ad esempio, all'istruzione o alla ricerca scientifica, al trasporto e produzione dell'energia o alla valorizzazione dei beni culturali, al governo del territorio o ai porti e aeroporti. In questi casi, come in altri che possono essere facilmente verificabili leggendo il Piano nel dettaglio, il ruolo formale e sostanziale delle Regioni non può essere disconosciuto, in quanto è la stessa giurisprudenza costituzionale che lo ha ripetutamente statuito.

Si potrebbe senza dubbio obiettare che, in fondo, le tre macroaree sulle quali si basano gli interventi ossia la transizione digitale, quella ecologica e quella relativa al superamento delle diseguaglianze sociali, sono solo in parte riscontrabili quali competenze esclusivamente statali come da lett. m), r), s) dell'art. 117. Siamo tuttavia consapevoli come proprio su questi temi le Regioni e gli enti locali rivestano un ruolo di particolare importanza, non essendo sostenibile giuridicamente che vengano assorbite, *de facto,* a livello centrale alcune ampie materie che lo stesso legislatore ha in più occasioni lasciato alla dialettica Stato-Regioni.

Si pensi, ad esempio, all'ampio tema della digitalizzazione, oggetto di numerosi interventi statali quali il CAD o il Piano Triennale e di altrettante misure adottate nell'alveo di quelle norme da parte delle regioni, e che risulta essere - ad oggi - non sufficientemente chiarito per quanto attiene la *governance* e le competenze seppur l'art. 117 comma lett. r) affidi alla competenza esclusiva statale il coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale.

2. Il coinvolgimento delle Regioni nella predisposizione del PNNR

Così la complessità si fa ancora più evidente se ci si interroga sull'idoneità della sede dove le Regioni possono apportare il proprio contributo spesso lasciato o a rapporti informali

[3] Come nella celebre frase con la quale A. Manzoni ne "I promessi sposi" descrive i capponi e il loro "beccarsi" l'un l'altro.

tra esponenti ministeriali e presidenti di Regioni o, meglio e con una partecipazione a carattere istituzionale, al sistema delle Conferenze[4].

Nel periodo di predisposizione del PNRR le Regioni sono state, così, coinvolte attraverso una fase di proposta, ossia mediante contributi che avrebbero dovuto rappresentare la base di partenza per l'elaborazione dell'intero Piano. Tali contributi tuttavia non compaiono citati nello stesso Piano e, seppur alcune richieste provenienti dalle Regioni siano state prese in considerazione, è evidente come la compartecipazione nella fase di elaborazione non sia stata sufficientemente curata, forse anche per la celerità dei tempi e il cambio di governo, tanto che numerose sono state le questioni, poi sopite, riguardo al coinvolgimento nella redazione di parte del Piano di società private[5]. Il dibattito riguardante il ruolo dello Stato (negli ultimi anni) in ambito di programmazione economica e di attuazione degli investimenti è, del resto, ampio e non è possibile affrontarlo compiutamente in questa sede[6].

Tuttavia, ciò che interessa ai nostri fini è provare a identificare le modalità con le quali il Piano riesce a garantire, da una parte, la partecipazione delle Regioni e, dall'altra, il coordinamento delle modalità operative territoriali e la tenuta dell'interesse economico e sociale nazionale (ed europeo)[7].

Dall'analisi dei resoconti della Conferenza Stato-Regioni si evince come il coinvolgimento abbia avuto come oggetto quello di organizzare la responsabilità e l'attuazione del Piano mentre il contributo sulle linee generali, senza dubbio importanti e previste sin dalle linee guida della Commissione Europea nell'ottica della piena applicazione della *governance* multilivello che, soprattutto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha contraddistinto

---

[4] Locuzione ormai ampiamente utilizzata che ha visto un lungo dibattito e approfondimento sia in sede di Assemblea Costituente che nella successiva fase di elaborazione dottrinale. Si veda sul punto F. PIZZETTI, *Il sistema delle conferenze e la forma di governo italiana,* in *Le Regioni*, nn. 3-4 del 2000, 547 ss.

[5] Il caso è noto e ha creato non poche polemiche tanto che il MEF è stato costretto a divulgare una nota con la quale ha spiegato sia il coinvolgimento di detta società sia la *governance* del Piano. Infatti con nota n. 44 del 02.02.2021 si affermava che «Gli aspetti decisionali, di valutazione e definizione dei diversi progetti di investimento e di riforma inseriti nel Recovery Plan italiano restano unicamente in mano alle pubbliche amministrazioni coinvolte e competenti per materia. L'amministrazione si avvale di supporto esterno nei casi in cui siano necessarie competenze tecniche specialistiche, o quando il carico di lavoro è anomalo e i tempi di chiusura sono ristretti, come nel caso del Pnrr […] l'attività di supporto richiesta a McKinsey riguarda l'elaborazione di uno studio sui piani nazionali "Next Generation" già predisposti dagli altri paesi dell'Unione Europea e un supporto tecnico- operativo di project-management per il monitoraggio dei diversi filoni di lavoro per la finalizzazione del piano». In relazione all'utilizzo di tecnici o società di consulenza si veda da ultimo il contributo di E. CATELANI, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. quali saranno gli effetti in uno Stato tecnologico?*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2 del 2021.

[6] Gli aspetti di particolare interesse sono molteplici e risulta essere varia e nutrita la dottrina in merito. Per quanto riguarda il ruolo dello Stato nella tutela dei diritti in relazione agli obblighi derivanti dalla politica economica, con una particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale, si vedano i contributi contenuti in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte,* ed. Giappichelli, Torino, 2017 e in particolare i contributi di G. AZZARITI, C. SALAZAR, R. TARCHI, M. TRAPANI, 387 ss. In particolare sulla crisi economica e il ruolo dello Stato si vedano A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.,* 2014, 1, 84; F. MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato*, in *Federalismi.it*, n. 20 del 2021, 39 ss.

[7] Per l'approfondimento sull'evoluzione del ruolo dello Stato si vedano A. PISANESCHI, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, ed. Giappichelli, Torino, 2009; S. CASSESE (a cura di) *La nuova costituzione economica*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2021.

l'approccio delle politiche eurounitarie[8], ha rappresentato un elemento di discussione non primario. Nel *"Commission staff working document guidance to member states recovery and resilience plans"* si prevede infatti che *"Member States should detail the processes and structures set up at national, regional and local levels to ensure complementarity and coordination of the management of various Union sources of funding in line with Article 22 of the Regulation and avoidance of double funding in line with Article 8 of the Regulation",* ossia la necessità che gli Stati Membri consultino le Regioni e gli enti territoriali nella fase di predisposizione del Piano, anche al fine di verificare l'integrazione tra i vari fondi indirizzati ai differenti livelli di governo. Tale disposizione ha trovato una sua previsione, seppur con un'impostazione differente, nel Regolamento[9] che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza dove si afferma che "le autorità regionali e locali possono essere partner importanti nell'attuazione delle riforme e degli investimenti. A tale riguardo, esse dovrebbero essere adeguatamente consultate e coinvolte conformemente al quadro giuridico nazionale".

Lo stesso documento di lavoro richiama così la necessità di prevedere una consultazione approfondita non differenziando, tuttavia, l'intervento delle Regioni e degli enti territoriali da quello degli *stakeholders* economici. Così, richiamando l'art. 5 comma 3 del 2020/0104 (COD), si afferma che *"Member States should in particular provide a summary of the consultation process conducted in accordance with the national legal framework when preparing the recovery and resilience plan, and describe how stakeholder inputs have been taken into account and are reflected in the plan. The summary should describe the scope (list of consulted social partners, civil society organisations, stakeholders etc.), the type (conference, bilateral, tripartite etc.), and timing of the outreach efforts and whether stakeholders have been consulted selectively on specific components or whether a general consultation has taken place on a comprehensive draft plan*"[10].

Se è pur vero che il testo sottoposto alla Commissione non rappresenta certamente un contributo del tutto completo e definitivo in ogni sua parte, risulta altresì chiaro che in quella proposta sia racchiusa l'intera portata organizzativa e trasversale del Piano[11].

Per ripercorrere il contributo delle Regioni e il loro coinvolgimento è necessario approfondire gli atti e gli stessi comunicati che la Conferenza delle Regioni ha reso pubblici (di recente) e che denotano senza dubbio una nuova centralità del sistema delle conferenze[12]

---

[8] Sul tema si vedano D'ATENA, *"L'Europa delle autonomie" Le Regioni e l'Unione Europea*, ed. Giuffrè, 2003.

[9] Così il considerato n. 34 del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

[10] Così il "*Commission staff working document guidance to member states recovery and resilience plans",* 22.01.2021, 46 ss.

[11] Sul punto si vedano gli approfondimenti condotti in modo particolarmente pregevole da L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid Rassegna*, n. 17 del 2020.

[12] Il tema del ruolo delle Conferenze è ampio e ricco di risvolti dottrinali e istituzionali. Negli ultimi anni questo dibattito si era radicalmente sopito in quanto più volte il legislatore si era posto l'obiettivo di superare tale sistema tramite riforme istituzionali. Per un approfondimento si vedano S. CASSESE - D. SERRANI, *Regionalismo moderno: cooperazione tra Stato e regioni e tra regioni in Italia,* in *Le Regioni*, 1980, 398 ss.; M. CARLI, *La Conferenza Stato-Regioni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 1984, 173 ss.; P. A. CAPOTOSTI, *La conferenza Stato-regioni fra garantismo e cogestione*, in *Le Regioni*, n. 3 del 1987, 351 ss.; ID., *Regione. IV) Conferenza Stato-Regioni (voce),* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1990; L. TORCHIA, *Una Conferenza pleno iure: prime osser-*

nel nostro ordinamento (anche in mancanza di un luogo rappresentativo delle Regioni) e un rafforzamento del ruolo del Governo su quello del Parlamento[13].

Nei rapporti tra Stato e Regione, intrattenuti mediante il sistema delle Conferenze, spicca la centralità della figura del Presidente di Regione. Tutto ciò, tuttavia, fa sorgere dubbi circa la effettiva idoneità di tale sistema a poter garantire una concreta possibilità di interazione e coprogrammazione tra livello centrale e livelli periferici, soprattutto nel caso in cui da queste interlocuzioni sia necessario far derivare linee di azione prodromiche allo sviluppo e alla ripresa dell'intera nazione. Non sfugge infatti che la stessa capacità decisionale della Conferenza risulta essere assai ridotta e gli spazi formali che essa può ricoprire non sempre rappresentano una effettiva attuazione del cooperativismo interno[14]. Rapporti che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale, si basano sui principi costituzionali di cooperazione e di leale collaborazione[15], sulla complicata convivenza tra il principio pluralista e la sua attuazione tenue nel titolo V, e su una forza centripeta, in particolar modo verso il go-

---

vazioni sul decreto legislativo 418/1989, in *Le Regioni*, n. 4 del 1990, 1037 ss.; G. PASTORI, *La Conferenza Stato-Regioni fra strategia e gestione*, in *Le Regioni*, n. 5 del 1994, 1261 ss.; A. SANDULLI, *La Conferenza Stato-Regioni e le sue prospettive*, in *Le Regioni*, n.5 del 1995, 837 ss.; W. ANELLO – G. CAPRIO, *I difficili rapporti tra centro e periferia. Conferenza Stato-Regioni, Conferenza Stato-Città-autonomie locali e Conferenza unificata*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1 del 1998, 47 ss.; G. DI COSIMO, *Dalla Conferenza Stato-Regioni alla Conferenza unificata (passando per la Stato-Città),* in *Le istituzioni del federalismo*, n.1 del 1998, 11 ss.; A. AZZENA, *Conferenze Stato-Autonomie territoriali (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento-volume III, 1999, 415 ss.; P. CARETTI, *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, in *Le Regioni*, n. 3-4 del 2000, 547 ss.; F. PIZZETTI, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, nn. 3-4 del 2000, 473 ss.; id., *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esploso",* in *Le Regioni*, 2001, 1153 ss.; F. RESCIGNO, *La prospettiva federalista italiana: ruolo ed esperienza della Conferenza Stato-Regioni,* in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2000, 43 ss.; F. S. MARINI, *La "pseudocollaborazione" di tipo organizzativo: il caso della Conferenza Stato-regioni*, in *Rassegna parlamentare*, 2001, 671 ss.; E. CATELANI, *Alcune osservazioni sugli aspetti organizzativi del Parlamento e del Governo nell'attuazione del titolo V: la Conferenza Stato-regioni e la Commissione parlamentare per le questioni regionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2002, P. CARETTI (a cura di), ed. Giappichelli, Torino, 2003, 27 ss.; S. AGOSTA, *Dall'intesa in senso debole alla leale collaborazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità,* in *federalismi.it*, 2004; R. BIFULCO, *Il sistema italiano delle Conferenze*, relazione al convegno Il mondo delle seconde camere, Torino, 31 marzo - 1 aprile 2005; R. BIN, *La prassi della cooperazione nel sistema italiano di multilevel government*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 7 del 2006, 689 ss.; G. CARPANI, *La collaborazione strutturata tra regioni e tra queste e lo Stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi "verticali" ed "orizzontali"*, in *federalismi.it*, ottobre 2009; Sulle riforme costituzionali si vedano C. BASSU, *La Conferenza Stato-Regioni nella Riforma Costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 9 del 2005; T. E. FROSINI, *Il Senato Federale e i procedimenti legislativi: un "puzzle" costituzionale*, in T. GROPPI - P. L. PETRILLO, (a cura di), *Cittadini, governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?,* ed. Giuffrè, Milano, 2005.

[13] Sul rafforzamento del ruolo del Governo si veda quanto approfonditamente affrontato da P. CARETTI, *Il sistema delle conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale,* in *Le Regioni, nn. 3-4 del 2000,* 547 ss.

[14] La stessa giurisprudenza costituzionale ha affrontato tardivamente la questione relativa ai nuovi rapporti tra Stato e Regioni in sede istituzionali. Tra le principali pronunce è possibile richiamare la sent. n. 6 del 2004 ove si richiama la necessità che eventuali modifiche del sistema delle competenze possa avvenire solamente con una collaborazione tra Stato e Regione nel sistema della conferenza. Sul punto si veda S. MANGIAMELI, *Letture sul regionalismo italiano. Il Titolo V tra attuazione e riforma della riforma,* ed. Giappichelli, Torino, 2011, 187 ss.

[15] P. A. CAPOTOSTI, *La Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e Regioni: una tendenza verso il regionalismo cooperativo?,* in *Le Regioni*, 1981, 896 ss. In realtà nel periodo dell'emergenza sanitaria la leale cooperazione è stata in parte accantonata o comunque al ruolo centrale della Conferenza Stato regioni si è sostituito la funzione, come vedremo, di mediatore esclusivamente in capo al Presidente della Conferenza delle regioni. Sul tema cfr. E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, 506 ss.

verno, e in modo particolare verso il Presidente del Consiglio, delle decisioni normative e politiche.

Spinta che ha in verità rappresentato la base delle recenti iniziative di regionalismo differenziato[16], ad oggi sospese, e che caratterizza ormai da molti anni gli equilibri del nostro sistema istituzionale. Tale modello cooperativo, tuttavia, trova la sua unica modalità di attualizzazione (formale) nella convocazione del sistema delle Conferenze e nell'acquisizione di contributi e pareri che possono (in alcuni casi devono) essere posti alla base delle scelte legislative.

L'evoluzione di tali organismi ha coinciso con l'affermarsi del regionalismo che oggi, anche in virtù di una ricentralizzazione di fatto delle fonti normative e delle politiche di attuazione, trova sempre di più una difficoltà ad emergere. Senza dubbio il sistema delle conferenze è differente sia nell'impostazione che nel ruolo che svolgeva nei primi anni '80 quando fu istituita la Conferenza Stato-Regioni con DPCM del 12 ottobre 1983 e la partecipazione era facoltativa e non obbligatoria. Con il d. lgs. n. 281 del 1997 la Conferenza ha trovato poi una sua ulteriore centralità in quanto si è previsto come obbligatorio di coinvolgimento sugli schemi di disegni di legge, di decreti legislativi o regolamenti del Governo nelle materie di competenza delle Regioni o delle province autonome. Tale riforma, oltre ad aver inciso sulla modalità di coinvolgimento, ha altresì attribuito ulteriori competenze al fine di addivenire a una concreta attuazione del principio di leale collaborazione[17].

Le difficoltà tuttavia di coordinamento tra i vari livelli di governo si sono rese sempre di più evidenti con il crescere degli stessi conflitti tra Stato e Regioni e dalle nuove spinte verso un regionalismo differenziato.

Tuttavia, questo sistema di "accordo", difficilmente può non trovare un equilibrio diseguale ove le Regioni sono chiamate a impegnarsi per la ricerca di un termine di caduta negoziale con lo Stato che, di fatto, è colui che in ultima istanza ha il potere di decidere. Potere che gli appartiene sia per la modalità con le quali vengono prese le decisioni che per la necessità che Piani nazionali siano in definitiva approvati dal CdM che di fatto ne determina le scelte.

Così l'estrema informalità tipica di questo meccanismo è evidente dalla lettura dei comunicati relativi alle Conferenze unificate avvenute nel mese di aprile ove si richiama la necessità che, preso atto delle linee di indirizzo nazionale, vengano costituiti da subito tavoli tematici al fine di affrontare le singole questioni in sinergia tra Stato e Regioni[18].

Le Regioni hanno altresì redatto un documento quale contributo al PNR (Piano Nazionale delle Riforme) che definiscono quale contributo annuale al monitoraggio ed alla programmazione strategica, premettendo che le varie raccomandazioni e linee di azione sono

---

[16] Sul punto mi sia permesso rimandare a quanto già scritto in M. TRAPANI, *Il regionalismo differenziato italiano e le recenti iniziative (referendarie e non),* in ANTONIO PÉREZ MIRAS - GERMÁN M. TERUEL LOZANO - EDOARDO C. RAFFIOTTA - MARÍA PIA IADICCO (a cura di) vol. 4 del 2020, *Sistema de fuentes, Justicia constitucional y Organización territorial*, 411- 426.

[17] Sul tema si veda la ricostruzione di E. CATELANI*, Poteri ed organizzazione del governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei,* Tipografia editoriale pisana, 2017, 258 ss.

[18] Si veda il sito ufficiale della Conferenza delle Regioni.

parametrate al PNRR e agli interventi ivi previsti. Nel testo si richiama da subito infatti la stretta correlazione tra PNRR e PNR e la suddivisione tra riforme orizzontali, abilitanti, settoriali o di accompagnamento, sulle quali le Regioni intendono dare il proprio contributo.

Recentemente, con la pubblicazione del testo definitivo del PNRR, la stessa Conferenza delle Regioni ha reso noto un comunicato e una serie di emendamenti che vanno ad incidere fortemente sul testo e sulla *governance*, lamentando una sostanziale mancanza di coordinamento con le Regioni e un insufficiente coinvolgimento. Nel comunicato si legge addirittura che "Il testo di decreto-legge, acquisito informalmente, presenta criticità in ordine alla compatibilità costituzionale delle norme introdotte. Non può che ritenersi che lo sviluppo economico e sociale dei territori sia in maniera indiscutibile attribuito alla competenza delle Regioni e delle Province autonome e, in questo testo, esse sono di fatto escluse da tutti i meccanismi decisionali e dalle sedi più rilevanti, peraltro in assoluto contrasto con quanto precisato dall'Unione Europea che ha rilevato la necessità di una *governance* multilivello dei Piani nazionali"[19].

Senza dubbio è necessario distinguere la competenza normativa da quella in termini di attuazione e monitoraggio ma è evidente che in un Piano di tale portata le materie sono talmente trasversali che difficilmente sarà possibile accettare una suddivisione netta. Così il punto centrale torna ad essere doppio: da una parte la capacità delle Regioni e degli enti locali di trovare una voce comune e un tavolo unitario dove far valere le proprie richieste e, dall'altro, la possibilità che da questi sforzi si riesca a ridisegnare un equilibrio istituzionale e costituzionale che integri il ruolo degli enti periferici sin nella fase di progettazione che di indirizzo.

3. La fase della progettazione del PNRR e i decreti legge

Ma la domanda da porsi è la seguente: dalla lettura del Piano e delle stesse modalità con le quali era stata condotta la dialettica tra le varie istituzioni, quale impostazione traspariva e quali spazi sono lasciati alle Regioni?

Primariamente è bene distinguere le quattro fasi principali: quella di predisposizione del Piano, quella di proposta dei progetti, quella di attuazione e la successiva di monitoraggio. In ognuna di queste quattro fasi le Regioni svolgono senza dubbio un ruolo centrale, sia per quanto riguarda la fase dell'individuazione degli obiettivi, che per quella della esecuzione dei progetti selezionati.

Il PNRR, tuttavia, pur richiamando numerose azioni che interessano principalmente gli enti locali e le regioni, non contempla una particolare modalità di coordinamento che viene lasciata al decreto successivamente approvato. Le Regioni vengono così richiamate per quanto riguarda l'impegno verso la "questione Sud" e il superamento, quindi, del notevole divario mediante una particolare attenzione alla progettazione delle Regioni meridionali. Ulteriore elemento che rappresenta un punto cruciale per l'attuazione del Piano e dei progetti è

[19] Così il documento della Conferenza delle Regioni del 28 maggio "PNRR, Decreto Legge Semplificazione e Governance: proposte ed emendamenti" pubblicato sul sito della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome.

quello della semplificazione e della sostanziale modifica delle procedure amministrative. Così il Piano richiama la necessità di affermare una "buona amministrazione" mediante una serie di riforme che vadano ad incidere sulla velocità dell'espletamento delle procedure collegate al PNRR e che sono "già state individuate con le associazioni imprenditoriali e condivise con le Regioni, l'UPI e l'ANCI, nell'ambito dell'agenda per la semplificazione"[20]. Si noti che le procedure vengono discusse in modo differente con i soggetti economico-sociali e con quelli istituzionali; mentre con i primi si coprogettano, con i secondi si condivide solamente il risultato.

Superata la fase di costruzione del Piano è necessario quindi verificare nelle altre fasi quale potrà essere il coinvolgimento regionale.

Alcune di queste semplificazioni erano già state inserite nel D.L. n. 76 del 2020 e rappresentano quindi mera evoluzione e attuazione di tali previsioni. Nel PNRR si prevedono numerosi soggetti che rappresentano i luoghi di discussione e decisione delle azioni. Questi sono ravvisabili nella cabina di regia, nella segreteria tecnica della cabina di regia, nel tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, nell'unità per la realizzazione e il miglioramento dell'efficacia e della regolazione. Tali organi sono tuttavia sottoposti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che detiene la responsabilità di indirizzo del piano e si avvalgono delle strutture di coordinamento de degli uffici dirigenziali presso la Ragioneria di Stato.

Gli interventi vengono così effettuati dalle singole amministrazioni competenti, nel quadro di un forte coordinamento comunque nazionale. La stessa fase della progettazione, ad esempio, lasciata principalmente alla non scontata iniziativa di Regioni ed enti locali, potrà risentire molto dal grado di avanzamento delle varie fasi progettuali, essendo evidente che gli interventi potranno riguardare progetti in fase definitiva o esecutiva.

Così il PNRR prevede la realizzazione e attuazione dei vari interventi in capo a Amministrazioni centrali, Regioni ed enti locali, tenuto conto del settore di riferimento e della natura dell'intervento. Gli stessi controlli sulla regolarità delle procedure e delle spese sono svolti dalle amministrazioni competenti anche se viene individuata una struttura di coordinamento presso ogni Amministrazione Centrale responsabile di ogni missione e il coordinamento centrale viene lasciato in capo al MEF e alla "cabina di regia".

Governance che è stata definitivamente chiarita nel D.L. n. 77 del 2021[21], convertito con legge 29 luglio 2021, n. 108, mediante il quale è possibile ripercorrere, o quantomeno ricostruire, sia il confronto istituzionale che le valutazioni giuridiche adottate.

Il primo punto qualificante la discussione circa l'equilibrio decisionale e organizzativo tra Stato e Regioni riguarda l'istituzione di una cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri alla quale parteciperebbero, oltre al Presidente del Consiglio, i Ministri e i Sottosegretari competenti in ragione delle materie.

---

[20] Così il Piano nazionale di ripresa e resilienza, 46 ss.

[21] Il decreto prevede per la sua attuazione che vengano emanati 18 decreti alcuni di questi finalizzati a istituire le strutture di *governance*.

L'art. 2 che istituisce tale cabina di regia prevede una serie di compiti particolari in capo al livello nazionale, in particolar modo, come visto, al governo nella sua interezza, lasciando altresì poco spazio alla possibilità delle Regioni di inserirsi nel processo di indirizzo. Tale organo dovrebbe infatti compiere tutte le azioni di indirizzo e linee guida sul Piano, la verifica dell'attuazione e delle eventuali criticità, effettua il monitoraggio e lo stato di avanzamento. Il ruolo delle Regioni e delle Province autonome viene così relegato ad enti che possono essere invitati ai lavori della cabina di regia nei casi in cui si affrontino questioni di stretta competenza regionale e, nei casi in cui la competenza interessi più regioni, potrà intervenire il Presidente della conferenza. La norma prevede inoltre una composizione differente nel caso in cui partecipino le Regioni, ossia nel caso si tratti di argomenti trasversali, in quanto si disciplina la necessaria presenza del Ministero per gli affari regionali e le autonomie che, su delega del presidente del Consiglio, ha la possibilità altresì di presiedere le sedute.

Una tale composizione non lascia quindi molti dubbi circa l'impostazione che è stata data all'organizzazione della gestione del Piano. Una gestione che interessa principalmente il livello nazionale inteso quale esecutivo e che permette una partecipazione delle Regioni, quantomeno nella fase del coordinamento e dell'indirizzo e in quello della verifica, solamente quali soggetti che intervengono al pari di coloro che possono essere invitati e che fanno parte delle categorie economiche e sociali senza però definire il ruolo che tali enti svolgono. In altre parole, sembra che questa partecipazione si esaurisca in un parere che può essere disatteso senza motivazione da parte del governo. Probabilmente sarebbe stato necessario, anche al fine di prevedere una reale costruzione delle politiche pubbliche a più velocità coordinate tra loro, prevedere una cabina di regia paritaria e un meccanismo decisionale interno che legittimasse maggiormente la spinta delle Regioni o quantomeno ne evidenziasse le capacità che esse hanno (o dovrebbero avere proprio per loro natura) di connettori e soggetti aggregatori. Fissare invece la partecipazione nelle sole questioni di competenza anche regionale, non solamente potrebbe creare non pochi problemi interpretativi visto che, come già analizzato, proprio la natura generale del Piano rischia di interessare su ogni azione e missione una competenza regionale, ma altresì che, interessando in linea generale più di una regione, il confronto sia portato avanti solamente mediante l'intermediazione del Presidente[22].

Un tale approccio non risulta contraddetto dall'istituzione di un tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale (art. 3) nel quale partecipano sia le Regioni che le parti economico-sociali, dal ruolo centrale affidato alla segreteria tecnica della Presidenza del Consiglio (art. 4) e dalla previsione di un Ufficio per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e semplificazione presso la Presidenza del Consiglio (art. 5) che ha tra i compiti anche quello di promuovere interventi normativi, organizzativi e tecnologici da compiere anche attraverso una Agenda di semplificazione condivisa con le Regioni.

---

[22] Sul punto si veda E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19?*, op. cit., 511 ss. dove si affronta il tema della crisi della leale collaborazione e la difficoltà che oggi sconta il sistema delle conferenze.

Così il monitoraggio dell'attuazione e il controllo rimangono in capo al livello statale con una particolare centralità del MEF e il coordinamento dell'attuazione viene attribuito alle varie amministrazioni centrali secondo le proprie competenze (art. 8).

L'attuazione in senso stretto, invece, viene lasciata in capo a Regioni ed enti locali che devono tuttavia rispettare quanto previsto dal PNRR e dalle normative nazionali. Secondo l'art 9 del Decreto, infatti, il ruolo delle Regioni deve essere portato avanti a partire da quanto già previsto nel PNRR e si inserisce in particolar modo in una fase esecutiva e successiva a quella di coordinamento e progettazione in quanto si chiede alle Regioni di voler portare a termine degli interventi che sono il frutto delle linee guida inserite nel Piano e delle progettualità portate avanti da un sistema di rapporti istituzionali e para istituzionali spostati sempre di più verso le Amministrazioni centrali.

La legge di conversione n. 108 del 2021, articolata in 121 articoli, ossia 54 in più rispetto a quelli che compongono il decreto convertito, non introduce novità rilevanti in tema di *governance* del PNRR e ruolo delle regioni e, anche in relazione al ruolo delle altre istituzioni, le novità risultano essere fortemente limitate.

La responsabilità principale rimane infatti in capo alla Presidenza del Consiglio e si mantiene tutto lo schema di *governance* prima descritto, introducendo sia un obbligo di comunicazione da parte della Corte dei Conti al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR (art.7) che uno di trasmissione da parte della Cabina di regia alle Commissioni parlamentari di documentazione utile al monitoraggio dell'attuazione del Piano ogni sei mesi (art. 1). L'art. 11 *bis* prevede inoltre un rafforzamento della capacità delle P.A. di poter mettere a disposizione i propri dati, anche quale conseguenza dell'emergenza epidemiologica e al costante crescere della necessità di politiche pubbliche che si basino sulla grande quantità di informazioni in possesso delle amministrazioni, affidando all'ISTAT la funzione di aggregare e utilizzare le informazioni provenienti da archivi amministrativi e dati di indagine, al fine di disporre anche di statistiche ufficiali tempestive, nel rispetto delle previsioni del GDPR. Tali previsioni, seppur rafforzino il ruolo del Parlamento, ed in particolar modo delle Commissioni, non sembrano alterare in modo significativo lo sbilanciamento della responsabilità dell'indirizzo verso il Governo, potendo il Parlamentare svolgere meramente un ruolo di verifica ulteriore e monitoraggio indiretto. Il ruolo delle Regioni non viene inoltre in alcun modo rafforzato prevedendo unicamente alcune novità, come visto, solamente riferibili al legislatore nazionale e non anche agli enti territoriali.

4. Il potere sostitutivo

La previsione che desta maggiori perplessità riguardo la sua effettiva compatibilità con l'ordinamento istituzionale e normativo è quella relativa ai poteri sostitutivi da parte dello Stato. L'articolo 12 prevede infatti che, nel caso in cui vi sia una inadempienza da parte di Regioni o enti locali nell'attuazione di un progetto o un intervento previsto nel PNRR, lo Stato può attivare da subito un procedimento *ad hoc* mediante un intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente. Con tale

procedimento possono essere diffidati i soggetti attuatori a eseguire gli atti di propria competenza entro 30 giorni, decorsi i quali, possono essere nominati commissari *ad acta* al fine di rispettare gli obblighi e gli impegni finalizzati all'attuazione del PNRR.

Questo potere sostitutivo pone non poche questioni di carattere costituzionale in quanto, data la sua ampiezza, rischia fortemente di minare quella suddivisione di competenze sia in ambito legislativo che amministrativo. Tutto ciò comporta quindi delle criticità sia interpretative che attuative che potrebbero portare ad eventuali conflitti, a ragion d'uopo se non affrontate anche mediante una serrata interlocuzione istituzionale. Tale previsione legislativa rischia infatti di essere eccessivamente generica in quando fa dipendere un eventuale potere sostitutivo (in ambito sostanzialmente amministrativo) al venir meno del rispetto degli "obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti"[23].

Nell'attuazione del PNRR risultano essere numerosi gli interventi che i vari enti territoriali dovranno mettere in atto. Interventi che presuppongono, ad esempio, una certezza delle procedure di gara, una velocità nella progettazione, una capacità di avere a disposizione progetti in fase esecutiva che possano essere pronti per essere finanziati. Procedimenti che interessano numerose articolazioni territoriali e che potrebbero rendere difficoltosa la stessa capacità del Governo di incidere in modo uniforme.

Un potere sostitutivo che quindi si riferisce a tutta l'azione amministrativa delle Regioni e degli Enti locali ed in particolar modo alla fase esecutiva in quanto, come visto, è proprio questa fase quella che interesserà maggiormente l'azione delle Pubbliche Amministrazioni locali.

L'ampio tema dei poteri sostitutivi e della loro previsione in Costituzione è stato diffusamente approfondito e dibattuto in dottrina[24] attraverso numerosi studi ai quali si rimanda per una analisi degli istituti. L'introduzione in Costituzione del potere sostitutivo ex art. 120, secondo comma, e 117, comma quinto, e la sua attuazione alla luce della disciplina eurounitaria[25], rappresenta il sintomo sia di un progressivo accentramento dei poteri, sia una partico-

---

[23] Così il d.l. n. 77 del 2021, art. 12 co.1.

[24] Per un approfondimento sul potere sostitutivo e la sua evoluzione nel tempo, considerata la sterminata produzione scientifica e dottrinale, si vedano, E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo. Amministrazione centrale ed enti locali,* Napoli, 1968; G. GRECO*, Il potere di sostituzione dello Stato alle Regioni,* ed. Maggioli, Rimini, 1990; C. BARBATI, *La tipizzazione giurisprudenziale dei poteri sostitutivi statali,* in *Regioni*, n. 1 del 1990, 109 ss.; R. DICKMANN, *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi statali dopo la legge cost. n. 3 del 2001*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2003, 485 ss.; P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Le Regioni,* n. 6 del 2002; V. TAMBURRINI*, I poteri sostitutivi statali. Tra rispetto dell'autonomia regionale e tutela del principio unitario,* ed. Giuffrè, Milano, 2012; M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, ed. Cedam, Padova, 2004; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale,* ed. Giuffrè, Milano, 2007; S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, ed. Giuffrè, Milano, 2008.

[25] M. P. IADICICCO, *Il potere sostitutivo dello Stato nel sistema di attuazione degli obblighi comunitari*, in L. CHIEFFO (a cura di), *Regioni e dinamiche di integrazione europea*, ed. Giappichelli, Torino, 2003, 100 ss.; F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, in *giurcost.org,* 2002.

lare attenzione ai principi di collaborazione e cooperazione tra Stato e Regioni[26] a seguito del decentramento disegnato dalle leggi Bassanini[27]. Il potere sostitutivo previsto dal DL n. 77 del 2021 è da inquadrare in quei poteri ulteriori che possono essere introdotti in via ordinaria nel rispetto dei presupposti e dei limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale. Tali previsioni si basano, secondo costante giurisprudenza costituzionale, sul combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost.

Se analizziamo quindi la disciplina del potere sostitutivo in ambito di attuazione del PNRR possiamo subito verificare come ritorni in qualche modo, anche quale risposta al sistema emergenziale, un'attenzione a un concetto che la dottrina aveva affrontato nel suo complesso, anche quale conseguenza dell'evoluzione giurisprudenziale[28], a seguito della sua eliminazione dal testo costituzionale: l'interesse nazionale[29].

Infatti, lo Stato è chiamato ad intervenire con una formula molto generica, come visto, per garantire che gli effetti del Piano siano effettivi in tutto il Paese che si è impegnato nella sua unitarietà nazionale con l'UE per il perseguimento di tali obiettivi. La sostituzione, senza dubbio in ambito amministrativo, risulta tuttavia essere maggiormente pervasiva delle competenze delle Amministrazioni locali in quanto sono numerose le esigenze che vengono tutelate con tale istituto. Tutte esigenze, a partire da quella del rispetto degli accordi siglati con l'UE, l'unità economica e i livelli essenziali delle prestazioni derivanti da un Piano europeo che ha visto una sua nascita, come visto, a livello Statale.

Ad affermare una centralità dell'interesse nazionale è lo stesso decreto legge che, all'art. 1, comma 2, afferma che «ai fini del presente decreto e della sua attuazione assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei Piani indicati al comma 1, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e di ambiente». Tutto ciò viene riconfermato non solamente dall'impostazione della *governance* che, come abbiamo visto, riflette un sostanziale "monopolio" della Presidenza del Consiglio e del livello statale in generale sull'attuazione e predisposizione del Piano, ma altresì su quanto affermato nel comma 3 dell'art. 1, ove si conferma che « Le disposizioni contenute nel presente decreto, in quanto direttamente attuative degli obblighi assunti in esecuzione del Regolamento (UE) 2021/241, sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di rapporti dello Stato con l'Unione europea di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera a), della Costituzione e definiscono, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della

---

[26] S. BARTOLE, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni",* in *Le Regioni*, n. 3 del 1988, 565 ss.

[27] Sul punto si veda A. DE MICHELE, *L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5 del 2008, 624 ss.

[28] A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?,* in *Quad. cost.,* 2001, 345 ss.

[29] R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quad. cost.,* 2002, 86 ss.; F. CINTOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?, ivi*, 89 ss.; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, n. 2-3 del 2004, 381 ss.; F. GIUFFRÈ, *Principio unitario ed interesse nazionale nel progetto di revisione della seconda parte della Costituzione*, in *forumcostituzionale.it.,* 2006; C. PADULA*, Principio di sussidiarietà, verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica,* in *federalismi.it*, 2006, 14 ss.

Costituzione, livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Lo stesso rapporto Parlamento/governo, da osservare nella fase emergenziale e nel rinnovato spirito di "interesse nazionale", ha trovato una sua forte limitazione nel dibattito e nella elaborazione del piano che si rende ancor più evidente in una sostanziale esclusione delle Camere dal confronto con le Amministrazioni locali.

Il sistema delle Conferenze rischia così sempre di più, soprattutto se indirizzato dall'emergenza, di portare avanti due differenti impostazioni che spingono verso una gestione accentrata e un superamento dei livelli differenziati di governo. Da una parte, infatti, il Parlamento si vede escluso dal dibattito nazionale ed incapace a riportare le questioni regionali al suo interno. Dall'altra le stesse Regioni, seppur coinvolte, non possono incidere nelle fasi dell'ideazione delle linee di indirizzo, nella programmazione e nella progettazione in quanto viene affidato loro un mero ruolo di attuatore e, non in tutti i casi, di soggetto chiamato ad esprimere un proprio parere.

5. Cenni conclusivi

Un sistema che tende quindi ad ampliare fortemente il potere sostitutivo perchè gli stessi limiti costituzionali rischiano di non essere sufficienti o sufficientemente applicati e la fase della attuazione, quindi della mera messa in campo delle azioni, predominante su quella della progettazione, evidenziando non solamente una mancanza di tempo, data dall'urgenza, ma anche di un luogo idoneo dove le istanze delle regioni possono trovare una propria espressione e rappresentanza.

Una impostazione fortemente centralista che con difficoltà può cogliere le differenti velocità con le quali si muove il Paese, che rischia di rendere inefficace il Piano, proprio per la mancanza della necessaria collaborazione e sinergia con le programmazioni delle Regioni e degli enti locali e l'estrema incertezza che ad oggi è percepita da parte delle istituzioni territoriali. Occorrerebbe, al contrario, ripristinare la corretta filiera istituzionale al fine di rendere i progetti del PNRR utili, efficaci e realmente resilienti per i nostri territori e, più in generale, per il Paese e utilizzare l'occasione per una nuova e profonda riforma istituzionale[30]. In tema di coordinamento tra livello regionale e statale è necessario che il coinvolgimento della conferenza non si limiti a una mera presa d'atto ma ad una stipula di una intesa *ad hoc* che possa disciplinare nello specifico il ruolo di ogni livello territoriale e le linee di intervento strategiche da portare avanti, trattandosi in larga parte di concorrenza di competenze, statali e regionali, relative a materie strettamente collegate tra loro[31].

---

[30] In modo forte e in parte provocatorio L. TORCHIA, *Il vero valore del Recovery Plan (spoiler: non sono le risorse)*, in *AIPDA,* Forum next generation, aprile 2021; ID., *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR,* in *AIPDA*, Forum next generation, aprile 2021.

[31] Sul tema si veda quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 251 del 2016 e l'ampio commento dottrinale sviluppatosi.

In definitiva, l'impostazione scelta, non risulta essere quella di una riforma strutturale delle istituzioni e del loro funzionamento, superando una logica del mero dialogo per intraprendere un percorso di vera coprogrammazione e coprogettazione anche mediante una ridefinizione dei procedimenti istituzionali e amministrativi. Le modifiche introdotte hanno il limitato fine di sopperire ad eventuali mancanze o difficoltà di coordinamento tra Stato ed enti territoriali mediante la mera sostituzione o l'attrazione di tutte le competenze solamente verso il livello centrale.

Una carenza, quindi, sia di un procedimento collegiale e legittimato a far coesistere le istanze multilivello che di un organo idoneo a far confrontare le varie istanze mediante un sistema di pesi e contrappesi. Come visto, il sistema delle Conferenze non pare - a chi scrive - poter rappresentare una modalità efficace per determinare l'effettiva compartecipazione in ogni fase, dalla predisposizione delle linee guida fino alla fase della verifica, rischiando così di far venire meno la rappresentanza di molte istanze regionali, non potendo certo il Presidente, seppur talvolta accompagnato in delegazione, rappresentare la grande varietà nazionale, e determinando altresì la mancanza di un dibattito e un confronto tra gli organi elettivi e rappresentativi e volontà multilivello. Un'impostazione quindi che non percorre la strada tracciata dal legislatore e dalla stessa Corte per quanto riguarda il rapporto, ad esempio, tra Stato ed enti del terzo settore, ove si è iniziato a perseguire l'obiettivo di far coesistere istanze di differente livello, provando ad attuare una effettiva sussidiarietà[32], in questo caso orizzontale. In definitiva, seppur sia necessario verificare l'evoluzione nei prossimi mesi, risulta chiaro come il nostro sistema difetti di sedi in cui, non solamente in casi di emergenza, sia possibile svolgere un confronto tra Stato e Regioni, promuovendo quella *governance multilivello* spesso posta alla base del diritto eurounitario, mediante le quali è possibile bilanciare in modo accettabile le istanze provenienti da un nuovo concetto di "interesse nazionale" senza che quest'ultimo diventi un mero effetto interposto della centralizzazione dei poteri decisionali in capo agli esecutivi.

[32] Il riferimento è alla sentenza della Corte Cost. n. 131 del 2020 che ripercorre magistralmente i concetti che il legislatore e la dottrina negli anni hanno sviluppato sul tema.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 04/11/2021

AUTORE: Antonio Merlino*

L'EUROPA E IL FASCISMO. HELLER E LA CRISI DEL COSTITUZIONALISMO EUROPEO

Sommario: 1. Un libro da rileggere 2. Un metodo comparatista: la critica a Pareto 3. Uno «pseudo-rinascimento»: il corporativismo 4. La critica verso lo statalismo: il diritto della forza.

1. Un libro da rileggere

Nel 1987 è stata pubblicata la prima traduzione italiana di un'opera del giurista tedesco Hermann Heller: si deve a Carlo Amirante la traduzione di *Europa und der Fascismus*, pubblicato nel 1929 per i prestigiosi tipi di de Gruyter, riedito nel 1931 e tuttavia rimasto troppo a lungo ignorato in Italia tanto dai giuristi quanto dagli storici e dai filosofi.[1] I primi lo hanno infatti considerato come un libro di storia estraneo al rigore metodologico della scienza giuridica mentre i secondi lo hanno dimenticato perché libro di diritto e in quanto tale esorbitante gli interessi dello storico e del filosofo di professione. [2]

Nonostante Heller sia stato il più lucido interprete della crisi che si apprestava a travolgere l'ordine giuridico della Repubblica di Weimar il suo nome rimase a lungo sottaciuto al pari della sua opera: questo destino toccò anche al libro sull'*Europa e il fascismo*, nonostante le lucide riflessioni ivi contenute, riflessioni di un giurista che, a leggerle oggi, paiono quasi

* Professore a contratto di «Vergleichendes Verfassungsrecht Italien Österreich» nell'Università Paris Lodron di Salisburgo.

[1] H. HELLER, *Europa und der Fascismus*, Berlin und Leipzig, de Gruyter, 1931, trad. it. a cura di C. AMIRANTE, *L'Europa e il fascismo*, Milano, Giuffrè, 1987. Di recente il libro ha destato l'interesse degli interpreti: si segnala la ristampa per i tipi di de Gruyter (Berlin-Boston, 2014) e la traduzione in spagnolo con il titolo di *Europa y el Fascismo* (1929), trad. del alemán por F. J. CONDE, Granada, Comares, 2006.

[2] In questa prospettiva è in corso la salutare ristampa della traduzione italiana di *Europa und der Fascismus* per i tipi de «Il Formichiere» nella collana «Piccola biblioteca del pensiero giuridico diretta da DIEGO QUAGLIONI» con una nuova prefazione di C. AMIRANTE.

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

delle profezie per quel tempo.[3] E forse anche per il nostro. Così, a ragione, Ellen Kennedy aveva potuto affermare in un saggio del 1984 che *Europa und der Fascismus* fu «one of the most influential analyses of fascism to appear in Germany before 1933» e ricordare infine «how fruitful Heller's approach is for the understanding of democracy».[4] Fabula de nobis.

Heller pubblicò quelle pagine in seguito a un soggiorno di sei mesi in Italia, nel 1928. Egli comprese prima di altri che l'esempio italiano poteva essere imitato in Germania e si adoperò quindi a smascherare i tanti inganni che il regime di Mussolini stava contrabbandando per risultati raggiunti.

In particolare Heller aveva identificato il pericolo che lo statalismo politico e giuridico portava seco e, al contempo, aveva eroso un corollario di quella dottrina, ossia il mito delle teorie organiciste che alla fine degli anni Venti ebbero un *revival* non solo in Italia.[5] Per il giurista tedesco tanto le dottrine stataliste quanto le loro foglie di fico - l'organicismo e il corporativismo - servivano a fornire una iniziale copertura ideologica alle vergognose brame totalitarie dal regime: una catastrofe che in Italia era realtà e che in Germania si sarebbe da lì a breve avverata.

Rientrato dal soggiorno in Italia Heller diede alle stampe il suo libro. All'epoca egli era uno dei più affermati giuspubblicisti tedeschi. Da poco chiamato come Professore straordinario a Berlino, egli occupava un posto di prim'ordine nella *Methodenstreit* in corso tra i giuristi di lingua tedesca e già da alcuni anni aveva avviato la sua audace polemica con i dioscuri della scienza giuridica tedesca, Carl Schmitt e Hans Kelsen.[6] La sua voce godeva di solidissima autorità.[7] La denuncia delle tante menzogne divulgate dalla cultura giuridica fascista si mescolava a una intransigente critica dei presupposti filosofico-giuridici della coeva scienza politica e giuridica. Diritto, storia e filosofia erano così concepiti come inscindibili nella lucida indagine sul fascismo e sui pericoli dispotici che incombevano sull'ordine repubblicano in Germania.[8] Il giurista tedesco aveva colto prima e meglio di altri le molte insidie che si anni-

---

[3] A questo proposito si veda C. AMIRANTE, *La Costituzione di Weimar ed il costituzionalismo contemporaneo*, in *Weimar e la crisi europea. Economia Costituzione Politica*, a cura di C. AMIRANTE e S. GAMBINO, Cosenza, Periferia, 2013, pp. 41-79.

[4] E. KENNEDY, *The Politics of Toleration in Late Weimar: Hermann Heller Analysis of Fascism and Political Culture*, «History of Political Thought», 1984, pp. 109-127 e 111 specialmente.

[5] Sulle teorie corporativiste e organiciste in Germania si veda S. KIRSTE, *Theorie der Körperschaft des öffentlichen Rechts. Verwaltungshistorische, organisationstheoretische und verwaltungsorganisationsrechtliche Aspekte*, Heidelberg, Heibooks, 2017, pp. 63-229 specialmente.

[6] La critica di Heller al normativismo kelseniano e al decisionismo schmittiano era mossa con veemenza in due saggi pubblicati tra il 1926 e il 1927: *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats-und Völkerrechts*, in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, hrsg. von V. Burns, Heft 4, Berlin und Leipzig, 1927, pp. 177-248 e *Die Krisis der Staatslehre*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 55, 1926, pp. 289-316.

[7] Una voce che si sarebbe spezzata prematuramente: Heller morì per una crisi cardiaca a Madrid nel 1933. Era esule in Spagna in quanto ebreo dopo che Hitler prese il potere.

[8] Per i presupposti filosofici del pensiero di Heller rinvio alla mia *Introduzione* a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, a cura di A. MERLINO e con una *Premessa* di C. AMIRANTE,

davano nelle acrobazie teoriche degli addottrinati e che si apprestavano a convertirsi – hegelianamente – da «razionale» a «reale». Il libro di Heller sulla catastrofe europea non è da rileggere soltanto per esercizio di erudizione e neppure soltanto per gettare più intensi lumi su una pagina di "storia contemporanea" (come la si chiama abusivamente). Il libro è di stringente attualità, poiché esso offre una lucida e direi quasi preveggente interpretazione dei pericoli tirannici che si annidano all'interno delle moderne democrazie di massa e che coincidono con la proliferazione di movimenti populisti e autoritari, la cui base ideologica consiste in fondo in quella che Heller chiamava a ragione «deificazione dello Stato».[9]

2. Un metodo comparatista: la critica a Pareto

Ho sopra ricordato la critica di Heller indirizzata alla filosofia del diritto e alla giuspubblicistica in Germania. Altrove ho sostenuto che il pensiero di Heller sorge e si sviluppa con una costante critica rivolta al normativismo proposto da Hans Kelsen e al decisionismo di Carl Schmitt.[10] Entrambe queste concezioni apparivano a Heller accomunate da uno statalismo cupo e foriero di gravi conseguenze: tanto la filosofia giuridica che aveva ridotto il diritto a norme pure (la *reine Rechtslehre* di Kelsen) quanto quella che aveva contratto l'ordinamento giuridico nella decisione di un sovrano dotato di pieni poteri (Schmitt) erano per Heller corollari di un principio radicatosi per tutto l'Ottocento giuridico: il principio dello Stato nazionale come valore supremo.[11] Le coeve dottrine giuridiche erano la conseguenza di un profondo scotimento (*Erschütterung*) morale, l'esito di una trasvalutazione di tutti i valori (la *Umwertung aller Werte*, divenuta celebre grazie all'impiego che ne fece Nietzsche), soppiantati da un unico criterio etico: lo Stato come pura potenza.

Per Heller il culto dello Stato era spaventosamente collegato all'ideologia nazionalista ed espansionista dilagante in Europa. Furono i giuristi a coniare l'idea che Stato e diritto fossero più o meno la medesima cosa. Furono i giuristi a sostenere che lo Stato non dovesse riconoscere alcun diritto sopra di sé (il diritto internazionale) né sotto di sé (le autonomie, i

---

Foligno, Il Formichiere, 2021, trad. it. di H. HELLER, *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte*, Leipzig und Berlin, 1921).

[9] Per una prospettiva sugli odierni movimenti populisti si vedano il recente studio di A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021 e la miscellanea a cura di R. CHIARELLI, *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2015. Si confronti con S. KIRSTE, *The Populist Reversal of Constitutionalism. From the Dialectical Unity of Democracy and the Rule of Law to the Negative Dialectic of Populist's Anti-Institutionalism*, in *Populism*, ed. by S. KIRSTE and N. PAULO, Franz Steiner Verlag, Berlin, 2021, pp. 35-61.

[10] A. MERLINO, *Introduzione* a H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, cit., pp. 9-32.

[11] Secondo Heller questo principio discendeva dalla filosofia giuridica di Hegel. Già nel suo primo libro del 1921 Heller poteva affermare lapidariamente che «l'ideologia dello Stato nazionale di potenza è figlia stessa della filosofia idealista e nessun altro che Hegel ne è il padre» (*Ibidem*, p. 35).

corpi intermedi). Tutte idee che per Heller non potevano che sfociare nella prevaricazione di uno Stato sull'altro, nel culto della potenza e infine nella catastrofe dell'espansione bellica.

L'equazione tra Stato e diritto era gravida di conseguenze non solo sul cosiddetto "versante esterno", ossia sullo scenario internazionale, ma anche sul versante interno: essa implicava che in quanto valore assoluto ed esclusivo criterio etico la volontà statale potesse prevaricare i diritti soggettivi e che, in fondo, un gruppo di uomini potesse impadronirsi tanto dello Stato quanto del diritto per imporre il proprio placito su altri gruppi uomini.

Nel 1928, al tempo del soggiorno italiano, Heller aveva già precisato queste idee e messo in relazione l'acutizzarsi della crisi politica in Europa con la profonda crisi spirituale che aveva investito la riflessione giusfilosofica e la dottrina di diritto pubblico in Germania. In Italia egli vide cose molto simili.

Non è un caso che la sua penna si affili nella critica implacabile alla filosofia politica di Vilfredo Pareto, che ebbe un'influenza su Mussolini quando questi si trovava in Svizzera all'inizio del secolo (Mussolini frequentò le lezioni di Pareto a Losanna).

«Le teorie dello stato dominanti - scriveva Heller - rispecchiano la profonda crisi dello stato europeo. Lo stato è irreale, è divenuto un'astrazione o una finzione, perché il suo contenuto di valore non appare più credibile. Lo svuotamento positivistico di ogni contenuto di senso toglie ogni punto di riferimento non solo allo stato ma anche all'intera cultura. L'intera vita appare un problema sociologico privo di significato e valore». Questa «decomposizione» politica e morale «è portata a compimento dall'acuta dottrina dell'ideologia di Vilfredo Pareto».[12] Per Pareto ogni ideale altro non era che una «copertura» ideologica di interessi egoistici sottostanti, «auto-inganni» da demistificare, giacché essi «valgono solo per gli stupidi»: egli «non crede più all'efficacia della ragione nella società e nella storia, ma distrugge l'ultima fede di quest'epoca, la fede nella scienza e nello sviluppo storico».[13]

Seguendo Heller le teorie di Pareto professavano indecentemente un brutale culto della forza o della potenza e la sua teoria dell'*élite* si riduceva in fondo a una servile celebrazione del gruppo politico dominante. Così Pareto: «ogni élite che non è disposta a difendere con la lotta la sua posizione, si trova in piena decadenza; non le resta nient'altro in fondo che cedere il proprio posto ad un'altra élite che possiede le doti di energia che ad essa mancano».[14] Naturalmente, per Pareto, il parlamentarismo appariva l'arte del calcolo e del sotterfugio, esso impediva ai gruppi dominanti di emergere e di sovrastare quelli più deboli. Il suo concetto di società escludeva valori comuni ed era drasticamente ridotto a una guerra tra gruppi in insanabile inimicizia, una guerra destinata infine ad essere vinta dal più forte. Una visione polemologica.[15]

---

[12] H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 57.

[13] *Ibidem*.

[14] Citato in G.H. BOUSQUET, *Vilfredo Pareto. Sa vie et son oeuvre*, Paris, Payot, 1928, p. 34.

[15] «Pòlemos è il padre di tutte le cose» è il frammento di Eraclito al quale si appigliava Schmitt per nobilitare la sua teoria.

Così Heller: [16]

Chi è senza illusioni sa che ogni tipo di valori comuni a gruppi politici, classi, addirittura ad individui è solo un'autoillusione; per lui anche nella politica interna la categoria specificamente politica è la distinzione fra amico e nemico; nel suo concetto di nemico deve rientrare anche l'eventualità reale della lotta; ed amico, nemico e lotta dovrebbero ricevere il loro reale significato dal fatto "che si riferiscono e si rapportano in particolare alla reale possibilità dell'annientamento fisico". Non è concepibile una base di discussione e di comprensione fra questi nemici politici. Qui non si tratta di parlare ma di imporre.

In Italia così come in Germania il bersaglio critico di Heller era la dottrina polemologica dell'amico-nemico, secondo la quale ogni teoria sociale o politica o giuridica offriva «copertura fittizia» ad un immanente stato inimicizia tra gli uomini. Questa supposta condizione di guerra giustificava un perenne stato di eccezione e richiedeva che il detentore della forza o l'élite dominante risolvesse la lotta imponendo la propria volontà.

Secondo Heller sull'altra faccia di questa stessa medaglia si trovava la teoria della violenza di George Sorel e del sindacalismo rivoluzionario, che avevano «abiurato alla fede nella legge razionale» e che odiavano «il diritto naturale e le illusioni di progresso in quanto ideologie borghesi». Sorel «si affida solo alla libera attività di combattenti motivati moralmente e influenzati da miti e da una violenza esercitata da eroici pessimisti».[17] Sorel aveva esortato il proletariato a reagire con «la più chiara brutalità» contro la «decadenza borghese» delle «idee umanitarie» e a perpetrare una violenza organizzata e scevra da «odio e spirito di vendetta».[18] Così egli si sforzava di «svalutare» insieme al parlamentarismo «ogni forma di democrazia sociale».[19] Infine, anche Sorel propugnava una teoria dell'élite da applicare ai movimenti proletari niente di meno che sull'esempio di Napoleone, quello stesso «spirito del mondo a cavallo» tanto venerato dal giovane Hegel.[20]

In Pareto così come in Sorel Heller poteva scorgere assonanze con la concezione polemologica propugnata in Germania da Carl Schmitt, il quale aveva da quasi un decennio invocato la dittatura per risolvere lo "stato di eccezione" e i conflitti sociali nella Repubblica di Weimar.[21]

---

[16] *Ibidem*. In questo luogo Heller citava tra virgolette C. SCHMITT, *Der Begriff des politischen*, trad. it. *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, 1972, p. 6.

[17] Si veda G. SOREL, *Réflexions sur la violence*, Librairie de Pages libres, Paris, 1908, p. 163.

[18] *Ibidem*, p. 90-110.

[19] H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 67.

[20] *Ibidem*, p. 68.

[21] Schmitt professa la teoria polemologica sin dai primissimi anni Venti. Si veda a titolo di esempio C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zu Lehre von der Souveränität*, München und Leipzig, Duncker&Humblot, 1934, trad. it. di P. SCHIERA, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* in *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 21-86. La prima edizione di *Politische Theologie* è del 1922, l'anno della marcia su Roma. La seconda coincide con la presa del potere da parte di Hitler.

Sorel e Pareto, che vasta eco ebbero nell'Italia degli anni Venti, erano letti con le lenti del giurista tedesco che già aveva smascherato le semplificazioni proposte da Schmitt per sostenere le ragioni della dittatura. Avvertiva infatti Heller che «in Germania è Carl Schmitt che, partendo dal sorelismo francese, dal nazionalismo e dal cattolicesimo, in splendidi scritti affronta la democrazia liberale, giudica il parlamentarismo morto dal punto di vista della storia dello spirito e considera democrazia la dittatura fascista».[22] Anche in Schmitt si trovava prepotentemente affermata la teoria dell'élite che «dall'alto» doveva dominare gli altri gruppi sociali ed annientare fisicamente il nemico: un'idea, questa, che era stata espressa anche in uno dei più rozzi *bestseller* dell'epoca, ossia *Der Untergang des Abendlandes* (pubblicato nel 1918 e riedito con l'aggiunta di un secondo volume nel 1923) di Oswald Spengler.[23] Osservava Heller che anche per Spengler ogni idealità politica e giuridica altro non era che «l'espressione dell'epoca della decadenza nella quale la massa dei troppi, dei poveri e dei deboli, con la loro piatta civiltà del progresso umanitario» deformante «la vera cultura». Tutte idee, queste, «che nell'inasprimento razzista antisemitico hanno trovato ampia diffusione».[24] «Il fascismo - scriveva Heller - può essere compreso solo come risultato di risentimento e di opposizione e come metodo politico che simboleggia col fascio il suo carattere violento e che riceve dall'esterno contenuti e obbiettivi». Mussolini, che nel 1924 aveva dichiarato essere Pareto il maggiore dei suoi maestri[25], non aveva tradito le iniziali simpatie socialiste: egli - diceva Heller - «non aveva proprio nulla da tradire», giacché «per lui tutte le idee erano soltanto coperture ideologiche di una volontà irrazionale che, nelle eterne e sempre uguali lotte fra le élites, a seconda del tempo e del luogo, si serviva dell'ideologia più efficace per raggiungere il potere».[26]

Insieme al supposto polemologico vi era un'altra idea giuridica della quale il fascismo si stava abusivamente servendo per propagandare il "rinascimento" della società italiana (per Heller uno «pseudo-rinascimento»), offrendone tuttavia una versione contraffatta. Anche quest'altra idea aveva avuto una lunga tradizione in Germania: il corporativismo.

3. Uno «pseudo-rinascimento»: il corporativismo

Heller era un profondo conoscitore della tradizione del corporativismo tedesco e, più in generale, europeo. Sin dal suo primo libro *Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in*

---

[22] H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 70.

[23] Si noti l'ironia di Heller sugli «splendidi scritti» di Schmitt. A facilitare la diffusione di Spengler così come di Schmitt fu la proposizione di schemi semplici e di semplici riduzioni della storia a "teorie generali" o a filosofie della storia di immediata comprensione per chiunque, ma anche uno stile di impatto estetico, quasi giornalistico. Non sorprende che questi «splendidi scritti» abbiano trovato e - soprattutto nel caso di Schmitt - trovino tuttora ingenuo credito e diffusione tanto da fare degna concorrenza a un romanzo dell'orrore.

[24] *Ibidem*, pp. 70-71. Nell'elitismo di Spengler il ceto dominante era il solo «autentico ceto, la quintessenza di sangue e razza». Si veda O. SPENGLER, *Il tramonto dell'Occidente*, II, Milano, Longanesi, 1981, p. 1184.

[25] Nell'autocelebrazione *Cinque anni dopo San Sepolcro*.

[26] H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., pp. 82-83.

Deutschland (1921) egli aveva posto enfasi sui corpi intermedi come barriera di natura costituzionale frapposta tra lo Stato e gli individui a salvaguardia della libertà politica di questi ultimi.[27] Nello scritto dedicato alla sovranità (1927) Heller aveva mostrato di conoscere approfonditamente il pensiero di Jean Bodin, il grande teorico dei corpi intermedi come limite giuridico all'arbitrio del principe nella Francia di antico regime.[28] Alla corrente di pensiero che da Otto von Gierke conduceva alle esagerazioni di Hugo Preuß, Heller aveva costantemente rimproverato l'ambizione a rimuovere la sovranità statale per disperderla nell'assoluta indipendenza dei corpi e di quelle che oggi noi chiameremo autonomie locali.[29] Insomma, egli era un profondo conoscitore della dottrina corporativista tedesca sino ai suoi esiti più recenti e con sguardo esperto poteva giudicare il corporativismo italiano che nel 1929 era ancora al centro di una formidabile e a tratti inconsapevole propaganda. Solo due anni prima, nel 1927, erano state avviate le pubblicazioni della rivista «Nuovi studi di diritto, economia e politica» fondata da Ugo Spirito e da Arnaldo Volpicelli. Quest'ultimo aderì al fascismo nella convinzione o autosuggestione che il regime ambisse a superare i vizi del parlamentarismo dell'età giolittiana restaurando l'antico ideale corporativista.[30] «Lo Stato - così riteneva Volpicelli - è appunto, per definizione, Stato rappresentativo: Stato, cioè, che esprime ed attua, integralmente e veramente, la volontà popolare: è il superiore e pieno modo di essere e d'attuarsi della elementare e diffusa coscienza sociale». «Vera e concreta libertà politica» è «solo quella che sorge e si costituisce in seno allo Stato» e gentilianamente «la volontà individuale in quanto coestensiva e identica con la volontà generale, unitaria, comune dello Stato». A detta di Volpicelli la libertà politica «è la volontà medesima dello Stato». Quest'ultima non andava confusa con la «rappresentanza politica» del parlamentarismo, se non al costo di ridursi «a un ridicolo mostriciattolo», a «un'arbitraria e meccanica riduzione quantitativa della volontà del popolo (= volontà particolare degli eletti)».[31]

A Heller bastò un soggiorno di sei mesi in Italia per constatare quando il corporativismo fascista altro non fosse che una contraffazione della vecchia dottrina alla quale ingan-

---

[27] H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, cit., pp. 100-112 specialmente. Sulla categoria giuridica della sovranità si veda D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

[28] H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats-und Völkerrechts*, in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, cit., trad. it di P. PASQUINO e G. SILVESTRINI, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 70-71.

[29] Preuß aveva auspicato la rimozione della sovranità statale per affermare l'indipendenza dei corpi. Così era però stata annullata la relazione tra centro e periferia e, parimenti, la consustanzialità tra sovranità e autonomia. Si veda H. PREUß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf der Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin, Springer, 1889, pp. 92-118.

[30] Si veda A. VOLPICELLI, *Dalla democrazia al corporativismo*, «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 1930, pp. 1-20.

[31] A. VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 1929, pp. 253-265 e pp. 254 e 257 in particolare.

nevolmente si richiamava.[32] Il fascismo aveva infatti negato l'autonomia dei corpi, giacché il suo corporativismo era per così dire allestito «dall'alto». Esso «non verrà dal basso», implicherà al contrario che «il migliore deve dominare» e «implicherò soltanto e necessariamente la dittatura». «Per necessità implicita – così Heller in una delle pagine più importanti del libro – l'idea corporativa si trasformerà nel suo esatto contrario, in una dittatura estremamente disorganica e necessariamente centralizzata».[33] «Il fascismo - incalzava il giurista tedesco in un altro luogo del libro - è apparso unicamente come negazione e restaurazione formale, e d'altra parte il suo modello politico si è rivelato come la più primitiva di tutte le forme politiche, ossia la dittatura. Ciò che rende interessante il fascismo, ciò che del fascismo ha affascinato ampissimi gruppi in Europa, è la sua affermazione di aver offerto, con la sua concezione corporativa dello stato, una soluzione fondamentale della crisi politica, vantaggiosa per tutte le classi sociali».[34]

Un'illusione. L'architettura centralizzata del fascismo non esaltava i corpi, come Volpicelli si illudeva, ma li soffocava sotto il suo giogo. Neppure Hegel aveva potuto concepire un così estremo dominio del centro sulla periferia, poiché egli era ancora convinto che l'autonomia e la libertà dei corpi intermedi fossero una garanzia per la salute e per la potenza dello Stato centrale, seppure queste già concepite - specialmente nella *Philosophie des Rechts* del 1820 - come valore supremo e incontrovertibile.[35]

Già nel suo primo libro su Hegel e lo Stato di potenza (1921) Heller aveva compreso come le dottrine stataliste si stessero servendo dell'organicismo per assorbirlo e per neutra-

---

[32] Si vedano le lucidissime osservazioni di C. AMIRANTE, *Premessa* a H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., pp. 3-37. Gli scritti di AMIRANTE sono ancora oggi, a più di trent'anni dalla loro pubblicazione, un punto di partenza obbligato per chiunque voglia seriamente occuparsi della recezione del pensiero giuridico tedesco in Italia.

[33] H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 63. Le tendenze corporative erano presenti nella cultura giuridica italiana e su versanti opposti. Esse avevano potuto ispirare la Carta di Carnaro, redatta da D'Annunzio nell'agosto 1920, la quale prevedeva un elitario "Consiglio dei migliori" al vertice dello Stato, così come le posizioni del sindacalismo rivoluzionario di Arturo Labriola (quest'ultimo però avversava il parlamentarismo perché avversava lo Stato: si veda A. LABRIOLA, *Sindacalismo e riformismo*, Firenze, Nerbini, 1905). Entrambe le menzionate posizioni teoriche convergevano sull'utilizzo della violenza. Il nazionalista Enrico Corradini subordinava invece l'elitismo alla suprema «legge della produzione» (si veda E. CORRADINI, *Il regime della borghesia produttiva*, Roma, L'Italiana, 1918, pp. 50 e ss.), ma non disponendo il nazionalismo di una conformazione dei poteri idonea ad affermare codesta legge economistica, esso non poteva che «mirare alla dittatura» (così H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., pp. 155-156).

[34] *Ibidem*, p. 152.

[35] Così Heller in *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, cit., pp. 103-14: «per la prima volta in questa epoca Hegel ha affermato che potenza e libertà non sono termini assolutamente opposti, ma, al contrario, categorie che si determinano reciprocamente nella vita politica. Ma vediamo ora come Hegel affronta lo scoglio più ostico, vale a dire la costruzione unitaria dello Stato tedesco. In primo luogo va notato che Hegel non assume un atteggiamento radicalmente ostile al particolarismo dei singoli corpi statali: egli è consapevole che "ogni singolo stato (*Stand*) non si deve immolare, in quanto Stato (*Staat*) particolare, per un universale dal quale non può aspettarsi alcun aiuto". Al contrario, ogni singolo Stato ha "il sacro dovere di occuparsi del suo territorio e dei suoi sudditi". Proprio per questa ragione Hegel è sufficientemente realista da accettare come necessaria la conservazione degli Stati particolari all'interno del tanto auspicato Stato unitario tedesco».

lizzarne così i presupposti in un nuovo impianto teorico. La dialettica tra particolare e universale, tra corpi e Stato centrale, tra poteri statali (nel senso attribuito loro da Montesquieu) e volontà dello Stato era stata dissolta a favore della potenza statale come unità che sovrasta la molteplicità.[36] Da Hegel in poi le dottrine organiciste o corporativiste erano state via via assorbite nella «personalità dello Stato» fino a scomparire del tutto in quella che Carlo Amirante ha a ragione definito «una deificazione dello Stato».[37] Per Amirante Heller aveva dedotto «il destino un po' ironico di uno stato corporativo senza corporazioni».[38]

Lo statalismo aveva raggiunto il suo apice.

4. La critica verso lo statalismo: il diritto della forza

«Non va dimenticato che Heller scrive nel 1931», avvertiva Amirante nella sua *Premessa*: «"i dati", sia pure parziali, di cui dispone consentono comunque a Heller di cogliere alcuni elementi prodromici di fenomeni che si realizzeranno in pieno solo dopo la sua morte». L'intenzione polemica di Heller lo induce a concludere che «lo stato fascista non sia lo stato nelle mani della corporazione, ma la corporazione in mano allo stato».[39]

Heller comprendeva bene il significato giuridico dell'affermazione di Mussolini «niente al di fuori dello Stato, niente contro lo Stato, tutto per lo Stato». Essa esprimeva una «religione della violenza» riconducibile a un Pareto, a un Sorel e in Germania a un Carl Schmitt, ma trovava anche appigli nobilitanti nelle fini teorie giuridiche sostenute forsennatamente dai seguaci dell'attualismo gentiliano.

Hermann Heller interprete del fascismo era in grado di riconoscere l'artifizio teorico alla base della filosofia gentiliana:[40]

Il filosofo ufficioso del fascismo Giovanni Gentile, già ministro fascista e membro della Commissione legislativa dei 18, membro del Gran Consiglio del fascismo, è ben lontano dal negare liberalismo e democrazia; il fascismo sarebbe «la forma più piena di liberalismo e di democrazia». Logicamente, anche se non praticamente, l'affermazione invero stupefacente

---

[36] *Ibidem*, pp. 171-187. In questa prospettiva i poteri pubblici che Montesquieu voleva divisi seguono il destino dei corpi intermedi e degradano da «poteri autonomi» a «funzioni» che eseguono la volontà unitaria dello Stato potenza. Questa corrotta interpretazione del pensiero di Montesquieu avviene in Francia e in Germania nel corso dell'Ottocento giuridico per poi essere recepita dalla giuspubblicistica italiana di fine Ottocento. Per un approfondimento rinvio a A. MERLINO, *Interpretazioni di Montesquieu*, con una prefazione di D. QUAGLIONI, Foligno, Il Formichiere, 2018, pp. 95-101 e ad un ulteriore e più esteso studio, edito in lingua tedesca *Montesquieu. Eine Perspektive*, con una prefazione di M.J. RAINER, Berlin-Boston, 2020, pp. 177-254.

[37] C. AMIRANTE, *Premessa* a H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 20.

[38] *Ibidem*.

[39] *Ibidem*, pp. 28-31.

[40] *Ibidem*, pp. 93-94. Le citazioni nel testo riportato sono tratte da G. GENTILE, *L'essenza del fascismo*, in *La civiltà fascista illustrata nella dottrina e nelle opere*, a cura di G.L. POMBA, Torino, Utet, 1928, p. 117 e da ID., *Che cos'è il fascismo?*, Firenze, 1924, p. 36.

di Gentile è resa possibile da un famoso artificio teorico, plausibile da Rousseau in poi. È veramente straordinario osservare come l'irrazionalismo più vuoto, che si abbandona «al flusso del pensiero in divenire» giunge con le stesse attenzioni agli stessi risultati astratti e lontani dalla realtà del razionalismo illuministico. Per Gentile l'individuo è libero solo e in quanto «sente l'interesse generale come proprio e vuole perciò la *volonté générale*». Libero è dunque ogni italiano che sente, vuole e agisce come Mussolini.

Gentile aveva cioè sviluppato l'idea avanzata da Rousseau nel *Contrat social*, secondo la quale la finzione della «volontà generale» conferiva allo Stato un valore assoluto, poiché esso ne era esclusiva espressione.[41] Tra maggioranza e minoranza, tra Stato e individuo, tra potere centrale e corpi intermedi era così negata ogni possibilità dialettica, poiché lo Stato solo era concepibile come espressione della volontà collettiva.[42] Già nel 1916 (!) Gentile aveva sostenuto che non vi può essere opposizione alcuna tra Stato e individuo, poiché lo Stato vive «nel foro interno» dell'individuo. Conseguentemente la volontà statale espressa nella legge non era suscettibile di un giudizio fondato sulla tutela dei diritti degli individui: il collettivismo doveva di necessità avere priorità logica e pratica sull'individuo, poiché esso aveva diritto di esistere solo in quanto appartenente allo Stato. Il logico sbocco di questo penoso filosofema era il seguente: «la legge ingiusta - così Gentile - è, finché non sia abrogata, volontà di quello Stato, che è immanente nel cittadino, la sua ingiustizia non è tutta ingiustizia, anzi può dirsi una giustizia in fieri, la quale a poco a poco maturerà fino all'abrogazione della legge stessa. E il cittadino che vi obbedisce, malgrado l'ingiustizia avvertita, non obbedisce a quella legge, ma ad una legge superiore che è giusta, e di cui quella ingiusta è un particolare».[43] La legge ingiusta, lo *Staatsunrecht* era dunque una contraddizione in termini, per Gentile, un ossimoro.

Per Heller si trattava di «giochi di prestigio logici» imposti dal fascismo per mascherare una pura ideologia della violenza. Per Heller quest'ultima trovava un appiglio dottrinale nel positivismo giuridico, nelle sue due varianti del normativismo e del decisionismo.[44] L'una

---

[41] Sul pensiero di Rousseau rinvio alle lucide osservazioni contenute nel recente libro di G. AZZARITI, *«È dell'uomo che devo parlare». Rousseau e la democrazia costituzionale*, Mucchi, Modena, 2020, pp. 44-63 in particolare. Scrive Azzariti: «Anziché prendere in considerazione le condizioni reali che possono determinare il conflitto tra volontà individuali e volontà generale egli [Rousseau] nega e rifiuta il confronto, assegnando a uno solo dei due termini della relazione dialettica il dominio» (p. 54).

[42] Si confronti con quanto Heller afferma in altro luogo del libro (cit., p. 48). Per Heller la dialettica tra maggioranza e minoranza ha senso solo all'interno di valori comuni e non ha più senso invece se si introduce la teorica del *Freund-Feind* (amico-nemico): «i conflitti sociali non possono più essere organizzati democraticamente quando l'avversario politico viene escluso da questa base comune di discussione» e quando viene meno «il presupposto inattaccabile» del «popolo come unità preesistente».

[43] G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, «Annali delle Università toscane», 1916, pp. 47 e 71.

[44] Penso di aver sufficientemente dimostrato come la *reine Rechtslehre* di Kelsen e in particolare il suo postulato dell'equivalenza tra Stato e ordinamento giuridico abbiano per così dire cambiato di segno una volta trapiantati in Italia ed estratti dal loro alveo originario, ossia il processo di costituzionalizzazione dell'Austria democratica e repubblicana. Approdate in Italia le tesi di Kelsen suonarono molto simili a quelle di Gentile per via dell'equazione tra

aveva ridotto l'ordinamento nel *positum* della norma, l'altro nel dato materiale della decisione del sovrano.

La pregressa critica di Heller verso questi due indirizzi proseguiva nelle pagine sul fascismo. Nel 1928, ai tempi del soggiorno italiano, lo Statuto albertino era già stato del tutto svuotato di contenuto senza mai essere formalmente abrogato. «Mussolini - scriveva Heller - fece la sua rivoluzione con la costituzione contro la costituzione», ossia sfruttando le strutture giuridiche formali dell'Italia liberale per poi imprimere loro dall'interno il suo placito.[45] Con una sferzata a Kelsen, Heller sosteneva che quando gli esponenti del regime definivano lo Stato fascista uno «Stato di diritto» (*Rechtsstaat*) questi potevano farlo «richiamandosi al positivismo giuridico nomocratico, secondo il quale "ogni stato è uno stato di diritto", perché ogni stato deve avere un "qualche ordinamento e tutti gli atti dello stato sono atti giuridici"».[46] E ancora: «la dottrina dello stato della nomocrazia formale liberale, da un punto di vista logico, non può mai essere messa in difficoltà, da un punto di vista politico però, anche senza volerlo, sarà sempre il miglior battistrada della dittatura» e del finale pervertimento della costituzione formale nella decisone del sovrano dotato di poteri concentrati e assoluti.[47]

Il libro di Heller fu riedito nel 1931, due anni prima della morte prematura del suo autore. Come il lampo illuminò la realtà del tempo e quella a venire.

Bisognerà attendere il secondo dopoguerra per leggere parole simili, sgorgate dalla penna di un autore che il giurista Heller non ha mai citato, ma che è difficile immaginare non abbia letto nei sei mesi trascorsi in Italia. Un giurista il cui itinerario speculativo gli era affine e accomunato dalla medesima critica dello statalismo giuridico soppiantante ogni valore inabdicabile.

Nel 1950, in uno scritto dedicato al *diritto dopo la catastrofe*, Giuseppe Capograssi scriveva che le forze storiche avevano posto e al contempo annientato lo Stato moderno, mostrandolo infine per «quello che è, quando nessuna legge di verità lega gli uomini», ossia un «gruppo di uomini che cercano di piegare ai loro disegni gli altri uomini».

Anche per Capograssi lo statalismo aveva comportato che «qualunque scopo che un gruppo dominante impone alla vita diventa diritto».[48] In fondo per le dottrine stataliste - scriveva Capograssi due anni più tardi commentando la medesima letteratura frequentata da

---

Stato e ordinamento e della negazione logica della legge ingiusta. Rinvio a A. MERLINO, *Storia di Kelsen. La recezione della reine Rechtslehre in Italia*, con prefazione di M. THALER, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 107 e ss. Si confronti con ID., *Kelsen im Spiegel der italienischen Rechtslehre*, hrsg. von M. J. RAINER, Frankfurt am Main-New York, 2013. Sul Kelsen politico si vedano le belle pagine di S. LAGI, *Democracy in its Essence. Hans Kelsen as Political Thinker*, Lanham-Boulder-New York-London, Lexington Book, 2021.

[45] H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 114.

[46] *Ibidem*. In questo luogo Heller citava H. KELSEN, *Allgemeine Saatslehre*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer-Verlag, 1925, pp. 44 e 91.

[47] *Ibidem*, p. 115. Si noti qui che Heller anticipa la più accreditata storiografia sul totalitarismo, identificando il carattere in costante "movimento" del fascismo, incapace di sottostare a qualsiasi legge o principio duraturo, nemmeno a quelli da esso stesso posti.

[48] G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, «Jus», II, 1950, pp. 177-207, ora in *Opere*, V, a cura di M. D'ADDIO e E. VIDAL, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 151-195 e pp. 170-171 specialmente.

Heller - «l'injuria è injuria fino a che la forza non riesca a sopraffare la forza che regge l'ordinamento vigente, fino a che non riesca ad avere per sé il potere politico, fino a che non riesca a farsi fonte di efficacia e quindi di validità del suo ordinamento (proposizioni che sono sinonime, sono modi diversi di esprimere la stessa cosa), ma una volta che ha vinto l'injuria diventa ius. È perciò più che ovvio, che "il principio ex injuria ius non oritur può appartenere a un ordinamento giuridico positivo, ma non vi appartiene necessariamente". È più che ovvio, perché, se gli appartenesse necessariamente, significherebbe che la forza non deve variare, o meglio che il diritto non sarebbe più la forza ma qualche altra cosa. Il vero finale jus è proprio la forza, la quale cambiando sede fa diventare il jus injuria e la injuria jus, dinanzi alla quale cioè queste parole, che gli uomini hanno inventato e usano ogni giorno, non hanno più significato».[49]

Qui però la storia di Heller e di *L'Europa e il fascismo* si interrompe e inizia quella dell'eredità che la sua lezione ha tramandato nella precoce e costante critica dello statalismo giuridico e dell'ideologia della potenza che esso celava in sé. Il diritto della forza in luogo della forza del diritto.

[49] G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1952/IV, pp. 767-810, ora in *Opere*, V, cit., p. 330.

RIVISTA AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 04/11/2021

AUTORE: Giacomo Mingardo*

APPRODI E PARTENZE: LO STATO DELLA GESTAZIONE PER ALTRI E LA PROSPETTIVA FUTURA

Sommario: 1. Legge 40 e divieto di gestazione per altri: un obiettivo raggiunto? – 2. Gli effetti indesiderati dell'interesse superiore del minore – 3. Una strada dai confini sempre più stretti – 4. Riformare senza travolgere: coordinate (minime) per un possibile intervento.

1. Legge 40 e divieto di gestazione per altri: un obiettivo raggiunto?

Dopo diciassette anni dall'approvazione, circa quaranta rinvii di legittimità costituzionale, otto pronunce di incostituzionalità[1], il divieto di gestazione per altri[2] previsto dall'art. 12 co. 6 sembra essere l'unica disposizione inscalfibile della legge 40 del 2004.

---

* Dottorando in scienze giuridiche presso Università degli Studi di Milano-Bicocca.

[1] La produzione scientifica sulla legge 40 del 2004 è vastissima. Si rimanda *ex multis* F. ANGELINI, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione salute dignità*, Milano Udine, Mimesis, 2020; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017; A. STEFANO, G. D'AMICO, L. D'ANDREA (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2005.

[2] Nel presente scritto, si preferisce ricorrere alla locuzione 'gestazione per altri', al posto di 'utero in affitto', 'maternità surrogata' o 'surrogazione di maternità'. Dietro a ognuna di queste espressioni, infatti, si racchiude un determinato modo di pensare e intendere questo tema. A fronte delle locuzioni 'utero in affitto', 'maternità surrogata' o 'surrogazione di maternità' che stigmatizzano tale pratica, il termine 'gestazione per altri' sottintende un'idea di neutralità non esprimendo né un disvalore né un apprezzamento di tale tecnica, ma considerandola nella sua oggettività. Cfr. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, CIRSDe-Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, 2019, p. 179 nota 1 *Contra* E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale,* in S. NICCOLAI - E. E (a cura di), *Maternità Filiazione Genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una*

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

Come tale legge mirava a chiudere il dibattito sulla procreazione medicalmente assistita[3], allo stesso modo punendo la surrogazione di maternità con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro[4], il Legislatore mirava a fornire una chiara presa di posizione nei confronti di tale tecnica.

L'opportunità fornita dalle tecniche di fecondazione assistita di disgiungere la maternità genetica da quella biologica aveva dischiuso nuove possibilità per gli accordi in materia di gestazione per altri[5]. Ne era nato un acceso dibattito circa la liceità di tale pratica[6] e il mondo del diritto aveva tentato di dare delle risposte il più possibile coerenti con i principi propri dell'ordinamento. A fronte di un Legislatore che tardava a intervenire, anche i tribunali italiani si trovarono ben presto a dirimere controversie avanti a oggetto tale pratica[7].

---

prospettiva costituzionale, Napoli, Jovene, 2017, p. 4 che ne denuncia l'eccessiva pretesa neutralizzante dal momento che con tale espressione si occulta il legame tra surrogazione e relazione materna. Similmente C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, 174 nota 2 che ritiene che tale espressione ponga in secondo piano il soggetto vulnerabile dell'accordo, cioè la madre surrogata e al contempo si connoti a priori la pratica come altruistica.

[3] Per una ricostruzione del panorama normativo della procreazione medicalmente assistita prima del 2004 e l'entrata in vigore della legge 40 si rimanda a B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative: riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, *op. cit.*, pp.17-60.

[4] Art. 12. co. 6 della L. 40/2004 «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

[5] La definizione di gestazione per altri racchiude in sé differenti fattispecie. A seconda di come è indotta la gravidanza e la provenienza del materiale genetico per il concepimento, si possono avere diverse combinazioni. Sul punto, mi si permetta di rinviare a I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, S. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ E S. ZATTI, II, Milano, 2011, p. 1482. Invalsa nella dottrina italiana anche l'utilizzo delle categorie della procreazione medicalmente assistita si veda A. LORENZETTI, voce *Maternità surrogata*, in R. SACCO (diretto da), *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, aggiornamento VI, 2011, pp. 619-620.
Invece, nella letteratura giuridica inglese la distinzione risiede nel coinvolgimento genetico (o meno) della gestante: qualora quest'ultima offra anche un apporto genetico, vale a dire l'ovocita che deve essere fecondato, si parla di *traditional surrogacy*; altrimenti si preferisce la locuzione *gestional surrogacy*. Ugualmente nella lingua francese, si distingue tra *gestation pour autrui*, quando i genitori intenzionali sono anche genitori biologici, e *procréation pour autrui,* quando invece il bambino non è legato geneticamente a entrambi i genitori intenzionali. Cfr. H. GAUMONT-PRAT, *Mère porteuse,* in M. MARZANO, *Dictionnaire du corps*, 2007, Paris, PUF, pp. 577 ss.

[6] Lo stesso Comitato di Bioetica Nazionale in due differenti pareri aveva espresso la preoccupazione di come questa pratica ledesse la dignità della donna e riducesse il nascituro a merce di scambio. Già nel 1994, nel parere intitolato «Parere sulle tecniche di procreazione assistita. Sintesi e conclusioni» aveva preso una netta posizione, esprimendosi in senso contrario a tale pratica e giustificando tale scelta in base «al principio di diritto comune che delegittima ogni forma di commercializzazione del corpo umano e con riferimento del bene del nascituro, alla sua situazione psicologica, a quella dei committenti e a quella della madre portatrice, nonché al profondo legame che si instaura tra la gestante e il feto [...]». Posizione ugualmente ribadita all'interno del *dossier* del 1995 sulla *«Fecondazione assistita».* Entrambi i pareri sono consultabili sul sito del CNB http://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/ (ultima consultazione 20.07.2021).
Per una critica serrata al contrattualismo sotteso a tale pratica C. PATENAM, *Il contratto sessuale. I fondamenti nascosti della società moderna*, Bergamo, Moretti & Vitali, 2015. *Contra* C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffré, 1992.

[7] Il primo caso italiano è stato affrontato dal Tribunale di Monza, sentenza del 7 ottobre 1989, reperibile in *Giurisprudenza italiana*, I, 2, pp. 296 ss. con nota di G. PALMERI, *Maternità «surrogata»: La Prima pronuncia italiana* in cui la Corte dichiarò la nullità del contratto di gestazione per altri. Secondo tale interpretazione si espressa anche la Corte d'appello di Salerno, sez. min., (decr.) del 25 febbraio 1992, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, pp. 177 ss. con nota di R. BITTETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*. A partire dagli anni Duemila, tuttavia, si è avuta una giurisprudenza che invece ha considerato leciti tali accordi cfr. Tribunale di Roma, ordinanza del 17 febbraio 2000 pubblicata in *Famiglia del diritto*, 2000, pp. 151 ss.

Il divieto, dunque, si poneva non solo in linea con l'impianto della legge stessa che mirava a un'*imitatio naturae*, ma si prefiggeva anche la tutela di valori costituzionali fondamentali. La *ratio* della norma infatti è stata individuata, dalla dottrina maggioritaria, nella tutela della dignità della gestante e del nato[8], lese, secondo il dettato normativo, da qualsiasi forma di gestazione per altri. Infatti, similmente a quanto previsto dagli altri Stati europei[9], il Legislatore non ha operato alcuna distinzione tra una forma di gestazione per altri onerosa proibita e una forma altruista ammessa come avviene invece nel Regno Unito e in Grecia[10].

Negli ultimi anni, il tema della gestazione per altri è stato oggetto di contributi di numerosi studiosi[11], diversi progetti di legge e importanti pronunce giurisprudenziali; oggetto di

---

[8] In tal senso C. TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it 17 novembre 2015. Si veda anche T. TRICHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2017, nota 13 p. 1400 che riporta le posizioni espresse dalla dottrina.

[9] Per una panoramica sugli Stati che proibiscono la gestazione per altri si rimanda a R. LA RUSSA ET ALIA, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo: analisi comparatistica tra legislazioni proibizioniste e liberali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2, 2017, pp. 691-700.
Più nello specifico, in Germania, è la legge sulla protezione degli embrioni (*Embryonenschutzgesetz*) all'art. 1 co. 1 n. 7 a punire con la reclusione fino a tre anni oppure con sanzione pecuniaria colui che applichi tecniche di procreazione medicalmente assistita a una donna disposta a lasciare a terzi, dopo la sua nascita, il bambino così concepito. Inoltre il co. 2 estende la punibilità a chi unisca un gamete maschile a un gamete femminile senza avere come fine la gravidanza della donna dalla quale l'ovulo proviene.
Successivamente alla pronuncia della Cassazione francese nel 1991, il Legislatore ha introdotto l'art.16-7 del *Code civile* che proibisce tale pratica. Ciò è avvenuto con le leggi di bioetica nel 1994.
In Spagna, la gestazione per altri è proibita dall'art. 10 della *ley* 14/2006 *sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Anche il Portogallo aveva introdotto un divieto assoluto nel 2006, tuttavia, abrogato con la riforma del 2016 (v. nota seguente).

[10] Una breve prospettiva comparata sugli ordinamenti che permettono la gestazione per altri è contenuta in R. LA RUSSA ET ALIA, *Le pratiche di maternità surrogata nel mondo*, *op. cit.*, pp. 700-708.
A partire dal *Surrogacy Arrangements Act* del 1985, in seguito confluito nell'*Human Fertilisation and Embryology Act*, il Regno Unito si è dotato di una legislazione sulla gestazione per altri. La regolamentazione inglese ha previsto l'interdizione delle agenzie che promuovano le gestazioni per altri commerciali e il divieto di pagamento per le spese sostenute. Inoltre, i contratti di gestazione non possono essere eseguiti coercitivamente e la madre biologica, può, in ogni caso, decidere di tenere il bambino. Infatti, il *surrogacy agreement* deve essere validato da un tribunale che deve verificare il rispetto dei requisiti imposti dalla legge. Il rilascio del *parental order* può essere richiesto solamente sei mesi dopo la nascita del bambino in quanto questo tempo dilatatorio serve, per l'appunto, a garantire alla madre biologica qualsiasi ripensamento. Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts,* in *Italian Journal*, n. 2, 2020, pp. 336-340 e la relativa bibliografia.
In Grecia, la gestazione per altri gratuita è permessa dal 2002 in seguito all'autorizzazione del tribunale. Nel 2005, la legge 3305 ha rafforzato queste disposizioni precisandole ulteriormente e introducendo sanzioni penali per il mancato rispetto dei requisiti previsti. La legge richiede una serie di circostanze e di procedimenti per poter ottenere l'autorizzazione: la sterilità della madre intenzionale, un'analisi clinica e psicologica della gestante, un accordo scritto tra le parti (e nel caso in cui la futura gestante sia sposata anche il consenso del marito), la residenza permanente e temporanea in Grecia per la madre intenzionale o la gestante. Sul tema A. N. HATZIS, *From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece*, in *Portuguese Economic Journal*, n. 8, 2009, pp. 205 ss.
In Portogallo, nel 2016 la legge in materia di procreazione medicalmente assistita è stata riformata nel senso di prevedere la liceità della gestazione per altri, esclusivamente a titolo eccezionale e altruistico, in forma gratuita e volontaria, previa autorizzazione da parte di un organismo indipendente (*Conselho Nacional De Procriação Medicamente Assistida).* La legge tuttavia è stata oggetto di una dichiarazione di incostituzionalità da parte del Tribunale costituzionale portoghese e riapprovata nuovamente dal Parlamento. Sul punto, si veda V. L. RAPOSO, *Rise and fall of surrogacy arrangements in Portugal (in the aftermath of decision n. 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court)*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 1, 2020, pp. 339 ss.

[11] Nell'impossibilità di rendere conto degli innumerevoli scritti in materia, oltre a quanto citato nel presente scritto, si rimanda per completezza a S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del*

dibattito non solo entro i confini nazionali italiani, ma anche in altri Stati sino a raggiungere una dimensione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. A fronte di un quadro così ricco e composito occorre chiedersi quale spazio ci sia ancora e in che modo si possa parlare di gestazione per altri. È necessario innanzitutto fare il punto della situazione, soprattutto - come si diceva in apertura - in relazione al divieto disposto.

L'eccessiva assolutezza del divieto in questione è stata alla base degli argomenti da parte di quella dottrina la quale ha sostenuto la necessità di una regolamentazione della gestazione per altri per contrastare anzitutto il fenomeno del turismo procreativo e risolvere poi il problema del riconoscimento dello *status filiationis*. Facendo leva infatti sui numerosi casi sempre più crescenti di coppie che si recano all'estero per ricorrere a tale pratica, alcuni Autori hanno cercato di delineare una gestazione per altri in coerenza con i principi costituzionali[12].

Rifiutando la maggior parte di essi i casi di gestazione per altri onerosa[13], l'impostazione adottata è stata quella basata sulla logica del dono, che vede nella gratuità dell'atto e nella partecipazione della gestante al progetto genitoriale della coppia intenzionale la forma più idonea e corrispondente a Costituzione[14]. Ponendosi al di fuori di un atteggiamento paternalista, si è intravisto nell'autonomia e nell'autodeterminazione della gestante un atto in pieno raccordo con la sua dignità; anzi questa impostazione, in una sorta di funzione di *empowerment*, si è ritenuto avvalori la massima espressione della sua libertà di scelta[15].

Questa posizione è stata aspramente respinta da quella parte della dottrina che ha contestato il bisogno di una legge che regolamenti il fenomeno, sostenendo, invece, la necessità del mantenimento del divieto. Il turismo procreativo, secondo tale ricostruzione, non solo è frutto del divieto legislativo, ma anche del fatto che all'estero le coppie trovino tutta una serie di facilità (dagli studi legali, alle agenzie di intermediazione e alle cliniche predisposte) per poter accedere alla gestazione per altri[16]. L'adozione di un modello regolativo, inoltre, non esaurirebbe i fenomeni di gestazione per altri internazionale (c.d. *cross-board surrogacy*) al pari di quello che sta avvenendo negli Stati in cui è presente una regolamentazione[17]. Tuttavia, non si contesta solamente l'inutilità di un'eventuale legge, ma proprio la *ratio* dell'intervento volto a eliminare il divieto[18]. Quest'ultimo trova il proprio fondamento non solo nella protezione

---

minore, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; A. B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffrè, 2000.

[12] A. RUGGERI – C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta online*, n. 1, 2017, pp. 138 ss; Altresì si veda A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità, op. cit.*, pp. 179 ss.

[13] Si veda M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2019, pp. 74 ss.

[14] S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri,* in *Quaderni costituzionali,* n. 1, 2018, p. 102.

[15] A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della* dignità, *op. cit.*, pp. 186-190.

[16] E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, *op. cit.*, p. 11.

[17] E. OLIVITO, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata*, *op. cit*., pp. 14-15. Sul caso inglese si veda M. POLI, *The new pathway: luci e ombre del progetto di riforma in materia di gestazione per altri nel Regno Unito*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2, 2020, pp. 349 ss.

[18] Se ne propone anzi un rafforzamento internazionale, cfr. J. TOBIN, *To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 2, 2014, pp. 317 ss.

della dignità della donna e del nascituro[19], i quali sono lesi irrimediabilmente nel caso di gestazione per altri, ma anche, secondo alcune Autrici, nel principio della *mater semper certa*[20], principio fondamentale che vede nell'unicità della madre il baluardo contro la riduzione a oggetto del figlio[21].

Relativamente al divieto di gestazione per altri, dunque, si può affermare che la discussione si sia posta *a monte*[22], in una prospettiva *de iure condendo* volta a modificare il divieto *direttamente*.

Tale approccio non ha trovato riscontro in giurisprudenza[23], se non parzialmente nelle motivazioni dell'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale da parte della Corte d'Appello di Milano e, come si avrà modo di vedere, nell'ultima pronuncia della Corte costituzionale[24]. Nel caso che originava da un'azione di disconoscimento del genitore intenzionale proposta del curatore speciale, i giudici milanesi contestavano l'art. 263 c.c. nella parte in cui prevedeva la possibilità di non accogliere l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minorenne, qualora il giudice lo avesse ritenuto rispondente all'interesse superiore del minore.

Nelle motivazioni, un'ampia analisi del divieto di gestazione per altri è svolta dal rimettente, adducendo come propri quegli argomenti sviluppati da parte della dottrina secondo cui il divieto assoluto sarebbe eccessivo[25]. Nonostante l'ampia disamina, però, lo stesso giudice ha ritenuto che tale divieto non assumesse rilevanza nel giudizio *a quo* incentrando la propria argomentazione sul *best interests* del minore[26]. In quest'ottica, è possibile comprendere la

---

[19] Così A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *il Corriere giuridico*, n. 4, 2015, pp. 474 ss.; più ampiamente sempre dello stesso Autore A. RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2015, pp. 415 ss.

[20] Cfr. S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI - E. OLIVITO (a cura di), *op. cit*., pp. 191 ss.; F ANGELINI, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, *op. cit.* pp. 168-169.

[21] S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, op.cit.*, pp. 54-55 «Esso significa che davanti al fatto naturale del parto ogni manipolazione è preclusa, sia essa una disposizione di legge o di contratto, che alteri questa realtà, davanti alla quale l'ordinamento si ferma. Nascere da un corpo di donna fa di un essere umano un certo qualcuno: il figlio di lei. *Mater semper certa* è un principio anti-volontarista che ferma la capacità di ogni dispositivo – di legge o di contratto – di manipolare l'identità e la storia di un essere umano facendone il 'costrutto' di quel dispositivo, ed è in questo senso un auto-limite che presidia un rapporto il meno possibile squilibrato tra 'legge' e 'realtà', al cospetto dell'angosciante consapevolezza di ciò che può implicare l'abuso della prima nei confronti della seconda. É il principio di civiltà che consiste, come è stato in più casi riconosciuto, nell'impedire di trasformare il figlio, e chiunque, da soggetto di diritto a oggetto di diritti altrui. Non mi pare difficile cogliere come, in questo senso, *mater semper certa* sia intimamente collegato alle radici personalistiche della nostra Costituzione, risolvibili nel principio della anteriorità e irriducibilità della persona umana a qualunque costrutto che la riduca ad oggetto».

[22] Cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dell'analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2017, pp. 180 ss.; ugualmente S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, *op. cit*., p. 192 che utilizza i termini *ex ante* ed *ex post* con riferimento all'avvenuta pratica di gestazione per altri.

[23] Si intende una messa in discussione del divieto legislativo direttamente. Tuttavia, E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2018, pp. 1 ss. ritiene che si sia aggirato il divieto mettendolo in discussione indirettamente. Sul punto si tornerà *infra* pur rimanendo invariata l'impostazione. Infatti, una contestazione volta a rimuovere (o rimodulare) il divieto previsto dall'art. 12 co. 6 della legge 40 non è presente in giurisprudenza se non nell'ordinanza del 2020 della Cassazione (cfr., sul punto, par. 2).

[24] Corte d'Appello di Milano, ordinanza n. 273 del 25 luglio 2016. Invece, sulla pronuncia della Corte costituzionale si ritorna sul punto al paragrafo 2 (v. *infra*).

[25] *Ibidem,* punti dal 11 al 13.

[26] *Ibidem*, punto 13.2.

decisione della Corte costituzionale che, quasi in risposta a questa prospettazione, affronta in due *obiter dicta* direttamente il tema della gestazione per altri[27]: questa «offende in maniera intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane», aggiungendo che tale pratica ha «un elevato grado di disvalore»[28]. La Corte sembra perciò prospettare (e confermare indirettamente) la costituzionalità del divieto legislativo[29].

Se da un lato la giurisprudenza non ha affrontato direttamente tale divieto (fatte salve le eccezioni indicate), e dall'altro lato la dottrina è risultata fortemente divisa, la situazione non cambia osservando il Legislatore il quale, complici una serie di pronunce giurisprudenziali[30], si è interrogato su tale pratica. In Parlamento sono stati depositati diversi disegni di legge tra loro con finalità differenti e a volte diametralmente opposti. Da una parte si mira a regolamentare questa pratica, dall'altra invece a rafforzare il divieto prevedendo un inasprimento delle pene e punendo i cittadini italiani recatesi all'estero per praticarla[31]. Al momento, però, ci si è fermati a un livello politico, in quanto tali disegni di legge non si sono tradotti in alcuna volontà del Legislatore, restando ascrivibili solamente alle diverse sensibilità delle forze politiche.

Al netto di queste considerazioni, i tentativi della dottrina, sia di circoscrivere il divieto a determinati aspetti che di estenderne la portata, non hanno avuto un riscontro né a livello giurisprudenziale né legislativo. L'assetto degli interessi delineato dal Legislatore del 2004 risulta infatti difficilmente modificabile non essendo emersa né un'evoluzione sociale chiara sul tema, né una volontà politica univoca di modifica. A ciò si aggiunga una difficoltà più generale

---

[27] E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, *op. cit.*, p. 12. L'Autrice ritiene che non si tratti di due meri *obiter dicta* ma di elementi motivazionali in risposta alla questione prospettata dal giudice *a quo* e quindi essenziali per un'interpretazione costituzionalmente orientata.

[28] Corte cost., sentenza n. 272 del 2017, punti 4.1 e 4.2

[29] S. AGOSTA, *In fuga dai divieti*, *op. cit.*, pp. 102-109 sostiene che in realtà da un'attenta analisi sia possibile confermare un modello solidale coerente con la Costituzione. Ritiene invece che a seguito di questa pronuncia e della 162 del 2014, possono ormai ritenersi superati eventuali ulteriori dubbi di compatibilità ai principi costituzionali del divieto di maternità surrogata B. LIBERALI, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?,* in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2019, p. 199. La sentenza è stata accolta positivamente da F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n.1, 2018, pp. 148-177. Da una differente prospettiva A. SCHILLACI, *Oltre la "rigida alternativa" tra vero e falso: identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza 272/2027 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2018, pp. 385 ss.

[30] Si rimanda al paragrafo 2 del presente contributo.

[31] Nel corso della XVIII legislatura a favore è stato depositato A.C. 3016, *Disciplina della gravidanza solidale e altruistica* (presentata il 13 aprile 2021). Maggiormente numerosi i disegni di leggi volti a rafforzare il divieto della legga 40. Si veda A.C. 306, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (presentata il 23 marzo 2018); A.S. 66, *Modifiche alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di reati di surrogazione di maternità e di commercio di cellule e tessuti di origine umana nonché in materia di accesso alle informazioni sulle proprie origini* (presentato il 23 marzo 2018); A.S. 280, *Disposizioni volte a vietare il ricorso alla surrogazione di maternità all'estero* (presentato il 16 aprile 2018); A.S. *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (presentato il 29 marzo 2019); A.S. 519, *Modifica alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di reato di surrogazione di maternità commesso all'estero* (presentato il 25 giugno 2018); A.C. 1029, *Disposizioni contro il turismo riproduttivo* (presentato il 25 gennaio 2019); A.C. 2599, *Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano* (presentato il 20 luglio 2020).

del Legislatore di intervenire su materie eticamente sensibili[32], difficoltà che ha contribuito a rendere tale divieto intangibile.

Ci si può chiedere, dunque, se il divieto in questione abbia conseguito o meno lo scopo prefissato e la risposta dipende dal punto di angolazione da cui lo si osserva. Sicuramente non si può negare che il divieto abbia raggiunto un obiettivo: impedire la pratica della gestazione per altri in Italia[33]. Osservando la giurisprudenza penale, emerge, infatti, come tale reato non abbia trovato applicazione a casi prodotti in Italia[34]. L'elevata pena ha inciso sia sulla volontà delle coppie (e dell'eventuale gestante) di ricorrere a tale pratica, sia sulla volontà dei medici e di tutto il settore medico-clinico di concorrerne alla realizzazione.

Diversamente, se l'intento era impedire *tout court* il ricorso alla gestazione per altri non solo in Italia, ma anche all'estero, tale obiettivo non è stato raggiunto. A fronte della norma che nulla esplicitava su quest'ultimo punto, è stata la giurisprudenza penale di legittimità che con diverse pronunce ha escluso la punibilità delle coppie che siano ricorse alla gestazione per altri all'estero. A partire, infatti, dalla sentenza n. 13525 del 2016 della V sezione penale[35], la Corte di Cassazione ha ritenuto che si potesse profilare un errore scusabile sul precetto del reato previsto dalla legge 40, a causa del contrasto giurisprudenziale sul requisito della doppia incriminabilità[36]. Parimenti, la Corte ha escluso la configurazione del reato sia di alterazione di stato *ex* art. 567 co. 2 c.p., sia di false dichiarazioni a pubblico ufficiale *ex* art. 495 c.p. dal momento che il certificato di nascita si era formato conformemente alla *lex loci* e i genitori dunque non avevano reso false dichiarazioni.

2. Gli effetti indesiderati dell'interesse superiore del minore

Che il Legislatore non avesse voluto prendere posizione in merito agli effetti della gestazione per altri effettuata all'estero, lo si evince anche dal secondo gruppo di riflessioni emerso. Il *focus* si sposta sulla tutela dei minori e dei genitori intenzionali ed è caratterizzato per un approccio antitetico rispetto a quello descritto precedentemente. Infatti, in questi casi ci

---

[32] Basti pensare che nonostante le ripetute pronunce della Corte costituzionale che hanno di fatto smantellato l'impianto originario della legge, il Legislatore non si è adoperato per adeguare la normativa agli interventi demolitori né alle nuove istanze della società. L'incapacità di legiferare su temi eticamente sensibili è emersa anche in seguito alla decisione della Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 580 c.p.

[33] Cfr. S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIus*, n. 2, 2017, p. 54 secondo cui la *ratio* del divieto è opporsi ad un mercato della gestazione per altri in Italia.

[34] T. TRICHERA, *op. cit.*, p. 1392.

[35] Cass. sez. V pen., sentenza del 10 marzo 2016, n. 13525. Conformemente Cass., sez. III pen., sentenza del 28 ottobre 2020 n. 5198 secondo la quale resta esclusa la giurisdizione italiana per il reato di cui alla legge 40 art. 12 co. 6 se nel territorio nazionale non si realizzano attività specifiche e necessarie alla realizzazione del reato; Cass., sez. VI pen., sentenza del 11 ottobre 2016, n. 48696 e da ultima Cass., sez. VI pen., sentenza del 10 novembre 2020 n. 31409 che esclude il reato di alterazione di stato per il certificato formatosi all'estero in seguito a gestazione per altri.

La stessa dottrina ha ritenuto, inoltre, che difficilmente si possa configurare il reato di riduzione o mantenimento in schiavitù ex art. 600 c.p. o un'elusione delle norme in tema di adozione ex artt. 71 e 72 della legge n. 184/1983 cfr. A. VALLINI, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, in *Dir. pen. e proc.,* 7, 2017, p. 899.

[36] Cfr. D. PULITANÒ, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, in *Cassazione penale*, n. 4, 2017, p. 1367.

si pone in un'ottica *ex post* e *de iure condito,* cercando di affrontare *indirettamente* il divieto legislativo. Dal momento che il Legislatore non ha posto alcuna sanzione, al di fuori di quella penale, per dissuadere[37] o regolare il caso in cui fosse stata praticata, come disposto invece per la fecondazione eterologa prima dell'intervento della Corte costituzionale[38], i giudici si sono trovati ad affrontare casi di genitori intenzionali, i quali, avuto accesso alla gestazione per altri all'estero, richiedevano la trascrizione del certificato di nascita in Italia.

Sono gli effetti civili della gestazione per altri a risaltare, delineandosi la possibilità di definire il rapporto di filiazione non solo sulla base genetica/biologica, ma anche della volontà dei genitori intenzionali. Dal momento che, in base alla normativa del luogo in cui è avvenuta la gestazione per altri, i genitori intenzionali sono considerati i genitori legali del minore[39], quest'ultimo acquisisce di riflesso un determinato *status* legale.

Trattandosi del recepimento di un atto straniero, i giudici si sono interrogati se il divieto legislativo integrasse la nozione di ordine pubblico[40] impedendo così la trascrizione dell'atto. La risoluzione del quesito, però, è risultata tutt'altro che agevole dal momento che la risposta affermativa si è posta in posizione stridente con il principio del *best interests* del minore[41]. Ordine pubblico e interesse del minore risultano così essere elementi intimamente connessi

---

[37] In tal senso L. D'AVACK, *La maternità surrogata: un divieto "inefficace"*, in *Diritto di famiglia e delle persone,* n. 1, 2017, 146, il quale prospetta diverse soluzioni che si sarebbero potute adottare per rendere efficace il divieto di ricorrere alla gestazione per altri: «A titolo di esempio per quanto concerne la filiazione si sarebbe potuto esplicitamente non consentire la trascrizione nello Stato italiano di un provvedimento straniero con il quale fosse stata attribuita la paternità o la maternità ai genitori committenti e non biologici a seguito di surroga; prevedere la decadenza dalla potestà genitoriale, in forza dall'art. 569 c.p.; riconoscere la responsabilità penale ai sensi degli artt. 495 (false dichiarazione in atti dello stato civile) e 567, co. 2 (alterazione di stato); precisare normativamente che la surroga, anche fatta all'estero da cittadini italiani e non punibile in quel paese come illecito, è contraria all'ordine pubblico. Ancora valutare l'opportunità di ricorrere al dispositivo dell'art. 9 c.p., secondo il quale il cittadino che commette in territorio estero un reato possa essere punito su richiesta del Ministro della giustizia».

[38] Anche prima dell'intervento demolitorio della Corte costituzionale nel 2014, il Legislatore aveva previsto all'art. 9 co. 1 che in caso di fecondazione eterologa, pur in violazione di legge, il coniuge (o il convivente) il cui consenso era ricavabile da atti concludenti non poteva esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'art. 235, co.1, nn.1 e 2 del c.c., né l'impugnazione di cui all'art. 263 c.c.

[39] Non rileva in questa sede le modalità di acquisizione della genitorialità sia essa automatica al momento della nascita, successiva per intervento giudiziale oppure risultante *ex ante* al momento dell'impianto dell'ovocita fecondato nell'utero della gestante. Per una ricognizione delle varie legislazioni cfr. K. TRIMMINGS – P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level,* Oxford, Hart Publishing, 2013.

[40] Cfr. G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019. Ripercorre e analizza le pronunce della Corte di Cassazione che interessano questo paragrafo M. TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, pp. 41 ss.

[41] Cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in C. PICIOCCHI, M. FASAN, C. M. REALE (a cura di), *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio 17-18 gennaio 2019*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 177 ritiene il principio «la nuova categoria ordinante delle relazioni familiari, come tale in grado di strutturare e dare certezza alle stesse» diventando perciò «[…] parametro per la creazione di un regime giuridico parallelo a quello matrimoniale, volto ad attribuire certezza ai rapporti genitoriali pur nella molteplicità e nella fragilità dei modelli familiari»

Tuttavia permangono alcune criticità sia per quanto l'esatto contenuto e il suo bilanciamento con gli altri valori. Per una prospettiva ricostruttiva e critica si rimanda a E. LAMARQUE, *Prima i bambini*. *Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016. Altresì L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1, 2016, pp.

che hanno messo a dura prova la tenuta dei principi dell'ordinamento nel tentativo di trovare un bilanciamento a causa delle diverse accezioni che si possono dare ai due termini [42].

Simili casi sono stati affrontati anche da diverse Corti supreme come il *Tribunal Supremo* spagnolo[43], il *Bundesgerichtshof* tedesco[44], la *Supreme Court* irlandese[45] fino alla *Cour de Cassation* francese[46], tutti organi di ultima istanza di Stati in cui vige un divieto di gestazione per altri[47]. La forte connotazione europea non è emersa solamente dalla comunanza delle questioni nel diritto nazionale degli Stati europei, ma ha trovato anche una definizione a livello sovranazionale grazie alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, in dialogo per l'appunto con le Corti nazionali, ha tracciato un sentiero su cui muoversi.

Ed è su quest'ultima giurisprudenza che occorre soffermarsi proprio per la sua capacità di astrarsi rispetto alle singole normative statali e di adottare una soluzione alla luce della Convenzione capace di fare da timone alle *policy* dei singoli Stati membri. Cardine del ragionamento di tale modello è contenuto nelle prime sentenze gemelle: *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* del 2014[48]. Entrambi i casi riguardavano il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere i certificati di nascita di minori nate in California da madre surrogata e da genitori intenzionali francesi. Nell'analizzare il caso, se da un lato la Corte ha riconosciuto un margine di apprezzamento allo Stato nel regolare la gestazione per altri, potendola sanzionare[49], dall'altro lato ha ritenuto che tale margine non potesse avere portata illimitata. Esso, infatti, si deve restringere qualora si violi non tanto la vita privata dei genitori, quanto piuttosto la vita privata del minore, ledendo il suo diritto all'identità personale[50]. I provvedimenti delle autorità francesi avevano ecceduto il loro margine di apprezzamento, dal momento che non avevano riconosciuto (almeno) il legame con il genitore biologico[51], pregiudicando così l'interesse superiore del minore.

---

[42] A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità. Leggi e giudici di fronte alle nuove realtà*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 211.
[43] *Tribunal Supremo* di Madrid, *Sala de lo Civil*, 6 febbraio 2014, n. 835/2013, consultabile in *GenIUS*, 2, 2015, p. 354 ss.
[44] *Bundesgerichtshof*, XII ZB 463/13 del 10 dicembre 2014 con commento M. DI MASI, *Coppie omosessuali e ricorso alla surrogacy in uno Stato estero: aperture dalla Germania*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, n. 2, 2015, 214 ss. Recentemente nella sentenza, *Bundesgerichtshof*, XII ZB 530/17 del 23 aprile 2019 la Suprema Corte federale ha ritenuto che ai sensi del diritto tedesco debba essere riconosciuta madre la donna che ha partorito, dovendosi così registrare la gestante come madre del bambino nell'atto di nascita.
[45] *Irish Supreme Court*, M.R. and D.R. and ors c. An t-Ard-Chlaraitheoir and ors, sentenza del 7 novembre 2014. Il testo è disponibile online: https://www.bailii.org/ie/cases/IESC/2014/S60.html (ultima consultazione 20.07.2021).
[46] La *Cour de Cassation* è tra tutte le corti, insieme a quella italiana, quella ad aver affrontato maggiormente il tema e di aver avviato un proficuo dialogo con la corte EDU. Non sarà possibile nelle more di questo lavoro, poter rendere conto dell'evoluzione della giurisprudenza francese (se non alcuni sparuti richiami) pertanto si rimanda a M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2019, pp. 167 ss.
[47] Si rimanda alla nota 9 del presente contributo (v. *supra*).
[48] Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11 e *Labassee c. Francia*, 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11.
[49] Corte EDU, *Labassee c. Francia*, § 54 e Corte EDU, *Mennesson c. Francia* §79.
[50] Corte EDU, *Labassee c. Francia*, § 75 e Corte EDU, *Mennesson c. Francia* §99.
[51] Cfr. L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri,* in *Diritti umani e diritto internazionale,* n. 2, 2019, p. 422. L'Autrice pur ritenendo centrale il requisito del dato genetico nell'elaborazione della Corte di Strasburgo, ha messo in luce come nella sentenza *Mennesson* la Corte evidenziava i pregiudizi che le minori avrebbero patito per il mancato riconoscimento del legame con entrambi i genitori di intenzione (cfr. §95 e §98 della sentenza).

Nel giro di qualche anno la Corte è intervenuta nuovamente sul tema con la sentenza della Grande Camera *Paradiso Campanelli c. Italia* del 2017[52] con cui si è aggiunto un ulteriore tassello. Il ricorso aveva a oggetto l'allontanamento, la collocazione presso una casa-famiglia e la successiva adozione da parte di una coppia terza di un minore nato in Russia da una madre gestante e da due genitori intenzionali i quali, però, a differenza delle fattispecie precedenti, non avevano apportato alcun contributo genetico. Nonostante la pronuncia in primo istanza della II sezione[53] avesse rilevato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, pur nell'impossibilità del rientro del minore nella casa dal momento che ormai aveva stabilito un rapporto con i genitori adottivi, la *Grand Chambre* ha ribaltato tale orientamento. Secondo i giudici, infatti, non si è posta alcuna violazione della vita privata e famigliare poiché non era presente alcun legame biologico tra i genitori intenzionali e il minore. Inoltre, la relazione affettiva, nata da condotta illecita, era durata un breve lasso di tempo[54]. Per questi motivi il provvedimento di allontanamento è stato considerato proporzionato e non è stata rilevata alcuna violazione della vita privata e famigliare.

L'ultima tessera che compone il mosaico che, in questa sede si sta cercando di (ri-) costruire, deriva dal primo parere preventivo adottato sulla base del protocollo 16[55]. Sollecitata dalla Corte di cassazione francese, la Corte di Strasburgo si è espressa sul riconoscimento del legame di filiazione nei confronti del genitore intenzionale, ritenendo che questo non debba avvenire necessariamente attraverso la diretta trascrizione del certificato di nascita[56]. Una valida alternativa, infatti, è stata individuata nelle procedure di adozione a patto che queste risultino celeri ed effettive[57], al fine di non sacrificare i diritti del minore.

Questo trittico rappresenta le coordinate principali fornite dalla Corte di Strasburgo per i casi di riconoscimento del legame di filiazione di un minore nato da gestazione per altri; frutto di un'evoluzione giurisprudenziale in cui la Corte, richiamando di volta in volta i propri precedenti e analizzando il caso concreto in esame, affina e precisa i contorni della gestazione per altri nel giro di un lasso di tempo piuttosto breve.

La Corte EDU, attraverso le sue pronunce, ha delineato una via interpretativa per giustificare il riconoscimento dei diritti di questi bambini. Proprio sul *best interests of the child,* parte della dottrina ha messo in luce come nella giurisprudenza della Corte di Cassazione vi sia stata un'evoluzione. Partendo dalla pronuncia del 2014 in cui si guardava a un interesse astratto riferibile in generale ai minori come categoria giuridica in sé considerata, si è giunti a

---

[52] Corte EDU Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12.
[53] Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12.
[54] Corte EDU Grande Camera, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, §157.
[55] Corte EDU, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n. P16-2018-00.1. Il parere è stato commentato da A. MARGARIA, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, n. 2, 2020, pp. 412 ss. Inoltre, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, pp. 709 ss. Più ampiamente sulle considerazioni generali riguardanti questo nuovo strumento previsto dal protocollo 16 si rimanda E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015.
[56] Corte EDU, primo parere consultivo, § 53.
[57] *Ibidem*, § 54.

un approccio concreto che ha tenuto conto, effettuando un bilanciamento, dei diritti del minore direttamente coinvolto nel contenzioso[58]. Indubbia, dunque, è stata l'influenza di questo modello nei confronti della giurisprudenza nazionale impegnata nel contenzioso originato dalla richiesta della trascrizione del certificato di nascita ottenuto all'estero per il minore nato da gestazione per altri alla luce della nozione dell'ordine pubblico. Guardando al tema da una prospettiva nazionale, perciò, proprio sulla configurazione di quest'ultima nozione si sono divise le Corti di merito, complice anche una giurisprudenza ondivaga della Cassazione.

Infatti, in base a una prima pronuncia del 2014[59] si era ritenuto che il divieto previsto dall'art. 12 co. 6 della legge 40 integrasse la nozione di ordine pubblico in quanto a presidio della tutela della dignità della donna e dell'istituto dell'adozione. Quest'ultimo era stato ritenuto l'unico strumento idoneo a tutelare i minori non esponendoli, come nel caso della gestazione per altri, al mero accordo delle parti[60].

A fronte di questa sentenza di chiusura[61] che ha affermato una nozione di ordine pubblico "protettivo", successivamente la Corte nel 2016 ne ha fornito una nuova declinazione "promozionale"[62].

Nel 2016[63], nella trascrizione di un certificato di nascita di un minore nato mediante procreazione medicalmente assistita da due donne, la Cassazione ha ritenuto l'ordine pubblico formato esclusivamente dai principi fondamentali della Carta, a cui si aggiungono i principi internazionali e sovranazionali che il Legislatore non può sovvertire[64]. In quest'ottica, il divieto previsto in via legislativa[65] rappresentava solamente l'esercizio di una discrezionalità del Legislatore e non poteva perciò essere d'ostacolo alla trascrizione[66].

---

[58] A. MARGARIA, *Nuove forme di filiazione e genitorialità*, *op. cit.*, p. 212.

[59] Cass. civ. sez. I, sentenza del 11 novembre 2014, n. 24001.

[60] *Ibidem,* punto 3.1. «Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

[61] Occorre precisare che la fattispecie in esame riguardava due genitori intenzionali che non erano legati biologicamente al minore. La Corte stessa dichiara di essere consapevole dei rilievi mossi soprattutto in dottrina verso quelle forme solidali di gestazioni per altri e quelle in cui almeno uno dei due genitori è legato geneticamente al minore.

[62] F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2020, p. 189.

[63] Cass. civ. sez. I, sentenza del 30 settembre 2016, n.19599.

[64] *Ibidem*, «Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione […] dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».

[65] Art. 5 della legge 40/2004 prescrive «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di *sesso diverso*, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» (corsivo aggiunto).

[66] Cass. n. 19599 del 2016 «Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del Legislatore ordinario in un determinato momento storico».

Seppur la vicenda non rilevava ai fini della gestazione per altri, il principio di diritto enunciato è stato utilizzato da diverse Corti di merito[67] fino al pronunciamento delle Sezioni Unite nel 2019 che, riprendendo la pronuncia del 2014, hanno ritenuto il divieto legislativo di gestazione per altri integrare la nozione di ordine pubblico[68]. Dal momento che il Legislatore ha posto un ragionevole bilanciamento tra l'interesse del minore e gli altri valori costituzionali in gioco, non è possibile consentire la trascrizione del certificato di nascita del minore. Tuttavia, le Sezioni Unite, sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU, hanno ritenuto che si possa dare rilievo al rapporto di filiazione con il genitore intenzionale (solamente) mediante l'adozione in casi particolari[69].

Questo continuo dialogo con la Corte di Strasburgo, però, ha fatto vacillare la posizione presa dalle Sezioni Unite. Infatti, pochi mesi dopo, la prima sezione civile della Cassazione, con l'ordinanza n. 8325, ha sollevato questione di legittimità costituzionale del divieto previsto dalla legge 40 nella parte in cui, in combinato disposto con la legge del 1995, secondo il diritto vivente non era possibile trascrivere il certificato di nascita nei confronti del genitore intenzionale del minore nato all'estero tramite gestazione per altri[70].

Due sono i profili di censura individuati. Innanzitutto, anche alla luce dell'emanazione del primo parere sul protocollo 16, il diritto vigente confligge con la possibilità di un riconoscimento celere ed effettivo del vincolo di filiazione tra il genitore non biologico e il minore. L'adozione in casi particolari, riconosciuta dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019, non è adeguata rispetto agli obblighi convenzionali dal momento che la sua configurazione rappresenterebbe una sorta di declassamento del rapporto genitoriale e non corrisponderebbe al requisito della tempestività, a causa di un procedimento che richiede un *iter* lungo e complesso. In secondo luogo, è il rapporto tra ordine pubblico e diritto fondamentale del minore a essere oggetto della doglianza. Per i giudici della prima sezione, non vi è una contrapposizione tra l'ordine pubblico e i diritti fondamentali del minore, dal momento che proprio quest'ultimi integrano la nozione stessa di ordine pubblico[71]. La scelta del Legislatore, perciò, di tutelare la

---

[67] Così, per citarne alcune, Corte d'Appello di Milano, sentenza del 28 ottobre 2016; Tribunale di Roma, sentenza dell'11 maggio 2018; Corte d'Appello di Venezia sentenza del 16 luglio 2018; Corte d'Appello di Trento, sentenza del 23 febbraio 2019.

[68] Cass. civ. sez. un., 08 maggio 2019, n. 12193. Tale pronuncia si era resa necessaria in seguito alle sentenza del 2017, sempre delle Sezioni Unite, in tema di danni punitivi in cui si accoglieva una nozione differente di ordine pubblico rispetto a quella prospettata nel 2016 Cass. civ. sez. un., Sentenza del 05 luglio 2017, n. 16601. Per una ricostruzione si rimanda a M. TESCARO, *L'ordine pubblico internazionale nella giurisprudenza italiana in tema di risarcimento punitivo e di maternità surrogata*, in *Nuovo diritto civile*, n. 1, 2020, pp. 24 ss.

[69] *Ibidem*, punto 13.4 «[…] la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal Legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983».

[70] Cass. I sez. civ., ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325. Si veda il commento F. FERRARI, *La legge "presa sul serio". Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020*), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2020, pp. 533 ss. Inoltre, si rimanda anche a R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o* best interest of the child*?*, in *Federalismi*, n. 22, 2020, pp. 278 ss.

[71] *Ibidem*, «E' quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo,

dignità della donna mediante il divieto di gestazione per altri non può comprimere i diritti inviolabili del minore che abbia acquisito il proprio *status* all'estero e ledere così la sua identità personale[72] giacché il riconoscimento dell'atto straniero non comporta il riconoscimento del contratto di gestazione per altri.

Le difficoltà riscontrate sono state prese in considerazione dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33 del 2021[73]. I giudici, pur dimostrandosi sensibili alle argomentazioni degli *amici curiae* e dell'Avvocatura dello Stato che accusavano tale pratica di sfruttare donne provenienti da condizioni economiche critiche[74], hanno mostrato un atteggiamento completamente differente rispetto ai toni usati nell'*obiter* della sentenza 272/2017[75].

Accogliendo l'impostazione delineata dalla giurisprudenza, la Corte ha affermato una «terza via»[76] che tenta di mediare tra l'imposizione dell'ordine pubblico e il riconoscimento del certificato di nascita. L'esigenza di fondo non è tanto un legittimazione di tale pratica, quanto piuttosto una piena tutela dei figli. Lo scopo dissuasivo del mancato riconoscimento, infatti, incide negativamente sullo *status* dei minori facendo ricadere su questi *la colpa* dei genitori. Dunque, non è lo scopo perseguito, vale a dire ostacolare il ricorso alla gestazione per altri, a essere illegittimo, quando piuttosto il mezzo adottato. Infatti, emerge nella sentenza come non sia il divieto della legge 40 del 2004, ma l'istituto dell'adozione in casi particolari così come delineato a non essere idoneo a regolare tali fattispecie. Per questo motivo, la Corte rivolge un monito[77] al Legislatore esortandolo a individuare lo strumento maggiormente idoneo per salvaguardare tutti gli interessi in gioco, orientando la propria scelta verso forme il più possibili celeri ed effettive.

All'esito di questo percorso che ha delineato il secondo approccio emerso nei confronti del divieto di gestazione per altri, è possibile domandarsi se tale impostazione pur non mettendolo in discussione direttamente, non lo faccia indirettamente. Il riconoscimento del legame

---

manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale)».

[72] *Ibidem*, «Lo Stato tutela la dignità della donna vietando la gestazione per altri nel suo ordinamento ma non può affievolire i diritti inviolabili di un minore, che è nato all'estero e vi ha acquisito legalmente il proprio status e la propria identità personale, come conseguenza di un improprio bilanciamento dei diritti inviolabili del minore con la propria legittima volontà di scoraggiare i propri cittadini a recarsi all'estero per eludere il divieto della gestazione per altri. Come ha affermato chiaramente nel suo parere consultivo la Corte di Strasburgo, seguendo una linea interpretativa pienamente aderente ai nostri valori costituzionali, la compressione del diritto del minore alla sua identità personale, familiare e sociale non può verificarsi per effetto di una condotta altrui, anche se penalmente illecita nel nostro ordinamento».

[73] Cort. cost., sentenza n. 33 del 2021.

[74] *Ibidem,* punto 5.1 del considerato in diritto.

[75] E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli* human rights, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2021, p. 389.

[76] G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, pp. 112.

[77] Monito più incisivo e peculiare come emerge dalle attente osservazioni di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del Legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021),* in *Consulta Online*, 11 marzo 2021, pp. 221-222.

di filiazione rappresenterebbe, perciò, un modo per poter aggirare un divieto e considerare *tamquam non esset* la sanzione penale[78].

L'elaborazione giurisprudenziale riportata, tuttavia, ha ben messo in luce come non è al centro del dibattito un'astratta lesione quanto piuttosto un concreto interesse del minore. Non si tratta di considerare il *best interests* come un valore tiranno[79] in grado di affermarsi acriticamente su qualsiasi bene, quanto piuttosto di riconoscerne il valore di bene in grado di stimolare il bilanciamento. L'interesse del minore diviene lo strumento per non far ricadere le *colpe* dei genitori sui figli e stimolare l'ordinamento a ricercare le soluzioni più idonee. In quest'ottica, devono essere lette le decisioni della Corte di Strasburgo, seguite a ruota dalla Cassazione, che progressivamente hanno ritenuto che il diritto all'identità del minore debba essere pieno nei confronti del genitore biologico, mentre lo Stato può prevedere riconoscimenti differenti per il genitore intenzionale purché siano effettivi e celeri.

In questo senso si colloca la decisione della Corte costituzionale, la quale si pone anche come anello di congiunzione rispetto ai due approcci analizzati. Essa, infatti, chiudendo la fase giurisprudenziale e rinviando alla decisione del Legislatore, si pone come punto di arrivo – o di partenza a seconda dei punti di vista – rispetto al dibattito sulla gestazione per altri e al relativo divieto.

3. Una strada dai confini sempre più stretti

Fino a questo punto ci si è mossi secondo una ricostruzione che ha nella pratica della gestazione per altri il suo fulcro. Il criterio adottato è stato quello temporale che scandisce le diverse questioni tra un prima e un dopo l'accordo e nello specifico la nascita del minore.

Cambiando prospettiva, però, è possibile fornire anche un'ulteriore immagine per descrivere il dibattito sulla gestazione per altri: dall'analisi è emersa una forma a imbuto. Man mano che si procede dalla sommità dell'imbuto fino ad arrivare al suo collo, lo spazio per un dibattito si riduce sempre più. Dalle prese di posizioni più generali sulla liceità o meno di tale pratica e le riflessioni che hanno accompagnato il divieto contenuto nella legge 40 soprattutto da parte della dottrina, si è scesi in maniera più ristretta verso l'attenzione giurisprudenziale ai diritti attribuibili al minore. Procedendo ulteriormente si è individuato il riconoscimento del genitore biologico, il quale ha rappresentato un ulteriore passaggio di restringimento, fino ad arrivare al collo dell'imbuto in cui si è affrontato il riconoscimento del genitore intenzionale.

È innegabile la matrice giurisprudenziale che soggiace a tale percorso con tutti i pregi e i limiti che ciò comporta[80]. Tale approccio ha avuto il merito di porsi in un'ottica realista e

---

[78] Cfr. E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, *op. cit.*, p. 3 «Si è così ingenerato un preoccupante (ma rimediabile) meccanismo di fuga in avanti di alcuni giudici che, per effetto di una mirata selezione di liti strategiche, sono divenuti il canale di trasmissione dell'elusione di quel divieto».

[79] Il riferimento è alla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013. Sull'impostazione dell'interesse del minore come valore tiranno nei contenziosi riguardanti i nati da gestazione per altri si rinvia a I. FERLITO, «Miglior interesse del bambino» *e* «maternità surrogata»*: il rischio di un valore-tiranno,* in www.comparazionedirittocivile.it (ultima consultazione 20.08.2021).

[80] S. PENASA, *Tra legge e corti: la gestazione per altri in prospettiva comparata e multidimensionale***,** in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni*, *op. cit*., ascrive tale fenomeno al più generale

pragmatica, cercando di risolvere quanto non disposto a livello legislativo[81]. Il minore è stato così posto al centro, considerato nella sua individualità e nella sua concretezza. Al contempo, però, la mancanza di un intervento legislativo in grado di definire una posizione univoca di fronte alla tematica ha fatto sì che i diritti dei minori si siano visti affermati in maniera lenta e piuttosto disomogenea, lasciandoli in balia delle decisioni delle singole corti. Inoltre, nel cercare di fornire una lettura sistematica e una forma di tutela si è dovuto reperire nell'ordinamento quelle forme che ben potevano adattarsi a questo fine. Il riferimento è chiaramente alla sentenza delle Sezioni Unite che hanno individuato nell'adozione nei casi particolari[82] l'istituto idoneo a tutelare il legame di filiazione con il genitore intenzionale, i cui limiti però sono ben noti: il necessario assenso del genitore biologico e la mancata costituzione di un vincolo di parentela con gli ascendenti del genitore sociale[83].

Prima di affrontare il tema dell'idoneità dell'istituto dell'adozione[84], occorre soffermarsi e chiarire un ultimo aspetto propedeutico il quale contribuisce a restringere ulteriormente i confini di un possibile dibattito: l'erronea equivalenza tra procreazione medicalmente assistita, in particolare quella eterologa, e la gestazione per altri[85]. Nonostante trovi il proprio divieto nella legge 40 del 2004, la gestazione per altri non costituisce una tecnica di per sé procreativa, ma utilizza la procreazione medicalmente assistita come mezzo per la sua realizzazione[86]. Tuttavia, sono due tecniche che presentano strutturalmente delle differenze.

---

fenomeno biogiuridico che richiede la necessaria interposizione del formante giurisprudenziale. Tuttavia, occorre ricordare quanto affermato da R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, pp. 27-28 il quale sottolinea la differenza di riconoscimento di un diritto da parte di un giudice o del Legislatore. Nel primo caso, il giudice è tenuto al rispetto del principio della domanda e una sua statuizione opera in riferimento al caso concreto. Nel secondo caso, invece, il Legislatore riconosce un diritto in via astratta e generale regolando tutti gli interessi che concorrono. Per un'analisi dei problemi sottesi ai "diritti senza legge" si rinvia ad A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, n. 1, 2015, pp. 10 ss.

[81] S. PENASA, *Tra leggi e corti*, *op. cit.*, p. 85 il quale ritiene che «data la natura integrata delle fonti del diritto, ciò che non trova adeguata copertura […] a livello legislativo, sarà inevitabilmente destinato a trovare altri «sfoghi» normativi, in primis attraverso la fonte giurisprudenziale».

[82] L'istituto, disciplinato agli artt. 44-57 della legge n. 184 del 1983 si applica in quei casi, tassativamente individuati dal Legislatore, in cui non è possibile procedere con l'adozione piena non sussistendo lo stato di abbandono. Cfr. S. MATTEINI CHIARI, *Adozione. Nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Milano, Giuffrè, pp. 243-275. Inoltre per un'evoluzione dell'istituto in questione si veda G. COLLURA*, L'adozione in casi particolari*, G. COLLURA, L. LENTI, M. MANTOVANI (a cura di), *La filiazione*, in P. ZATTI (sotto la direzione di), *Trattato di diritto di famiglia*, II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 951 ss.

[83] Così Cort. cost., sentenza n. 33 del 2021, punto 5.8 del cons. in dir. Cfr. A. CORDIANO, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, p. 22 sottolinea inoltre sia come la scelta di ricorrere all'adozione in casi particolari addossi i costi alle parti, sia come lasci alla discrezionalità del giudice la concessione di accordare tale rimedio adottivo.

[84] Di cui al paragrafo 4 del presente scritto (v. *infra*).

[85] Approccio che parrebbe emergere anche dalla lettura della coeva pronuncia n. 32 del 2021 della Corte costituzionale. Si è ritenuto essere di fronte a due sentenze gemelle, trattandosi, nel caso della n. 32, della tutela del figlio nato da procreazione medicalmente assistita da parte di due donne. Tuttavia, cfr. G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere"*, *op. cit.*, p. 114 nota 11 in cui l'Autrice sottolinea la profonda differenza tra le due questioni.

[86] I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, Giuffré, 2000, p. 3. *Contra* M. GATTUSO, *Gestazione per altri: modelli teorici e protezione dei nati in forza dell'articolo 8, legge 40*, in *giudicedonna.it*, 1, 2017 pp. 38-41 il quale argomenta che la gestazione per altri realizzi una forma di procreazione medicalmente assistita la cui distinzione opera solamente in funzione della volontà manifestata dalle parti. Inoltre cfr. C. CASINI, M.L. Di PIETRO, M. CASINI, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'. Commentario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 87.

Innanzitutto, seppur in entrambi i casi ci si riferisca a tecniche che richiedono la partecipazione di uno o più soggetti terzi rispetto al progetto genitoriale (c.d. *third-party reproduction*), differenti sono i ruoli di quest'ultimi.

Nella gestazione per altri, la gestante ha un ruolo imprescindibile che mantiene una propria cifra indipendentemente dalla considerazione che si ha di tale pratica. Sia che la si ritenga l'unica madre, sia la persona che co-partecipa alla realizzazione del progetto genitoriale, non è possibile ridurre tale esperienza a un mero processo biologico. Pur nell'assenza di un legame genetico[87], la gravidanza infatti è, e resta, «un'esperienza relazionale complessa»[88] che vede legate due persone, la donna e il feto, in un continuo processo di scambio della durata di nove mesi. Tale visione incarnata della gravidanza nel corpo femminile, trova un riconoscimento anche e soprattutto agli artt. 31 e 37 della Costituzione[89]. Non è solo, dunque, la dignità intrinseca della gestante che non può essere ridotta a mero "contenitore" per la nascita del bambino[90], ma anche il riconoscimento di questa specifica relazione ad aver modellato le regole dell'attribuzione della genitorialità in seguito alla gestazione per altri. Volgendo uno sguardo al diritto comparato, infatti, la quasi totalità delle legislazioni che permettono la gestazione per altri, hanno altresì previsto il diritto della gestante al ripensamento potendosi ritirare dall'accordo, anche in un momento successivo al parto, e essere dichiarata madre del bambino[91].

Nella procreazione medicalmente assistita eterologa, invece, il ruolo del donatore o della donatrice è differente. Malgrado l'asimmetria esistente tra l'apporto genetico-biologico del contributo maschile e quello femminile[92], questo è funzionale solamente alle fasi iniziali

---

[87] Nelle forme di *gestional surrogacy* la gestante non è legata geneticamente al nascituro, infatti, si ricorre all'ovodonazione. L'assenza di un tale legame è richiesta dalla maggior parte delle legislazioni sul tema. Cfr., sul punto, nota n. 10 del presente contributo. Per la distinzione tra *traditional surrogacy* e *gestional surrogacy* si rimanda alla nota 5.

[88] B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, *op. cit.*, p. 191.

[89] *Ibidem*, 192. L'Autrice, inoltre, nota come il diritto fatichi a concepire questa dimensione relazionale, nonostante un riconoscimento specifico in Costituzione, dal momento che considera i soggetti di una relazione come due soggetti interamente separati e non segnati da una condivisione corporea.

[90] Se innegabile è il riconoscimento della dignità in quanto persona, come è già emerso divergono le declinazioni di tale dignità. Queste visioni possono ascriversi alla più generale distinzione tra dignità in senso soggettivo e dignità in senso oggettivo cfr. G. RESTA, *Dignità, Persone, Mercati*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 9.

[91] Esempio paradigmatico è quello della legislazione inglese. L'attribuzione della genitorialità ai genitori intenzionali può avvenire solamente mediante un *parental order* ottenuto dopo la nascita del bambino. La madre gestante non può prestare il proprio consenso prima di sei mesi dalla nascita e fino a quel momento resta la madre legale. Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *An Anthropological Reading of Surrogacy and the Role of Supreme Courts, op. cit.,* p. 337. Proprio la mancanza di un diritto di ripensamento ha condotto la Corte costituzionale portoghese a dichiarare incostituzionale, tra gli altri motivi, la legge sulla gestazione per altri cfr. *Tribunal constitucional* del Portogallo, sentenza del 24 aprile 2018 n. 225 consultabile in *articolo29* al seguente link http://www.articolo29.it/2018/tribunale-costituzionale-portoghese-si-pronuncia-sulla-gestazione-altri/ (ultima consultazione 20.07.2021).
In alcune legislazioni americane, la genitorialità è attribuita prima del momento del parto mediante dei *pre-birth parentage orders.* Al momento della nascita, il minore risulterà automaticamente figlio dei genitori intenzionali, non potendo opporsi la gestante in alcun modo. La legislazione più influente in materia è quella californiana che a partire dalla sentenza *Johnson v. Calvert* della Suprema Corte nel 1993 ha riconosciuto l'idoneità della volontà a essere usato come criterio di attribuzione della genitorialità, scelta poi codificata nel 2013 nel *Family Code*. Per un approfondimento M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, *op. cit.*, pp. 74-92.

[92] Cfr. B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, *op. cit.*, pp. 197-198. La donazione di ovociti richiede procedure mediche invasive e a forte impatto sul corpo della donna, a differenza della donazione di seme che risulta una procedura semplice e senza alcun rischio per la salute dell'uomo.

della fecondazione e della riproduzione, non instaurandosi alcun tipo di legame con il nascituro. Non rileva in alcun modo la posizione del donatore o della donatrice ai fini dell'attribuzione della genitorialità, dovendosi infatti fare riferimento al criterio del parto per la donna e al criterio della volontà per l'uomo, così come espresso nella legislazione italiana all'art. 9 della legge 40.

Nonostante queste differenze strutturali, a tratti ontologiche, l'equivalenza delle tecniche si è avuta in riferimento alla genitorialità omosessuale; non più la tecnica in sé, ma il risultato da questo raggiunta: diventare genitori. In questo senso, si pone una disparità a ottenere determinati trattamenti rispetto alle coppie eterosessuali sulla base dell'orientamento sessuale. La gestazione per altri rappresenta, infatti, l'unico accesso alla genitorialità per le coppie omosessuali maschili, laddove le tecniche di fecondazione eterologa rappresentano il corrispettivo per le coppie lesbiche[93].

Tuttavia, questa impostazione nega la peculiarità della gestazione per altri. Occorre considerare poi che tale pratica non è appannaggio solamente delle coppie omosessuali maschili. Non solo il divieto imposto dall'art. 12 co. 6 della legge 40 si applica *tout court* a tutte le coppie senza distinzione fondata sull'orientamento sessuale, ma in realtà adottando un approccio empirico e realista, si registra come le coppie eterosessuali ricorrano maggiormente alla gestazione per altri. Il divieto, dunque, ha effetti trasversali sulla genitorialità ampiamente intesa prescindendo dall'orientamento sessuale delle coppie che vogliano ricorrere a tale pratica.

Spostare il *focus* sulla genitorialità omosessuale rischia però di viziare il dibattito introducendo l'idea che il divieto di gestazione per altri poggi su un (celato) pregiudizio nei confronti dell'omogenitorialità. Quest'ultimo è oramai sempre più sconfessato sia dalle corti di merito, sia dalla Corte di Cassazione che a più riprese ha certificato l'idoneità delle coppie omosessuali a svolgere ruoli genitoriali[94]. Già le Sezioni Unite, nella citata sentenza del 2019 avevano ribadito che la contrarietà della gestazione per altri all'ordine pubblico non risiedeva affatto nell'orientamento sessuale della coppia, poggiando invece sulla tutela della dignità della gestante e sull'istituto dell'adozione. Allo stesso modo una recente sentenza delle Sezioni Unite dimostra come non vi sia alcun pregiudizio verso l'omogenitorialità maschile, quanto piuttosto il problema abbia ad oggetto il modo in cui si attribuisce la genitorialità[95]. A fronte infatti di un'adozione realizzatasi nello Stato di New York, i supremi giudici hanno ritenuto che fosse

---

[93] Su quest'ultimo punto si è espressa la Corte costituzionale con tre sentenze, seppur da punti di vista differenti: la n. 221 del 2019, la n. 237 del 2019 e la n. 230 del 2020. Sul tema si rinvia a E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, n. 3, 2021, pp. 431 ss. In relazione al tema della gestazione per altri si veda E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, IN *Osservatorio costituzionale*, n. 2, 2021, pp.138 ss.

[94] Cfr. Cass. I sez. civ.,11 gennaio 2013, n. 601 secondo cui «[…] non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale». Da ultimo si veda Cass. civ., sez. I, ord., 31 maggio 2018, n. 14007. Per le decisioni giurisprudenziali di merito e di legittimità sul tema si veda A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa,* in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, in particolare pp. 2-6.

[95] Cass. civ. sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006.

possibile la trascrizione dell'atto di nascita per il genitore italiano proprio in ragione della differente fattispecie rispetto alla gestazione per altri.

L'accesso alla genitorialità delle coppie omosessuali non rappresenta perciò il discrimine tra gestazione per altri e procreazione medicalmente assistita, divergendo queste due tecniche per la loro struttura. Chiarito quest'ultimo aspetto, un tassello avvolto dal dubbio permane: dati i rilievi posti in luce, come è possibile non giungere a una lesione dei diritti del minore? Ancora, come è possibile non configurare una discriminazione attribuendo loro, astrattamente e concretamente, *status* differenti?

Il nodo gordiano si concretizza nella difficoltosa attività di bilanciamento tra una tutela unitaria del minore e una impervia difficoltà nel trovare una garanzia che tenga in considerazione le peculiarità insiste in ciascuna tecnica di procreazione medicalmente assistita. Seppur è stato sostenuto che la scelta della Corte sia stata lesiva e che fosse necessario una pronuncia dall'esito diverso[96], la posizione della sentenza n. 33 del 2021 sembra rispondere a queste domande, posizionandosi a metà via, in grado di dare continuità all'elaborazione giurisprudenziale e al contempo di lasciare spazio alla discrezionalità del Legislatore.

4. Riformare senza travolgere: coordinate (minime) per un possibile intervento

Si apre così uno spiraglio per delle proposte *de iure condendo* che mirano a offrire uno spunto per una riflessione concreta e attuabile, proseguendo per le strettoie del dibattito.

Pur essendo compito del Legislatore individuare la migliore soluzione per poter ricomporre le tessere del mosaico senza sacrificare i vari nuclei coinvolti in questa partita[97], è chiaro che non si potranno eludere, o peggio sacrificare, alcuni profili fissati dall'elaborazione giurisprudenziale nel corso degli ultimi anni. Il tentativo infatti di tenere insieme sia il divieto legislativo contenuto nella legge 40 riguardante la gestazione per altri, sia la tutela del minore ha condotto la giurisprudenza a convergere verso l'istituto dell'adozione.

Nell'ottica di chi scrive, si tratta del compromesso maggiormente accettabile data la peculiarità della tecnica procreativa utilizzata. È necessario rimarcare che tale (possibile) soluzione non mira di per sé a mettere in discussione il divieto né vuole rappresentare un *escamotage* per poterlo aggirare. Si sta ponendo l'accento non tanto sulla pratica in sé, bensì sulla gestazione per altri già avvenuta, con un'attenzione che riguarda più specificamente i diritti da riconoscere al rapporto genitore e minore.

Non è mancato chi in dottrina ha sottolineato come questa scelta, raffigurante la «terza via» tracciata dalla Corte costituzionale, non sia scevra di implicazioni negative per il minore[98]. La mancanza di un riconoscimento diretto e l'adozione di un'eventuale procedura *ad hoc* per il riconoscimento del legame di filiazione fa ricadere proprio sui minori le scelte dei genitori

[96] G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere"*, *op. cit.*, pp. 117-120.
[97] Cort. cost. par. 5.9 del cons. in dir.
[98] G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere"*, *op. cit.*, pp. 116.

ponendo così una discriminazione che non è giustificata né dall'orientamento sessuale della coppia, né dall'assenza di un legame genetico con il genitore d'intenzione[99].

La procedura di adozione però non è funzionale a *marchiare* i figli nati da gestazione rispetto agli altri, ma invece è volta a riconoscere la tecnica attraverso cui sono nati. L'adozione, infatti, permette un controllo da parte dell'autorità giudiziaria, soppesando le istanze in gioco e verificando che l'interesse del minore sia valutato concretamente[100]. Non si tratta perciò di una forma di trattamento differenziato a fronte di situazioni eguali[101], quanto piuttosto un riconoscimento delle peculiarità.

Allineandosi alla sentenza della Corte costituzionale, non è però l'istituto dell'adozione di per sé inidoneo a regolare tale fattispecie, quanto piuttosto la disciplina contenuta nell'art. 44 della legge 184/83[102]. Si è già avuto modo di indicare come infatti l'adozione nei casi particolari presenti due elementi limitanti i quali realizzano un'adozione che risulta una forma *restricta* rispetto all'adozione legittimante creando un divario che concretizza una situazione di vera e propria discriminazione di fronte a situazione pressoché similari. È infatti il mancato riconoscimento di un pieno rapporto di filiazione a creare una disparità tra le modalità di nascita dei figli. Il *discrimen* perciò non è tanto nel modo di attribuzione (*rectius* di riconoscimento) dello *status* quanto al contenuto dei diritti riconosciuti al minore.

Proprio all'interno dell'ampia discrezionalità del Legislatore date le diverse opzioni, alla luce del dato comparato[103], si muove il giurista, anche in una prospettiva di riforma da intraprendere. In questa maglia, seppur ristretta, può, attraverso i suoi contributi, fornire non tanto un apporto ideologico al dibattito quanto piuttosto possibili spunti in grado di orientare le scelte del Legislatore nella consapevolezza che, accendere i riflettori sulla possibile forma che garantisca il maggior *standard* di tutela alla fattispecie in esame, non equivale affatto a rendere *licita* la gestazione per altri nella Repubblica italiana.

Pur concordando con le proposte di possibili interventi più ampi come una riflessione atta a rivedere l'intera materia dell'adozione[104] o una riforma dei criteri di imputazione della genitorialità[105], in ambito della gestazione per altri dato lo spiraglio apertosi sembra essere particolarmente interessante recuperare una proposta offerta da un'autorevole dottrina[106]. Si

---

[99] *Ibidem*, p. 120 l'Autrice sostiene che «un *discrimen* privo di fondamento normativo ed al quale non consegue un differente trattamento giuridico, ma, proprio per questa ragione, un *discrimen* che presenta, in modo chiaro e incontrovertibile, un forte valore simbolico: esso testimonia la volontà di segnare questi figli, di additarne la diversità perché la loro nascita offende in modo intollerabile la comunità di cui desiderano far parte» (corsivi dell'Autrice).

[100] Cfr. F. FERRARI, *L'interesse del minore tra protocollo 16 e discrezionalità del Legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). riflessioni a margine di C. cost. n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, p. 142.

[101] Così come prospettato da A. SASSI – S. STEFANELLI, *Nuovi modelli procreativi, diritto allo status e principi di ordine pubblico,* in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019, p. 390.

[102] *Contra* tale ricostruzione E. OLIVITO *Di alcuni fraintendimenti*, *op. cit.*, p. 25

[103] Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La* stepchild adoption *e le coppie* same sex *nel diritto europeo*, in *federalismi*, n. 8, 2020, pp. 1 ss.

[104] E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti*, *op. cit.*, 28. Similmente V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1, 2018, pp. 18-19.

[105] E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli* human rights, *op. cit*., p. 390.

[106] B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, *op. cit.*, pp. 180 ss.

tratta di riconoscere la peculiarità della gravidanza per altri e la sua dimensione relazionale con il fine di valorizzare questa dimensione, che seppur proibita in Italia trova un proprio riconoscimento all'estero.

Si giunge così verso la cristallizzazione di alcune restrizioni al margine di discrezionalità del Legislatore. Se la prima, vale a dire la necessità di un'adozione celere ed effettiva, è stata di matrice giurisprudenziale, la seconda può derivare dall'elaborazione critica della dottrina la quale ha assunto posizioni incisive concrete. Richiamare il nome della madre gestante può orientare la scelta legislativa in tema di adozione andando a riconoscere almeno due diritti al minore: il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e il diritto di visita della gestante.

Nel primo caso, proprio la peculiarità della gestazione per altri impone il riconoscimento di tale diritto che si afferma sempre di più[107]. Conoscere (almeno) il suo nome significa permettere al figlio di poter ricostruire la propria storia biologica e biografica[108] attribuendo importanza alla modalità con cui si è venuti al mondo. Come si è visto, tale tecnica non può dirsi certamente neutra. È innegabile come l'apporto della gestante non sia riconducibile solamente a un mero apporto genetico, ma preveda un suo coinvolgimento nel progetto genitoriale. Ancora una volta può risultare utile il paragone con la procreazione medicalmente assistita eterologa[109]. A più riprese si è sottolineato come l'assenza di una disciplina in materia costituisca un grave *vulnus* per i diritti dei nati da procreazione medicalmente assistita[110], in particolare alla luce della tendenza emersa dalle legislazioni di alcuni Stati europei, da ultima la Francia[111], di togliere l'anonimato ai donatori e permetterne la parziale (o piena conoscibilità)[112]. Se dunque tale diritto si sta affermando nei confronti del donatore o della donatrice i

---

[107] Il diritto a conoscere le proprie origini è divenuto un *topos* sempre più centrale negli ultimi anni. In particolare, in tema di parto anonimo, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 si è aperta la necessità di un intervento legislativo volto a garantire le istanze del figlio bilanciandolo con l'interesse della donna a mantenere l'anonimato. Sempre sul tema si veda anche la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 1946 del 25 gennaio 2017. Per una completa ricognizione, oltre che sull'adozione e sulla fecondazione eterologa si rinvia a I. CARLOTTO, *La ricerca delle proprie origini nel bilanciamento dei diritti*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2020.

[108] In questi termini si è espressa la già citata sentenza del Tribunale costituzionale portoghese in particolare, dopo un'ampia disamina, ai punti 79-80 censurando l'anonimato assoluto previsto per la gestante. Cfr. L. BUSATTA - S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *Special Issue* 1, 2021, pp. 203-204.

[109] Già nella sentenza n. 162 del 2014 la Corte costituzionale aveva riconosciuto l'importanza della tutela dell'identità genetica del nascituro, ricavandone una possibile disciplina alla normativa sull'adozione. Cfr. Cort. cost., sentenza n. 162 del 2014, punto 12 del cons. in dir.

In dottrina la discussione sulla possibilità di conoscere le proprie origini da parte del figlio nato da eterologa era già presente prima dell'approvazione della legge 40 del 2004 cfr. I. NICOTRA, *Anonimato del donatore e diritto alla identità personale del figlio nella procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002, pp. 795-797; E. LAMARQUE, *Disconoscimento di paternità e procreazione medicalmente assistita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, pp. 369-371. Inoltre prima della sentenza 162 del 2014 si vedano le riflessioni di A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012, pp. 1-18.

[110] Nonostante il riconoscimento ottenuto, il Legislatore non ha ancora provveduto a fornire una disciplina di dettaglio lasciando così un vuoto in materia. Cfr. V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna*, *op. cit.*, pp. 9-12.

[111] La novella è stata introdotta dalla *Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique* che ha, tra le varie, aperto la procreazione medicalmente assistita alle coppie di donne e alle donne single. La legge è stata ritenute conformi a Costituzione dal *Conseil constitutionel* con la *décision* n° 2021-821 DC *du* 29 *juillet* 2021.

[112] Il primo Stato europeo a permettere la piena conoscibilità dei donatori è stata la Svezia nel 1985. Cfr. L. BUSATTA - S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, *op. cit.*, p. 200. Per una

quali partecipano solo inizialmente al progetto genitoriale, a maggior ragione deve valere anche per la gestazione per altri. Inoltre, se per quanto riguarda la procreazione medicalmente assistita si è dibattuto se vi debba essere una conoscibilità parziale o completa del donatore[113], ciò non si può applicare alla gestazione per altri. Questa infatti si avvicina di più al modello dell'adozione, dove la possibilità di conoscere la madre biologica svolge una funzione di conoscenza di sé e delle proprie origini come diritto alla propria identità personale proprio in ragione di quella relazione che si è instaurata tra la gestante e il minore[114].

Nel secondo caso, si tratta di riconoscere alla gestante la possibilità di stabilire una minima relazione con il minore prospettando un diritto di visita. Non si tratta, quindi, di sancire un vincolo di filiazione quanto di permettere, laddove ci sia la volontà, di costruire un rapporto di conoscenza e affetto[115]. Tale diritto esercitabile dalla donna e dunque non rimesso al solo accordo delle parti[116], i.e. la gestante e i genitori intenzionali, ha la funzione di riconoscere appieno la dignità della donna. Configura una base iniziale, un *minimum* che potrà essere ampliato dall'accordo con i genitori intenzionali i quali potranno coinvolgere nei modi e con i mezzi più idonei la gestante nella vita del minore. Dovrà essere fornita anche la possibilità di ricorrere a figure professionali di sostegno (psicologici, assistenti sociali, educatori ecc.) e a spazi adeguati agli incontri. Tale ipotesi potrebbe rivelarsi necessaria, e a tratti dovuta, qualora ci fosse un pericolo per il benessere psicologico del minore. Quest'ultimo, infatti, potrebbe non comprendere appieno funzioni, significati e limiti di ruolo della gestante subendo così un (eventuale) pregiudizio sul proprio equilibrio psicologico.

Al Legislatore il compito di attuare al meglio questi due diritti, coordinando tali interventi normativi con un'intensa attività politica. Proprio la dimensione sempre più internazionale, infatti, richiede una politica attiva tesa a raggiungere accordi bilaterali con gli Stati in cui la pratica della gestazione per altri è considerata lecita per difendere senza retrocedere il rispetto dei diritti della gestante e del nascituro[117]. Sempre sul piano della cooperazione internazionale,

---

comparazione tra Italia, Germania e Austria si rinvia a D. ROSANI, *Il diritto a conoscere le proprie origini nella fecondazione eterologa: il caso italiano e l'esperienza estera,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2016, pp. 211-239.

[113] Si è espresso favorevolmente a una conoscibilità parziale L. D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n. 2, 2012, pp 828-834. Altresì si veda la posizione di L. BUSATTA - S. PENASA, *Biotechnologies, Birth and the Right to Know One's Genetic Origins*, *op. cit*., p. 201 secondo i quali la soluzione ottimale sarebbe di lasciare al minore la facoltà di scegliere se accedere alle informazioni parziali o complete e al contempo permettere al donatore di scegliere se divulgare solo alcune informazioni o la propria identità.

[114] Vi è tuttavia una differenza fondamentale con l'adozione dal momento che nella gestazione per altri non si verifica l'abbandono del minore, ma la volontaria partecipazione della gestante al progetto famigliare della coppia intenzionale. Cfr. M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino, op. cit*., p. 88 secondo il quale il presupposto psicologico, sociale e culturale della gestazione per altri da parte della gestante non è quello di portare in grembo un proprio figlio, ma di co-partecipare al progetto genitoriale di un'altra coppia.

[115] M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino, op. cit*., p. 92.

[116] C. SARACENO, *Dilemmi intorno alla maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, n. 1, 2017, p. 6. Altresì B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il "principio del nome della madre" nella gravidanza per altri*, in S. NICCOLAI e E. OLIVITO (a cura di), *op. cit.*, p. 111.

[117] Cfr. M. C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della corte di cassazione italiana e di altre Corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2, 2020, p. 322 che riflettendo sulla proposta inglese di stipulare accordi bilaterali con i Paesi in cui avviene la gestazione per altri «potrebbe rappresentare il mezzo per

risulta doveroso affiancare anche un contributo attivo per la creazione di una regolamentazione internazionale non solamente per la risoluzione delle controversie di diritto internazionale privato, ma per tutelare i diritti fondamentali ed evitare fenomeni di abuso e sfruttamento[118].

In conclusione, l'impostazione proposta può così conciliare sia l'esigenza interna rappresentata dal divieto legislativo sia quella internazionale di aprirsi a pratiche avvenute lecitamente in Paesi in cui la gestazione per altri è consentita. Così facendo non si ignorerebbe lo *status* dei nati attraverso tale pratica e al contempo si valorizzerebbe le peculiarità della gestazione per altri. Dare riconoscimento a questa relazione significa garantire una tutela (minima ma forte) tanto alla gestante quanto al nascituro. La strada sempre più impervia tracciata dalla giurisprudenza risulta oramai approdata a un punto in cui la disciplina e la tutela, così come ripensamento più ampio della maternità e della paternità, deve avvenire per opera del Legislatore e non del giudice. Solo un coraggioso intervento legislativo può permettere ai giudici di uscire dal «navigare a vista»[119] e fornire loro le coordinate per poter salpare in sicurezza in mare aperto.

---

ovviare ai problemi che si possono porre nei casi di atti di nascita provenienti da Paesi nei quali non vi sono garanzie di rispetto dei diritti della gestante e dove è anche possibile si verifichi un commercio di organi e di esseri umani […] Al posto di una generalizzata riconoscibilità dei certificati di nascita stranieri, con il limite dell'ordine pubblico, ogni Stato potrebbe redigere delle *white* e *black lists*, includendo in esse quei Paesi rispetto ai quali è – o non è – possibile ottenere il riconoscimento dei loro atti di nascita. In tale modo verrebbero correttamente indirizzati i comportamenti dei soggetti intenzionati a ricorrere alla maternità surrogata, senza dover affrontare e risolvere il problema a posteriori […]».

[118] Cfr. L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 3, 2015, pp. 26-28. Si veda altresì M. C. BARUFFI, *International surrogacy arrangements test the public policy exception: an Italian perspective*, in *Yearbook of Private International Law,* v. 19, 2017-2018 pp. 311-312 che rende conto degli sforzi dalle organizzazioni internazionali per fornire un quadro giuridico più definito.

[119] La metafora è tratta da E. LAMARQUE, *Navigare a vista. Il giurista italiano e la maternità surrogata*, in *giudicedonna.it*, n. 1, 2017, p. 6.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 12/11/2021

AUTORE: Francesco Paterniti*

STATUS DI FIGLIO E LIMITI ALLE POSSIBILITÀ GENITORIALI DELLE COPPIE OMOAFFETTIVE: LACUNE DELL'ORDINAMENTO, ATTESE LEGISLATIVE E (PROBLEMATICI) ARRESTI GIURISPRUDENZIALI

Sommario: 1. Premessa – 2. L'orientamento della Corte costituzionale relativo alla tutela dell'interesse del minore allo status filiationis nel contesto delle coppie omosessuali, tra le aspirazioni genitoriali della coppia civil-unita e le problematiche conseguenti all'eventualità della crisi della relazione omoaffettiva – 3. Filiazione e maternità surrogata di fronte alla necessità evidenziata dalla Corte costituzionale di salvaguardare comunque i diritti dei minori nati a seguito di tale pratica illecita – 4. Gli interessi dei figli ed il crescente rilievo del principio del best interests of the child nella (problematica) prospettiva di tutela dallo stesso offerta – 5. Le prospettive tratteggiate dalla Corte di Cassazione circa l'influenza delle contaminazioni extrastatali nella definizione dei contorni dello status filiationis nell'ambito delle unioni omosessuali – 5.1. Il perimetro (incerto e problematico) del limite dell'ordine pubblico internazionale nel riconoscimento del provvedimento straniero che dispone l'adozione piena di un minore da parte di una coppia omosessuale – 6. La necessità di salvaguardare l'interesse del minore al suo stato di figlio nel contesto di una unione omosessuale: l'erosione dell'orientamento legislativo (pur legittimo) nel processo di emersione di un problematico "principio di giuridicità" quale fattore ordinante dell'ordinamento

1. Premessa

Tra la fine del 2020 e l'avvio del 2021 alcuni interventi giurisprudenziali, tanto della Corte costituzionale quanto della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, hanno prestato grande attenzione alla tematica della filiazione nell'ambito delle coppie omosessuali, aprendo nuovi scenari in merito agli orizzonti normativi di tale materia.

Preliminarmente è da evidenziare che gli arresti sopra menzionati, pur soffermandosi su un tema non nuovo al dibattito giuridico, propongono un approccio sicuramente innovativo, tanto nel merito quanto nel metodo.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Catania.

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

La questione della filiazione nell'ambito delle coppie omoaffettive, infatti, sulla spinta di crescenti e variegate pressioni sociali, interessa oramai da tempo anche il mondo del diritto. A fronte della recente normativa intervenuta in materia di unioni civili, tuttavia, l'interesse, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, si è molto spesso concentrato su ciò che la legge non ha trattato piuttosto che su quanto ivi stabilito. Con ciò volendo all'evidenzia alludere alla mancata regolazione di una prospettiva genitoriale anche per le coppie omoaffettive.

A fronte di un dibattito prevalentemente orientato ad indagare e valutare la legittimità delle aspirazioni genitoriali delle coppie omosessuali, le menzionate decisioni intendono invece prestare attenzione, non tanto (o, comunque, non solo) alle ambizioni genitoriali delle coppie omoaffettive, quanto piuttosto allo status da riconoscere a quei bambini che, a vario titolo, si trovano inseriti – per nascita o adozione – in tali contesti familiari.

Nell'ordinamento italiano, come è ben noto, le coppie omosessuali, quand'anche legalmente formalizzate in una unione civile, sono escluse da qualsivoglia orizzonte genitoriale. Le stesse, infatti, non possono avere accesso né a percorsi di adozione, né all'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA), né, tanto meno, a pratiche di surrogazione di maternità (altresì detta gestazione per altri, GPA), in ragione dell'esplicito divieto – in quest'ultimo caso esteso anche alle coppie eterosessuali – al riguardo previsto dalla nostra legislazione[1]. I limiti normativi appena ricordati, tuttavia, non sono nei fatti capaci di impedire che tali coppie possano comunque avere accesso alla dimensione genitoriale qualora decidano di rivolgersi all'estero a sistemi socio-sanitari che consentono prospettive di questo tipo.

L'eventualità da ultimo menzionata, a ben vedere, interessa anche il nostro ordinamento. Ciò perché i soggetti di orientamento omosessuale che all'estero fanno ricorso a pratiche di PMA o di GPA, ovvero che concludono positivamente un percorso adottivo, laddove siano cittadini italiani, dopo aver realizzato con successo fuori dal nostro Paese il loro progetto (sia esso procreativo ovvero adottivo), facendo rientro in Italia sempre più di frequente si trovano ad avanzare alle istituzioni civili richieste di riconoscimento e tutela delle loro pretese genitoriali. In tal modo, coinvolgendo inevitabilmente anche lo *status filiationis* dei bambini coinvolti in tali procedure.

L'elemento da ultimo considerato appare all'evidenza di grande rilievo. Senza volerci in questa sede soffermare né sulla legittimità né sulla opportunità del menzionato limite alla genitorialità omoaffettiva posto dalla normativa italiana, ciò che appare elemento di primaria importanza è la condizione, personale, sociale e giuridica, in cui vengono a trovarsi i bambini che inseriti in siffatti contesti.

Nella prospettiva menzionata i recenti interventi giurisprudenziali prima richiamati

[1] Nel nostro ordinamento la legge n. 184/1983 (c.d. legge sulle adozioni), riconosce la possibilità di adottare soltanto alle coppie coniugate, da ciò derivando quindi l'esclusione delle coppie omosessuali. Ulteriormente, la legge n. 40/2004 vieta la c.d. maternità surrogata, sia per le coppie omosessuali che per quelle eterosessuali. Differentemente, è riconosciuta alle coppie eterosessuali, ma non anche a quelle omosessuali, la procreazione medicalmente assistita, sia omologa che eterologa (quest'ultima grazie all'intervento della Corte cost., sent. n. 162/2014).

sembra possano offrire un contributo rilevante al fine di meglio delineare il perimetro delle varie questioni riconducibili allo status da riconoscere ai bambini nati o comunque inseriti nell'ambito di una coppia omosessuale. Ciò nondimeno, non può essere sottaciuto come le decisioni in questione lascino aperte alcune questioni problematiche, non meno rilevanti, rispetto alle quali si cercherà di indirizzare le riflessioni di questo scritto.

2. L'orientamento della Corte costituzionale relativo alla tutela dell'interesse del minore allo *status filiationis* nel contesto delle coppie omosessuali, tra le aspirazioni genitoriali della coppia civil-unita e le problematiche conseguenti all'eventualità della crisi della relazione omoaffettiva

La Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2020 ha avuto modo di prendere in esame il caso di una coppia di donne unite civilmente che, dopo aver attivato all'estero un percorso di PMA, a seguito della nascita di un bambino, avvenuta in Italia, ha chiesto alle autorità italiane di annotarlo nei registri dello stato civile come figlio di entrambe. Ricevuto dall'ufficiale di stato civile un rifiuto, in ragione della vigente normativa, il provvedimento di diniego è stato quindi impugnato e nel corso del giudizio è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della normativa di riferimento, lamentando la violazione degli artt. 2, 3, 30 e 117, co. 1, della Costituzione[2].

Nel caso in oggetto, dopo aver delineato il perimetro della normativa impugnata con riferimento al divieto di percorsi di PMA per le coppie omosessuali, la Corte ha ribadito quanto dalla stessa recentemente affermato allorché ha avuto modo di chiarire che «[l]'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è […] fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»[3]. Ciò perché, essendo stata inquadrata dal legislatore come rimedio alla sterilità, l'accesso a tale tecnica procreativa è legittimamente circoscritto alle sole coppie eterosessuali.

La Consulta ha ricordato altresì come anche la Cassazione abbia recentemente riconosciuto la legittimità del divieto di annotare nei registri dello stato civile la c.d. "doppia maternità", poiché nell'ordinamento italiano vige, per le persone dello stesso sesso, il divieto di ricorso a tale tecnica riproduttiva[4].

La Corte, quindi, ha affermato che la scelta del legislatore di non riferire le norme relative al rapporto di filiazione alle coppie dello stesso sesso non può essere valutata in conflitto con la Costituzione, tanto perché «l'aspirazione della madre intenzionale ad essere ge-

---

[2] Nello specifico, come si evince dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, oggetto di impugnazione è l'art. 1, co. 20, della l. n. 76/2016, «perché, limitando l'applicabilità delle leggi speciali alle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai "soli diritti e […] doveri nascenti dall'unione civile", nel combinato disposto con l'art. 29, 2° comma d.P.R. 396 del 2000 preclude loro la possibilità di essere indicate, entrambe, quali genitori nell'atto di nascita quantunque siano unite civilmente e […] abbiano fatto ricorso (all'estero) alla procreazione medicalmente assistita».

[3] Corte cost., sent. n. 221/2019.

[4] In tal senso, Cass., Sez. I civ., sent. n. 7668/2020.

nitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.», quanto perché «l'art. 30 Cost. "non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli"», a ciò dovendosi aggiungere che «[l]a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori […] non implica che […] possa esplicarsi senza limiti»[5].

Ulteriormente, per fugare ogni dubbio anche circa la possibilità di paventare una violazione dell'art. 3 Cost., riprendendo quanto già in precedenza chiarito, la Corte ha approfittato dell'occasione per ribadire che «[l]a circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia»[6]. Sul punto, tra l'altro, specificando che «sia la Carta di Nizza sia la CEDU, in materia di famiglia, rinviano in modo esplicito alle singole legislazioni nazionali e al rispetto dei principi ivi affermati», motivo per cui «la giurisprudenza della Corte EDU ha affermato in più occasioni che, nelle materie che sottendono delicate questioni di ordine etico e morale, gli Stati conservano – segnatamente quanto ai temi sui quali non si registri un generale consenso – un ampio margine di apprezzamento»[7].

Meritevole di essere tenuto in considerazione è comunque il fatto che il riconoscimento dell'omogenitorialità, seppur non evocato da alcun precetto costituzionale, non è neanche escluso dal Testo. Nel riconoscere tale assunto, tuttavia, la Corte ha specificato al contempo che una soluzione in tal senso orientata spetta esclusivamente all'intervento del legislatore quale interprete delle emergenti istanze sociali.

Nel quadro d'insieme così delineato, la Consulta non ha mancato di prendere in esame l'interesse del minore, con particolare riferimento al rapporto che lega quest'ultimo anche alla c.d. madre d'intenzione[8].

La Corte, al riguardo, ha evidenziato gli approdi già raggiunti dalla giurisprudenza di merito a tutela dell'interesse in questione, avallando in tal senso il possibile ricorso alla c.d. adozione non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore[9]. Soluzione, quest'ultima, che non esclude «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la "madre intenzionale", che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale». Fermo restando, però, che le forme per attuare tale differente soluzione «attengono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»[10].

---

[5] In tal senso, Corte cost., sent. n. 162/2014.

[6] Corte cost., sent. n. 221/2019.

[7] Corte cost., sent. n. 230/2020, punto n. 6 del *considerato in diritto*.

[8] Dovendosi intendere come madre d'intenzione quella tra le due donne civilmente unite che, sia pur in violazione del divieto posto dall'art. 5 della l. n. 40/2004, con il consenso dell'altra, abbia portato a termine, all'estero, un percorso di fecondazione eterologa, da cui sia poi nato, in Italia, quel bambino

[9] Art. 44, co. 1, lett. d), l. n. 184/1983.

[10] Corte cost., sent. n. 230/2020, punto n. 9.1 del *considerato in diritto*.

Nel senso da ultimo accennato, dunque, appare evidente come la Consulta abbia colto l'occasione per definire anche una questione di metodo, chiarendo, a fronte della astratta ipotizzabilità di soluzioni basate su possibili interventi decisori di matrice giudiziaria e dal tenore additivo, che solo il legislatore è abilitato a valutare l'opportunità di predisporre soluzioni normative volte ad offrire una disciplina in grado di regolamentare i tanti profili che il giudice costituzionale non può autonomamente prendere in considerazione[11].

Quasi a voler proseguire e arricchire il discorso intrapreso con la decisione appena richiamata si pone la sentenza n. 32 del 2021, di poco successiva, con la quale la Corte costituzionale si è trovata ad affrontare la questione relativa agli interessi di due bambine nate a seguito dell'iniziativa di una coppia di donne che, nell'ambito di un'unione omosessuale, avevano attivato all'estero un percorso di PMA dal quale erano nate in Italia le minori che avevano convissuto stabilmente con entrambe le dette donne.

Successivamente, entrata in crisi e terminata la relazione affettiva tra le donne in questione, la c.d. madre intenzionale aveva chiesto alle autorità italiane di essere riconosciuta come genitore delle bambine e, in tal senso, che venisse rettificato l'atto di nascita delle minori pur in presenza del mancato consenso della madre biologica. Appurata l'impossibilità legale di procedere in tal senso, veniva dunque adito il Tribunale di Padova che sollevava all'uopo questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. n. 40 del 2004 e dell'art. 250 c.c. per presunta violazione degli artt. 2, 3 e 30 Cost. unitamente all'art. 117, co. 1, Cost. in relazione alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e della CEDU.

Il caso in oggetto, a differenza di quello precedentemente trattato, muove in premessa dall'impossibilità di individuare quale elemento potenzialmente risolutivo il ricorso alla c.d. adozione in casi particolari, stante l'interruzione della relazione di coppia e la conseguente indisponibilità della madre biologica a prestare il suo indispensabile consenso per procedere in siffatta direzione.

L'elemento appena riportato non è di poco momento laddove si consideri che tale situazione viene nei fatti a determinare una evidente criticità avendo riguardo ai diritti dei minori coinvolti. Gli stessi, infatti, nell'impossibilità di una lettura evolutiva dell'art. 5 della l. n. 40 del 2004, volta a consentire anche al c.d. genitore sociale il riconoscimento dei figli nati a seguito di PMA attivata da una coppia omosessuale[12], risultano all'evidenza limitati, potendo

---

[11] In argomento cfr. A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in *Consulta online*, 22 febbraio 2021, 200-201, il quale osserva che: «Il vero è che, qui come altrove, si tocca con mano la vocazione della Corte a smarcarsi dal *pressing* delle parti, non intendendo impegnarsi sulla richiesta volta al riconoscimento del diritto di accesso alla PMA alle coppie omosessuali, mentre in altri campi di esperienza (come ad es. a riguardo di talune vicende di fine-vita: *Cappato docet*), dove ha voluto, la Corte non ha esitato, pur se col costo – a me pare – di una vistosa forzatura, di dare spazio a talune pressanti sollecitazioni venutele dalla società». Riflessioni critiche rispetto al complessivo risultato cui giunge la Corte vengono espresse da M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021.

[12] È lo stesso Giudice rimettente che riconosce di non poter accogliere l'istanza della ricorrente, in tal senso orientata, ritenendo che l'ambito di applicazione degli artt. 8 e 9 della l. n. 40/2004, sulla base dell'interpretazione sistematica e logica degli stessi e a seguito della sentenza n. 237 del 2019 della Corte costituzionale, sia implici-

costituire un rapporto con un solo genitore, proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che pur ha condiviso il progetto procreativo. Da ciò derivando una situazione che vede gravemente compromessa la tutela dei preminenti interessi di quei minori che, loro malgrado, risultano implicati dalla vicenda.

L'analisi svolta dalla Corte costituzionale, nel caso in questione, individua infatti proprio nell'interesse dei minori il centro nevralgico della vicenda.

La premessa da cui muove il ragionamento della Corte è la considerazione per cui «l'evoluzione dell'ordinamento (…) ha progressivamente riconosciuto (…) rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica», ciò perché «il consenso alla genitorialità e l'assunzione della conseguente responsabilità nell'ambito di una formazione sociale idonea ad accogliere il minore (…) "dimostra la volontà di tutelare gli interessi del figlio", garantendo "il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione"»[13].

In questa prospettiva, sulla scia anche del consolidato orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo[14], la Consulta ha sottolineato la necessità di prestare primaria attenzione al principio posto a tutela del miglior interesse del minore. Obiettivo da tener fermo, tanto nell'approvazione di leggi quanto nell'adozione di ogni provvedimento che riguardi i minori.

Gli interessi preminenti dei minori, come evidenziato dalla Corte, emergono in primo luogo dalla più recente normativa nazionale[15], che ha riconosciuto i diritti del minore a «crescere in famiglia e (…) mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-bis c.c.), a «mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, (…) ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi» (art. 337-ter c.c.). Normativa che, tra l'altro, ha parallelamente introdotto anche la nozione di responsabilità genitoriale, in luogo dell'originaria potestà genitoriale, al fine di meglio recepire l'indicazione dell'art. 30 Cost., «volta a "tradurre" "gli obblighi di mantenimento ed educazione della prole, derivanti dalla qualità di genitore"»[16].

Al fine di delineare il perimetro del preminente interesse dei minori, come evidenziato dalla Consulta, non meno importante è il contributo offerto dalla Corte EDU «per riconoscere la permanenza e la stabilità dei legami che si instaurano tra il bambino e la sua famiglia e per salvaguardare il suo diritto a beneficiare di relazioni e contatto continuativo con entrambi i genitori». È in tale contesto che emerge la necessità di garantire i «legami affettivi stabili con chi, indipendentemente dal vincolo biologico, abbia in concreto svolto una funzione genitoriale, prendendosi cura del minore per un lasso di tempo sufficientemente ampio»[17].

---

tamente limitato ai nati da PMA eterologa praticata da coppie di sesso diverso, in base a quanto previsto dall'art. 5 della medesima l. n. 40/2004.

[13] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.1 del *considerato in diritto*.

[14] In tal senso, cfr. Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del *considerato in diritto*.

[15] In tal senso il D.Lgs. n. 154 del 2013 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della l. n. 219 del 2012) in tema di filiazione.

[16] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.1 del *considerato in diritto*.

[17] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del *considerato in diritto*.

La situazione che coinvolge i minori nati a seguito di PMA praticata da coppie omosessuali si scontra però con il fatto che tale pratica in Italia non sia consentita per una scelta del legislatore. Opzione normativa che, già in precedenza, la Corte ha chiarito essere non costituzionalmente censurabile[18]. Ciò nonostante, la stessa Consulta prende atto del fatto che tale tecnica è comunque praticata e praticabile in altri Paesi, che non pongono analogo divieto per le coppie omosessuali.

Emerge quindi la necessità di rinvenire ed attivare comunque adeguate forme di garanzia in favore dei nati a seguito del ricorso a siffatte tecniche. Costoro, infatti, indipendentemente dalle modalità del loro concepimento, sono pur sempre titolari di diritti. Motivo per cui ignorare tale elemento si tradurrebbe in un'illegittima compressione dei diritti dei nati, su cui di fatto ricadrebbe la responsabilità relativa all'illiceità delle tecniche adottate nella procreazione.

Nei termini accennati, quindi, la Corte evidenzia la necessità di tutelare sempre e comunque la condizione giuridica del nato, in termini di certezza e stabilità. Prospettiva che necessita di non sovrapporre la questione relativa allo stato del figlio a quella riguardante l'illiceità del percorso seguito per farlo nascere.

In tal senso, prescindendo dalla contrapposizione tra ciò che non è consentito fare e quello che concretamente viene fatto, la Corte mette in evidenza che «se il rapporto di filiazione è già diventato una "realtà pratica", la procedura prevista per il riconoscimento deve essere "attuata in modo tempestivo ed efficace"». Ciò perché risulta evidentemente coinvolta in tale iter l'identità del minore «che il legame di filiazione rafforza in modo significativo»[19].

Sulla base del quadro tratteggiato la Corte evidenzia come l'attuale assetto normativo, pur non presentando scenari di illegittimità costituzionale con riferimento ai limiti posti alle possibilità procreative delle coppie omosessuali, «svela una preoccupante lacuna dell'ordinamento nel garantire tutela ai minori e ai loro migliori interessi»[20], con particolare riferimento alla necessità di assicurare anche ai bambini nati da PMA attivata da due donne la permanenza dei legami affettivi e familiari, anche se non biologici, e il riconoscimento giuridico degli stessi, al fine di conferire certezza nella costruzione dell'identità personale.

Il caso in oggetto, peraltro, mettendo in evidenza – come prima ricordato – l'insufficienza del rimedio offerto dalla c.d. adozione in casi particolari, pone all'attenzione «l'urgenza di una "diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la "madre intenzionale", che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale", invocando l'intervento del legislatore»[21].

Anche in questo caso, dunque, nell'individuare il vulnus che colpisce lo *status filiationis* in tali particolari circostanze, la Corte non manca di precisare il corretto approccio metodologico da seguire per approntare le necessarie soluzioni. Nei detti termini, infatti, viene chiaramente manifestata la consapevolezza che un intervento del Giudice costituzionale dal

[18] In questa direzione, Corte cost., sent. n. 221/2019.
[19] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.2 del *considerato in diritto*.
[20] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.3 del *considerato in diritto*.
[21] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.3 del *considerato in diritto*.

tenore additivo non sarebbe idoneo a porre adeguato rimedio, rischiando di generare disarmonie nel sistema generale. Da ciò derivando un ulteriore monito rivolto al legislatore, affinché si adoperi per colmare il denunciato vuoto di tutela tramite le soluzioni ritenute più appropriate[22], specificando però che «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»[23].

3. Filiazione e maternità surrogata di fronte alla necessità evidenziata dalla Corte costituzionale di salvaguardare comunque i diritti dei minori nati a seguito di tale pratica illecita

Immediatamente successiva alla decisione da ultimo richiamata è la sentenza n. 33 del 2021, con la quale la Corte costituzione si è trovata a prendere in esame il caso relativo agli interessi di un bambino nato a seguito dell'iniziativa di due uomini di cittadinanza italiana che, sposati in Canada e successivamente uniti civilmente in Italia, avevano attivato nel menzionato Stato estero un percorso procreativo di maternità surrogata utilizzando i gameti di uno solo dei due partners.

Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano annotato nell'atto di nascita come genitore solo il padre che aveva fornito i gameti. Successivamente, però, accogliendo il ricorso dei due uomini, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, disponendo quindi la rettifica del provvedimento.

La coppia aveva quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche in Italia l'atto di nascita del bambino, sulla base della decisione della Corte estera. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, i due uomini si erano rivolti alla Corte d'appello di Venezia per ottenere il riconoscimento in Italia del provvedimento canadese[24]. La Corte d'appello di Venezia, accogliendo il ricorso, aveva quindi riconosciuto l'efficacia in Italia del menzionato provvedimento. Tale decisione veniva però impugnata dall'Avvocatura dello Stato innanzi alla Cassazione. Quest'ultima, avendo presente il recente orientamento restrittivo assunto al riguardo dalle Sezioni Unite[25], investiva della vicenda la Corte costituzionale, dubitando della compatibilità di tale indirizzo con una pluralità di parametri costituzionali[26].

---

[22] In via esemplificativa, la Corte ipotizza al riguardo la possibilità di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione.

[23] Corte cost., sent. n. 32/2021, punto n. 2.4.1.4 del *considerato in diritto*.

[24] Ai sensi dell'art. 67 della l. n. 218/1995.

[25] La Cassazione, SS.UU. Civili, con sentenza n. 12193 del 2019, ha affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore "d'intenzione". Tale riconoscimento, infatti, secondo le Sezioni unite, troverebbe un ostacolo insuperabile nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione.

[26] Nello specifico, individuando quali parametri gli artt. artt. 2, 3, 30, 31, 117, co. 1, Cost., (quest'ultimo in relazione alla CEDU, alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 e della Carta dei diritti fonda-

Prendendo in esame il caso sottopostole, la Corte costituzionale ricorda innanzitutto come l'indirizzo restrittivo espresso dalle Sezioni Unite in materia di maternità surrogata è in linea con la più recente giurisprudenza costituzionale, che ha avuto modo di evidenziare come tale pratica «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[27], comportando «un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate»[28].

Ribadito quanto sopra, tuttavia, la Corte precisa che nel caso in oggetto la questione centrale riguarda gli interessi del bambino nato mediante GPA.

La Consulta rammenta al riguardo il principio, già precedentemente formulato[29], secondo cui «in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei "migliori interessi" (best interests) o dell'"interesse superiore" (intérêt supérieur) del minore». Principio che si traduce nella «necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata "la soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"»[30].

Al fine di mettere a fuoco la soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore, la Corte costituzionale afferma che non vi è dubbio che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio a quo, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia». Ad avviso della Corte, infatti, «questi legami sono parte integrante della stessa identità del bambino (…) sicché indiscutibile è l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico»[31].

L'attenzione prestata dalla Consulta, come prima accennato, si concentra esclusivamente sugli interessi del bambino. Motivo per cui, per sgombrare il campo da qualsivoglia possibile fraintendimento, la Corte sottolinea che «non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discus-

---

mentali dell'Unione europea), la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, co. 6, della l. n. 40/2004, dell'art. 64, co. 1, lett. g), della l. n. 218/1995 e dell'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000 «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico».

[27] Corte cost., sent. n. 272/2017.

[28] Coste cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.1 del *considerato in diritto*.

[29] Corte cost., sent. n. 102/2020.

[30] Coste cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.3 del *considerato in diritto*.

[31] In tal senso, Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.4 del *considerato in diritto*. Al riguardo, la Corte specifica che l'interesse al riconoscimento di tali legami vale «a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale».

sione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi»[32].

La Corte, quindi, richiamando anche la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, evidenzia la necessità «che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del "legame di filiazione" (lien de filiation) con entrambi i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura»[33]. Da ciò derivando che l'interesse del minore non potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico".

Valorizzando il principio del preminente interesse del minore, tuttavia, la Corte non manca di precisare come tale preminenza sia da interpretare quale rilevanza del menzionato interesse, non invece come assoluta ed incondizionata preponderanza dello stesso rispetto a qualsivoglia altro interesse che possa essere parimenti coinvolto. In tal senso, quindi, «gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»[34].

In ragione di quanto appena evidenziato, dunque, ad avviso della Corte non appare irragionevole l'indirizzo restrittivo delle Sezioni Unite della Cassazione volto a non consentire la trascrivibilità del provvedimento straniero che indichi quale genitore del bambino anche il c.d. "padre d'intenzione". Al fine di salvaguardare comunque l'interesse del minore, tuttavia, la Consulta evidenzia la necessità di predisporre adeguate forme di tutela che «dovrà, in questo caso, essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»[35].

A fronte dell'interesse del minore ad una genitorialità che coinvolga entrambe le figure che si sono per lungo tempo prese cura di lui, la Corte non manca però di evidenziare come l'ipotesi di fare ricorso alla c.d. adozione in casi particolari rappresenti una forma di tutela significativa ma non del tutto adeguata[36].

---

[32] Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.4 del *considerato in diritto*.

[33] Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.4 del *considerato in diritto*.

[34] Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.5 del *considerato in diritto*.

[35] Corte cost., sent. n. 33/2021, punto n. 5.7 del *considerato in diritto*. Specifica al riguardo la Corte che «ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata».

[36] Ciò perché – come evidenzia la Corte costituzionale – «l'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante» ed «è ancora controverso (…) se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (…), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia».

Anche in questo caso, dopo aver affrontato il merito della questione sottopostale, la Consulta non manca di prendere in esame anche la prospettiva metodologica più appropriata. Precisa al riguardo la Corte costituzionale che spetterà "in prima battuta" al legislatore il compito di farsi carico del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata e l'indifferibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei bambini, ponendo così rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore. Nei detti termini, con ogni evidenza, lasciando intuire – neanche troppo velatamente – che una eventuale omissione (come pure un ingiustificato ritardo) del decisore politico non potrà essere ignorata dal Giudice costituzionale, che, in assenza di adeguati interventi normativi, non si tirerà indietro di fronte all'eventualità di dovere pronunciare sentenze dal tenore chiaramente regolatorio. Ipotesi, quest'ultima, che rimanda a un recente orientamento decisionista intrapreso a partire dal c.d. caso Cappato e, a quanto pare, destinato ad essere replicato.

4. Gli interessi dei figli ed il crescente rilievo del principio del *best interests of the child* nella (problematica) prospettiva di tutela dallo stesso offerta

I plurimi interventi della Corte costituzionale fin qui richiamati presentano indubbi elementi di pregio nella prospettiva di ampliare il ventaglio di tutele poste a salvaguardia dei minori di fatto inseriti nell'ambito di una coppia omoaffettiva.

La definizione dei contorni di tale particolare *status filiationis*, in particolare, riceve un contributo determinante dal ripetuto richiamo alla clausola dei c.d. *best interests of the child*. Quest'ultima, già utilizzata in maniera crescente dai giudici di merito al fine di garantire il massimo benessere possibile "per *quel* minore"[37] la cui vicende vengono sottoposte al vaglio giudiziario[38], si consolida adesso nella sua funzione di parametro generale volto ad assegnare preminente rilievo agli interessi e ai diritti fondamentali del bambino nel bilanciamento con gli altri interessi e diritti in gioco[39].

---

[37] In argomento, cfr. L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i* Best Interests of the Child*: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, in F. Giuffré-I. Nicotra (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno dell'Associazione "Gruppo di Pisa" tenutosi a Catania il 7-8 giugno 2013, Napoli, 2014, 481; ID., *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, in *www.questionegiustizia.it*, 2018.

[38] Al riguardo, osserva G. MATUCCI, *Adozione omogenitoriale e diritti costituzionali del minore*, in *Forumcostituzionale.it*, 2016, 14, che, con riferimento al richiamato principio del superiore e preminente interesse del minore, è stato posto in evidenza che «muovendo dalla giurisprudenza costituzionale che ricostruisce la tutela del suddetto interesse dalla lettura combinata degli artt. 2, 3, 30, commi primo e secondo, e 31 Cost., la giurisprudenza minorile si riferisce all'accezione più lata del principio, inteso non tanto (e non solo) come espressione dell'esigenza *materiale* di stabilità e di sicurezza giuridica ed economica del minore, ma anche (e soprattutto) come manifestazione del bisogno *spirituale* di questo ad una dimensione psicologica e affettiva serena, in grado di favorirne uno sviluppo armonico ed equilibrato».

[39] In tal senso, come già ebbe modo di riconoscere il Tribunale per i minorenni di Roma, con la sent. n. 299/2014, il perseguimento dell'interesse del minore appare «limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto».

Il detto principio, nella prospettiva fatta propria dalla Consulta, alla luce delle differenze che l'ordinamento pone tra le coppie sposate e quelle omosessuali, impone di prestare adeguata attenzione, non tanto alla distinzione di regime giuridico che intercorre tra le dette coppie, quanto piuttosto al profilo della eventuale discriminazione che potrebbe derivare a carico dei bambini alle stesse a vario titolo legati. Ciò per arrivare alla conclusione che non sarebbe ammissibile una differenza (discriminatoria) di trattamento tra i bambini inseriti nel contesto di una classica relazione familiare e quelli che nei fatti risultano involontariamente coinvolti in una unione di tipo omosessuale[40].

Le situazioni giuridiche che assumono rilievo al fine di soddisfare in termini non discriminatori i diritti di tutti i figli, come evidenziato della richiamata giurisprudenza, possono così essere identificate nel diritto a crescere in una famiglia, alla continuità affettiva, alla stabilità dei legami familiari di fatto, all'assistenza morale e materiale, al mantenimento dello *status filiationis*, al nome e all'identità personale.

Garantire a tutti i minori i menzionati diritti fondamentali, a prescindere dall'orientamento sessuale dei genitori e per conseguenza del contesto familiare ove i bambini si trovano loro malgrado ad essere inseriti, potrebbe così assicurare il soddisfacimento dei loro *best interests*[41].

Tratteggiata nei termini appena menzionati la cornice di tutela riconducibile al menzionato principio, non sembra però trascurabile la problematicità che si incontra nel tentativo di tradurre lo stesso in prescrizioni definite e pratiche concrete.

Il preminente, o superiore, interesse del minore, infatti, si presenta a ben vedere come un principio tendenzialmente "ancipite"[42], che cioè, per vedere la sua piena realizzazione, richiede di tenere in contemporanea considerazione due elementi divergenti.

Da un lato, esso esige "rigidità", dovendo poter contare su un apparato di regole, certe e inderogabili, da cui ricavare gli istituti giuridici più idonei per garantire la tutela dei diritti fondamentali dei minori. Tanto che la Corte costituzionale, nel sollecitare con le sue recenti decisioni l'intervento del legislatore, offre tale principio come elemento imprescindibile della futura regolazione normativa.

Dall'altro lato, tuttavia, il medesimo principio richiede al contempo una certa "flessibilità", obbligando i soggetti istituzionali, che a vario titolo sono a chiamati a valutare cosa sia meglio per il minore, a prendere in considerazione le contingenze del singolo caso concreto, scegliendo volta per volta la soluzione più idonea per lo sviluppo, personale e morale, dello specifico bambino di cui ci si sta occupando[43].

In ragione di quanto evidenziato, dunque, il principio in questione avrebbe la capacità di suggerire e giustificare anche soluzioni differenti da quelle precostituite dalla legge e ma-

---

[40] R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi.it*, *Focus* Human Rights, 3/2013, 19.

[41] L. GIACOMELLI, *Il giudice nel silenzio della legge: riconosciuta la doppia maternità in applicazione diretta della legge sulla procreazione assistita*, cit.

[42] E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 16.

[43] E. LAMARQUE, op. loc. ult. cit.

gari avallate anche da consolidati precedenti giudiziari[44]. Motivo per cui, infatti, da tempo anche la Corte costituzionale ha al riguardo specificato che il principio in parola si traduce nella necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior "cura della persona"»[45].

D'altro canto, però, non si può ignorare come siffatta elasticità tenda a giustificare i timori espressi da chi riconosce l'attitudine del menzionato principio a «trasformarsi camaleonticamente a seconda dei casi, disponendosi docilmente a sue plurime, continuamente cangianti appunto, ridefinizioni da parte dell'operatore di turno»[46].

Non meno problematico appare definire l'estensione del menzionato principio dei *best interests of the child*. La traduzione italiana dello stesso, distaccandosi dalla sua origine – anche semantica – anglo-americana, lascia infatti intendere una superiorità o preminenza dell'interesse del bambino rispetto a tutti gli altri interessi ed esigenze[47], o forse anche diritti, dei soggetti con i quali viene messa a confronto la posizione del minore[48].

Tale lettura, però, come sottolineato da attenta dottrina, appare il frutto di una "retorica del minore nel mondo del diritto". La asserita supremazia e prevalenza (*paramountcy*) degli interessi del minore, infatti, non è accettabile, non potendosi accogliere l'idea di un principio tiranno ed indisponibile ad essere inserito in quell'opera di continuo e necessario bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, la cui doverosità è stata a più riprese evidenziata anche dalla nostra Corte costituzionale[49]. Quest'ultima, infatti, anche di recente ha ritenuto opportuno ricordare che «l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco. La frequente sottolineatura della "preminenza" di tale interesse ne segnala bensì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che "[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri […]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"»[50].

In ragione di quanto osservato, dunque, volendo citare a titolo esemplificativo solo una delle possibili situazioni idonee a far emergere interessi confliggenti e difficilmente conci-

---

[44] L. LENTI, *«Best interests of the child» o «Best interests of children»?*, in *Nuova giur. civ. comm*., 3/2010, 160.

[45] Corte cost., sent. n. 11/1981.

[46] A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS,* 2/2017, 65.

[47] Si rinvia, al riguardo, alle osservazioni di L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i* Best Interests of the Child*: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, cit., 479 ss.

[48] E. LAMARQUE, op. cit., 79. La stessa A. al riguardo sviluppa un articolato ragionamento critico rispetto alla logica della assoluta ed incondizionata supremazia e prevalenza (*paramountcy*) degli interessi del minore rispetto a tutti gli altri interessi degli altri soggetti coinvolti (p. 80-83).

[49] E. LAMARQUE, op. cit., 85-86.

[50] Corte cost., sent. n. 33/2021, come pure la precedente sent. n. 85/2013.

liabili, è evidente la difficoltà che si avrà nel tentare di rinvenire un giusto equilibrio tra la irrinunciabile necessità di scoraggiare e punire la pratica della maternità surrogata e le esigenze di tutelare comunque quei bambini nati a seguito del progetto – invero, né astratto, né remoto – di coloro i quali, in dispregio a siffatto divieto, si rivolgono all'estero a madri "surrogate" per poi introdurre tali minori nel nostro ordinamento rivendicandone la genitorialità legale.

In siffatta ipotesi, infatti, la recente sentenza n. 33 del 2021, pur ribadendo la legittimità dell'indirizzo assunto dalle Sezioni Unite della Cassazione nel senso di non consentire la trascrivibilità dell'atto di nascita indicante la doppia genitorialità (quindi, anche del padre d'intenzione), sollecita un intervento di tutela da concretizzarsi tramite un "procedimento di adozione effettivo e celere". Soluzione, quest'ultima, da alcuni ritenuta giustificabile a fronte dell'impossibilità di attribuire una differente e più ampia genitorialità in ragione del fatto che, pur potendosi ipotizzare plurime soluzioni normative per disciplinare il tema della filiazione, non può essere ignorata la condizione irrinunciabile di una discendenza biologica, tra padre e figlio, per riconoscere una genitorialità piena[51]. Non potendo però essere ignorata la perplessità manifestata da chi, ritenendo inappropriata la prospettiva di un rapporto di filiazione di minor spessore (quale sarebbe da intendersi quello conseguente all'adozione), lamenta come in siffatta prospettiva «la protezione dei diritti e della dignità della donna passa attraverso la negazione della dignità del bambino, che diviene il "mezzo" su cui si costruiscono le politiche di deterrenza statali»[52].

---

[51] S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, in *Federalismi.it*, 17/2021, 6.

[52] G. BARCELLONA, *Le "brutte bandiere": diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 117. Al riguardo, tuttavia, non può essere ignorato che gli sforzi per predisporre adeguati percorsi di tutela in favore dei bambini nati a seguito di tecniche procreative attivate – *contra legem* – da coppie omosessuali rende evidente la difficoltà di rinvenire solide fondamenta costituzionali cui ancorare le possibili soluzioni normative in tale direzione rivolte. Ogni ipotesi regolatoria, infatti, rischia di appalesarsi non del tutto soddisfacente a fronte dei molteplici interessi sottesi a tali vicende. Quanto appena considerato assume connotati concreti a fronte delle esigenze di tutela dei bambini nati a seguito di GPA che vengono poi inseriti nel contesto delle coppie omosessuali che hanno attivato tale pratica procreativa. Se è vero, infatti, che la Costituzione riconosce anche "ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica sociale" (art. 30, co. 3) è altrettanto vero che siffatto impegno di intenti si scontra con non poche difficoltà ove si cerchi di conciliare la più ampia tutela da accordare a questi bambini con la necessità di scoraggiare e punire la pratica del GPA. Non può tra l'altro essere ignorato che l'obiettivo posto dalla menzionata disposizione costituzionale è all'evidenza stato pensato in favore di quei minori che, pur al di fuori dalla classica famiglia basata sul matrimonio, siano comunque nati per iniziativa di un padre e di una madre. Ovvero, di una coppia eterosessuale. Le possibilità consegnate dalla scienza anche alle coppie omosessuali pongono oggi invece la necessità di bilanciare problematiche evidentemente non prese in considerazione dal Testo e, conseguentemente, difficilmente allocabili nel perimetro di tutela dallo stesso offerta. Cosicché, quando si critica la soluzione (individuata dalla Corte) della necessità di regolamentare una specifica procedura di adozione (celere ed efficace) per i figli nati a seguito di GPA, ritenendo tale possibilità come una illegittima *deminutio* a scapito di tali minori, non può essere ignorato che l'unica indicazione costituzionale, certa e incontrovertibile, è quella che richiede la tutela della maternità (art. 31, co. 2). Prescrizione, questa, che impone parimenti di non retrocedere dalla necessità di predisporre strumenti dissuasivi e sanzionatori per chi approda comunque alla pratica della maternità surrogata. La ricerca di soluzioni in grado di tutelare interessi e diritti non espressamente previsti in Costituzione, nemmeno con riferimento alla dimensione dei limiti agli stessi applicabili, rende quindi evidente la problematicità della lettura dell'art. 2 Cost. come clausola aperta (F. VARI, *Sulla tutela del concepito nella Costituzione italiana. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Pierfrancesco Grossi*, in *Federalismi.it*, 2009, 7 ss.), che, come è ben noto, è stato individuato come il precetto nel quale affondano le radici della tutela riconosciuta in favore delle coppie omoaffettive.

Appare dunque evidente come, sebbene vada tenuto in primaria considerazione, l'interesse del bambino non può evidentemente sottrarsi ad un doveroso bilanciamento anche con differenti interessi che, in una determinata situazione, posso venire ad emergere. Aprendo però il campo di intervento a soluzioni che, come prima accennato, rischiano di offrire tutele non del tutto soddisfacenti.

In ragione di quanto evidenziato, dunque, in presenza di un minore nato o comunque inserito nell'ambito di un sodalizio affettivo di natura omosessuale, nel quale ha radicato i propri affetti e la sua identità, è evidente che pur essendo stato acclarato dalla Consulta un vuoto di tutela ordinamentale che necessita dalla ricerca di adeguati interventi legislativi, la soluzione normativa che il legislatore dovrà trovare si presenta tutt'altro che semplice. Ciò perché, come prima evidenziato, la disciplina da definire difficilmente potrà tradursi in soluzioni univoche.

Elemento da non tralasciare, al riguardo, appare ulteriormente legato al fatto che la Consulta, nel sollecitare un intervento del legislatore, volto a colmare il vuoto di tutela attualmente presente nell'ordinamento a scapito dei minori di fatto inseriti nel contesto di una coppia omosessuale, circoscriva l'obiettivo di fondo di siffatto intervento nella necessità di salvaguardare la «"permanenza" dei legami affettivi e familiari» come pure di preservare quei «legami affettivi "stabili"»[53] che si sono venuti a creare.

Nei detti termini, la Corte aggancia l'esigenza di tutela dell'interesse del minore a quelle situazioni già venute in essere, sia pur in presenza del limite legale attualmente posto alla omogenitorialità. Non viene diversamente evidenziata la necessità di modificare l'orientamento di fondo dell'impianto normativo esistente nel senso di una apertura alla prospettiva genitoriale anche per le coppie omosessuali. Al riguardo, anzi, la Corte specifica che siffatta eventualità per essere concretizzata necessiterebbe di una «svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente "attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre […] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale"»[54].

La tutala dell'interesse del minore, quindi, non corrisponde all'accoglimento delle rivendicazioni genitoriali delle coppie omosessuali. Potendosi quindi ritenere che il *favor familiae* enunciato dall'art. 31 Cost., con le implicazioni riproduttive ad esso correlate, resti fermamente ancorato a quel modello familiare delineato dall'art. 29 della Carta e basato su una unione eterosessuale, che la Corte ha chiaramente distinto da altre tipologie di unioni (quali quelle omoaffettive) che, pur meritevoli di dignità e tutela, non possono però essere sovrapposte alla famiglia tratteggiata dalla nostra Costituzione[55].

Pur tuttavia, qualora tali coppie – non osservando il limite posto dalla normativa in vigore – abbiano comunque raggiunto nei fatti una dimensione sostanzialmente sovrapponibile

---

[53] Corte cost., sent. n. 32/2021.
[54] In tal senso, Corte cost., sent. n. 230/2020, punto n. 8 del *considerato in diritto*.
[55] In tal senso la ben nota sent. n. 138/2010.

a quella genitoriale, la salvaguardia degli interessi dei bambini coinvolti necessita di dare adeguata copertura giuridica alla situazione di fatto venutasi a creare.

Come detto, però, al fine di valutare la corrispondenza tra l'interesse del minore e la permanenza in siffatti contesti ambientali, si dovranno valutare le situazioni concretamente venute in essere, soffermandosi sulle variabili peculiarità di ogni singolo caso e prestando particolare attenzione alla capacità della coppia omoaffettiva di ottemperare nel migliore dei modi gli oneri conseguenti al ruolo genitoriale.

Nel valutare l'idoneità del contesto nel quale far crescere un minore, tuttavia, sembra non potersi tralasciare di tenere in considerazione anche l'atteggiamento della aspirante coppia genitoriale che, pur consapevole dei limiti legali alla omogenitorialità, ha deliberatamente scelto di non osservarli. L'elemento in questione, invero, non pare di poco momento laddove si consideri che il valore paradigmatico della funzione genitoriale si concretizza non solo nella creazione ma anche – e, forse, soprattutto – nella formazione della persona del figlio, che prende forma nel dovere di educarla[56]. Da ciò derivando la possibilità di nutrire qualche dubbio sulla idoneità genitoriale di chi manifesta apertamente un evidente disinteresse rispetto a quel valore costituzionale, posto a fondamento del vivere civile, che si concretizza nel dovere di osservanza delle leggi posto dall'art. 54 Cost.

Di certo complesso sarà quindi il percorso regolatorio che dovrà intraprendere il legislatore nel tentativo di definire dei parametri, da consegnare tanto alle istituzioni socio-assistenziali, quanto alla magistratura, utili a valutare l'opportunità della permanenza di un bambino nel contesto di una coppia omosessuale che, contravvenendo al limite legale alla omogenitorialità, abbia comunque avviato e portato a termine all'estero pratiche riproduttive o adottive. Con la conseguenza che, in presenza di una situazione di fatto che veda la presenza di un minore nell'ambito di una coppia omosessuale, non sembra che la sua permanenza in siffatto contesto possa essere aprioristicamente individuata come soluzione universale, automatica e scontata.

Le numerose problematicità fin qui tratteggiate sembrano invero restare fuori dal ragionamento sviluppato dalla Corte, lasciando così al legislatore l'onere di un bilanciamento di diritti e interessi tutt'altro che semplice.

5. Le prospettive tratteggiate dalla Corte di Cassazione circa l'influenza delle contaminazioni extrastatali nella definizione dei contorni dello *status filiationis* nell'ambito delle unioni omosessuali

Le menzionate sentenze della Corte costituzionale vengono temporalmente affiancate anche da una recente decisione della Corte di Cassazione che, pronunciandosi a Sezioni Unite con la sentenza n. 9006 del 2021, ha avuto modo di prendere in considerazione la

[56] G. CERRINA FERONI-A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, in *Federalismi.it*, 2013, 2.

questione relativa alla trascrivibilità nel nostro ordinamento di un provvedimento di adozione formulato all'estero in favore di una coppia omosessuale. Situazione all'evidenza di rilievo anche per gli interessi dei minori coinvolti in siffatta procedura adottiva.

Il caso ha per oggetto le vicende di due uomini, di cui uno cittadino italiano, partners nel contesto di una coppia omoaffettiva e poi uniti in matrimonio (nello Stato di New York, USA), che adottano un bambino all'estero, con il consenso dei genitori biologici[57]. Giunti in Italia, i due uomini chiedono il riconoscimento del provvedimento estero di adozione e, per l'effetto, di formalizzare anche nel nostro ordinamento il rapporto con il bambino tramite l'adozione piena dello stesso. L'ufficiale di stato civile adito rifiuta però la trascrizione del provvedimento di adozione in ragione del limite, posto dalla legislazione nazionale, all'accesso delle coppie omosessuali all'adozione. Avverso tale provvedimento viene quindi proposto ricorso alla Corte d'Appello di Milano che, diversamente valutando, ritiene ammissibile il riconoscimento nel nostro ordinamento dello status acquisito all'estero. La decisione viene quindi impugnata innanzi alla Corte di Cassazione che si pronuncia a Sezioni Unite con la menzionata sentenza n. 9006 del 2021.

Il contenzioso giunto fino alla Cassazione ruota attorno alla compatibilità degli effetti del provvedimento straniero con i principi di ordine pubblico internazionale che, ove contrastanti, possono limitarne o escluderne il riconoscimento[58].

Per definire la vicenda, nel caso in questione, la Corte di Cassazione dichiara sin da subito di aderire ad una "concezione aperta e universalistica" di ordine pubblico internazionale. Visione in base alla quale si deve riconoscere ai principi di ordine pubblico internazionale «non soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera (…) ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri (…) ma anche quella di promozione (…) e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona», in modo tale da poter delineare «il complesso dei principi fondamentali e caratterizzanti il profilo etico giuridico dell'ordinamento di un determinato periodo storico»[59].

Per definire il perimetro dell'ordine pubblico internazionale, dunque, ad avviso della Cassazione non bisogna indagare circa la coerenza della normazione interna con quella

---

[57] Adozione disposta dalla Surrogate's Court dello Stato di New York a seguito di un procedimento volto ad accertare l'idoneità genitoriale della coppia adottante.

[58] Le tesi avanzate delle parti alla Corte di Cassazione prospettano evidentemente ricostruzioni ampiamente divergenti. Ad avviso della Corte d'Appello di Milano la questione pone quale prioritario elemento il supremo interesse del minore a mantenere lo *status filiationis* acquisito all'estero tramite un provvedimento giudiziario valido ed efficace. A ciò dovendosi aggiungere che la limitazione posta dalla nostra legislazione all'accesso all'adozione piena per le coppie omosessuali non può essere letta come una opzione costituzionalmente obbligata. Motivo per cui nel riconoscimento del menzionato provvedimento straniero non potrebbe ravvisarsi alcun contrasto con i principi di ordine pubblico. Diversamente, contestando la superiore rappresentazione, la tesi su cui poggia il ricorso in Cassazione ritiene che nella nozione di ordine pubblico internazionale debbano necessariamente essere inclusi anche i principi derivanti dalla legislazione nazionale. Ancor di più nel caso in questione, visto che il limite costituito dall'eterosessualità della coppia adottante unitamente alla precondizione che tale coppia sia unita in matrimonio non possono essere ritenuti principi recessivi in comparazione con il superiore interesse del minore, dato che il modello matrimoniale è costituzionalizzato e la stessa Corte di Strasburgo ha ripetutamente riconosciuto la discrezionalità degli Stati aderenti circa le forme di riconoscimento delle unioni omoaffettive ed all'introduzione di limiti di accesso alla filiazione.

[59] Corte di Cassazione, SS.UU., sent. n. 9006/2021, punto 16.1.

estera che ha condotto alla formazione del provvedimento di cui si chiede il riconoscimento, dovendosi invece verificare la compatibilità degli effetti che l'atto produce con i limiti non oltrepassabili, costituiti tanto da norme costituzionali quanto da disposizioni CEDU. Con specifico riferimento alla vicenda sottopostale, infatti, la Corte individua quali principi fondamentali che costituiscono la trama dell'ordine pubblico internazionale «i principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost.; art. 8 Cedu)», il «principio del preminente interesse del minore»[60], il «principio di non discriminazione»[61] ed il «principio solidaristico che è alla base della genitorialità sociale».

Per definire in che senso opera il limite dell'ordine pubblico internazionale e la conseguente barriera che questo pone all'ingresso nel nostro ordinamento di provvedimenti stranieri con lo stesso contrastanti, la Cassazione esclude che sia riconducibile a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status familiari[62]. Questi ultimi potendo essere identificati come quei provvedimenti giurisdizionali esteri rivolti al riconoscimento di una genitorialità sociale del tutto equiparabile alla genitorialità biologica, sorta dentro o fuori il matrimonio, ai fini del complesso di diritti e tutele dei figli minori, in particolare in relazione alla linea di parentela.

Ad avviso della Cassazione, quindi, non costituisce limite di ordine pubblico internazionale la preclusione posta dalla legislazione nazionale in materia di adozione legittimante, accessibile soltanto per le coppie eterosessuali coniugate, e dalla legge sulle unioni civili che non ha esteso anche alle coppie omoaffettive l'accesso all'adozione legittimante, lasciando tuttavia aperto – grazie all'intervento della giurisprudenza – il ricorso alla c.d. adozione in casi particolari.

Il limite posto dalla legislazione interna, secondo questa rappresentazione, non potrebbe essere elevato a limite di ordine pubblico internazionale in ragione di una continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, in virtù di un'interpretazione aperta dell'art 2 Cost. e dell'art. 8 CEDU.

La non riconducibilità del limite interno ai limiti dell'ordine pubblico internazionale troverebbe giustificazione anche nel fatto che la scelta legislativa, sia pur legittima, non rappresenta un valore fondante dell'ordinamento ma è solo una delle alternative (non imposte) entro le quali può muoversi il legislatore e che potrà essere modificata qualora muti l'apprezzamento sociale della fenomenologia in questione[63].

---

[60] Con particolare riferimento al principio del preminente interesse del minore, ricorda la Corte come già in precedenza ebbe a pronunciarsi (sent. 14007/2018) evidenziando la coincidenza dello stesso con il diritto al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali.

[61] Principio che – evidenzia la Cassazione – nel caso di specie si riflette «(sul) diritto all'identità (e sul) diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale».

[62] In tal senso la Corte richiama anche il precedente indirizzo formulato dalle SS.UU. con la sent. n. 12193/2019.

[63] A sostegno di tale rappresentazione la Cassazione richiama la Corte costituzionale, con le sentenze n. 221/2019, n. 237/2019 e n. 230/2020.

Neanche l'art. 29 Cost. potrebbe essere incluso tra i parametri costituzionali da cui ricavare il limite dell'ordine pubblico internazionale. Ciò perché l'unione matrimoniale, così come prevista dalla menzionata disposizione costituzionale, in relazione agli status genitoriali non costituisce più, soprattutto dopo la riforma della filiazione, il modello unico o quello ritenuto esclusivamente adeguato per la nascita e la crescita dei figli minori. A ciò dovendosi aggiungere che in relazione alla genitorialità sociale l'*imitatio naturae* manca ab origine ed è però ampiamente compensata dalle ragioni solidaristiche dell'istituto e, con riferimento al minore, dalla realizzazione, da assoggettarsi a verifica giurisdizionale, del processo di sviluppo personale e relazionale più adeguato alla sua crescita.

Conclusivamente, la Cassazione riconosce la legittimità del riconoscimento nel nostro ordinamento del provvedimento straniero che ha disposto l'adozione del minore da parte di una coppia omosessuale. Rilevano al riguardo le Sezioni unite come assumano rilievo quali principi cardine, utili a valutare la compatibilità dei provvedimenti esteri con i limiti di ordine pubblico internazionale, il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare[64] unitamente al favor verso la continuità degli status filiali. Diritti, questi ultimi, in grado di concretizzare il principio del preminente interesse del minore nelle determinazioni che incidono sul suo diritto all'identità, alla stabilità affettiva, relazionale e familiare, come pure il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno o fuori del matrimonio o adottivi.

5.1. Il perimetro (incerto e problematico) del limite dell'ordine pubblico internazionale nel riconoscimento del provvedimento straniero che dispone l'adozione piena di un minore da parte di una coppia omosessuale

Il recente intervento delle Sezioni Unite, nei termini riportati, pare muovere nel senso di declinare il limite dell'ordine pubblico tenendo in considerazione quei parametri sovranazionali che possono essere utili alla migliore tutela di ciò che viene ricondotto agli interessi del minore.

Il ragionamento sviluppato dalla Cassazione ruota quindi all'evidenza attorno alla definizione del perimetro del limite dell'ordine pubblico internazionale. Potendosi intendere quest'ultimo come un presidio di tutela per l'insieme dei principi fondamentali fissati dalla nostra Costituzione, come pure dal diritto internazionale ed eurounitario, unitamente però – come si cercherà di evidenziare – anche agli indirizzi di fondo espressi dalle normative interne.

La nozione di ordine pubblico internazionale appare invero oggigiorno oscillare tra due letture, all'evidenza non coincidenti.

Da un lato, infatti, si pone una accezione volta a riconoscere a tale clausola la funzione di limite, tanto all'applicazione della legge straniera, quanto al riconoscimento di atti e

[64] Cass., sent. n. 14007/2017.

provvedimenti esteri, rispettivamente ai sensi degli artt. 16 e 64 della l. n. 218 del 1995. Declinazione questa che, seppur da taluni marchiata come "chiusa e nazionalistica"[65], evidenzia comunque chiare ed incontestabili radici normative nell'ambito del nostro ordinamento.

In antitesi alla detta visione si pone invece la concezione definita "aperta e universalistica" di ordine pubblico internazionale[66], in virtù della quale si riconosce ai principi di ordine pubblico internazionale, non soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera ed al riconoscimento di atti e provvedimenti esteri, ma anche – e forse soprattutto – quella di promozione e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona, in modo tale da poter delineare i «principi fondamentali e caratterizzanti il profilo etico giuridico dell'ordinamento di un determinato periodo storico»[67].

La rappresentazione da ultimo richiamata, tuttavia, fuoriuscendo dal perimetro della normativa volta a disciplinare la materia, potrebbe offrire il fianco a qualche dubbio qualora venisse lasciato uno spazio ampio – se non addirittura eccessivo – alla creazione giudiziaria[68]. Siffatta eventualità, infatti, susciterebbe non poche perplessità laddove non venisse attribuito il giusto rilievo all'indirizzo desumibile dalle menzionate prescrizioni della legge n. 218 del 1995 che, come è ben noto, stabiliscono che l'apertura a provvedimenti e norme estranee all'ordinamento interno non può avvenire in contrasto con l'ordine pubblico.

L'elemento da ultimo evidenziato sembra idoneo a mettere in chiaro che, unitamente ai menzionati parametri costituzionali e sovranazionali, trattandosi di clausola espressa per il tramite di una legge ordinaria, la collocazione sistematica del limite in questione – alla luce dei criteri ordinatori che regolano le relazioni tra le fonti – sottende la necessità di tenere in considerazione anche gli orientamenti di fondo desumibili dalla legislazione statale. Ciò significa che il provvedimento straniero dovrebbe essere posto a confronto anche con i valori di fondo dell'ordinamento interno al fine di escludere ogni ipotesi di contrasto o incompatibilità. Il suo eventuale riconoscimento nel nostro ordinamento, in questi termini, non potrebbe muovere dal presupposto della doverosa accettazione di qualsivoglia impostazione, anche se nettamente antagonistica agli indirizzi di fondo emergenti dalla normativa nazionale. Tale eventualità, infatti, contradirebbe il principio democratico che la nostra Costituzione, già dall'articolo 1, concretizza per il tramite delle scelte espressive della sovranità popolare.

La sentenza n. 9006 del 2021 esclude però di poter inglobare la legislazione interna nella definizione del limite dell'ordine pubblico internazionale, rilevando come tale normativa, non identificabile come valore fondamentale dell'ordinamento, rappresenti solo una tra le molte alternative legislative che, in quanto tale, potrà anche essere modificata in futuro.

---

[65] S. AGOSTA, *Tra diritti e poteri: la surrogazione di maternità all'estero riletta alla luce degli insegnamenti di Alessandro Pizzorusso*, cit., 4.

[66] In tal senso il recente arresto della Cass. SS.UU. n. 9006/2021, come pure le precedenti sentenze della stessa Corte n. 16601/2017 e n. 12193/2019.

[67] Cass. SS.UU. n. 9006/2021, punto 16.1.

[68] S. AGOSTA, op. cit., 4-5.

L'indirizzo che viene così ad emergere propone a ben vedere una rinnovata declinazione del concetto di ordine pubblico, in funzione della quale il diritto interno, se non di rango costituzionale, sarebbe di fatto ridotto all'irrilevanza[69].

Per come configurato, quindi, il limite dell'ordine pubblico non sembrerebbe più teso alla protezione della sovranità dello Stato ed alla garanzia dell'armonia dell'ordinamento interno[70], ma, differentemente, diventerebbe uno strumento per valutare solo se l'atto straniero contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale nonché dalla CEDU[71].

Nei termini così proposti, però, l'ordine pubblico parrebbe trasfigurarsi, mutando da clausola di tutela dell'ordinamento statuale a mezzo promozionale di normative extra-statali discrezionalmente valutate come strumenti di ampliamento dei diritti dell'uomo[72]. Sembra in tal modo potersi rinvenire un'elaborazione giurisprudenziale in grado di attivare un processo valutativo implicitamente funzionale a riconoscere un rilievo sostanzialmente costituzionale ad alcuni princìpi, rendendoli così di fatto indefettibili, da cui poi ricavare la ricevibilità e l'applicazione del diritto straniero e delle sentenze su di esso fondati[73]. La qual cosa si riflette inevitabilmente tanto sulla forma quanto sulla sostanza della regolamentazione di importanti settori giuridici che, nel caso di nostro interesse, riguardano lo *status* di figlio.

La soluzione così proposta non pare però esente da perplessità. In primo luogo, perché essa pare smentire la chiave di lettura già da tempo offerta in argomento dalla Corte costituzionale, allorché ebbe modo di affermare che «la inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giu-

---

[69] N. MARCHEI, *Il limite dell'ordine pubblico davanti alla Chiesa cattolica e davanti allo Stato secolare: due percorsi giurisprudenziali a confronto*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 15.

[70] Anche qualora si appuri che le norme di collegamento del diritto internazionale privato optino per il recepimento della disciplina extra-statale è infatti evidente che l'apertura dell'ordinamento costituzionale al diritto straniero debba essere comunque bilanciata da un limite "identitario" alla sua efficacia quale appunto quello espresso dall'ordine pubblico (cfr. F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale,* in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2/2018, 277). In tal senso, come rileva F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007, 2, esso assume le sembianze di «"limite protettivo" dell'integrità dei principi fondamentali di un ordinamento giuridico».

[71] Osserva, al riguardo, P. SPAZIANI, *Matrimonio, filiazione e omosessualità nell'ordinamento italiano tra principi normativi e decisioni giurisprudenziali*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 2017, che «nella *concezione aperta agli ordinamenti esterni* l'ordine pubblico è il complesso dei principi ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona comuni ai diversi ordinamenti e collocati ad un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria».

[72] In tal senso, cfr. A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 317. In argomento, osserva G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, che «tale nuova concezione non porta necessariamente a spalancare le frontiere all'ingresso nell'ordinamento di qualsiasi norma straniera. Quando quest'ultima sia "arretrata", l'ordine pubblico ritrova apparentemente la sua funzione di argine, ma ciò solo perché adempie al suo (nuovo) ruolo di vigilanza sui progressi della civiltà giuridica; l'applicazione del diritto interno non è qui il frutto di una sua primazia formale, ma di una sua maggiore evoluzione rispetto al diritto straniero, al quale viene rivolta una sorta di implicito rimprovero per la sua inadeguatezza».

[73] In tal senso, come chiarito dalla Corte di Cassazione nella sent. n. 19599/2916, «si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari».

ridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato»[74]. Prospettiva, quest'ultima, che avvalora il legame tra il formante costituzionale e l'elaborazione legislativa nella definizione dei contenuti della clausola dell'ordine pubblico.

Ulteriormente è da considerare che facendo leva – come nel caso in questione – non già su ciò che è prescritto dal Testo costituzionale, quanto piuttosto su quanto lo stesso espressamente non vieta, tale concezione dell'ordine pubblico internazionale si presterebbe ad una funzione potenzialmente "colonialista"[75] che, potendo potenzialmente importare regolamentazioni provenienti anche da sistemi ordinamentali espressivi di una cultura giuridica molto differente dalla nostra, manifesterebbe l'impropria ambizione di ammantare di universalità princìpi selezionati da alcuni ordinamenti stranieri, al fine di escludere l'applicazione del diritto nazionale, soggettivamente ed arbitrariamente considerato inferiore[76].

Tale opzione consentirebbe così al giudice di selezionare arbitrariamente alcuni principi, ammantandoli unilateralmente delle vesti di strumenti di tutela dei diritti, nel tentativo (invero aberrante) di tratteggiare – come espressamente affermato dal recente arresto delle SS.UU. – i contorni "etici" oltre che giuridici dell'ordinamento. Eventualità, quest'ultima, che sembra non tenere nella dovuta considerazione il fatto che a fronte dell'etica laica, per sua natura pluralistica e quindi fluttuante, non può che spettare comunque al diritto il compito di individuare i "capisaldi condivisi di valore normativo"[77]. Diversamente operando, infatti, grave sarebbe il rischio di un pericoloso indebolimento di questi ultimi ove si consentissero interventi in grado di relativizzarli o, peggio, di manipolarli arbitrariamente per mano di soggetti esterni al circuito democratico.

La definizione degli obiettivi che il nostro ordinamento intende perseguire fuoriuscirebbe così dal circuito democratico della sovranità statale, per affondare nuove radici in un contesto sovranazionale attento più ai valori che alla legittimazione formale delle fonti[78]. Con la conseguenza però che la funzione del limite in questione verrebbe così stravolta.

Una nozione di ordine pubblico internazionale circoscritta ai soli valori costituzionali primari, ed ai principi tratti dal diritto internazionale e eurounitario, non avendo alcuna base normativa espressa finirebbe per di più con lo snaturare il senso di tale clausola. Tale rinnovata lettura del contenuto dell'ordine pubblico renderebbe infatti molto difficile poter immaginare situazioni di operatività del limite, posto che un contrasto con i principi fondamentali della Costituzione (come pure dell'ordinamento internazionale o di quello eurounitario) sarebbe non semplice da identificare anche in ragione dell'elasticità di siffatte formule che, per loro innata caratteristica, tendono a lasciare ampio spazio alla discrezionalità del legislatore[79].

---

[74] Corte cost., sent. n. 18/1982.

[75] In tal senso, cfr. G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, cit.

[76] Al riguardo, cfr. R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, 276.

[77] G. CERRINA FERONI-A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, cit., 4.

[78] In argomento, cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe, La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005.

[79] N. MARCHEI, *Il limite dell'ordine pubblico davanti alla Chiesa cattolica e davanti allo Stato secolare: due percorsi giurisprudenziali a confronto*, cit., 17.

Avvalorando così le perplessità espresse da chi ha evidenziato che «il rischio è quello di interpretare i silenzi della Costituzione come assensi impliciti a valori nebulosi (si pensi al "superiore interesse del minore") o che non hanno ancora raggiunto un sufficiente grado di maturazione nella civiltà giuridica interna, con pericolose cadute nel soggettivismo giudiziale»[80].

Non meno rilevante è il fatto che la suddetta interpretazione del limite dell'ordine pubblico, forte delle legittimazione offerta dal recente pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, attribuirebbe ai tribunali ordinari, laddove chiamati a verificare la possibilità di importare la regolamentazione straniera di una determinata fattispecie, la possibilità di valutare quasi in termini monopolistici la conformità di una normativa rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento costituzionale. In tal modo, però, facendo velo al fatto che il nostro sistema rimette in via esclusiva alla Corte costituzionale «la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale»[81].

Alla luce delle plurime perplessità fin qui rappresentate, dunque, sembrerebbe che la chiave di lettura offerta dalla recente sentenza n. 9006 del 2021 porti con se non poche perplessità, mantenendo viva la convinzione che, laddove si tratti di valutare la ricevibilità di atti stranieri, il limite dell'ordine pubblico andrebbe ponderato con più moderazione al fine di evitare pericolose fughe in avanti.

Se infatti il limite dell'ordine pubblico internazionale pone il divieto all'ingresso nel nostro ordinamento di provvedimenti e norme contrastanti con i principi fondamentali che animano lo stesso, non sembra però che tale clausola debba essere interpretata come condizione necessariamente reversibile. Con ciò volendo dire che quello che non è vietato non per forza deve essere considerato imposto o comunque ammissibile[82]. Laddove non si appalesi un limite all'ingresso di un provvedimento straniero, dunque, non per forza si dovrebbe ricavare nemmeno un obbligo in tal senso orientato.

Per valutare i termini del possibile inserimento di una regolamentazione extranazionale la clausola dell'ordine pubblico internazionale dovrebbe quindi essere in grado di tenere in considerazione, oltre ai limiti negativi che potrebbero opporsi al recepimento, anche gli indirizzi positivi espressi dalla legislazione statale. Cosicché, pur non potendosi richiedere l'esatta coincidenza tra le regole esterne e quelle nazionali, non sembra si possa comunque ritenere che l'ordine pubblico internazionale imponga di recepire una regolamentazione diametralmente opposta rispetto ai valori ed agli indirizzi di fondo espressi per il tramite degli strumenti normativi nazionali rappresentativi del nostro circuito democratico.

---

[80] G. ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, cit.

[81] Corte cost., ord. n. 24/2017.

[82] Con particolare riferimento alle pratiche mediche che, scavalcando i limiti naturali, consentono oggigiorno la possibilità di gestire la creazione umana anche senza il naturale atto riproduttivo, osservano G. CERRINA FERONI-A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, cit., 4, che «ciò che è fattualmente e tecnologicamente lecito non è *de plano*, eticamente e giuridicamente, lecito ma deve essere vagliato razionalmente proprio da un punto di vista giuridico ed etico».

6. La necessità di salvaguardare l'interesse del minore al suo stato di figlio nel contesto di una unione omosessuale: l'erosione dell'orientamento legislativo (pur legittimo) nel processo di emersione di un problematico "principio di giuridicità" quale fattore ordinante dell'ordinamento

La giurisprudenza recentemente intervenuta in materia di *status filiationis* nel contesto delle coppie omosessuali pone in evidenza il palese scollamento tra l'orientamento legislativo presente nel nostro ordinamento e tutte quelle situazioni di fatto che, pur contrastanti con lo stesso, essendo comunque venute in essere, richiedono ugualmente adeguate e difficili forme di tutela per gli interessi dei soggetti coinvolti. Elemento, quest'ultimo, di particolare e prioritario rilievo trattandosi di minori.

Il divieto posto dalla legge alle coppie omosessuali di accedere alla PMA e alla GPA, come pure alla c.d. adozione piena, può essere infatti facilmente aggirato laddove tali progetti genitoriali vedano concretizzare all'estero la pratica procreativa o adottiva, con il conseguente inserimento di fatto di minori in un contesto non previsto dal legislatore.

Le situazioni fattuali che si vengono così a creare fanno emergere inevitabilmente esigenze di protezione che, per il grande rilievo degli interessi coinvolti, non possono di certo essere ignorate. In questa direzione, infatti, si orientano i menzionati interventi giurisprudenziali e le conseguenti sollecitazioni rivolte al legislatore al fine di attivarsi per approntare percorsi di tutela celeri ed effettivi[83].

Il dato che nei detti termini sembra emergere è dunque che il destinatario della norma, aggirandola e contravvenendo alla stessa, assume in tal modo le sembianze di fattore di regolazione, acquisendo la capacità di creare delle condizioni in grado incidere sulla disciplina normativa[84].

In questa cornice, dapprima la crescente apertura manifestata da una sempre più ampia giurisprudenza di merito[85], e più di recente gli interventi della Corte costituzionale (come pure della Corte di Cassazione), segnano l'avvio di un percorso, probabilmente irreversibile, volto ad offrire una diversa regolazione ai fenomeni in questione. Emblematiche, in questa direzione, sono le richiamate decisioni della Consulta che, evidenziate le situazione critiche ed i vuoti di tutela alle stesse riferibili, sollecitano un intervento del legislatore ritenuto non più rinviabile. Con la conseguenza che la pressione esercitata dai casi concreti, accompagnata dall'intervento del formante giurisprudenziale[86], sembra in grado di incidere in modo determinante sulla configurazione della risposta giuridica dell'ordinamento.

L'indirizzo originariamente adottato dal legislatore nel senso di escludere la filiazione dalle prospettive delle unioni omoaffettive, pur ritenuto non in contrasto con i parametri costi-

---

[83] In tal senso, Corte cost., sent. n. 33 del 2021, punto 5.7 del considerato in diritto.

[84] I. RIVERA, *L'adozione coparentale da parte del genitore sociale nella prospettiva della tutela del* best interest of the child, in *Federalismi.it*, 21/2016, 16.

[85] Al riguardo, se si vuole, si può consultare F. PATERNITI, *Figli e ordinamento costituzionale*, Napoli, 2019, 191 ss.

[86] Al riguardo, cfr. V. MARCENÒ-G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67 ss.

tuzionali[87], in ragione dei vuoti di tutela individuati a scapito dell'interesse dei minori – di fatto inseriti in tali contesti familiari – viene quindi progressivamente eroso sulla scia di autorevoli arresti giurisprudenziali. Si assiste in tal modo quasi ad una palingenesi del tradizionale principio di legalità, sempre più incline ad essere diversamente declinato come "principio di giuridicità"[88]. Rappresentazione, quest'ultima, volta a valorizzare maggiormente le variegate forze motrici che, a vario titolo e sempre più di frequente, si dimostrano in grado di attivare e alimentare il nostro ordinamento giuridico[89].

Nel rapporto tra diritto e fatto, dunque, gli interventi giurisprudenziali fin qui richiamati sembrano poter essere letti come indici rivelatori di un possibile percorso di inversione tra il ruolo del diritto e la capacità di quest'ultimo di condizionare e regolare i fattori sociali cui si rivolge[90]. Si assisterebbe, in questi termini, ad una valorizzazione della "fattualità del diritto"[91], vale a dire di quella tendenza volta ad attribuire rilievo determinante al fatto inteso quale forza in grado di modellare e plasmare il diritto[92].

La rappresentazione appena tratteggiata non pare perdere consistenza alla luce del fatto che, nelle menzionate sentenze, la Consulta rinvii pur sempre al successivo intervento del legislatore per l'adozione di una disciplina in grado di apprestare le opportune tutele invocate. In misura sempre più significativa, infatti, il Giudice costituzionale ha testimoniato, tanto la capacità, quanto la disponibilità ad intervenire anche in luogo del legislatore, laddove quest'ultimo adotti scelte non condivise ovvero ritardi od ometta il suo intervento.

Allorché la Corte costituzionale sollecita "in prima battuta" l'intervento del legislatore[93], quindi, sembra che la stessa voglia lasciar intendere – neanche troppo velatamente – che un eventuale omissione normativa troverebbe comunque soluzione nella replicazione di quel modello di giustizia costituzionale decidente[94], con il quale, già in altre occasioni, si è dimostrata in grado e disponibile a sostituirsi anche allo stesso legislatore.

---

[87] Al riguardo, cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019.

[88] In tal senso, osserva A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in *Federalismi.it*, 23/2017, 10, che la attuale realtà socio-normativa «non a caso ha portato di recente attenta dottrina a ravvisare la trasformazione del tradizionale "principio di legalità" (che vuole il diritto nelle mani di un padrone tendenzialmente assoluto: il legislatore) in un più complesso e reale "principio di giuridicità", in riferimento all'ormai "variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica"».

[89] In tal senso, cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 85 ss.

[90] In argomento, cfr. A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, cit., 21, il quale A. rinviene una «(in)capacità del potere pubblico – e, dunque, del suo diritto – di governare gli sviluppi della contrattualistica privata sempre più stimolata dall'evoluzione scientifica che, *ab origine*, determina il sorgere di fatto di tali condizioni giuridiche».

[91] P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, 10 ss.

[92] In argomento, si vedano le riflessioni di A. BELLELLI, *La filiazione nella coppia omosessuale*, in *Giur. it.*, 2017, 1823; A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, cit., 8.

[93] Corte cost., sent. n. 33/2021, punto 5.9 del *considerato in diritto*.

[94] In argomento, se si vuole, si possono vedere le riflessioni proposte in F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 34/2020, 178 ss.

Non sembra possa però essere sottaciuto che lo scenario che si presenta sottende all'evidenza non poche problematiche laddove la volontà del giudice (sia pur costituzionale) si sostituisse a quella politica[95]. Ciò perché, fuoriuscendo dai confini delle funzioni proprie delle istituzioni democratiche dello Stato di diritto, siffatta ipotesi determinerebbe una situazione che porterebbe con sé i plurimi rischi sottesi al pericoloso sconfinamento dell'interpretazione giudiziale in mero arbitrio[96]. Eventualità, quest'ultima, idonea a dare adito a quei timori di "nichilismo interpretativo"[97] espressi da chi teme la possibilità di legittimare qualsivoglia scelta, arbitraria, individuale e insindacabile, del soggetto giudicante[98].

Cosicché, conclusivamente osservando, gli arresti giurisprudenziali di cui si è detto, pur focalizzando meritoriamente l'attenzione sul tema fondamentale del prioritario interesse dei figli, lasciano ancora sul campo non pochi elementi di perplessità da cui si ricava una prospettiva complessa rispetto alla quale le soluzioni non appaiono né agevoli né di immediata reperibilità.

---

[95] Sembra oramai chiaro l'orientamento della Corte che, anche quando non decide direttamente, formula comunque – come nei casi in esame – una «delega di valutazione piuttosto minuta a carico del legislatore» (in tal senso, E. MALFATTI, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 399).

[96] Al riguardo, cfr. L. CHIEFFI, *Prospettive garantistiche e sviluppi atipici dell'interpretazione conforme a Costituzione nel campo della biomedicina*, in *Quest. Giust*., 2/2016, 208 ss.

[97] In argomento, cfr. V. SPEZIALE, *Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 209.

[98] Nei termini riportati sembrano dunque condivisibili le perplessità manifestate da A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del nell'unico commento fin qui pubblicato alle sentt. nn. 32 e 33/2012*, in *Consulta online*, I/2021, 221, laddove l'A., soffermandosi sui recenti interventi della Corte oggetto di attenzione in questo scritto, memore anche di alcuni recenti precedenti giurisprudenziali, identifica tali decisioni del Giudice costituzionale quali «tecniche decisorie inusuali e – se posso esser franco – per vero alquanto ardite, suscettibili di dar vita ad effetti imprevedibili, con riflessi di grande momento, che possono aprirsi a ventaglio incidendo sensibilmente sugli equilibri istituzionali, tanto lungo il versante dei rapporti che la Corte intrattiene con i giudici comuni quanto in quelli con il legislatore».

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 12/11/2021

AUTORE: Ilaria Roberti*

IL CONTENIMENTO DELLA SPESA PUBBLICA COME PRESUPPOSTO DELLE PIÙ RECENTI REVISIONI COSTITUZIONALI

Sommario: 1. Premessa.- 2. La modifica dell'art. 81 Cost e il fondamento "costituzionale" del contenimento della spesa pubblica. 3.(segue) I tentativi di riforma costituzionale emergenziali nel segno della riduzione dei conti pubblici. 4. La riforma c.d. "Renzi- Boschi" come revisione "economicamente orientata". 5. La riduzione del "costo" del Parlamento nella legge costituzionale n.1 del 2019. 6. Conclusioni. Il contenimento della spesa pubblica nel dibattito sulle riforme costituzionali post- referendum.

1. Premessa

La riduzione della spesa pubblica in sede di revisione costituzionale ha costituito uno dei presupposti del *referendum* sulla riforma del numero dei parlamentari. Infatti, la modifica degli artt. 56, 57 e 59 della Costituzione è stata posta in relazione all'efficienza decisionale e al contenimento dei costi dell'istituzione rappresentativa, compatibilmente con il perseguimento del pareggio dei conti pubblici. Tale motivazione è stata differentemente interpretata nell'ottica del rispetto del principio della democrazia rappresentativa, dell'articolazione del rapporto tra rappresentante e rappresentato, nonché del ruolo e delle funzioni del Parlamento nel sistema costituzionale.

Da una parte è stato messo in evidenza che l'intervento di riforma non è da intendersi in senso "peggiorativo" della rappresentanza, ma come un'opportunità per restituire "prestigio e autorevolezza" all'istituzione parlamentare sulla base di quanto già sostenuto in sede di dibattito costituente[1]. Diminuire il numero dei parlamentari ed il suo "costo" dunque non equivale ad un indebolimento del paradigma rappresentativo, ponendosi piuttosto come un'occasione di funzionalità decisionale che ne deriverebbe da una più ridotta composizio-

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi del Molise.

[1] Così A. PERTICI, *La riduzione del numero dei parlamentari e le questioni aperte sulla rappresentanza e sul buon funzionamento delle camere*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n.3/ 2020, p. 318 e 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. Gaetano Silvestri — Direttori: Prof. Felice Giuffrè, Prof.ssa Elisabetta Lamarque, Prof. Alberto Lucarelli, Prof. Giovanni Tarli Barbieri

ne[2]. Nonostante l'assenso verso tali posizioni, però, c'è stato chi ne ha sottolineato "la motivazione sbagliata"[3], in quanto "non è certo in nome delle accuse alla casta e della riduzione dei costi della politica che si può intraprendere una seria azione di revisione del nostro assetto costituzionale"[4]. Se portate alle estreme conseguenze queste motivazioni "rischierebbero di minacciare (..) i fondamenti della democrazia rappresentativa e della stessa fiducia nelle istituzioni e nell'ordinamento"[5]. Proprio partendo da quest'ultimi presupposti alcuni autori hanno ricondotto tale riforma al più ampio fenomeno dell'"anti- politica" e alla capacità dei movimenti populisti di incrementare la disaffezione dei cittadini verso le istituzioni[6]. In questi termini la necessità di far quadrare il bilancio statale attraverso la riduzione della compagine parlamentare è stata definita nient'altro che una "trappola"[7] per gli elettori che si apprestavano a votare quella riforma, nonché una "brusca restrizione del pluralismo"[8] a causa di una visione distorta attribuita all' "istituzione che aggettiva la forma di governo"[9].

Invero tali argomentazioni non sono rinvenibili solo nella legge costituzionale n. 1 del 2019, ma sono progressivamente emerse a partire dalla crisi dell'Eurozona e con la modifica dell'art. 81 della Costituzione.

Per meglio dire, dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2012 il pareggio dei conti pubblici è stato richiamato per favorire o "accelerare" le riforme della Costituzione, anche al fine di ottenere un immediato risparmio della spesa pubblica. Tale circostanza era stata per certi versi ipotizzata, quando, dopo l'introduzione dell'equilibrio di bilancio, attenta dottrina[10] fece subito notare che questo cambiamento avrebbe posto interrogativi inediti, legati non solo alla sua interpretazione, alla sua sindacabilità da parte della Corte costitu-

---

[2]V. ONIDA, *Con il taglio le Camere potranno funzionare meglio anche senza correttivi*, in *La Repubblica*, 24 Agosto 2020.

[3]N. LUPO, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in *Forum di quaderni costituzionali*, n.3/2020, p. 327.

[4]N. LUPO, *op.ult.cit*., p. 327.

[5]Ibidem.

[6]A.ALGOSTINO, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari in nome del pluralismo e del conflitto*, in *Questione giustizia*, n.1/2020; V.BALDINI., *Riduzione del numero dei parlamentari, democrazia di decisione, dinamiche del politico. Un'analisi critica della semplificazione strutturale delle assemblee rappresentative*, in www.dirittifondamentali.it, n, 2/2020, p. 1658 e ss.; M.BELLETTI, *Miopia istituzionale nella strategia delle riforme costituzionali o consapevole ricerca di una marginalizzazione della rappresentanza parlamentare? Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari ovvero la strada verso l'introduzione di un sistema monocamerale*, in www.federalismi.it, 15 Aprile 2020, p. 2 e ss.; G. CERRINA FERONI, *Si può far finta che tutto sia come prima? Le ragioni di un NO al referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in www.federalismi.it, paper 9 Settembre 2020, p. 1 e ss.; G. FERRARA, *Con Rodotà difendevamo il Parlamento, oggi vogliono affossarlo*, in *Il Manifesto*, 25 Agosto 2020; M.LUCIANI, *Audizione Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati*, 27 marzo 2019, su www.camera.it ; A. MORELLI, *Il taglio dei parlamentari: fin dove può arrivare l'ottimismo della volontà*, in www.lacostituzione.info, 6 Settembre 2020; G. SILVESTRI, *Dico no al taglio dei parlamentari perché vedo gravi pulsioni contro la democrazia*, in *La Repubblica*, 8 Settembre 2020; G.TARLI BARBIERI, *La riduzione del numero dei parlamentari: una riforma opportuna?*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, 377 e ss.; M. VOLPI., *La riduzione del numero dei parlamentari*, in www.costituzionalismo.it n. 1/2020, p. 254 e ss.

[7]G. AZZARITI, "*La trappola" del Sì o No sul numero dei pa*rlamentari, in *Il Manifesto*, 10 Gennaio 2020.

[8]G. SILVESTRI, *Dico no al taglio dei parlamentari perché vedo gravi pulsioni contro la democrazia*, *cit*., p. 1

[9]G.FERRARA, *Art. 55 Cost*., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Vol. I, Bologna- Roma, Zanichelli, 1984, p. 1.

[10]G. SILVESTRI, *Apertura dei lavori del Seminario di studi Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Roma 22 Novembre 2013, consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it.documenti, 2013.

zionale e al suo rispetto da parte delle Camere, ma anche ad altri ambiti dell'ordinamento costituzionale[11]. Infatti, come si avrà modo di evidenziare, dall'approvazione di quella riforma il "moto inerziale"[12] della Costituzione è risultato molto condizionato dall'aumento e/o dal decremento del PIL, dalle stime macroeconomiche dei vertici dell'FMI, dai vincoli provenienti dalla BCE e dagli atti sovranazionali, nonché dalla predisposizione di meccanismi virtuosi diretti ad assicurare la sostenibilità del debito pubblico.

Tuttavia, il problema è che una revisione costituzionale non può essere dettata da un "improvviso ed effimero scarto d'umore"[13], riconducibile cioè all'andamento altalenante degli indici dei mercati finanziari e all'alternanza delle fasi dell'*accountability*. Il ricorso all'art. 138 Cost deve essere una scelta maturata quando le ragioni del mutamento si presentano prevalenti rispetto a quelle di stabilità[14] nell'ambito di un "testo che nasce pur sempre con la vocazione all'immodificabilità"[15]. Questo presupposto dovrebbe essere garantito anche in caso di stringenti pressioni finanziarie[16] e nel contesto derivante dalla c.d. "teologia economica"[17], perché se è doveroso rispettare l'equilibrio di bilancio allo stesso tempo bisogna interrogarsi se lo si possa fare nella sede che esprime la "causa della rigidità"[18] costituzionale. Perciò, si analizzeranno le riforme o i tentativi di modifica della Costituzione che hanno tenuto conto del loro "impatto economico", esaminando in particolare il contesto da cui muovono e il *modus* attraverso cui è stata impiegata la motivazione della riduzione della spesa pubblica in sede di revisione costituzionale.

---

[11]Ibidem, p. 3 e ss.

[12]Espressione a cui ricorre M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, p. 1 e ss.

[13]L'espressione era stata impiegata da Paolo Rossi durante il dibattito in Assemblea costituente cfr. *La revisione costituzionale, Relazione alla Seconda Sottocommissione,* in *Materiali della Repubblica. Assemblea costituente*, Volume I, Tomo Secondo, Reggio Emilia- Napoli, 1991, p. 253.

[14]In particolare si precisa che "non è possibile individuare una sola teoria del mutamento perché è il mutamento stesso a rinviare a contesti storico politici differenziati nel quale si afferma. Di modo che la tendenza delle Costituzioni non solo quelle rigide, alla stabilità anzi la loro pretesa di regolarne il mutamento va ricostruita alla luce del processo storico verso forme sempre più avanzate di democrazia e alla luce del grado di sviluppo del costituzionalismo" cfr. F. R. DE MARTINO, *La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell'articolo 138*, in *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo- A. Morelli- V. Pupo, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 97.

[15]C. MORTATI*, Costituzione (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Milano, Feltrinelli, 1962, p. 140 e ss.

[16]"In occasione dell'ascesa dei poteri della finanza e della vocazione al Dio mercato" in seguito all'integrazione sovranazionale e alla crisi economica cfr. G.AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma- Bari, Laterza, 2016, p. 95.

[17]Ricostruisce in termini di contrapposizione la logica dei mercati finanziari rispetto a quella della politica A. MORRONE, *Teologia economica vs Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2012, p. 829 e ss.

[18]S.CICCONETTI, *Revisione costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol.XL, Milano, Feltrinelli, 1989, p. 135. A questa tesi si contrappone quella di A. PACE, il quale sostiene che "la rigidità è un carattere naturale delle Costituzioni scritte, non essenziale (..) il silenzio della Costituzione in ordine al procedimento da seguire per la sua revisione non ne muta il suo regime di modificabilità (..) anzi le norme costituzionali che prevedono uno speciale procedimento di revisione provocano a ben vedere un indebolimento della rigidità costituzionale" cfr. *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto Albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, Cedam, 1995, p. 11 e ss.

2. La modifica dell'art. 81 Cost e il fondamento "costituzionale" del contenimento della spesa pubblica

La riduzione della spesa pubblica ha cominciato ad essere inserita tra le motivazioni legittimanti una revisione costituzionale in seguito alla crisi dell'Euro e al contestuale inasprimento delle misure di *austerity* da parte dei Vertici sovranazionali[19]. Difatti prima dell'emergenza economica non era accaduto di ricorrere all'art. 138 Cost per dare anche un segnale di contenimento dei costi istituzionali. Ovvero, dopo la c.d. "Grande Riforma" craxiana ma prima della crisi dell'euro, la dottrina aveva avuto modo di censurare molteplici ed eterogenee anomalie con riguardo al metodo, al contenuto e alle ragioni del ricorso all'art. 138 Cost[20] ma senza notare una connessione tra la diminuzione della spesa pubblica e la revisione costituzionale. Nei lavori parlamentari della c.d. Commissione Bozzi, delle leggi costituzionali n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997, della modifica del Titolo V nel 2001, fino alla fallita riforma del 2006 non è rinvenibile una autonoma menzione dell'impatto economico di tali in-

---

[19]Sulle misure c.d. "salva- euro" e sugli organismi "salva- Stati" la letteratura è molto ampia. In particolare aveva inizialmente inteso tali strumenti di risoluzione della crisi del debito sovrano come un'attuazione della solidarietà europea A.MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa, in Quaderni costituzionali*, n.1/2014, p.79 e ss. In senso difforme si veda G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio tra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2013, p. 1 e ss. Ancora, più in generale, per un'analisi circa la vincolatività e gli effetti a breve e lungo termine di tali misure sul sistema costituzionale si vedano F. ANGELINI- M. BENVENUTI (a cura di) *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del convegno di Roma 26-27 aprile 2012*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; F. BILANCIA, *Crisi economica, decisioni finanziarie ed istituzioni democratiche nazionali*, in www.federalismi.it, n. 3/2016; A. CIANCIO, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in www.federalismi.it, n.16/ 2015, p.1 e ss.; I.CIOLLI, *The balanced budget rule in the italian constitution: it ain't necessarily so…useful?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 2 e ss.; ID. *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinar*i, in *Rivista AIC*, n.1/2012, pp. 1 e ss.; C. DE FIORES, *L'Europa al bivio. Diritti e questione democratica nell'Unione al tempo della crisi*, Roma, Ediesse saggi, 2012; G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 382 e ss.; E.OLIVITO, *Crisi economico- finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al governo italiano*, in *Rivista AIC*, n.1/2014, p. 1 e ss.; G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?,* in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012, p. 16 e ss.; G. RIVOSECCHI, *Il Trattato sul MES e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale e della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2014, p. 478 e ss.; F. Salmoni, G.L.TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.2/2012, p. 682 e ss.

[20]Sui temi citati il dibattito dottrinario è molto ampio. *Ex multis* si vedano G. AZZARITI, *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, n.1/1998, p. 75 e ss.; B.CARAVITA, *La Commissione bicamerale e il lungo cammino delle riforme*, in *Letture di diritto pubblico*, a cura di B. Caravita- A.Chiappetti- C.Chiola, Torino, Giappichelli, 1998, p. 31 e ss.; P. CARNEVALE, *La revisione costituzionale nella prassi del terzo millennio. Una rassegna problematica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, p. 1 e ss.; F. R. DE MARTINO, *Le deroghe all'art. 138 della Costituzione. L'esperienza repubblicana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 80 e ss.; ID., *L' "uso" della Costituzione nel dibattito sulle riforme*, in www.costituzionalismo.it , fasc. 2/2018, p. 70 e ss. G. FERRARA, *Le risultanze della Commissione Bozzi: un giudizio*, in *Democrazia e diritto*, n.2/1985, p. 7 e ss.; ID., *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forme di governo nel progetto della Commissione Bicamerale*, in *Politica e diritto,* n.1/1998, p. 93 e ss.; M.OLIVETTI, *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, in *L'eredità della Costituzione. Osservatorio sulle riforme costituzionali*, Roma, 1998, p. 15 e ss.; V. ONIDA, *Il mito delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, n.1/2004, p. 24 e ss.; S. PANUNZIO (a cura di) *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano,1998; C. PINELLI, *Quali lezioni possiamo apprendere dalla vicenda della Commissione bicamerale*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n.3/1998, p. 187 e ss.

terventi di modifica[21]. Il Trattato di Maastricht, il Patto di Stabilità e di crescita ed i connessi vincoli finanziari di quel tempo venivano piuttosto richiamati per evidenziare la presunta incapacità delle istituzioni a rispettare criteri di funzionalità e di efficienza decisionale rispetto ai suddetti mutamenti sovranazionali[22]. Soprattutto, l'"ammodernamento" istituzionale era ricompreso nella più ampia necessità di superare la frantumazione del sistema partitico[23] che, secondo i riformatori, causava l'impossibilità di garantire la c.d. "governabilità"[24].

Con la crisi dell'Eurozona e con l'adozione delle misure di *austerity* la situazione muta notevolmente. In particolare, tra il 2010 e il 2012 furono introdotte importanti innovazioni sovranazionali in termini di monitoraggio dei bilanci statali, tra cui il semestre europeo, una più stringente sorveglianza macroeconomica e finanziaria, l'adozione di Trattati internazionali come il c.d. *Fiscal compact* e il *MES* nonché il rafforzamento delle competenze della BCE nell'ambito dell'Unione bancaria[25]. Tali novità furono intese in forma ancor più pervasiva in quei Paesi come l'Italia che presentavano una situazione deficitaria molto grave. Nel senso che la dimostrazione di voler perseguire il pareggio dei conti pubblici non è avvenuta solo nelle sedi finanziarie ma finanche mediante una revisione costituzionale. Il riferimento è alla proposta di riforma degli artt. 41, 45, 47, 53, 97 e 118 Cost[26] e alla successiva presentazione del disegno di legge costituzionale di modifica dell'art. 81 Cost[27]. In entrambi i casi è rilevabile una singolarità, perché il Governo italiano menzionava la revisione degli articoli sulla liber-

[21]Al riguardo è interessante notare come finanche in un periodo di significativo mutamento come quello in cui fu istituita la Bicamerale del 1997 all'inizio dei lavori il Presidente D'Alema affermava che "tra le ragioni di tale cambiamento, oltre allo scandalo di Tangentopoli e alla crisi dei partiti vi erano anche i vincoli europei come uno "stimolo per rendere le istituzioni più competitive e funzionali all'interno della scena globale" e non come una motivazione per ridurne i loro costi. Cfr. http://leg13.camera.it/parlam/bicam/rifcost/ressten/sed001r.htm , p. 5 e ss. Al pari anche nella discussa riforma del Titolo V del 2001 all'inizio dei lavori era emersa la necessità di modificare la Costituzione per ridefinire l'assetto del potere tra le istituzioni cercando di realizzare un modello di ordinamento federale della Repubblica a causa della crisi della società, dei partiti, delle istituzioni e dello Stato. L'iter della legge costituzionale n.3 del 2001 è consultabile sul sito http://leg13.camera.it/docesta/313/15804/documentotesto.asp?pdl=6327&tab=1&leg=13 nonché su http://www.senato.it/leg/13/BGT/Schede/Ddliter/13229.htm

[22]I lavori parlamentari delle riforme citate sono consultabili sul sito http://leg13.camera.it

[23]Con il "progressivo e definitivo sgretolamento dei partiti che avevano dato vita alla Costituente" in cui "la credibilità e il ruolo dei partiti era stata messa a durissima prova, anche a causa delle indagini della magistratura su gravi fenomeni di corruzione in cui si era tentata la via di una nuova legittimazione mediante una riforma organica della Costituzione che a causa dell'emergenza politica in atto avrebbe dovuto essere realizzata nel più breve tempo possibile dunque saltando a piè pari talune garanzie della rigidità costituzionale" cfr. F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione. L'esperienza repubblicana*, *cit*., p. 61

[24]Si sostiene che durante quegli episodi si è dato prova che la "governabilità italiana può vedersi come un'epitome del funzionalismo sistemico *luhmanniano*, in quanto il dispositivo concettuale che mira a far coincidere legalità formale e legittimazione politica attraverso la riconduzione della costituzione formale a una malintesa idea di costituzione materiale" E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in www.costituzionalismo.it, fasc.3/2015, p. 46 e ss.

[25]Analizzano tali novità in termini di integrazione meno politica e più economica G. GUARINO, *Salvare l'Europa salvare l'euro*, Firenze, Passigli Editore, 2013; G.L.TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, *cit*., p. 682 e ss.

[26]Si tratta delle proposte di modifica AC 3039; AC 3054; AC3967; AC4144 consultabili sul sito http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/ac0626_0.htm#dossierList

[27]Consultabile su http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/37189.htm

tà di iniziativa economica privata nel Programma nazionale di riforma (PNR)[28], che costituiva parte integrante del Documento di economia e finanza del 2011, mentre la proposta di modifica dell'art. 81 Cost veniva inclusa direttamente tra gli obiettivi programmatici del DEF di quello stesso anno[29]. Si tratta di un precedente significativo in termini di contenimento della spesa pubblica tramite la revisione costituzionale, dal momento che la crisi dell'Eurozona era stata in grado di incidere a tal punto sulle motivazioni del ricorso all'art. 138 Cost da includerle in un documento di natura economico- finanziaria. Più precisamente, menzionare in un atto di questo tipo i motivi di cambiamento della Costituzione abbinandole a quelle di riduzione dei conti pubblici non risultava solo un *unicum*, ma indirettamente svolgeva la funzione di alimentare l'idea di poter "formalizzare" in un documento di tal genere il ricorso all'art. 138 Cost per far quadrare i conti pubblici.

A parte la legge di bilancio, il DEF, la nota di aggiornamento al DEF, il Documento programmatico di Bilancio e il Rendiconto generale dello Stato sono tutti atti di natura tecnica che nel sistema delle fonti hanno un valore secondario oltre che limitato all'ambito finanziario e contabile. Perciò appariva paradossale e in controtendenza vincolarsi a modificare la fonte suprema dell'ordinamento giuridico tramite un atto di natura tecnica e secondaria.

Vero è che in quel frangente il DEF presentava una valenza "sostanziale" superiore a quella "formale", nel senso che vincolarsi tramite quel documento a portare a termine una riforma costituzionale significava impegnarsi a rispettare parametri sovranazionali di efficienza contabile anche a costo di ricorrere all'art. 138 Cost. Ecco perché quelle iniziative non avevano più solo un impatto costituzionale, dal momento che apportare quelle modifiche al testo fondamentale equivaleva esprimere la volontà di mutare l'impostazione delle scelte di sostenibilità finanziaria.

Se i progetti di modifica della c.d. "Costituzione economica" non andarono a buon fine, la riforma dell'art. 81 Cost fu approvata in quello stesso anno. L'introduzione dell'equilibrio di bilancio è stata interpretata da una parte come la dimostrazione di voler regolare il ricorso all'indebitamento, attraverso quindi un gesto di responsabilità nei confronti delle generazioni future[30]. Del resto il disavanzo pubblico era stato una "costante della real-

---

[28]https://www.mef.gov.it/primo_piano/documenti/20110413/Programma_Nazionale_di_Riforma.pdf

[29]https://www.mef.gov.it/primo-piano/documenti/20110413

[30]Cfr. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, *cit*., p. 99 e ss. Nonché ID, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.1/2014, p. 1 e ss. Più in generale sul merito della riforma, sul ruolo riconosciuto al Parlamento in sede di bilancio e sui profili relativi all'indebitamento si vedano P. DE IOANNA, *La decisione di bilancio: un cantiere che si riapre*, in *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, F. Bassanini- A. Manzella, Firenze, Passigli Editore, 2017 , p. 99 e ss.; G. DI GASPARE, *L'art. 81 della Costituzione, abdicazione della sovranità finanziaria dello Stato?* in www.amministrazioneincammino.luiss.it , 29 Dicembre 2014, p. 2 e ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, *cit*., p. 2 e ss. Più di recente il tema è stato nuovamente oggetto di indagine in seguito alle ordinanze n. 17 del 2019 e n. 60 del 2020 della Corte costituzionale, soprattutto in relazione al profilo della riduzione del ruolo parlamentare in sede di approvazione del bilancio statale. Su tali aspetti si vedano E. CHELI, *L'ordinanza n. 17 del 2019: molte novità e un dubbio*, in *Quad. cost*., n. 2/2019, pp. 429 ss.; T. F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi intra-potere dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quad. cost*., n. 2/2019, pp. 291 ss.; A.LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, in www.federalismi.it , n.4/2019, p. 4 e ss.; N.LUPO, *Un'ordinanza compromissoria ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in www.federalismi.it ,

tà"[31] e comunque "presente con la massima frequenza"[32] nell'economia nazionale. Quindi la crisi dell'euro rappresentò l'occasione non solo per ribadire il vincolo di pareggio tra entrate e spese[33] ma anche per porre un freno all'indebitamento.

In un'altra prospettiva, la riforma è stata criticata per il ridotto ruolo riconosciuto al Parlamento nella procedura di revisione, perché approvata con molta celerità disattendendo la *ratio* dell'art. 138 Cost per rispettare un vincolo contenuto in un atto di *soft law* come il Trattato sul *Fiscal compact*[34]. A tali anomalie può aggiungersi che quella scelta era contrassegnata dal legame tra la razionalizzazione della spesa pubblica e il 138, dal momento che era stata dettata dall'inserimento negli obiettivi del DEF 2011 e sollecitata dalla lettera che i due Governatori della Banca centrale europea Draghi e Trichet inviarono al Governo italiano[35]. In quella lettera infatti si faceva notare che sarebbe stato consigliabile mettere in atto modifiche per recepire la c.d. regola aurea che in quel contesto assumeva una indiscussa pregnanza[36].

Pertanto, per la prima volta i "mutamenti" economici furono inclusi e tradotti nei "mutamenti" del testo costituzionale, come se tra l'una e l'altra dimensione potesse esserci un'interscambiabilità priva di implicazioni. Per meglio dire quella tensione dialettica tra stabilità e mutamento sottesa ad una Costituzione rigida è risultata fortemente orientata dalle ragioni economiche riconducibili al contesto emergenziale. Siffatto *modus operandi* fu inizialmente sottovalutato e relegato a episodio unico e sporadico, giustificato dalla congiuntura economica di indubbia gravità. Invece quel precedente si presentava assai rischioso non solo per la c.d. "costituzionalizzazione" dell'equilibrio di bilancio ma anche per la "legittimazione costituzionale" che aveva acquistato la motivazione sottesa a quella riforma, ovvero di dare un segnale di contenimento della spesa pubblica tramite il ricorso all'art. 138 Cost[37]. In tali

---

n.4/2019, p. 3 e ss.; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n.17/2019 e la terra promessa di quote del potere*, ivi, p. 1 e ss.; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo... virtuale o in astratto*, in *Consulta on line*, 1/2019, pp. 71 ss.; F. SORRENTINO*, La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, *ivi*, p. 1 e ss.

[31]V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 442

[32]Ibidem.

[33]Nel senso che il precedente art. 81 Cost già prevedeva l'equilibrio di bilancio cfr. G. DI GASPARE, *op.ult.cit*., p. 3 e ss.

[34]Sul punto si vedano F.BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 1 e ss.; R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in prospettiva comparata: un confronto tra Italia e Germania*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, p. 249 e ss.; A. BRANCASI, *L'introduzione del c.d. principio del pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012, p. 108 e ss.; I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, *cit*., p. 1 e ss.; P. DE IOANNA, *La decisione di bilancio: un cantiere che si riapre*, in (F. Bassanini- A. Manzella) *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Firenze, Passigli Editore, 2017, p. 106 e ss.; F.R. DE MARTINO, *Revisione dei Trattati europei, Fiscal compact e Costituzione italiana*, *Rivista AIC*, n. 1/2015, p. 9 e ss.; M. LUCIANI, *Pareggio di bilancio: sei motivi per non toccare la Costituzione*, in *L'Unità*, 29 Novembre 2011, p. 1 e ss.

[35]E.OLIVITO, *Crisi economico- finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al governo italiano*, *cit*., p. 4 e ss.

[36]Ibidem.

[37]Per una diversa interpretazione del ricorso al 138 Cost come strumento necessario ad introdurre la razionalizzare della spesa pubblica si vedano A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, *cit*., 99 e ss.; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 68 e ss.

dinamiche infatti può scorgersi il preludio dell'incidenza che successivamente le stime previsionali contenute nei documenti economico- programmatici avrebbero avuto in sede di revisione della Costituzione quando si sarebbe menzionato il contenimento della spesa pubblica nel ricorso all'art. 138 Cost.

3. (segue) I tentativi di riforma costituzionale emergenziali nel segno della riduzione dei conti pubblici

Nel DEF del 2012 si precisò che con l'avvenuta revisione dell'art. 81 Cost l'Italia avrebbe dovuto raggiungere una posizione di bilancio in valore nominale pari a – 0, 5 % del PIL in conformità a quanto stabilito nel Trattato sul *Fiscal compact*[38]. Si specificava altresì che il rispetto dei margini europei poteva essere ulteriormente confermato dal dato che in termini strutturali nel 2013 si sarebbe raggiunto un *surplus* pari allo 0, 6 % del PIL sempre grazie alla modifica dell'art. 81 Cost[39]. Infine si faceva presente che l'impegno di introdurre il pareggio di bilancio era stato rispettato in anticipo rispetto alle scadenze fissate dal *Fiscal compact*[40].

Da tali elementi può dedursi che l'introduzione dell'equilibrio di bilancio non era più solo un obiettivo inserito del DEF del 2011 per occasionali ragioni emergenziali, ma un risultato da menzionare nuovamente in tale documento programmatico per dimostrare la capacità di ricorrere all'art. 138 Cost per esigenze anche prettamente economiche. Detto altrimenti, affermare nel DEF 2012 di aver rispettato in anticipo le scadenze sovranazionali tramite la "costituzionalizzazione" dell'equilibrio di bilancio è un dato che può essere interpretato sia come una spiccata consapevolezza della gravità del debito pubblico sia come la possibilità di ricorrere alla procedura di revisione per assecondare l'andamento del PIL e del c.d. *spread*.

Questa tendenza perdurò e si diversificò nelle successive scelte legislative e di revisione costituzionale. Si pensi al ricalcolo dei c.d. "vitalizi" e del contenimento dei costi degli organi di governo e di garanzia[41], nonché alla proposta di diminuzione del numero dei parlamentari (A.S. 24- 2012), al superamento del bicameralismo paritario, all'abolizione delle Pro-

---

[38]https://www.senato.it/documenti/repository/dossier/bilancio/Documentazione_di_finanza_pubblica/DEF17%20per%20internet.pdf

[39]Ibidem

[40]https://www.senato.it/documenti/repository/dossier/bilancio/Documentazione_di_finanza_pubblica/DEF17%20per%20internet.pdf

[41]Il decreto legge n. 78 del 2010 (art. 5 comma 1) in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica prevedeva nell'ambito del contenimento della spesa pubblica la riduzione delle spese degli organi costituzionali rimettendone la concreta determinazione all'autonomia di ciascun organo. Il decreto legge n. 98 del 2011 stabiliva un tetto al trattamento economico omnicomprensivo corrisposto ai titolari di cariche elettive ed incarichi di vertice di diversi organismi pari alla media ponderata rispetto al PIL degli analoghi trattamenti economici percepiti dai titolari di omologhe cariche negli altri sei principali Stati dell'area- euro. Il decreto legge n.138 del 2011 all'art. 13 prevedeva riduzioni di spesa per gli anni 2011, 2012 e 2013 operando un taglio alle indennità dei deputati sempre nell'ottica di un contenimento della spesa attraverso il "costo" parlamentare fissato nel 1993 al 96 per cento del trattamento economico e che è stato ulteriormente ridotto del 10 per cento con la legge finanziaria 2006 e poi bloccato per cinque anni, dal 2008 al 2012, con la legge finanziaria del 2008.

vince e alla modifica del ruolo del Parlamento in seduta comune[42]. Dal dibattito traspare come tali decisioni rispondevano fortemente ad esigenze di "sostenibilità economica", in linea con i parametri di contenimento del PIL e del *deficit* statale[43]. A tal fine rileva soprattutto come il calcolo del numero dei parlamentari nonché le proposte di ridefinizione della forma di governo avvenivano assecondando non solo presunte ragioni di "efficienza decisionale" ma anche di "efficienza contabile"[44]. Più in particolare, il *leitmotiv* della riduzione del numero dei parlamentari acquistava una sfumatura diversa, perché, a differenza dei precedenti progetti di riforma[45], il contesto economico esercitava un'influenza diretta sulla composizione parlamentare[46].

Considerazioni simili possono farsi per il ddl costituzionale n. 813 del 2103. Infatti quando il *deficit* statale era ancora molto preoccupante, le istituzioni europee non allentavano le misure di *austerity* e il controllo dei parametri deficitari da parte dei Vertici dell'Eurogruppo era altresì più stringente soprattutto nei confronti dei Paesi, come l'Italia, che attraversavano una fase economica e politica confusa[47]. In questo contesto il Presidente Na-

---

[42]Le iniziative di riforma citate risalenti al 2012 furono tutte unificate su iniziativa del Prof. S. CECCANTI e si riferivano al A.S: 24; S.873, S. 894, S.1086, S. 1114, S. 1218, S. 1548, S. 1589, S.1590, S. 1761, S. 2319, S. 2784, S. 2785, S. 2941 (Gov.), S. 3183, S. 3204, il cui iter è consultabile sul sito http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/38230.htm

[43]Il dibattito parlamentare relativo ai progetti di modifica costituzionali citati è consultabile sul sito https://leg16.camera.it/465?area=1&tema=129&Riforme+costituzionali

[44]A. ALGOSTINO, *In tema di riforme costituzionali. Brevi note sulla proposta di riduzione del numero dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 1 e ss.

[45]Una riduzione del numero dei parlamentari fu discussa entro la Commissione parlamentare bicamerale istituita *ad hoc* nella IX legislatura (cd. 'Commissione Bozzi': 30 novembre 1983-29 gennaio 1985). Essa tuttavia non formalizzò al riguardo una propria proposta di revisione costituzionale, tra le varie formulatevi (come la previsione di un deputato ogni 110.000 abitanti, di un senatore ogni 200.000, talché la composizione di Camera e Senato sarebbe risultata allora di 514 e 282 membri; o una determinazione numerica pari, almeno per la Camera dei deputati, alla media della composizione delle 'Camere basse' di Italia, Francia, Gran Bretagna, Germania; o 480-500 membri della Camera e 240-250 del Senato). Nella XIII legislatura, una nuova Commissione bicamerale per le riforme istituzionali (cd. 'Commissione D'Alema': 5 febbraio 1997-4 novembre 1997) esaminava un progetto, con la previsione tra 400 e 500 deputati (demandandosi ad una legge la determinazione puntuale entro quei limiti minimo e massimo) e 200 senatori (elettivi). Nella XIV legislatura, il Parlamento approvò in duplice deliberazione un disegno di legge costituzionale (A.S. n. 2544-D), in cui era prevista una Camera composta di 518 deputati (elettivi), un Senato di 252 senatori. Tale legge di revisione fu indi sottoposta (ai sensi dell'articolo 138, terzo comma della Costituzione) a referendum, il quale si svolse il 25-26 giugno 2006 e non la approvò. Pertanto la revisione costituzionale non giunse a compimento. Nella XV legislatura, presso la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati fu approvato un testo unificato (cd. 'bozza Violante': A. C. n. 553 e abbinati-A), ove si prevedeva un numero di deputati pari a 512. Per il Senato era prevista una composizione di secondo grado (salvo 6 senatori eletti nella circoscrizione Estero), in cui i Consigli regionali (con voto limitato al loro interno) ed i Consigli delle autonomie locali (tra i componenti dei Consigli dei Comuni, delle Province e delle Città autonome) 9 eleggessero ciascuno un numero di senatori, predeterminato sulla base della popolosità della Regione. Ne sarebbe conseguito un Senato di 186 componenti. Il progetto non giunse ad approvazione (nemmeno presso la Camera dei deputati) prima dell'anticipata cessazione della legislatura.

[46]A. ALGOSTINO, *op.ult.cit.*, p. 2 e ss.

[47]"Si è realizzata per la prima volta la rielezione del Presidente della Repubblica favorita verosimilmente anche dall'incapacità delle forze parlamentari di realizzare dopo le elezioni politiche generali del Febbraio 2013 nuovi equilibri idonei a sostenere l'elezione di una personalità capace di raccogliere il consenso della più ampia rappresentanza dell'arco costituzionale (..)Si è registrata (..) l'insoddisfazione dell'opinione pubblica che per una sua parte ha preso corpo in una nuova domanda politica (..) il c.d. popolo del web (..) Il sistema politico italiano è stato animato dalla presenza del nuovo M5s che ha raccolto un consenso vastissimo (..) dalla crisi di rappresentatività e forse anche strutturale del Pd (..) alla fase altrettanto critica del Pdl relativa

politano sottolineava la necessità di portare avanti delle riforme costituzionali che avrebbero dovuto tenere conto della grave congiuntura economica negativa[48]. Da quell'invito presidenziale è scaturito il disegno di legge di riforma costituzionale, in cui si cercava di revisionare ampie parti della Costituzione mediante un procedimento in deroga a quello vigente[49]. Oltre alle questioni che sono state sollevate in merito all'ammissibilità di quella iniziativa[50], bisogna evidenziare che nella Relazione finale del Gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali istituito dal Presidente della Repubblica nonché nella Relazione della Commissione per le riforme costituzionali al Presidente del Consiglio[51] si menzionava in forma espressa il contesto di crisi economica ed il preoccupante debito pubblico come fattori incidenti sulle proposte di modifica formulate[52]. Revisionare il funzionamento delle istituzioni e ridurre il costo dell'attività politica quindi divenivano obiettivi complementari e conseguenti al mutato contesto finanziario, in linea con le esigenze di celerità ed efficienza decisionale del periodo emergenziale. A differenza dei precedenti tentativi in deroga all'art. 138 Cost, dunque, in tal caso il pareggio dei conti statali rappresentava non solo una delle motivazioni condizionanti la possibilità di modificare la Costituzione ma verosimilmente anche una ragione per adottare un procedimento di revisione più "celere" rispetto a quello vigente, in quanto accelerare l'*iter* di revisione poteva equivalere a conseguire anche un immediato contenimento della spesa pubblica.

4. La riforma c.d. "Renzi- Boschi" come revisione "economicamente orientata"

Il periodo *post*- emergenziale non ha allentato il binomio tra il contenimento della spesa pubblica e il ricorso all'art. 138 Cost bensì lo ha rafforzato. L'esempio del suddetto connubio è la riforma c.d. "Renzi- Boschi" che ha "formalizzato" la necessità di revisionare la Costituzione per rispettare il pareggio dei conti pubblici.

---

alle vicende personali del suo leader" cfr. F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'articolo 138 della Costituzione, cit*., p. 110 e ss.

[48]L'iniziativa del Presidente NAPOLITANO è stata oggetto di analisi da parte della dottrina soprattutto in virtù del suo "attivismo" dettato dalla pressione dei mercati finanziari e delle istituzioni sovranazionali. Sul punto si veda F.R. DE MARTINO, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Camere. L'era post- partitica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 43 e ss.; A. MORELLI, *Tutti gli uomini del Presidente. Notazioni minime sull'istituzione dei due gruppi di esperti chiamati a formulare "proposte programmatiche"*, in *Consulta online*, 2 Aprile 2013.

[49]Per un'analisi di quel tentativo in deroga all'art. 138 Cost si rinvia a F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'art. 138 Cost*, *cit*., p. 120 e ss.

[50]Sui profili di illegittimità del disegno di legge costituzionale si vedano F.R. DE MARTINO, *Le deroghe all'art. 138 Cost*, *cit*., p. 125 e ss.; A. PACE, *Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al ddl.cost.n.813 Sen*., in www.costituzionalismo.it, 2013

[51]http://presidenti.quirinale.it/Napolitano/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf, p. 24 e ss.; https://www.camera.it/temiap/2018/03/19/OCD177-3493.pdf p. 6 e ss.

[52]In particolare, richiamando i lavori del Gruppo di lavoro, nella Relazione finale della Commissione si sottolinea che "il problema dei costi delle attività politiche va affrontato guardando alla domanda di forte cambiamento espressa dalla società nei confronti della politica. Una seconda esigenza deriva dalla necessità avvertita in termini sempre più pressanti dai cittadini di contenere i costi di funzionamento del sistema politico ed istituzionale. Tali costi sono ritenuti non più sostenibili nell'attuale fase di contrazione della spesa pubblica e di concentrazione della medesima sulle priorità ritenute essenziali per la comunità nazionale" cfr. http://presidenti.quirinale.it/Napolitano/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf, p. 24 e ss.

Infatti, nella relazione illustrativa al progetto di riforma costituzionale del 2014 il superamento del bicameralismo paritario, la diversa composizione del Senato, la soppressione del CNEL e delle Province e la riforma del Titolo V rispondevano al preciso obiettivo di "ridurre i costi delle istituzioni"[53]. Inoltre pochi giorni prima della presentazione di tale Relazione era stato deliberato anche il DEF, in cui si ribadiva che gestire il periodo post- emergenziale voleva dire anche accelerare le riforme istituzionali in sinergia con i nuovi obiettivi imposti a livello sovranazionale. In particolare, si affermava che "l'ampio piano di riforme strutturali interviene su tre settori fondamentali: istituzioni, economia e lavoro, avviando così una profonda trasformazione del nostro Paese. Una nuova legge elettorale capace di garantire la governabilità, l'abolizione delle Province, la revisione delle funzioni del Senato e la riforma del Titolo V della Costituzione rappresentano le direttrici di una profonda revisione del sistema politico- istituzionale italiano, responsabile di aver rallentato e talvolta ostacolato la gestione della cosa pubblica, sia a livello nazionale che locale, nonché di aver ritardato la ripartenza dell'economia italiana"[54]. A differenza del 2011, in cui l'inserimento nel DEF dei progetti di revisione della Costituzione riguardava solo alcune disposizioni costituzionali che disciplinavano il mercato, la concorrenza e il bilancio statale, nel DEF del 2014 si includeva un progetto di revisione molto ampio, che atteneva finanche alla modifica del funzionamento dell'istituzione rappresentativa e della sua composizione, nonché la distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni.

La connessione tra revisione costituzionale e contenimento della spesa pubblica fu mantenuta ferma anche durante il dibattito parlamentare. Più precisamente, all'inizio dei lavori, venivano richiesti i dati relativi all' "impatto economico" del citato disegno di legge costituzionale "in termini di risparmi per la finanza pubblica" proprio per avere una maggiore contezza circa la riduzione della spesa statale[55]. Successivamente queste stime previsionali furono pubblicate nel Bollettino delle Giunte e delle Commissioni della Camera del 16 Ottobre 2014 in cui si facevano presenti tutti i "benefici" economici della riforma in esame[56]. Emergeva così la volontà di continuare ad osservare gli obiettivi espressi nel DEF anche in tale sede. Ciò in quanto le fasi di approvazione della riforma erano tutte contestualizzabili in un frangente in cui il rischio di un *default* dell'area euro era stato solo parzialmente scongiurato ed il debito pubblico era ancora preoccupante[57]. Se da una parte questo dato è stato incluso tra i motivi che dovevano spingere ad approvare la riforma[58], dall'altro può interpretarsi come

---

[53]Consultabile sul sito www.documenti.camera.it/leg17

[54]http://www.dt.mef.gov.it/modules/documenti_it/analisi_progammazione/documenti_programmatici/DEF_Sezione_II_-_Analisi_e_tendenze_della_finanza_pubblica.pdf , p. 5.

[55]https://www.camera.it/leg17/126?pdl=2613

[56]Consultabile su www.camera.it

[57]L'analisi del contesto economico da cui muove la riforma è contenuta nel DEF 2014 cfr. http://www.dt.mef.gov.it/modules/documenti_it/analisi_progammazione/documenti_programmatici/DEF_Sezione_II_-_Analisi_e_tendenze_della_finanza_pubblica.pdf

[58]In particolare si espresse a favore di tale revisione A.BARBERA, *Nota per l'Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, in ordine al disegno di legge costituzionale 1429-B, Seduta del 3 Agosto 2015*, consultabile sul sito www.forumcostituzionale.it, p. 2, in cui l'A. afferma "Quali gli scopi da sempre perseguiti con la riforma del bicameralismo? Tre in particolare: a) concentrando il voto di fiducia e i poteri di indirizzo politico sulla Camera dei deputati, in funzione di Assemblea nazionale, che "rap-

un'altra occasione per far nuovamente divenire la revisione costituzionale lo strumento per dare un segnale di contenimento della spesa pubblica. Al riguardo era sintomatica l'ampiezza di quella legge di modifica, secondo alcuni "eterogenea"[59], da cui trapelava il legame tra il contenimento della spesa pubblica e le parti della Costituzione da cambiare. Tale assunto è desumibile dalla circostanza che la riduzione del numero dei componenti della Camera dei deputati, la diversa legittimazione e composizione del Senato, la soppressione delle Province e del CNEL erano conformi ad una logica non solo di presunta "efficienza decisionale" ma anche di "efficienza economica", dal momento che istituzioni rappresentative e non venivano accomunate dall'esigenza di essere trasformate o abolite per ridurre i costi pubblici. Pertanto, a differenza delle precedenti riforme ampie o organiche e come traspariva dalla Nota del DEF, in questo caso l'aspetto "dimensionale"[60] era in un certo senso anche dettato dalla necessità di ridurre il costo di più soggetti istituzionali disciplinati in varie parti della Costituzione. Di modo che se tale riforma è stata criticata per l'iniziativa prevalentemente governativa, per il metodo e per il contenuto[61], può aggiungersi che è altresì criticabile per aver assecondato una motivazione di contenimento della spesa pubblica.

Tale passaggio ha poi prodotto un duplice effetto. Da una parte ha contribuito ad alimentare l'idea che possano attuarsi ampie revisioni costituzionali "economicamente orientate", ponendo cioè un diretto collegamento tra obiettivi stabiliti nei documenti economici e le diverse parti della Costituzione da modificare; dall'altro ha portato a sottovalutare che questa

---

presenta la Nazione" (come ribadito nel testo in esame), si valorizza la stessa sovranità popolare la cui presenza è più diretta, più conoscibile, più responsabile e controllabile dagli elettori, meno dispersa in più rami; b) dando al Senato il compito di "rappresentare le istituzioni territoriali" si mette in collegamento il legislatore nazionale e i legislatori regionali cercando di evitare i ricorrenti conflitti che hanno stressato l'economia italiana e moltiplicato le controversie davanti alla Corte costituzionale (e proprio per rappresentare efficacemente i legislatori regionali trovo opportuno il doppio incarico); c) accrescere la rappresentatività del Parlamento attraverso la presenza delle Regioni, così chiamati ad una assunzione di responsabilità nazionale". In senso analogo si vedano anche B. CARAVITA, *La riforma Renzi-Boschi: le ragioni del Si*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; S. CECCANTI, *La transizione è (quasi) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima. Verso il referendum costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016;

[59]"L'ampiezza della revisione in itinere e le modalità della sua approvazione non possono dirsi conformi, analogamente a quella del 2005, alla *ratio* dell'articolo 138 che (..), non permette revisioni di tale portata che rischiano di riflettersi anche in una alterazione della garanzia della rigidità costituzionale. Pertanto conviene rimarcare il fatto che la corretta scansione dell'aggravamento procedurale, e le fasi in cui si articolano la prima e la seconda lettura con le garanzie procedimentali direttamente desumibili dal testo costituzionale, costituiscono un limite invalicabile al fine di salvaguardare il carattere rigido della Costituzione, che potrebbe venire meno qualora il procedimento aggravato fosse malamente uniformato a quello ordinario" cfr. F.R. DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, in *Rivista AIC*, n.3/2016, p. 28-29. Sul tema il dibattito è stato molto ampio, in particolare si veda G. FERRARA, *Modifiche costituzionali e forma di governo*, in *Questione giustizia*, fasc.2/2016; V. ONIDA, *La riforma costituzionale e il referendum. Le ragioni del no*, in *Questione giustizia*, fasc.2/2016; M. VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: Governo forte, Costituzione debole*, in *Questione giustizia*, fasc.2/2016.

[59]In senso critico sulla proposta di modifica del Senato A. D'ATENA, *Luci e ombre della riforma costituzionale Renzi- Boschi*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 1 e ss.; F.R. DE MARTINO, *Aspetti e problemi del nuovo Senato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, p. 1 e ss.

[60]Affronta il tema della revisione organiche con riferimento all'aspetto dimensionale V. MARCENÒ, *Manutenzione, modifica puntuale, revisione organica, ampia riforma della Costituzione: la revisione costituzionale ha un limite dimensionale?, in Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale, cit.*, p. 279 e ss.

[61]F.R. DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, *cit*., p. 28 e ss.; ID., *Aspetti e problemi del nuovo Senato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, p. 1 e ss.; V. ONIDA, *op.ult.cit*., p. 1 e ss.; A. PACE, *La riforma Renzi- Boschi: le ragioni del No,* in *Rivista AIC*, n. 2/2016, p. 2 e ss. M. VILLONE, *op.ult.cit.*, p. 41 e ss.

tipologia di revisioni fosse priva di implicazioni. Viceversa, includere la riduzione dei conti pubblici tra le motivazioni *ex* art. 138 Cost significava svincolare la riforma dalle dinamiche prettamente interne per trasporle in quelle macro-economiche di stampo sovranazionale. A quest'ultimo riguardo è sufficiente ricordare l'attenzione che le istituzioni europee e i mercati finanziari avevano espresso per l'esito del referendum del 2016, con una conseguente incidenza di tali valutazioni sull'andamento del PIL e dello *spread*[62]. Verosimilmente questo è accaduto anche perché i riformatori si sono voluti relazionare con i fattori economici previsionali, ponendo nel dibattito parlamentare l'impatto di tale riforma sul bilancio statale e sui meccanismi di indebitamento pubblico. Del resto, dopo la modifica del 2012 inserire nel DEF il pareggio dei conti pubblici tra i motivi legittimanti una riforma costituzionale non voleva dire più solo attuare un obiettivo interno, ma ai sensi dell'art. 5 della legge cost. 1 del 2012 significava anche innescare un meccanismo di *framework* europeo[63], in cui le valutazioni dei mercati finanziari e dei Vertici dell'Eurozona acquistano una indubbia rilevanza.

5. La riduzione del "costo" del Parlamento nella legge costituzionale n.1 del 2019

Il recente *referendum* costituzionale ha confermato la legge costituzionale n. 1 del 2019 che prevede la riforma degli artt. 56, 57 e 59 Cost, relativi alla composizione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Anche in questo caso si è trattato di una modifica "economicamente orientata", perché una delle motivazioni che ha spinto i riformatori è stata quella di contenere i costi istituzionali. Difatti, gli esponenti del Movimento 5 Stelle, principali fautori dell'intervento riformatore, avevano espresso in sede governativa e parlamentare la necessità di ridurre le spese dell'istituzioni rappresentativa iniziando proprio da una sua più ridotta composizione. Inoltre, a differenza della riforma c.d. "Renzi- Boschi", il

[62]V. LOPS, *I 4 spread da tenere d'occhio prima del referendum*, inwww.ilsole24ore.com, 24 Novembre 2016; E. MARRO, *Piazza affari chi vince e chi perde dopo il referendum*, in www.ilsole24ore.com, 1 Dicembre 2016; G. MAURINO, *Milano piegata dalle banche (- 1, 8%) su effetto referendum. MPS -14 % Ancora tensione sullo spread*, in www.ilsole24ore.com, 28 Novembre 2016.

[63]In particolare con tale disposizione si prevede a) le verifiche, preventive e consuntive, sugli andamenti di finanza pubblica; b) l'accertamento delle cause degli scostamenti rispetto alle previsioni, distinguendo tra quelli dovuti all'andamento del ciclo economico, all'inefficacia degli interventi e agli eventi eccezionali; c) il limite massimo degli scostamenti negativi cumulati di cui alla lettera b) del presente comma corretti per il ciclo economico rispetto al prodotto interno lordo, al superamento del quale occorre intervenire con misure di correzione; d) la definizione delle gravi recessioni macro-economiche, delle crisi finanziarie e delle gravi calamità naturali quali eventi eccezionali, ai sensi dell'articolo 81, secondo comma, della Costituzione, come sostituito dall'articolo 1 della presente legge costituzionale, al verificarsi dei quali sono consentiti il ricorso all'indebitamento non limitato a tenere conto degli effetti del ciclo economico e il superamento del limite massimo di cui alla lettera c) del presente comma sulla base di un piano di rientro; e) l'introduzione di regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica; f) l'istituzione presso le Camere, nel rispetto della relativa autonomia costituzionale, di un organismo indipendente al quale attribuire compiti di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio; g) le modalità attraverso le quali lo Stato, nelle fasi avverse del ciclo economico o al verificarsi degli eventi eccezionali di cui alla lettera d) del presente comma, anche in deroga all'articolo 119 della Costituzione, concorre ad assicurare il finanziamento, da parte degli altri livelli di governo, dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali.

pareggio dei conti pubblici diveniva un obiettivo perseguibile attraverso un riforma puntuale della Costituzione, riconnettendo cioè la diminuzione della spesa statale alla revisione delle norme relative al numero dei parlamentari.

Sin dall'inizio della legislatura ridurre il numero dei parlamentari è parso prioritario, tanto da essere inserito nel c.d. "Contratto del Governo" conclusosi tra il Movimento 5 Stelle e la Lega nord[64]. Più precisamente, nella sezione del Contratto dedicata alle riforme istituzionali venivano incluse sia quella relativa agli artt. 56, 57 e 59 Cost sia quella inerente all'art. 81 Cost[65]. Dapprima la modifica dell'equilibrio di bilancio poteva intendersi con un "allentamento" di tale vincolo, in modo da poter riacquistare quella porzione di sovranità che era stata sottratta in sede di approvazione della legge cost. n.1 del 2012. Nel corso della legislatura tuttavia la situazione volse nel senso contrario, perché l'inclusione di quegli obiettivi all'interno della stessa sezione fu impiegata come un modo per legittimare quelle riforme costituzionali sulla base del rispetto dell'equilibrio di bilancio. Difatti la riduzione del numero dei parlamentari è stata immediatamente motivata con il contenimento dei costi delle istituzioni per ridurre la spesa pubblica.

Al pari di quanto è accaduto in precedenza, anche in questo caso la revisione ha subito le stime previsionali del DEF, perché inclusa nella Nota di aggiornamento a tale Documento nel 2018 e nel 2019. Nella nota di aggiornamento al DEF 2018 si precisava che l'Italia stava attraversando una fase di "cambiamento delle relazioni economiche e politiche a livello internazionale, accompagnato da segnali di rallentamento della crescita economica e del commercio mondiale"[66] che imponeva di predisporre un piano di riforme ad ampio raggio per il rilancio dell'economia nazionale, includendo anche la riduzione del numero dei parlamentari[67].

Parimenti nel DEF 2019 si prevedeva una revisione al ribasso delle stime sull'andamento dell'economia italiana per l'anno in corso e per il triennio successivo rispetto alle previsioni formulate nel DEF precedente, "in considerazione del permanere di una sostanziale debolezza degli indicatori congiunturali per la seconda parte dell'anno, dovuta al fatto che il rallentamento del ciclo economico mondiale, considerato fino a pochi mesi fa un fenomeno temporaneo, sembra ora invece destinato ad incidere sulla dinamica della crescita

---

[64]Si analizzano le singolarità legate a tale vicenda nel volume di A. MORELLI (a cura) *Dal "contratto di Governo" alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

[65]Consultabile su https://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf p. 35, in cui si afferma che "Nell'ambito della fondamentale riforma delle istituzioni si rivela necessario un approccio pragmatico e fattibile, con riferimento ad alcuni interventi limitati, puntuali, omogenei, attraverso la presentazione di iniziative legislative costituzionali distinte ed autonome. Occorre partire dalla drastica riduzione del numero dei parlamentari: 400 deputati e 200 senatori. In tal modo, sarà più agevole organizzare i lavori delle Camere e diverrà più efficiente l'iter di approvazione delle leggi, senza intaccare in alcun modo il principio supremo della rappresentanza, poiché resterebbe ferma l'elezione diretta a suffragio universale da parte del popolo per entrambi i rami del Parlamento senza comprometterne le funzioni. Sarà in tal modo possibile conseguire anche ingenti riduzioni di spesa poiché il numero complessivo dei senatori e dei deputati risulterà quasi dimezzato".

[66]www.dt.mef.gov.it/modules/documenti_it/analisi_progammazione/documenti_programmatici/def_2018/DEF_2018 , p. 5 e ss.

[67]Ibidem.

economica anche nel medio periodo"[68]. Nell'ambito di tale quadro il Governo puntava nuovamente a ribadire la necessità di portare avanti riforme del mercato del lavoro, dell'impresa e degli altri settori produttivi che potessero contribuire a rilanciare l'economia nazionale[69]. A tali modifiche si accompagnava anche la volontà di concludere l'*iter* di riforma della riduzione del numero dei parlamentari, per dimostrare che tali obiettivi programmatici, inclusi in tale documento, potessero essere perseguiti anche in sede di revisione costituzionale[70]. Tale documento poi era stato redatto ed influenzato dalle stime previsionali sovranazionali e mondiali. Infatti il DEF e le note di aggiornamento sono finalizzate a tener conto dell'evolversi del contesto economico europeo e globale e dunque la loro valenza non può essere più intesa solo in termini formali ma in un'altra prospettiva. Difatti con l'art. 5 della legge costituzionale n. 1 del 2012 il bilancio statale e le decisioni di spesa pubblica sono inseriti in un meccanismo non più solo interno ma anche europeo[71]. Tale disposizione prevede che le stime di crescita e di contenimento dei *deficit* statali debbano rispettare i parametri e le previsioni macroeconomiche della BCE, influenzati a loro volta dalla valutazione previsionale di organismi internazionali come l'FMI.

In effetti non è un caso che la menzione della riduzione del numero dei parlamentari, inserito nella nota di aggiornamento al DEF 2018 e 2019, coincida con una serie di iniziative e di decisioni riconducibili ai Vertici europei e a quelli dell'FMI. In quel periodo il Consiglio e la Commissione europea evidenziavano la necessità di scongiurare una seconda depressione economica dell'Eurozona, attraverso alcune proposte di rafforzamento delle misure di *austerity* messe in atto durante la crisi del debito sovrano. In particolare, tali valutazioni traevano origine da alcune proposte del Presidente del Bundestang Shauble e dell'economista Piketty che suggerivano rispettivamente di rendere permanenti gli organismi FMI e ESM, in modo da conferire loro ampi poteri di monitoraggio qualora si fossero ripresentate situazioni di *deficit* nell'ambito dell'UEM[72]. Non solo, per i Paesi con un debito pubblico elevato si proponeva la stipula di ulteriori atti *extra*- UE, come era accaduto con il *Fiscal compact*, al fine di rafforzare il rispetto dei vincoli di bilancio statale[73]. In tale direzione si pensava peraltro anche a rafforzare il ruolo del Parlamento tedesco nell'ambito del parlamentarismo multilivello, in modo che potesse dettare delle linee di azione più dettagliate in sede di cooperazione in-

[68]www.mef.gov.it/documenti-pubblicazioni/doc-finanza-pubblica/index.html, 2019, p. 4 e ss.
[69]Ibidem
[70]Ibidem
[71]P. DE IOANNA, *op.ult.cit.*, p. 99 e ss.
[72]A. QUADRIO CURZIO, *L'ultima trappola di Schauble in Europa*, in www.argomenti.ilsole24ore.com 11 Ottobre 2017.; T. PIKETTY, *Il faut donner un parlement à l'euro*, intervista a *Le Monde*, 20 Maggio 2014.
[72]Continuando così a mettere in atto un processo di integrazione europea incentrata sul rafforzamento di organismi "tecnici" senza alcuna legittimazione politico- democratica, come fa notare G.TOSATO, *Note critiche sul progetto Piketty*, in www.ridiam.it, 5 Giugno 2017
[73]Continuando così a mettere in atto un processo di integrazione europea incentrata sul rafforzamento di organismi "tecnici" senza alcuna legittimazione politico- democratica, come fa notare G.TOSATO, *Note critiche sul progetto Piketty*, *cit*., p. 2 e ss.

terparlamentare[74]. Ancora, nell'ottobre del 2018 il *Global Financial Stability Report* dell'FMI confermava indirettamente la linea di riforma sinora suggerita a livello sovranazionale, auspicando ennesime misure di *austerity* nei confronti di alcuni Paesi dell'Eurozona, tra cui Italia e Grecia, che anche nella fase post- emergenziale presentavano un preoccupante debito pubblico[75].

Nel 2019 e nel 2020 i Vertici dell'FMI continuavano ad esprimere valutazioni previsionali non confortati per l'Eurozona, specialmente dopo la vicenda *Brexit* e le misure messe in atto dall'UE per fronteggiare gli effetti economici di tale recesso[76]. Rispetto all'Italia l'organismo internazionale evidenziava come la sostenibilità del debito dovesse essere garantita attraverso spazi di manovra tali da consentire di giudicare la struttura del bilancio statale in modo più virtuoso. Detto altrimenti, le politiche di *spending review* sinora messe in atto per contenere il debito pubblico devono giudicarsi insoddisfacenti e dunque non così idonee a dimostrare la volontà di contenere la spesa pubblica nelle scelte di politica legislativa. Tali previsioni hanno inciso sulle riforme legislative e costituzionali tanto che la riduzione del numero dei parlamentari può essere intesa anche come il riflesso di tali indicazioni, divenendo pertanto una riforma "economicamente sostenibile", affinché si dimostrasse la pervasività dell'art. 81 Cost e delle stime macroeconomiche. Per meglio dire, l'intervento riformista è stato prodotto sia dalla prevalenza delle ragioni "populiste" degli esponenti del Movimento 5 Stelle, che in sede governativa e parlamentare avevano sin da subito dichiarato la volontà di ridurre i costi del Parlamento e delle istituzioni[77], sia dal "populismo delle semplificazioni, del decisionismo anti- plurale e monolitico"[78] riconducibile all'incidenza dei poteri delle istituzioni sovranazionali e degli organismi finanziari in ambito interno[79] finanche in tema di revisione costituzionale.

---

[74]Sulle asimmetrie tra i Parlamenti nazionali nel parlamentarismo multilivello si rinvia a C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in www.costituzionalismo.it, n. 1/2014, p. 3 e ss.

[75]Tali politiche di *austerity* sono finalizzate a suggerire riforme strutturali dell'Eurozona per scongiurare una seconda "grande depressione" economica cfr. G. DI DONFRANCESCO, *Fmi, allarme Italia: rischio contagio Banche-BTp*, in www.ilsole24ore.com., 10 Ottobre, 2018, p. 1 e ss.

[76]N. DEGLI INNOCENTI, *Su Brexit si abbatte la profezia FMI. Senza accordo sarà il disastro*, in www.ilsole24ore.com, 17 Settembre 2018

[77]Ricostruisce sia le declinazioni del fenomeno populista sia il nesso di causalità tra populismo e crisi della rappresentanza A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020. Più in generale sul populismo riconducibile alla situazione di declino dei partiti, della loro trasformazione e mutazione inerente alla loro struttura e funzione nel sistema costituzionale si veda tra i tanti C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post- democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in www.costituzionalismo.it, n.1/2018, p. 215 e ss.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, n.3/2018, p. 515 e ss.; ID., *L'alleanza perversa tra sovranismi e liberismo*, in www.costituzionalismo.it, n.1/2019, p. 1 e ss.; AL. MASTROPAOLO, *Donde vengono e dove stanno andando i partiti politici*, in *Parolechiave*, n.1/2012, p. 37 e ss.; ID., *Della problematica convivenza tra democrazia e partiti*, in www.costituzionalismo.it, n.3/2013, p. 1 e ss.; C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione giustizia*, n.1/2019; S. STAIANO, *Forma di governo e sistema dei partiti. Una ricerca necessaria (che deve continuare)*, in *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, a cura di S. Staiano, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. IX e ss.

[78]A. LUCARELLI, *op.ult.cit*., p. 140 e ss.

[79]Ibidem.

A differenza di quanto accaduto nel 2016, gli aspetti sinora menzionati possono essere interpretati in forma maggiormente problematica ai fini del rafforzamento del contenimento della spesa pubblica tra le motivazioni di riforma costituzionale. Anzitutto la riforma sul numero dei parlamentari ha seguito un *iter* peculiare, dal momento che è stata approvata da una maggioranza diversa rispetto a quella che l'aveva approvata in prima deliberazione[80]. Ciò in quanto tra la prima e la seconda deliberazione è intervenuta una crisi di governo che ha prodotto un mutamento della compagine maggioritaria. Tale evento non ha impedito di portare avanti la modifica costituzionale, ma anzi la motivazione di contenere la spesa pubblica tramite la riduzione dei parlamentari è stata "subita" dalle forze politiche, che avevano espresso un voto contrario nel testo approvato in prima deliberazione, mostrando così un'incapacità di recidere il legame tra l'andamento del ciclo economico e la revisione costituzionale[81].

Altro profilo che vuole evidenziarsi è che rispetto al 2016 si è proceduto ad una riforma "puntuale" e non ampia della Costituzione, segnale che può essere interpretato sia come una maggiore osservanza della *ratio* sottesa all'art. 138 Cost[82], ma anche come un modo per non distogliere l'attenzione dal binomio principale tra "riduzione della spesa pubblica - riduzione del numero dei parlamentari". Effettivamente, la decisione di non portare avanti delle riforme di "contrappeso"[83], escludendo anche durante il dibattito in Aula l'ampliamento del contenuto della modifica, potrebbe essere intesa proprio nel senso di sottolineare che il taglio dei costi dei parlamentari era diretto a perseguire un contenimento della spesa pubblica[84]. Quest'ultimo punto poi non è irrilevante in seguito al contesto in cui si è indetto il *referendum*, contraddistinto dalla pandemia da Covid- 19, che nei Paesi europei ha prodotto una regressione economica senza precedenti. Tale evento ha inciso notevolmente sulle iniziali motivazioni di contenimento dei conti statali[85], perché l'epidemia sembra aver rafforzato quel binomio tra il contenimento della spesa pubblica e la revisione costituzionale, considerato che era indispensabile dare un segnale ai mercati finanziari e all'Unione europea di ridurre il debito pubblico anche in sede di revisione costituzionale. Dopo la conclusione del *Recovery fund* e la predisposizione del Piano di resilienza nazionale quindi l'esito referendario è stato inteso altresì come un'indicazione per capire in quale direzione "economica" si muovessero le riforme costituzionali.

---

[80]M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in www.costituzionalismo.it, fasc.1/2020, p. p. 43 e ss.

[81]È interessante notare come nella seconda deliberazione in sede di discussione in Assemblea, negli interventi dei deputati del PD e di Italia Viva si dichiara di voler votare per questa riforma per rispettare più un patto politico che le motivazioni connesse a tale riforma cfr. https://www.camera.it/leg18/126?tab=5&leg=18&idDocumento=1585-B&sede=&tipo

[82]M. VOLPI, *op.ult.cit*., p. 61 e ss.

[83]Ibidem, p. 64.

[84]Tale dato emerge soprattutto dagli interventi dei senatori e dei deputati del M5stelle, promotori della riforma sul taglio dei parlamentari e della connessa motivazione di ridurre i costi del Parlamento. L'esame di tali interventi durante l'iter di riforma è consultabile sul sito https://www.camera.it/leg18/126?tab=4&leg=18&idDocumento=1585&sede=&tipo

[85]C. TRIPODINA, *Riduzione del numero dei parlamentari tra riforma costituzionale ed emergenza nazionale*, in *Osservatorio Aic*, fasc.3/2020, p. 70 e ss.

6. Conclusioni. Il contenimento della spesa pubblica nel dibattito sulle riforme costituzionali *post- referendum*

La congiunzione tra il rispetto dell'equilibrio di bilancio e il ricorso alla procedura di revisione costituzionale si è rivelato un binomio molto problematico in seguito alla riforma dell'art. 81 Cost. Se nella fase della crisi dell'Eurozona le forze politiche hanno principalmente subito l'influenza dei mercati finanziari e delle istituzioni sovranazionali, ricorrendo all'art. 138 Cost per dare un segnale di contenimento della spesa pubblica anche in sede di revisione costituzionale, nella fase successiva hanno mostrato di saper conciliare se non addirittura includere la quadratura dei conti pubblici tra i motivi legittimanti il ricorso alla procedura di revisione costituzionale.

Attualmente la pandemia che sta interessando l'Europa e l'Italia è un evento dal quale non può prescindersi in termini di incidenza sulla tematica affrontata. Detto altrimenti la situazione di emergenza sanitaria in corso mette a dura prova il sistema costituzionale, compresa la procedura di revisione, perché le misure di contenimento del *virus* attengono anche a come allocare le risorse pubbliche evitando un *deficit* statale. Il rischio quindi è che la logica di "efficienza contabile" possa continuare a pervadere l'intento modificativo della Costituzione.

Al momento si sta ricorrendo all'art. 138 Cost per proporre riforme complementari dopo la riduzione del numero dei parlamentari. Diminuzione da tre a due del numero dei delegati per ciascuna Regione, abolizione della base regionale per l'elezione del Senato, parificazione dell'elettorato attivo e passivo tra le due Camere, aumento delle competenze del Parlamento in seduta comune, riforma del sistema elettorale e dei regolamenti parlamentari, introduzione di un *referendum* propositivo, attuazione della clausola di differenziazione ex art. 116 Cost[86]. In più, per accelerare tali processi di riforma costituzionale recentemente è stata avanzata dal Partito di Italia Viva la proposta di istituire una Commissione Bicamerale, tornando a riprendere il modello delle Bicamerali degli anni 90'. Il problema è se tali iniziative continuino a seguire solo l'onda dell'"efficienza tempistica" o anche quella dell'"efficienza contabile", inserendo cioè la spesa pubblica tra le motivazioni legittimanti il ricorso all'art. 138 Cost. Tale interrogativo muove dalla constatazione di alcuni dati che emergono dal dibattito parlamentare e dalle motivazioni addotte per riformare la Costituzione. In proposito continua a mettersi in risalto il minor costo degli istituti di democrazia diretta rispetto al maggior costo del funzionamento dell'istituzione parlamentare[87], così come a porre l'accento sul dato di spostare il baricentro delle decisioni dal piano parlamentare a quello regionale ex art. 116 Cost per una migliore valutazione delle risorse spendibili a livello territoriale[88]. Anche la riva-

[86]Riportano gli iter di riforma in corso F.FABRIZZI- G. PICCIRILLI, *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali*, in www.federalismi.it aggiornato al 29/9/2021.

[87]Smentisce invece l'esistenza di tale aspetto A.MORELLI, *Il referendum propositivo: un'analisi di costi- benefici*, in www.federalismi.it, n.6/2019, p. 3 e ss.

[88]In senso critico si vedano M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in www.federalismi.it, n.6/2019, p. 1 e ss.; L. RONCHETTI, *Il principio autonomistico: interdipendenza versus disgre-*

lutazione del ruolo del Parlamento in seduta comune attraverso l'incremento delle funzioni ad esso attribuibili è stata intesa da alcune forze politiche come un modo per contenere i maggiori "costi" dell'intera Assemblea. Inoltre, ancor prima di conoscere l'esito referendario, il superamento del bicameralismo paritario e l'opzione del monocameralismo è presentato come un risparmio di spesa ormai complementare rispetto alla riduzione del numero dei parlamentari[89]. Contestualmente si ribadisce la proposta di abolizione del CNEL per una diminuzione dei conti statali a causa del numero dei componenti di tale ente, giudicato spropositato ed ingiustificato nell'attuale sistema costituzionale[90].

In attesa di sviluppi quello che appare discutibile è l'assenza di una distinzione tra il piano della revisione costituzionale e quello del rispetto dell'equilibrio di bilancio, determinando una costante "contaminazione" delle dinamiche garantiste con quelle economiche. L'art. 81 Cost è un vincolo costituzionalmente rilevante ma questo non vuol dire che tale obbligo finanziario possa automaticamente essere inserito nel novero delle scelte relative al ricorso all'art. 138. Questa considerazione però esula dal contesto odierno perché è riscontrabile ancora nei tentativi citati un'automatica menzione della riduzione della spesa pubblica tra le motivazioni che possono giustificare un intento riformista, con una indiretta "permeabilità" delle garanzie costituzionali rispetto alle stime previsionali dei mercati finanziari. Tale aspetto è in un certo senso riconducibile anche alla incapacità dei partiti di sottrarsi al ruolo "servile rispetto ai poteri economici (..); anzi un sistema di partiti leggeri poco ideologici sì da esser interscambiabili è molto funzionale"[91] alle esigenze dei soggetti economici. Siffatto problema si declina attraverso la possibilità per le forze politiche di includere il contenimento della spesa pubblica in sede di revisione per mettere in atto processi di riforma rispettosi degli obiettivi economico- programmatici. Del resto nelle riforme e nei tentativi di modifica esaminati il risparmio della spesa pubblica risulta essere una motivazione recepita da componenti partitiche diverse ma che sono state comunque capaci di trasporla sul piano della revisione del testo fondamentale. In tal senso, in questa fase "post- partitica"[92] ricorrere all'art. 138 Cost per dare un segnale di contenimento dei conti statali potrebbe divenire una "deviazione" difficilmente arginabile fino a quando perdura l'inabilità dei partiti stessi di "filtrare" la potenza delle ragioni economiche rispetto a quelle garantiste, traducendo tale passività in sede istituzionale. La pretesa di osservare le esigenze sottese all'aumento dello *spread* o alle stime di crescita del PIL tramite l'art. 138 Cost rischia di avviare un ricorso "affrettato" al processo di modifica, creando una frattura "dello statuto epistemologico del costituzionalismo

---

gazione nazionale e sociale, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo Settant'anni*, a cura di M.DELLA MORTE - F.R DE MARTINO.- L. RONCHETTI, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 82 e ss.

[89]Proposta di legge costituzionale n. 2664 presentata il 16 Settembre 2020, consultabile sul sito www.camera.it

[90]Proposta di legge costituzionale n.2662 presentata il 15 Settembre 2020 consultabile sul sito www.camera.it

[91]L. GALLINO, *Il finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Passaggi Einaudi, 2011, p. 23 e ss.

[92]Di recente si è interrogato se dopo l'interruzione del rapporto tra partiti e Costituzione "i partiti politici si siano trasformati in organismi che non consentono adeguatamente ai cittadini di concorrere con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale" e dunque di rispettare la *ratio* degli istituiti della Costituzione F.R. DE MARTINO, *Presidente della Repubblica e scioglimento delle Camere. L'era post- partitica*, *cit*., p. 16 e ss.

democratico”[93] la cui ricomposizione è messa a dura qualora si continuasse a procedere in tale direzione.

[93]G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, *cit*., p. 95.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 12/11/2021

AUTORE: Luca Longhi*

LA REVIVISCENZA DEGLI ATTI NORMATIVI NEI PERCORSI RIGENERATIVI DEL DIRITTO VIVENTE

Sommario: 1. La reviviscenza nello strumentario del giurista. Una prospettiva metodologica – 2. La reviviscenza degli atti normativi. Ipotesi ricostruttive – 3. La reviviscenza e il ruolo dell'interprete. Per un recupero culturale delle preleggi – 4. La reviviscenza nella faticosa elaborazione di dottrina e giurisprudenza – 5. L'oscillante applicazione dell'istituto tra horror vacui e horror incerti

1. La reviviscenza nello strumentario del giurista. Una prospettiva metodologica

Nello strumentario del giurista esistono concetti[1] che, ancorché non disciplinati per via legislativa[2], appaiono assolutamente fondamentali per descrivere l'evoluzione dei rapporti che hanno luogo nel contesto dell'ordinamento.

È il caso, ad esempio, della reviviscenza, istituto che ha conosciuto un'attenzione piuttosto discontinua nella dottrina (perlomeno in chiave monografica[3]), ma che riveste una certa rilevanza nel quadro del diritto *vivente*.

Si fa ricorso qui alla locuzione «diritto vivente[4]» in maniera niente affatto casuale, proprio a voler designare il carattere in continuo mutamento che assumono i fenomeni giuri-

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Universitas Mercatorum (Roma).

[1] Sull'idea di «concetto» in ambito giuridico, si vedano N. IRTI, *Nichilismo e concetti giuridici. Intorno all'aforisma 459 di "Umano, troppo umano"*, Napoli, 2005, pp. 7 ss. e A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos*, 2, 2017, pp. 1189 ss.

[2] Si veda, sul punto, M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Padova, 1942, p. 29.

[3] Si segnala il recente N. CANZIAN, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, Torino, 2017. Diverso discorso, come si vedrà anche in questa sede, è l'attenzione che la dottrina ha riservato all'istituto in concomitanza con altri fenomeni ed istituti giuridici (il referendum abrogativo, ad es.).

[4] Sul concetto di diritto vivente, si veda N. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, p. 123, che riprende l'antica elaborazione di E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Berlin, 1967. Sulla distinzione tra diritto vigente e diritto vivente, in relazione alla separazione tra legislazione e giurisdizione, si veda L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, p. 20.

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

dici nelle loro espressioni effettuali, grazie all'apporto degli attori chiamati a partecipare al c.d. circolo ermeneutico[5].

Tuttavia, la pedissequa applicazione agli istituti giuridici degli schemi della vita biologica può in alcuni casi risultare fuorviante, se si pensa che le categorie concettuali correntemente utilizzate costituiscono pur sempre una *fictio*, ovvero, delle entità astratte[6].

Un edificio giuridico che nasce sotto gli auspici ideali della certezza[7], pur nella coscienza della mutevolezza delle cose umane, non può ignorare problemi solo apparentemente teorici come quello della reviviscenza e che, invece, si rivelano di estremo interesse sul piano empirico[8] per riportare ordine in quelle situazioni ove il *caos* e l'incertezza rischiano di prendere il sopravvento in danno dei consociati.

Si tratta, dunque, da una parte, di eseguire un'analisi speculativa della categoria e, dall'altra, di assecondare un'esigenza reale che l'operatore giuridico avverte nel quotidiano svolgimento della propria attività.

Ed anzi, porsi questi problemi non costituirà mai un esercizio di stile fine a sé stesso, ma dovrà essere sempre funzionale agli infiniti sviluppi che possono maturare nel naturale divenire dell'ordinamento e delle relazioni umane[9].

Ecco perché della reviviscenza hanno finito per occuparsi Autori di diversa estrazione giuridica, suscitando il tema un'urgenza egualmente percepita pressoché in tutti i campi dell'ordinamento, dal diritto pubblico al diritto privato.

È anche e soprattutto nei suoi risvolti applicativi che risiedono il fascino e le suggestioni di un concetto, che, in senso figurato, evoca un'idea di rinascita o di «risveglio»[10] e, in una dimensione più concreta, la consapevolezza che realtà giuridiche dapprima estinte[11] ed oramai prive di effettività[12] possano, in situazioni qualificate e a determinate condizioni, ritrovare vita (*id est*: efficacia giuridica).

---

[5] L'idea di fondo di tale ricostruzione è che «esista oggettivamente un criterio ben definito e che il giudice-interprete non abbia se non a scoprirlo, senza poter sostituire a tale ricerca un mero apprezzamento discrezionale». Così, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 65.

[6] In questo senso, A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2011, p. 140; F. LANCHESTER, *Il* referendum *elettorale: tra l'infanticidio e il miracolo di Lazzaro*, in *Federalismi*, 18, 2011. Sul tema delle finzioni, si veda R. MICCÙ, *Le finzioni nel diritto pubblico*, Roma, 1999, *passim*.

[7] A. SEGNI, *L'unità del processo* (prolusione al corso di diritto processuale civile nell'Università di Roma, tenuta il 30 marzo 1954), ora in *Riv. it. sc. giur.*, 10, 2019, p. 19, parlava di naturale «anelito del diritto al certo». Sul punto, si vedano anche le considerazioni critiche di A. VOLPICELLI, *La certezza del diritto e la crisi odierna*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, pp. 707 ss.

[8] Così, G. GIACOBBE, *Reviviscenza e quiescenza* (voce), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 189 ss.

[9] Cfr. A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi* (voce), in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1998, p. 2.

[10] Così, G. GIACOBBE, cit., p. 189.

[11] Ivi, ove si distingue opportunamente tra quiescenza ed estinzione del rapporto giuridico, come presupposti per un'eventuale reviviscenza dello stesso.

[12] Sul concetto si vedano P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, pp. 139 ss. e N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, pp. 7 ss.

In assenza di una puntuale normativa di riferimento (a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, come quello austriaco o quello spagnolo, ad esempio[13]), la presente analisi seguirà un approccio casistico, con l'intento di provare ad offrire un contributo al dibattito.

La larghezza dell'ambito di applicazione dell'istituto e l'estrema varietà degli orientamenti giurisprudenziali affermatisi in materia non permettono di approdare ad una soluzione definitiva di questioni antiche e tutt'ora aperte, ma si ritiene comunque che possano consentire riflessioni più ampie sulla coerenza dell'ordinamento nei percorsi evolutivi del diritto vivente.

Si preferisce parlare qui di «percorsi» anziché semplicemente di «processi», proprio per designare il carattere mutevole ed alterno dei fenomeni che ci si accinge a descrivere, che seguono, per loro stessa natura, andamenti contorti, obbligando l'interprete a compiere lo sforzo intellettuale di risalire a ritroso la catena normativa.

2. La reviviscenza degli atti normativi. Ipotesi ricostruttive

In questa sede, si avrà riguardo precipuo alla reviviscenza degli atti normativi, limitando all'essenziale i richiami alle applicazioni ai rapporti interprivati che si possono ricavare dalle norme del codice civile (si pensi, ad esempio, al caso paradigmatico della ricomparsa del morto presunto, art. 66 c.c.), sulle quali tuttavia – è bene ricordarlo – si era andata costruendo alle origini una parte consistente della teoria elaborata sull'argomento.

Si può sostenere, anzi, che nel sistema codicistico siano rintracciabili istituti i cui connotati riportano alla qualificazione dei relativi effetti proprio sotto il profilo della reviviscenza, in contrapposizione con il fenomeno dell'estinzione[14].

Esaurita questa doverosa premessa metodologica, ci si soffermerà prevalentemente sulla reviviscenza normativa, ovvero da quella che scaturisce dall'abrogazione di una legge, a sua volta abrogativa di altra legge, ovvero dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale di legge (o norma) abrogatrice di altra legge (o norma), essendo tali vicende sostanzialmente indifferenti ai fini che vengono in rilievo in questa sede[15].

In altri termini, si può avere reviviscenza sia nell'ipotesi di abrogazione della legge abrogativa di altra legge[16], sia per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma abrogatrice (come confermato dagli orientamenti della giurisprudenza della Consulta[17]), oltre che, eventualmente, nell'ulteriore ipotesi dell'abrogazione per referendum *ex* art. 75 Cost.[18]

---

[13] Cfr., rispettivamente, art. 140, co. 4 Costituzione austriaca e art. 2.2 codice civile spagnolo. Sul punto, si veda A. CELOTTO, cit., p. 1.

[14] G. GIACOBBE, cit., p. 191.

[15] *Ibidem*.

[16] Si veda, sul punto, S. PUGLIATTI, *Abrogazione (Teoria generale e abrogazione degli atti normativi)* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, pp. 141 ss.

[17] Cfr., ad es., C. cost., sent. n. 108/1986.

[18] Tuttavia, la limitata potenzialità normativa del referendum, meramente «negativa», farebbe propendere per una soluzione negativa circa l'ammissibilità della reviviscenza, fatto salvo il caso in cui si sottoponga a referendum popolare una norma meramente ed esplicitamente abrogativa di norma precedente (tesi della «doppia abrogazione espressa» o, con finalità leggermente diverse, dell'«unico effetto utile»). Si vedano, sul punto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 6ª ed., Padova, 1993, pp. 114 ss.; S. STAMMATI, *Considerazioni*

3. La reviviscenza e il ruolo dell'interprete. Per un recupero *culturale* delle preleggi

Si può osservare che la reviviscenza, nel quadro della successione degli atti normativi nel tempo (e, segnatamente, delle leggi[19]), abbia ad oggetto la possibilità di ritorno in vita di una norma la cui efficacia sia stata precedentemente limitata, al venir meno del fatto o dell'atto che aveva determinato tale limitazione[20].

Strettamente correlato alla questione della reviviscenza degli atti normativi è il tema delle lacune dell'ordinamento giuridico[21], che evoca inevitabilmente il ruolo dell'interprete, chiamato a valutarne l'operatività, essendoci comunque bisogno di un'attività di accertamento, anche laddove si ammetta che l'istituto operi in via automatica.

---

schematiche sulla possibilità giuridica di far "rivivere" le leggi elettorali (277 e 276) del 1993 e sulle ragioni costituzionali che potrebbero giustificare tale "reviviscenza", in *Rass. Astrid*, 52, 2007, p. 2; V. MARCENÒ, *La "reviviscenza" di disposizioni abrogate: la questione della sua ammissibilità in caso di abrogazione referendaria*, in *Nomos*, 1, 2012; G. SERGES, *Usi e abusi della reviviscenza nella giurisprudenza costituzionale (Notazioni a margine di alcune recenti decisioni di inammissibilità del referendum e di annullamento di norme abrogatrici in giudizi in via incidentale*, in *Federalismi*, 2, 2015, p. 11, ove si parla di «"inimicizia" tra reviviscenza e *referendum*»; P. VIPIANA, *La legge elettorale come legge costituzionalmente necessaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2019. Del resto, riconnettere al referendum abrogativo un effetto di reviviscenza potrebbe porsi *in fraudem constitutionis*, vista la natura unidirezionale dello strumento di normazione previsto dall'art. 75 Cost. In questi termini, M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, in *Rass. parl.*, 2006, p. 714; in senso conforme, P. CARNEVALE, *Tornare a vivere: ma è sempre un vantaggio? Riflessioni in tema di abrogazione, reviviscenza e* referendum *elettorali*, in *Riv. AIC*, 4, 2011, p. 4. L'effetto ripristinatorio che ne scaturirebbe non sarebbe, poi, tanto dissimile da quello prodotto dai referendum cc.dd. manipolativi, traducendosi sostanzialmente in «un nuovo disporre» (così, M. MEZZANOTTE, *La reviviscenza e i limiti finalistici del* referendum *abrogativo*, in *Consulta online*, 2015, p. 338; di diverso avviso, P. TORRETTA, *Ancora sull'inammissibilità della "reviviscenza" da abrogazione referendaria. Note a margine di Corte Cost. n. 5/2015*, in *Federalismi*, 1, 2015, p. 4, criticando C. cost., sent. n. 36/1997). Ulteriormente distinto è, poi, il caso delle leggi cc.dd. costituzionalmente necessarie, alla cui entrata in vigore «è subordinata la stessa operatività degli organi o degli istituti costituzionali» (ad es., le leggi elettorali sulle quali si veda A. RUGGERI, *Abrogazione popolare e "reviviscenza" di leggi elettorali*, in *Forum Quad. Cost.*, 2011, pp. 9 ss. Si veda, sul punto, C. cost., sent. n. 5/2015, punto 5 considerato in diritto, ove si osserva che «le tre richieste di referendum sono inammissibili perché sono dirette allo scopo della reviviscenza […] scopo che non può essere conseguito mediante lo strumento referendario». M. MEZZANOTTE, *La reviviscenza e i limiti finalistici del* referendum *abrogativo*, cit., p. 377, ha parlato, sul punto, di «interpretazione finalistica», ovvero rivolta alle finalità perseguite nel caso di specie dallo strumento referendario e diretta a prevenire un uso distorto dello stesso. In questo senso, del resto, il profilo dell'intenzione del legislatore va traslato sul piano della volontà popolare, in quanto espressione di sovranità, cui, tuttavia, non può verosimilmente riconnettersi un significato ulteriore rispetto al mero effetto abrogativo (P. TORRETTA, cit., p. 12, parla di «popolo legislatore»). Sul punto, P. COLASANTE, *La Consulta boccia i quesiti referendari volti alla reviviscenza del precedente sistema elettorale. Osservazioni critiche sull'inammissibilità del primo quesito*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1051, parla di «differenza qualitativa fra la volontà abrogativa del legislatore rappresentativo e del corpo elettorale». Infine, sull'ipotesi di reviviscenza della normativa precedentemente abrogata, nel caso specifico del referendum del 2011 sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, si veda A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia (nota a Corte costituzionale, sentenza 26 gennaio 2011, n. 24)*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 261 ss., nonché G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in www.astrid-online.it.

[19] Cfr. A. CELOTTO, cit., p. 2.

[20] Ivi, p. 1.

[21] Sul concetto di lacuna, intesa come «area dell'assimilabile» ai fini dell'applicazione dell'analogia ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c., e sulla sua distinzione dal concetto, apparentemente affine, di silenzio, si veda M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, pp. 180 ss.

D'altronde, la complessità del fenomeno e dei suoi possibili ambiti applicativi richiede necessariamente un'attività di interpretazione, nei termini di una ricostruzione della sequenza diacronica degli atti normativi, che non può essere certo abbandonata al caso.

Senza addentrarsi qui nel dibattito filosofico sulla completezza dell'ordinamento giuridico, che non potrebbe essere analiticamente esaminato in questa sede, si può rilevare che lo stesso art. 12 disp. prel. c.c., con i criteri di interpretazione ivi dettati, preveda appositi meccanismi di riempimento dei vuoti normativi che possono verificarsi in concreto.

In questa prospettiva, si può sostenere che la reviviscenza operi proprio nella direzione indicata dalle preleggi, che, malgrado il tendenziale oblio cui sembrano avviate, continuano a rappresentare un irrinunciabile parametro concettuale per l'operatore giuridico, in quanto complesso di norme di diritto generale valide per tutto l'ordinamento[22].

L'art. 12 disp. prel. c.c., in particolare, nella perentoria formulazione dei suoi due commi, apre un vasto spettro di possibilità all'interprete, ovvero – si potrebbe dire in termini più appropriati – gli schiude tutto lo spazio del giuridicamente rilevante[23], nel quale si possono distinguere, rispettivamente, l'orizzonte del significato letterale della disposizione (ivi compreso il c.d. principio di contestualità, *nisi tota lege perspecta*), le eventuali lacune da colmare attraverso i meccanismi dell'analogia e, infine, una zona d'ombra che può essere identificata con il *silentium legis*[24].

La reviviscenza, difatti, nei casi qualificati dalla nostra esperienza giuridica, serve ad evitare il rischio di vuoti normativi cui corrisponderebbero, evidentemente, vuoti di tutela dei diritti, in coerenza, peraltro, con la necessaria evoluzione dinamica dell'ordinamento[25].

Quest'ultima esigenza, considerata la *ratio* dell'istituto, si rivela determinante al punto da poter ribaltare addirittura, nelle fattispecie in cui trova applicazione, l'apparente dogma della definitività dell'effetto abrogativo delle norme giuridiche[26].

Da tale assunto e dalla natura, di regola non retroattiva, dell'effetto abrogativo (cfr. art. 15 disp. prel. c.c.)[27] derivano i principali problemi di ordine sistematico connessi alla reviviscenza, che la dottrina ha affrontato in vario modo, approdando a molteplici soluzioni teoriche[28].

Ancora una volta, viene in soccorso l'art. 12 disp. prel. c.c., offrendo una chiave non banale per aiutare a mettere ordine in un contesto particolarmente spinoso.

---

[22] In questi termini, F. SANTORO PASSARELLI, *Preleggi* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, p. 628. In una posizione di sostanziale disfavore nei confronti dell'odierno valore dei criteri interpretativi espressi dalle preleggi, invece, si veda V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Oss. cost.*, 6, 2019, p. 88.

[23] Poiché non è sempre vero che «tutto ciò che non è *espressamente* regolato, è giuridicamente irrilevante». Sul punto, si veda N. BOBBIO, *Lacune del diritto* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1975, p. 421.

[24] In questo senso e in maniera molto più analitica, si veda M. ORLANDI, cit., pp. 180 ss.

[25] A. CELOTTO, cit., p. 4.

[26] Sul punto, si vedano G. SAREDO, *Abrogazione delle leggi (diritto pubblico interno)*, in *Dig. it.*, I, Torino, 1884, pp. 124 ss.; M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 904 ss; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 103.

[27] Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 9ª ed., Padova, 1976, pp. 856 ss.

[28] Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, 2ª ed., Genova, 1997, pp. 103 ss.

Ci si riferisce qui all'elemento dell'intenzione del legislatore, richiamato dal primo comma dell'art. 12 cit., indispensabile, in circostanze del genere, a ricostruire lo scenario, risalendo la catena normativa[29], sebbene la ricostruzione di tale profilo richieda, non di rado, un sensibile sforzo interpretativo, non essendo sempre resa manifesta la volontà di dare vita ad un effetto di reviviscenza (si pensi ai casi di reviviscenza scaturenti da ipotesi di abrogazione tacita[30]).

Quando, ad esempio, sia lo stesso legislatore a disporre in maniera esplicita la reviviscenza (trasformandola in una sorta di *novazione*) oppure quando la norma abrogativa abbia quale oggetto diretto una precedente norma espressamente ed esclusivamente abrogativa, non si pongono particolari dubbi circa l'operatività dell'istituto[31].

Pertanto, riportare al centro l'intenzione del legislatore (*voluntas legislatoris*)[32], attraverso anche la promozione di una normazione di qualità (leggi: chiarezza e precisione delle norme[33]), diviene un'operazione particolarmente utile per sciogliere gli intricati nodi ordinamentali che vengono a crearsi in questo genere di situazioni.

4. La reviviscenza nella *faticosa* elaborazione di dottrina e giurisprudenza

Quanto, poi, alla reviviscenza di norma abrogata da norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima, che rappresenta l'ipotesi di maggiore interesse ai fini della presente trattazione, occorre osservare che la dottrina tradizionale ha elaborato almeno tre indirizzi sul punto.

In primo luogo, si registra un indirizzo negativo, che fa leva sull'esigenza di salvaguardare la certezza del diritto e prevenire il rischio di disparità di trattamento tra rapporti esauriti (che restano sotto l'imperio della norma annullata) e rapporti pendenti (disciplinati, invece, dalla norma rivissuta)[34], oltre che sul già richiamato assunto della definitività dell'effetto abrogativo, non rimovibile neppure dalla successiva declaratoria di incostituzionalità[35].

---

[29] Cfr. M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., p. 688.

[30] Su quest'idea, cfr. F. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pp. 3 ss. *Contra*, si veda M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., p. 690. A. CELOTTO, cit., p. 4, dubita che tale fenomeno costituisca una vera e propria ipotesi di reviviscenza, potendo costituire piuttosto un'attività ermeneutica tesa ad integrare le lacune dell'ordinamento.

[31] Cfr. A. CELOTTO, cit., p. 3.

[32] Sul punto, si veda S. PUGLIATTI, cit., p. 153.

[33] Cfr. A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, p. 96.

[34] Su quest'idea, si veda F. MODUGNO, *Problemi e pseudo-problemi relativi alla c.d. reviviscenza di disposizioni abrogate da legge dichiarata incostituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova, 1972, pp. 647 ss.

[35] Secondo questa prospettazione, la legge incostituzionale non sarebbe nulla-inesistente, ma solo invalida e comunque idonea ad aver prodotto l'effetto abrogativo. Si veda, sul punto, A. CELOTTO, cit., p. 5.

Una seconda soluzione in senso favorevole[36], invece, si basa sulla ricostruzione che vuole la legge incostituzionale, prima della pronuncia di illegittimità, *nulla-inesistente* e, quindi, in quanto tale, inidonea a produrre alcun effetto sostanziale, tanto meno quello abrogativo: in questa prospettiva, più che di vera e propria reviviscenza delle norme abrogate, sarebbe corretto parlare di persistenza del loro vigore, che le stesse non avrebbero mai perso, data la totale mancanza di efficacia sin dall'origine della legge sopravvenuta[37].

Si segnala, infine, un indirizzo intermedio, che tende a sposare un approccio casistico, distinguendo tra le varie ipotesi che possono verificarsi in concreto e ammettendo, dunque, la reviviscenza solo in determinate situazioni[38].

In realtà, la configurabilità della reviviscenza dipende, in larga misura, dall'inquadramento che si intende dare dell'abrogazione, che ne rappresenta il precedente logico-giuridico: si tratta, cioè, di stabilire se l'abrogazione determini l'espulsione-espunzione di una norma dall'ordinamento oppure una sorta di sospensione dell'efficacia in vista di un eventuale futuro risveglio-riespansione (frutto di una visione "stratificata" dell'ordine giuridico[39]), da attuarsi mediante una *fictio iuris* (il meccanismo del rinvio, ad esempio).

La giurisprudenza costituzionale, viceversa, ha assunto, in linea generale, un indirizzo di tendenziale apertura rispetto alla possibilità di operare della reviviscenza (che non ha escluso, purtuttavia, parziali e occasionali inversioni di rotta), nei numerosi casi in cui, soprattutto nei suoi primi anni di attività, era stata chiamata a pronunciarsi per esigenze di manutenzione dell'ordinamento giuridico[40].

D'altronde, la Consulta, sin da un periodo risalente (ovvero, dagli anni settanta del secolo scorso[41]), seppur a fasi alterne, aveva manifestato nei confronti dell'istituto una maggiore sensibilità *culturale* rispetto a quanto complessivamente dimostrato da altre Corti, anche tenuto conto delle personalità che vi hanno preso parte nel corso della sua storia[42].

Non sono mancate, tuttavia, pronunce in senso negativo, nelle quali si è ritenuto di preferire l'analogia alla reviviscenza – risolvendo, in tal modo, una sorta di antinomia sia pure

---

[36] In quest'ambito, si segnala, in particolare, la suggestiva posizione di G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, pp. 365 ss., per il quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale comporterebbe, da una parte, l'abrogazione della legge incostituzionale per il futuro e, dall'altra, la sua disapplicazione per il passato.

[37] M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., p. 688, parla di «effetti bidirezionali», ovvero di un meccanismo simile a quello del rinvio.

[38] Cfr. A. CELOTTO, cit., p. 5.

[39] Cfr. C. cost., sent. n. 13/2012. P. CARNEVALE, cit., p. 18, ha parlato, sul punto, di «precarizzazione dell'effetto abrogativo». Sui profili di incompatibilità dell'istituto della reviviscenza con il referendum abrogativo, sia pure in forma di *obiter dictum*, si veda C. cost., sent. n. 40/1997, punto 2 considerato in diritto. Sul punto, si veda G. MAROLDA, *Reviviscenza e referendum abrogativo: una convivenza possibile? Commento a margine della sentenza 5/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. Cost.*, 2015.

[40] Cfr. A. CELOTTO, cit., pp. 5-6.

[41] Ovvero, dalla sentenza n. 107/1974.

[42] Il riferimento è, soprattutto, alle figure di Aldo M. Sandulli, componente del collegio in occasione della sentenza n. 43/1960, che aveva manifestato un orientamento decisamente favorevole all'applicazione dell'istituto e di Vezio Crisafulli, componente del collegio in occasione della già citata sentenza n. 107/1974.

del tutto virtuale – al fine di colmare le lacune derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità[43].

Tracciando le differenze tra i due istituti, vi sarebbe da riconoscere, ad esempio, che l'analogia (*legis* o *iuris*) guarda pur sempre al "presente", mentre la reviviscenza integra, invece, un'operazione di recupero di un "passato" normativo[44], costringendo l'interprete ad un – non di rado acrobatico – percorso a ritroso, fino a soluzioni legislative che astrattamente possono nel frattempo essere divenute inattuali rispetto al mutato contesto politico-istituzionale.

Ecco, dunque, che l'art. 12 disp. prel. c.c. si può rivelare, a seconda dei casi, uno strumento utile ad ammettere oppure ad escludere l'operare della reviviscenza, sebbene, per ovvi motivi, tale norma non possa contemplare l'ipotesi della declaratoria di illegittimità costituzionale.

Del resto, a conferma del carattere mutevole degli orientamenti giurisprudenziali maturati nel tempo, si osserva che l'ipotesi di norma abrogata da norma poi dichiarata costituzionalmente illegittima non è di per sé univoca, ben potendo, ad esempio, darsi il caso particolare (a sua volta, variamente interpretato[45]) in cui dover valutare se la reviviscenza possa operare a seguito di una declaratoria di incostituzionalità additiva, cioè non per ciò che la norma dispone, ma per ciò che omette di disporre.

Gli effetti conseguenti all'operatività della reviviscenza coinvolgono, comunque, anche nei casi in cui il fenomeno sembri operare in forza di un automatismo, l'attività valutativa dell'interprete, chiamato a mettere ordine in un panorama normativo sconvolto da una vicenda caducatoria (*actus contrarius*), dovendo, ad esempio, nell'ipotesi di una declaratoria di incostituzionalità, verificare se la norma reviviscente sia inficiata dai medesimi vizi della norma abrogante[46], senza considerare, poi, le ulteriori questioni di diritto intertemporale che potrebbero porsi in concreto.

5. L'oscillante applicazione dell'istituto tra *horror vacui* e *horror incerti*

Il peculiare fenomeno della reviviscenza, con i presupposti e l'ambito operativo sopra descritti, presenta una chiara correlazione con il più ampio tema della coerenza dell'ordinamento giuridico[47], costituendo, nei fatti, un meccanismo di auto-integrazione di vuoti normativi[48], sia pure del tutto *sui generis* e, in quanto tale, profondamente distinto dall'analogia.

---

[43] Cfr., ad es., Cass., sez. I, sent. n. 5599/1988.

[44] In questi termini, P. CARNEVALE, cit., p. 18.

[45] Si veda, sul punto, A. CELOTTO, cit., p. 6.

[46] Cfr. A.M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pp. 22 ss.

[47] Si veda, sul punto, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, pp. 210 ss.

[48] ID., *Analogia* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1974, p. 604, distingue tra il metodo dell'autointegrazione, in base al quale la soluzione del caso non regolato viene cercata dentro il sistema stesso, e il metodo dell'eterointegrazione, in base al quale le lacune vengono colmate ricorrendo a fonti giuridiche diverse dalla legge o a norme di altri ordinamenti.

Una coerenza che può tradursi, a seconda dei casi, in continuità, organicità, certezza, eguaglianza, non contraddizione, sebbene, come osservato, non sia sempre possibile delineare uno schema unitario per descrivere le ipotesi applicative della reviviscenza.

La non-contraddizione, in particolare, coincide in concreto anche e soprattutto con il divieto di disparità di trattamento tra situazioni analoghe, che si vedono assoggettate a diverse discipline tra loro in contrasto, con conseguenze astrattamente aberranti (si pensi a quanto può verificarsi, ad esempio, nel settore penale).

Si tratta di un istituto assolutamente singolare, che, proprio per i caratteri illustrati, non può che conoscere margini di operatività eccezionali e circoscritti a fattispecie tipizzate.

Il fenomeno della reviviscenza, tanto più in considerazione degli *incerti* profili che lo caratterizzano (a maggior ragione alla luce dell'interferenza tra fonti statali e fonti comunitarie e regionali[49]), non può risolversi per intero in una tecnica interpretativa[50], il che finirebbe per addossare all'interprete un potere e una responsabilità troppo ampi rispetto a quanto la simmetria ordinamentale autorizzerebbe verosimilmente a sostenere[51].

Il fattore che fa la differenza va ricercato qui nel soggetto – *rectius*, nell'autorità – «che crea il diritto» (ovvero, il legislatore o tutt'al più la Corte costituzionale, nell'ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge abrogativa, anticipando l'opera del giudice)[52], non essendo opportuno che questa funzione resti, ad esempio, affidata al giudice comune, anche solo per il minore grado di legittimazione-investitura democratica che caratterizza quest'ultimo rispetto al legislatore[53].

Basti considerare, ad esempio, che la funzione legislativa, per sua vocazione naturale, si esercita nell'interesse della Nazione (cfr. art. 67 Cost.), concetto più qualificato e pregnante rispetto a quello più *concreto* di «popolo» (richiamato, invece, nel primo comma dell'art. 101 Cost., in tema di giurisdizione) e che necessariamente implica anche un certo impegno verso le generazioni future, espresso dal vincolo giuridico della legge sul quale si tornerà tra breve.

In particolare, il legislatore, che pure nel nostro ordinamento non sempre ha dimostrato di brillare per chiarezza[54], è chiamato a rendere manifesta la propria intenzione di far rivivere la norma precedentemente abrogata, evitando situazioni di incertezza e togliendo l'interprete dagli imbarazzi, nei limiti del possibile.

---

[49] M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., p. 716, osserva, sul punto, che potrebbero porsi questioni di disparità di trattamento su base territoriale.

[50] Ivi, p. 691.

[51] M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., p. 722, opportunamente pone il problema in collegamento con il principio di divisione dei poteri e con le regole fondamentali dello stato di diritto.

[52] O, addirittura, entro certi limiti, i promotori dei quesiti referendari nei casi eccezionali in cui può ammettersi la reviviscenza a seguito di referendum abrogativo. Cfr. sul punto, G. SERGES, cit., p. 16.

[53] L'art. 101 Cost. conferma, in un certo senso, che la giurisdizione, in quanto *potestas iudicandi*, risulta comunque soggetta a dei limiti (*superiorem recognoscens*) e deve richiamarsi alla fonte di legittimazione espressa dal primo comma (popolo) per poter ritrovare il proprio fondamento di sovranità. In questi termini, si veda M. ORLANDI, cit., p. 214 ss.

[54] M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento,* cit., p. 695, parla di «sciatteria legislativa».

In altri termini, il legislatore, in via generale, dovrebbe tornare ad occupare il centro della scena nell'ordinamento giuridico o, più correttamente, riappropriarsi di un ruolo di *dominus* all'interno del «processo nomodinamico ordinamentale»[55], anche al fine di ripristinare quel sentimento originario di fede nella legge[56] che appare oggi un po' appannato[57].

In questa prospettiva, l'intenzione del legislatore reclama di essere valorizzata al massimo grado mediante il recupero di una normazione di qualità – tanto più in un'epoca in cui il legislatore risulterebbe investito anche di un obiettivo di semplificazione (si pensi alla c.d. legislazione "taglia-leggi", che pure non ha sempre conseguito nei fatti l'effetto di semplificazione sperato[58]) – per non rischiare di dover fare appello ad elementi più sfumati e potenzialmente ambigui rimessi all'interprete, come lo spirito della legge o il complessivo contesto normativo.

I richiamati criteri di coerenza e certezza dell'ordinamento devono costituire dei riferimenti imprescindibili per l'operatore giuridico, a maggior ragione nelle ipotesi applicative di un fenomeno giuridico così controverso[59], quale, appunto, la reviviscenza.

Si può dire, parafrasando le parole di un grande Maestro[60], che la coerenza attenga all'*horror vacui*, ovvero all'esigenza che l'ordinamento non presenti lacune e opponga prontamente in situazioni del genere una «naturale reazione»[61], mentre, invece, la certezza attenga all'*horror incerti*, esigenza, a sua volta, non meno urgente, fosse solo sul piano ideale dell'*utopia* giuridica[62].

Questa dicotomia tra *horror vacui* ed *horror incerti* assume ancora maggiore rilevanza se si tiene conto del divieto di *non liquet*, che obbliga sostanzialmente il giudice a non esimersi dall'emettere una decisione, a rischio di compiere un'opera di supplenza in presenza di lacune o vuoti normativi[63].

D'altronde, riprendendo solo per un attimo il precedente spunto sul dogma della presunta completezza dell'ordinamento, si può rilevare che le lacune, così come si è avuto occasione di inquadrarle, consistono in imperfezioni dell'ordinamento giuridico[64].

Se questo tipo di imperfezione è da ritenersi assolutamente fisiologica, deve restare ferma, tuttavia, anche nell'attuale scenario normativo, una certa aspirazione alla perfezione,

---

[55] Lo definisce così P. CARNEVALE, cit., p. 2. In una prospettiva più ampia, sul coinvolgimento del popolo in questi processi, si veda A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, pp. 39 ss.

[56] Così A. VOLPICELLI, cit., p. 714.

[57] Si veda, da ultimo, sull'argomento N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, pp. 111 ss.

[58] Si veda, sul punto, G. SERGES, cit., p. 18 e, più in generale, N. LUPO (a cura di), Taglia-leggi *e* Normativa *tra luci e ombre*, Padova, 2011.

[59] Lo definisce così G. SERGES, cit., p. 3.

[60] F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968, p. 69.

[61] Così, C. cost., sent. n. 394/2006.

[62] A conferma della stretta affinità tra i due concetti, N. BOBBIO, *Lacune del diritto* (voce), cit., p. 422, rilevava che «lacuna significa non già mancanza di una norma purchessia, ma di una *norma certa* (…)».

[63] Sul punto, N. BOBBIO, ult. op. cit., p. 420, osservava: «[d]ogma della completezza e teoria della separazione dei poteri sono strettamente congiunti: infatti, soltanto là dove la produzione del diritto da parte del potere legislativo provvede una soluzione per tutti i casi possibili, il potere giudiziario può restare nei limiti della funzione che gli è assegnata di mere applicazione di regole precostituite; al contrario, una legislazione lacunosa è un argine aperto alla creazione del diritto da parte del giudice».

[64] Ivi, p. 422.

da declinarsi nei termini dell'*esatta* osservanza e uniforme interpretazione della legge[65], previste dal tutt'ora in vigore art. 65 r.d. n. 12/1941 (a proposito delle attribuzioni della Corte suprema di cassazione), come può desumersi, peraltro, *a contrario* anche dall'ultimo comma dell'art. 24 Cost. in tema di riparazione degli errori giudiziari.

In altre parole, se la perfezione non può in senso assoluto e definitivo appartenere all'ordinamento giuridico, il rigore, la correttezza, l'uniformità sono certamente elementi richiesti all'esercizio della funzione giurisdizionale, che è la sede istituzionale per eccellenza deputata all'interpretazione delle norme.

Il recupero della certezza, lungi da qualsivoglia intento nostalgico di tramontate stagioni, diviene qui un'operazione necessaria, in funzione della conoscibilità delle norme e della prevedibilità di una loro osservanza generalizzata in seno alla comunità[66], così come riconosciuto anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale in una delle pronunce maggiormente significative in materia[67].

Tali riferimenti, per tutti i motivi illustrati, devono consigliare all'interprete un esercizio di prudenza (nel senso etimologico di *iuris prudentia*[68]), rispettoso del principio di divisione

---

[65] Di diverso avviso, ma in un contesto giuridico-culturale ben diverso da quello odierno, ovvero in un'epoca in cui l'ammissibilità di una diversità di ideologie tra i magistrati rivestiva un valore aggiunto dai contorni certamente più rilevanti rispetto ad oggi, A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 1 ss., ora anche in ID., *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, p. 620.

[66] In questi termini, N. CANZIAN, cit., p. 16.

[67] C. cost., sent. n. 13/2012, definita non a caso «sentenza-trattato» (in V. MARCENÒ, *Sulla "reviviscenza" di disposizioni precedentemente abrogate: come un utilizzo ambiguo di concetti possa perpetuare una situazione di generale confusione*, in A. MORRONE (a cura di), *Referendum elettorale e reviviscenza di norme abrogate. Sull'ammissibilità dei quesiti per il ripristino del "Mattarellum"*, Bologna, 2012, p. 131), nella parte in cui si afferma che <<[l]a tesi della reviviscenza di disposizioni a seguito di abrogazione referendaria non può essere accolta, perché si fonda su una visione «stratificata» dell'ordine giuridico, in cui le norme di ciascuno strato, pur quando abrogate, sarebbero da considerarsi quiescenti e sempre pronte a ridiventare vigenti. Ove fosse seguita tale tesi, l'abrogazione, non solo in questo caso, avrebbe come effetto il ritorno in vigore di disposizioni da tempo soppresse, con conseguenze imprevedibili per lo stesso legislatore, rappresentativo o referendario, e per le autorità chiamate a interpretare e applicare tali norme, con ricadute negative in termini di certezza del diritto; principio che è essenziale per il sistema delle fonti e che, in materia elettorale, è «di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico» (sentenza n. 422 del 1995)>> (punto 5.2 considerato in diritto). Analogamente, si veda il successivo punto 5.3 considerato in diritto, ove si legge: <<l'ipotesi della reviviscenza di norme a séguito di abrogazione referendaria è stata negata da questa Corte con specifico riguardo alla materia elettorale: quando essa ha stabilito che una richiesta di referendum avente per oggetto una legislazione elettorale nel suo complesso non può essere ammessa, perché l'esito favorevole del referendum produrrebbe l'assenza di una legge costituzionalmente necessaria, ha implicitamente escluso che, per effetto dell'abrogazione referendaria, possa «rivivere» la legislazione elettorale precedentemente in vigore (da ultimo, sentenze nn. 16 e 15 del 2008)>> e ancora: «[i]l fenomeno della reviviscenza di norme abrogate, dunque, non opera in via generale e automatica e può essere ammesso soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate, e comunque diverse da quella dell'abrogazione referendaria in esame». Sul punto, si vedano i rilievi critici di A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 117 ss. e A. MORRONE, *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, ivi, pp. 121 ss.

[68] Si veda, sul punto, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 133 ss., cit. in M. MEZZANOTTE, *Reviviscenza delle norme e principio di completezza dell'ordinamento*, cit., p. 721, nota 119.

dei poteri e consapevole delle conseguenze che possono derivare da un'applicazione dell'istituto troppo forzata o disinvolta[69].

Ne va dell'integrità e dell'omogeneità dell'ordine giuridico, che non rappresentano, com'è evidente, aspetti meramente esteriori e formalistici, quanto piuttosto valori utili a garantire la tutela dei diritti e a servire l'interesse generale in una dimensione di effettività[70].

Si può dire, anzi, che proprio il concetto di effettività, sul quale si è avuto modo di insistere a più riprese qui, rappresenti uno snodo cruciale dell'ordinamento, nel quale il dover essere delle fattispecie normative incontra l'essere delle *situazioni* giuridiche nel loro accadere storico[71].

D'altro canto, gli spazi che la reviviscenza mira a colmare possono consistere spesso in veri e propri vuoti di tutela e garanzia per il cittadino, funzionali all'instaurazione di uno «spirito di illegalità» e di un senso diffuso di mancanza di sicurezza[72].

In conclusione, si può affermare che la reviviscenza, nei profili di straordinarietà che la contraddistinguono, dia luogo ad una certa rottura degli equilibri ordinamentali, determinando una temporanea, inaspettata "rivincita" – dagli esiti, in larga parte, imprevedibili e indesiderati[73] – dei meccanismi applicativi del diritto[74] sul potere politico in quanto tale, che dovrebbe richiamare il legislatore ad un più attento e qualitativo esercizio della propria funzione, effettivamente idoneo a rinsaldare in seno alla società quei vincoli solidaristici sottesi al nostro impianto costituzionale (cfr. artt. 2, 3, 54, 101 Cost.).

Un vincolo che può essere declinato, a seconda dei casi, nelle diverse sfumature della coesione sociale e giuridica, dell'immedesimazione collettiva in principi e valori, della comune adesione alla legge e dell'instaurazione di uno slancio diffuso di appartenenza alla comunità[75].

---

[69] G. SERGES, cit., p. 18, parla di «uso strumentale della reviviscenza che rischia fortemente di trasformarsi in abuso».

[70] Sul concetto di effettività giuridica in collegamento con i concetti di statualità e legittimità, si veda P. PIOVANI, cit., pp. 5 ss.

[71] Sulla transizione tra fatto e diritto, si veda N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, cit., pp. 13 ss.

[72] In questi termini, A. VOLPICELLI, cit., p. 708.

[73] Si pensi al richiamato tema delle eventuali disparità di trattamento tra rapporti esauriti e rapporti pendenti (cfr. par. 4).

[74] Nell'orizzonte concettuale definito dagli artt. 12 e 15 disp. prel. c.c.

[75] Cfr. N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., pp. 140 ss.

RIVISTA AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 09/12/2021

AUTORE: Erik Furno*

COSTITUZIONE, FONTI DEL DIRITTO ED ORDINANZE EMERGENZIALI

Sommario: 1. Premessa. – 2. La cornice costituzionale. –3. Il quadro normativo: la prima fase dell'emergenza. – 4. La seconda fase dell'emergenza. – 5. La terza fase dell'emergenza. – 6. I dd.P.C.m. ed il principio di legalità. - 7. La natura giuridica dei dd.P.C.m. – 8. Notazioni finali.

1. Premessa

La crisi sanitaria, e poi quella economica e sociale, conseguente al diffondersi della pandemia da Covid-19, hanno inciso profondamente, seppur in via emergenziale, sulla dinamica e sulla tenuta degli ordinamenti costituzionali delle moderne democrazie pluraliste[1], costrette ad adottare misure fortemente restrittive delle libertà personali, pur di assicurare il diritto alla salute ed alla vita dei propri cittadini.

La necessità di fronteggiare l'epidemia ha portato alla centralizzazione dei poteri del governo ed alla emarginazione del Parlamento e delle autonomie territoriali, condizionando pesantemente la nostra esistenza.

Le misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica, da un lato, hanno inciso sull'equilibrio dei poteri della Repubblica, dall'altro, hanno comportato un inedito livello di compressione dei diritti fondamentali dei cittadini, sconosciuto ai più almeno dai tempi della seconda guerra mondiale, ponendo limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno, a quella di riunione, al diritto –dovere al lavoro ed allo studio e, perfino, alla libertà di culto.

---

* Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

[1] V., per tutti, A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta,* in www.dirittiregionali.it, n.1/2020, 21 marzo 2020.

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 ha alimentato un ampio e divisivo dibattito dottrinale in ordine alla *governance* dell'emergenza pandemica ed, in particolare, agli strumenti adoperati per far fronte ad essa e garantire la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività ex art.32 Cost. [2]

L'uso dell'unica fonte emergenziale prevista dalla Costituzione, cioè il decreto-legge, si è intrecciato e confuso con una produzione alluvionale di altre fonti normative, anche *extra ordinem,* che hanno prodotto conflitti di competenze, quando non un vero e proprio caos normativo, creando incertezze nei cittadini.

L'emergenza pandemica è divenuta, così, l'occasione per l'utilizzo di fonti non usuali, idonee sì a fronteggiare con immediatezza situazioni di rischio imminente, ma in deroga all'ordinamento giuridico ordinario, tanto da far temere derive autoritarie [3] o affermare che anche la Costituzione fosse stata messa in quarantena[4].

Il continuo ricorso a fonti c.d. *atipiche* ha sollevato dubbi di compatibilità costituzionale in relazione al principio di legalità sostanziale e/o formale[5], con riferimento ai settori presidiati da riserva di legge[6], alla tipicità delle fonti e, quindi, alla natura degli atti amministrativi nominati ma "atipici" quali le c.d. ordinanze di necessità ed urgenza.

In particolare, le maggiori critiche sono state rivolte ai noti decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (di seguito, dd.P.C.m.), fonte secondaria emanata da un organo monocratico ma del tutto libera da controlli degli altri poteri[7], soprattutto se si considera che tali

---

[2] Tra i primi commenti cfr., *ex multis*, R. RAVI' PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale,* in *BioLaw Journal,*20 marzo 2020; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione di emergenza provocata dal Covid-19,* in *Questione giustizia,*27 marzo 2020; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale,* in *Consulta online,* 30 marzo 2020; A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza,* in *Consulta online,*2 maggio 2020; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19,* in *Rivista AIC,* n.3/2020, 5 maggio 2020; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione,* in *Osservatorio AIC,* n.3/2020, 21 aprile 2020, 116 ss.

[3] G. AZZARITI, *I pieni e solitari poteri del capo del governo "extraordinem",* in *Libertà e Giustizia,* 21 marzo 2020.

[4] M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il coronavirus possono rievocare il* dictator, in *Avvenire,* 11 marzo 2020, e M. AINIS, *Il bisticcio del potere,* in *La Repubblica,* 3 marzo 2020, nonché Id., *Meglio distante che latitante,* ivi, 19 marzo 2020.

[5] Sul principio di legalità S. FOIS, *Legalità (principio di),* in *Enc. dir.,* XXIII, Milano 1973, 659 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale,* II,1, *Le fonti normative,* Padova 1993, 57 ss., per il quale «il principio di legalità esige che l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio *fondamento positivo,* oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta (anche se implicitamente) da legge formale o da atto ad essa equiparato, in omaggio anche qui al concetto "politico" della legge»; R. GUASTINI, *Legalità (principio di),* in *Dig. pubbl.,* IX, Torino 1994, 84 ss.; P. STANCATI, *Legalità (principio di),* in *Il Diritto - Enc. giur. del Sole 24 Ore,*VIII, Milano 2007, 688; F. POLITI, *Diritto pubblico,* VI ed., Torino 2018, 133 ss.

[6] In generale, S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali,* Milano 1963, *passim;* F. SORRENTINO, *Riserva di legge,* in *Enc. dir.,* XL, Milano 1989, 1207 ss., e L. CARLASSARE, *Riserva di legge,* in *Enc. giur.,* XVIII, Roma 1990, 7 ss. In particolare, L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana,* in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata,* in *federalismi, Osservatorio Emergenza Covid-19,* 32 ss.; L. FABIANO, *La catena della normatività emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano,* in *Forum di BioLaw Journal,* 16 marzo 2020.

[7] Sulla centralità del ruolo assunto dai dd.P.C.m. durante la gestione pandemica, *ex plurimis*, C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus,* in *Costituzionalismo.it,* n.1/2020, 31 marzo 2020, 78 ss., e F.

atti hanno finito per incidere e comprimere, se non addirittura conformare, le libertà fondamentali dei cittadini.

2. La cornice costituzionale.

Senza ripercorrere le tappe di questo tormentato iter normativo-amministrativo, se non di una vera e propria emergenza normativa, tale da far rievocare ad alcuni lo schmittiano stato di eccezione[8]o la necessità come fonte autonoma del diritto[9], occorre esaminare la tenuta complessiva del sistema delle fonti di fronte alle inedite sfide imposte dalla pandemia da coronavirus.

E' noto che la Costituzione disciplina l'emergenza (*rectius*, i fatti emergenziali[10]) solo in due norme quali quella sui decreti legge (art.77)[11] e quella sullo stato di guerra (art.78) [12].

SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza* coronavirus, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione,* II, *Il diritto pubblico della pandemia,* Collana di studi di *Consulta online* 4, 2020, specie 6-7.

[8] C. SCHMITT, *Die Diktatur,* Berlin 1921, trad. it. di B. Liverani, *La dittatura,* Roma- Bari 1974, 141 ss. e *passim,* declina lo stato di eccezione attraverso le due categorie della «dittatura commissaria» e della «dittatura sovrana». L'illustre A.,*Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922)*, in Id., *Le categorie del 'politico',* in G. Miglio e P. Schiera (a cura di),Bologna 1972, 34, ritiene lo stato di eccezione come la forma legale di ciò che non può avere forma legale (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino 2003, 10), per cui le misure adottate in regime di eccezione sono svincolate dal contesto di diritto. In realtà, nel nostro ordinamento non vi è alcuno spazio per il c.d. stato d'eccezione, tanto più che i nostri padri costituenti, reduci dalla dittatura fascista e memori dell'art.48, comma 2, della Costituzione di Weimar che aveva aperto la strada al regime nazionalsocialista a causa della previsione di uno stato di eccezione con conseguente sospensione dei diritti fondamentali, intesero disciplinare ogni forma di emergenza esclusivamente nel perimetro delimitato dagli artt.77 e 78 della Costituzione. Evocano lo stato di eccezione G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione,* in *Costituzionalismo.it,* n.1/2020, 1, e A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 26 marzo 2020, in part. 9. *Contra,* G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione,* in *Unicost ,*10 aprile 2020, per cui lo stato di eccezione schmittiano presuppone «uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto». Concordano B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana,* in *federalismi,* n.6/2020, 18 marzo 2020, ed A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti,* in *Consulta online,* 6 aprile 2020.

[9] S. ROMANO, *Sui decreti -legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio -Calabria,* in *Riv. dir. pubbl. e p.a. in Italia,* 1909, 1, 251 ss., ora in Id., *Scritti minori,* a cura di G. ZANOBINI, Milano 1950, rist. 1990,349 ss., che identifica nella necessità, quale fonte originaria del diritto, al di là della legislazione positiva e anche contro di essa, il presupposto giustificativo del potere statale di adottare una disciplina emergenziale; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato,* in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* tomo 1, Padova 1975, 317-318, per il quale le fonti-fatto sono quelle *extra ordinem* , fatti normativi originari, che si affermano per forza propria, nonché Id., *Costituzione (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana),* in *Enc. dir.,* XI, Milano 1962, 192.

[10] Secondo E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti,* in *Rivista AIC,* n.2/2021, 2, l'emergenza rappresenta «la massima espressione di un fatto che si impone sull'ordinamento e piega le fonti scritte alla necessità di dare una risposta a cui l'ordinamento non sempre riesce a fornire riscontro attraverso i suoi strumenti ordinari, predeterminati».

[11] Al riguardo F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti legge,* in F. S. MARINI - G. SCACCIA , (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale,* Torino 2020, 63 ss.

[12] In dottrina, G. FERRARI, *Stato di guerra (dir. cost.),* in *Enc. dir.,* XI, Milano 1970, 816 ss. Non è prevista, quindi, al di fuori della deliberazione dello stato di guerra, alcuna dichiarazione dello stato di emergenza o di crisi, né, tanto meno, dello stato di allarme, eccezione o assedio, a differenza di quanto previsto in altri ordinamenti europei (art.116 della Costituzione spagnola, artt.16 e 36 della Costituzione francese della V Repubblica, artt.80 ss. della Legge fondamentale tedesca). V. anche A. VEDASCHI, *Art.78,* in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO,

Se si mette da parte l'art.78, che disciplina lo stato di guerra con il conseguente conferimento al governo dei «poteri necessari»[13], l'emergenza, sub specie della straordinarietà della necessità ed urgenza[14], è prevista in via ordinaria dal Costituente attraverso l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, salva conversione in legge da parte del Parlamento, cui spetta il relativo potere[15].

In disparte, la competenza esclusiva dello Stato a legiferare in materia di "profilassi internazionale" ex art.117, comma 2, lett. q), Cost.[16], così come il potere sostitutivo del governo, ex art.120, comma 2, Cost., qualora gli enti territoriali restino inerti di fronte ad un «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica», purché sia una legge a definire «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione»[17].

La Costituzione, quindi, non contiene una disciplina tipizzata dello stato di emergenza[18], ma uno implicito statuto costituzionale dell'emergenza fondato sui tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae* [19], che devono comunque rispettare limiti fondamentali quali l'inviolabilità territoriale della Repubblica (art.5), il ripudio della guerra come strumento di offesa (art.11), i principi costituzionali che tutelano la salute pubblica e la pubblica sicurezza (artt. 16, 17 e 32) e le fonti sulla produzione dell'emergenza (artt.77 e 120)[20].

F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo,* vol. II, parte II,Bologna 2018, 133 ss.

[13] Per un'estensione del modello dello stato di guerra a casi di emergenza come quello attuale v. A. D'ALOIA,*Costituzione ed emergenza:l'esperienza del coronavirus,* in *BioLaw Journal,* n.2/2020, 5-6.

[14] In realtà, i nostri padri fondatori intesero disciplinare, non tanto l'*emergenza* , quanto l'*urgenza* del provvedere in casi straordinari. Secondo L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* Bologna 1996, 240-241, «risulta con chiarezza dall'art.77 che la necessità rappresenta unicamente un presupposto giustificativo dei "provvedimenti " del Governo, mentre la fonte ovvero il fondamento di queste misure rimane la Costituzione: la quale non distingue affatto la necessità assoluta da quella relativa, le emergenze straordinarie che abiliterebbero l'esecutivo a derogare dalle norme costituzionali, in contrapposto ai normali decreti-legge, tenuti a rispettare incondizionatamente la Costituzione medesima». Per il dibattito in Assemblea costituente G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza,* in *Rivista AIC,* n.2/2015, 4, e G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo,* Napoli 2016, specie 34 ss.

[15] A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia,* Macerata 2006, *passim.* Osserva G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione,*cit., 6, come nell'ultimo quarto di secolo il decreto-legge abbia preso il posto della legge ordinaria e come, in conseguenza della pandemia, si sia verificato un "effetto domino" con il decreto-legge che ha preso il posto della legge ed i dd.P.C.m. quello del decreto-legge.

[16] Da ultimo, Corte cost., 12 marzo 2021, n.37, su cui *infra.*

[17] Al riguardo, C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni,* in *Astrid*, n.5/2020, spec.2.

[18] Nella Carta costituzionale è previsto il solo decreto-legge per fronteggiare ogni forma di emergenza. In proposito G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria,* in *Rivista AIC,*n.1/2021, 392 ss.

[19] In questo senso M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* in *Rivista AIC,*n.2/2020, 10 aprile 2020, 109 ss., in part. 113; G. ZAGREBELSKY, *Giusti i divieti se tutelano il diritto alla vita,* in *La Repubblica,* 21 marzo 2020, 7.

[20] Così M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19",*in *Osservatorio AIC,* n.3/2020, 28 aprile 2020, 149. Concordano A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* in *Rivista AIC,* n.2/2020, 11 giugno 2020, 558 ss., specie 560-562, e S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia,* ivi, 531 ss., specie 546.

E' accaduto, però, che, durante il periodo repubblicano, gli stati di emergenza siano stati affrontati non solo mediante l'utilizzo dello strumento del decreto-legge, ma anche mediante l'esercizio di poteri *extra ordinem,* previa adozione delle c.d. ordinanze "libere"o "a contenuto libero", atti amministrativi in grado di derogare all'ordine giuridico esistente[21].

Trattasi di atti amministrativi, in quanto formalmente adottati da autorità amministrative, ma che, dal punto di vista sostanziale, acquistano «una forza che trascende quella propria degli atti amministrativi, perché dotati della capacità di derogare alla legislazione dello Stato»[22].

Il potere di ordinanza, pur costituendo un retaggio del preesistente sistema costituzionale in cui la differente posizione costituzionale del "potere esecutivo" giustificava la presenza di poteri atipici[23], non può non fare i conti con la Carta costituzionale ed il conseguente problema della compatibilità costituzionale delle leggi che autorizzano l'adozione di tali ordinanze.

L'interrogativo da porsi è se la Costituzione racchiuda o meno «il fondamento legittimante (espresso ancorché implicito) della normazione *extra ordinem,* condizionandone l'operatività della legittimazione all'intermediazione di una fonte primaria»[24], tale da autorizzare la produzione di fonti di secondo grado capaci di derogare a fonti di grado superiore.

3. Il quadro normativo: la prima fase dell'emergenza.

In tale cornice costituzionale è inserito il sistema legislativo dell'emergenza[25], che contempla le ordinanze del Capo del dipartimento della protezione civile.

Sennonché, l'impostazione del Codice, creata in previsione di calamità naturali quali terremoti, alluvioni, incendi o altre emergenze che incidono sulla struttura fisica del territorio, era inadeguata per la gestione delle emergenze sanitarie, anche di lunga durata, destinate a proiettarsi sul concreto esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini.

A seguito della dichiarazione di «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale» da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità[26], il Consiglio dei ministri, con delibera 31 gennaio 2020, n.26, proclamava «lo stato di emergenza di rilievo nazionale»[27],

---

[21] Ad esempio, l'art 2 del R.D. 18 giugno 1931, n.773, consente al prefetto di adottare «i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica» nel caso in cui vi fosse «urgenza» o una «grave necessità pubblica».

[22] C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione* extra ordinem, in *Osservatorio sulle fonti,* n.1/2021, 81 ss., specie 89.

[23] V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo,*Torino 2021, 311.

[24] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* cit., 116.

[25] D. lgs. 2 gennaio 2018, n.1 (Codice della protezione civile), poi seguito dal decreto integrativo e correttivo, d. lgs. 6 febbraio 2020, n.4. In precedenza, la legge 24 febbraio 1992, n.225, aveva istituito il Servizio nazionale della protezione civile, con il compito di «tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da calamità naturali, da catastrofi e altri eventi calamitosi».

[26] In data 30 gennaio 2020 il Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità dichiarava la diffusione del nuovo coronavirus (2019-nCoV) «emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale», a cui faceva seguito, in data 11 marzo 2020, la più severa dichiarazione di «pandemia».

[27] E' noto che la dichiarazione dello stato di emergenza, già secondo l'impianto originario della legge istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione civile (art.5 della legge n.225 del 1992) rappresenta il presupposto

limitato a sei mesi, ai sensi dell'art.7, comma 1, lett. c)[28], e 24, comma 1, del d.lgs. 2 gennaio 2018, n.1 [29], che attribuisce il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile(art.25)[30].

Per la precisione, l'art.5, comma 1, del Codice di protezione civile, nell'attribuire al Presidente del Consiglio i «poteri di ordinanza in materia di protezione civile», stabilisce che essi possono essere esercitati «per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile », mentre, al comma 2, parla di «direttive», per dettare «gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2».

Sembrerebbe trattarsi di atti «amministrativi generali di indirizzo», che trovano il loro fondamento giuridico nei decreti legge che li autorizzano[31].

Quindi, la deliberazione dello stato di emergenza attribuisce al Capo del Dipartimento della protezione civile il potere di adottare ordinanze *extra ordinem,* «in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico»[32], sulla scia dell'art.5 del Codice della protezione civile, che consente al Presidente del Consiglio di esercitare il potere di ordinanza «tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile».

---

giuridico per l'attivazione del potere *extra ordinem,* potendo l'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri essere adottata solo previa deliberazione dello stato di emergenza.

[28] L'art.7, comma 1, lett. c), d.lgs. n.1 del 2018 considera tre diversi livelli di intervento, tra cui le «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art.24».

[29] L'art.24, comma 1, d.lgs. n.1 del 2018 prevede che la dichiarazione possa essere adottata solo «al verificarsi degli eventi che, a seguito di una valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile sulla base dei dati e delle informazioni disponibili e in raccordo con le Regioni e Province autonome interessate», presentano i requisiti di cui all'art.7, comma 1, lett. c).

[30] L'art. 25 dello stesso Codice prevede le «ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le ordinanze sono emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate (…)». Sul principio di leale collaborazione nella materia della protezione civile G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione,* in *BioLaw Journal,* n. speciale 1/2020, 183 ss. In realtà, l'art.25 del Codice riprende la disciplina previgente racchiusa nell'art.5 della legge 24 febbraio 1992, n.225 (*Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*), e nell'art.107, comma 1, lett. c) del d. lgs. 31 marzo 1998, n.112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n.59*). In particolare,l'art.5(*Stato di emergenza e potere di ordinanza*) della legge n.225/1992 prevede che, a seguito dello stato di emergenza, siano adottate, secondo uno schema "bifasico", *ordinanze* finalizzate all'attuazione degli interventi di emergenza. Tali ordinanze, rientranti nell'ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza, possono essere adottate «*in deroga ad ogni disposizione vigente*», purché «*nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*» (art.5, comma 2).

[31] Così A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti,* in *Costituzionalismo.it,* n.1/2021, 22. *Contra,* TAR Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n.8615, che avvicina i dd.P.C.m. in argomento alle ordinanze contingibili ed urgenti «in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo (…) obblighi di fare e non fare (caratteristica questa che differenzia nettamente dagli atti amministrativi generali le ordinanze contingibili ed urgenti, la cui giustificazione si rinviene nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento)».

[32] Punto 2 della delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

La lunga "catena normativa dell'emergenza"[33] principiava così con il decreto-legge n.6 del 23 febbraio 2020[34], che interveniva *a latere* della disciplina prevista dal Codice della protezione civile, dando vita ad un sistema specifico e parallelo di fonti emergenziali[35].

Tale decreto attribuiva al Presidente del Consiglio il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare l'emergenza sanitaria in conformità all'art.118, comma 1, Cost., con efficacia valida, dapprima, su ambiti territoriali determinati, quindi sull'intero territorio nazionale, ferma restando, in sede locale, la possibilità di adottare ordinanze contingibili ed urgenti da parte dei Presidenti delle regioni e dei sindaci ex artt.32 della legge 23 dicembre 1978, n.833, e 50, comma 5, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

In particolare, il decreto, oltre a prevedere cogenti misure restrittive su base locale, attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di adottare «le misure urgenti» mediante uno o più decreti, da emanare «su proposta del ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale»(art.3, comma 1), ovvero individuava altre non meglio identificate autorità competenti (art.2), ad adottare le misure urgenti per evitare la diffusione dell'epidemia[36].

Lo schema "bifasico" di attuazione degli interventi emergenziali (legge/ordinanze di necessità)[37] attribuiva il potere di ordinanza al Presidente del Consiglio, che, forte di un'ininterrotta sequenza di disposizioni di rango legislativo di proroga, ne avrebbe fatto largo (ab)uso mediante un alluvionale profluvio di decreti (i dd.P.C.m.), ovvero atti monocratici di sua esclusiva iniziativa e spettanza sottratti ad ogni controllo, destinati a divenire il cardine della catena normativa.

Difatti, sulla base di tale autorizzazione legislativa, prendeva corpo una lunga filiera di atti, con cui erano, dapprima, ribadite alcune limitazioni già adottate con le ordinanze del ministro della salute limitatamente ai territori dei comuni di Lombardia e Veneto interessati dal

---

[33] La definizione è di M. LUCIANI,*Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* cit., 109-111.

[34] Decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito nella legge 5 marzo 2020, n.13.

[35] E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo della pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, cit., 69.

[36] Il difetto di tassatività e la labile tipizzazione di tali misure è sottolineata da concorde dottrina. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione,* cit., parla del d.l. n.6 del 2020 come «di una disposizione "in bianco" (…), meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto». A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* cit., descrive una «"delega in bianco" a favore delle "autorità competenti"», attribuita, in particolare, al Presidente del Consiglio con conseguente estromissione o marginalizzazione del parlamento. A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena 2020, 43, ritiene che l'emanazione dei dd.P.C.m. attuativi del d.l. n.6/2020 sia avvenuta sulla base di una "delega in bianco", incompatibile con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di ordinanze contingibili ed urgenti (Corte cost. n.115/2011).

[37] In realtà, il binomio decreti legge/dd.P.C.m., in cui i primi, invece di contenere misure di immediata applicazione, rinviano ai secondi la loro futura attuazione, rappresenta un modello parallelo ed alternativo rispetto a quello (legge/ordinanze *extra ordinem*), in origine previsto dalla legge n.225/1992 e poi confermato dal d. lgs. n.1/2008 nel sistema normativo della protezione civile.

contagio, poi estese all'intera Lombardia ed a parte dell'Emilia Romagna, ed, infine, le stesse misure venivano rese ancora più rigide con il d.P.C.M. 8 marzo 2020.

Di seguito, venivano emanati il d.P.C.m. 9 marzo 2020, che estendeva a tutto il territorio nazionale le misure di contrasto alla pandemia, ed il d.P.C.m. dell'11 marzo 2020,per cui l'intera nazione entrava in *lockdown* , divenendo un'unica zona protetta.

Il sistema, così articolato, attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri il potere di adottare decreti provvisori a due condizioni: 1) che le misure limitative fossero tra quelle astrattamente indicate dalla fonte primaria (decreto-legge); 2) che tali misure fossero proporzionate ed adeguate ai rischi effettivamente presenti nel contesto pandemico.

Parallelamente veniva esercitato anche il potere di ordinanza affidato dall'art.32 della legge n.833 del 1978 al ministro della salute, che poteva a sua volta adottare ordinanze contingibili ed urgenti, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni, mentre analoghe ordinanze venivano adottate dai Presidenti delle singole regioni.

Come se non bastasse, in virtù dell'art.122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n.18, veniva istituito, tra gli altri, il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, che, in collaborazione con le Regioni e «anche su richiesta» delle stesse, poteva «adottare in via d'urgenza, (…) i provvedimenti necessari a fronteggiare ogni situazione eccezionale»[38].

Tali provvedimenti, «*di natura non normativa*», potevano essere adottati «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea».

Nella specie, la definizione di atti non normativi delle ordinanze commissariali non era casuale, stante la mai sopita disputa dottrinale sulle c.d. *ordinanze emergenziali*[39], cioè quelle «ordinanze delle autorità amministrative abilitate in caso di urgenza o grave necessità pubblica a derogare alla legislazione ordinaria, (…) in contraddizione con il primato della legge sugli atti amministrativi»[40].

Un nuovo d.P.C.m. del 22 marzo 2020 sospendeva le attività produttive non essenziali e vietava a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso da quello di residenza, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di necessità o di salute.

---

[38] Le misure governative, soprattutto a partire dal d.P.C.m. del 10 aprile 2020, sono state adottate in conseguenza del parere tecnico-scientifico di tale organo. Ed è noto come nell'emergenza i dati scientifici rilevino sotto il profilo della possibilità di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate (v., in relazione all'accesso civico generalizzato a tali dati, TAR Lazio, Roma, Sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n.8615).

[39] Per S. STAIANO, *Né modello né sistema,* cit.,537-538,«Poche nozioni, invero, sono più tormentate di quella di normatività: sia in ordine al carattere della innovatività, che, quanto alle ordinanze, assume i tratti specifici della deroga-sospensione delle norme vigenti e della provvisorietà; sia quanto alla generalità e all'astrattezza, poiché non è sempre agevole tracciare il confine tra la determinatezza-determinabilità e la indeterminatezza – indeterminabilità dei soggetti e delle fattispecie riconducibili alla previsione». Sulla distinzione tra atti normativi e atti non normativi Ad. Plen., 4 maggio 2012, n.9.

[40] Così G. MORBIDELLI, *Prefazione,* a E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative,* Bologna 2019, 3.

4. La seconda fase dell'emergenza.

A seguito dell'aggravarsi della pandemia, veniva emanato il d.l. n.19 del 25 marzo 2020[41], che, pur facendo salvi gli effetti dei provvedimenti adottati sulla base del d.l. n.6 del 2020, ne abrogava e ne correggeva la formulazione eccessivamente generica, per riallinearlo nel pieno rispetto del principio di legalità, a partire dalla libertà di circolazione ex art.16 Cost.[42]

Tale decreto, da un lato, rinnovava l'attribuzione al Presidente del Consiglio dei ministri di adottare con proprio decreto le misure di contenimento del virus[43]; dall'altro, precisava che le misure restrittive potevano essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni (…) con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus»(art.1, comma 1), e «secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art.1, comma 2).

Ciò evidenziava l'opportunità dell'utilizzo del d.P.C.m., quale strumento agile ed adeguato al continuo mutare dei contesti, anche se, in linea con il d.l. n.6/2020, residuava un ampio margine in capo al Presidente del Consiglio nel dare concreta attuazione alle varie misure limitative delle libertà dei cittadini.

Il d.l. n.19 del 2020 prescriveva altresì la pubblicazione dei dd.P.C.m. nella G.U. e la loro comunicazione alle Camere il giorno successivo alla pubblicazione e che «(i)l Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferi(sse) ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto» (art.2, comma 5). Per colmare le precedenti lacune, si dava così vita alla *parlamentarizzazione* della gestione dell'emergenza, nel tentativo di allinearla all'impianto costituzionale[44].

---

[41] Al riguardo F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n.19 del 25 marzo 2020),* in *federalismi.it,* 6 aprile 2020.

[42] Sulla libertà di circolazione L. MAZZIOTTI DI CELSO, *Circolazione e soggiorno (libertà di),*in *Enc. dir.,*VII, Milano 1960, 14 ss.; U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di),*in *Noviss. dig. it.,* XVII, Torino 1970, 818 ss., e A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale,*II ed., Padova 1992, 267 ss.

[43] L'art.2, comma 1, ult. capoverso, del decreto-legge n.19 del 2020 stabilisce che per le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti venivano adottati «sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n.630».

[44] La dottrina è concorde nel ritenere che la gestione della crisi pandemica abbia esautorato e/o, comunque, marginalizzato il ruolo delle Camere, peraltro già da tempo in crisi per lo spostarsi delle decisioni politiche in capo al governo, tale da far ritenere essersi verificata una torsione monocratica della funzione di governo o, comunque, una trasformazione del modello legislativo a prevalenza dell'esecutivo (decreti legge convertiti grazie alla questione di fiducia, la prassi deteriore dei maxi-emendamenti, la disciplina di interi settori con ordinanze del Presidente del Consiglio in attuazione di decreti legge). La presidenzializzazione della politica, la crisi dei partiti, l'emarginazione del parlamento hanno accentuato i timori di un'involuzione della forma di governo democratico. V., *ex multis,* G. GUZZETTA, *Le bugie di Conte Orwell: il Parlamento ridotto a barboncino del capo,* in *Il riformista,* 12 maggio 2020, nonché Id., *Covid: Parlamento a bagno-maria, democrazia calpestata,* in *Il riformista,* 14 ottobre 2020, e L. A. MAZZAROLLI,*«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem, *con ovvio,*

Per evitare, poi, l'iperattivismo incontrollato ed ingiustificato delle Regioni e le conseguenti tensioni interistituzionali[45], l'art.3, comma 1, del decreto n.19 disponeva che le Regioni, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», potevano, «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento», «introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

Da ciò l'inedita congerie di decreti-legge e dd.P.C.m.[46], ordinanze e decreti del ministro della salute[47], ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile[48], ordinanze commissariali [49], nonché ordinanze delle autorità regionali e locali, con i conseguenti contrasti, talvolta sfociati in sede giudiziaria[50], tra il governo centrale, da un lato, e le Regioni ed i sindaci, dall'altra, tali da rendere quanto mai confuso ed incerto il quadro normativo.

Difatti, l'inestricabile groviglio di norme e disposizioni non solo dava vita ad un'ampia gamma di previsioni derogatorie e di limitazioni a diritti fondamentali, ma generava incertezze finanche negli addetti ai lavori[51].

---

conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt.16, 70,ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *federalismi,* 23 marzo 2020.

[45] Così A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* cit., 580, che richiama in nota G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei* dpcm *sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19,* in *Diritti regionali,* n.1/2020, 21 marzo 2020.

[46] V. il completo *Dossier* di C. DRIGO ed A. MORELLI, in *www.dirittiregionali.it*, 26 marzo 2020. A ciò si aggiunga la prassi dell'abrogazione dei decreti legge nel corso della pandemia: solo nel 2020 il governo ha adottato 24 decreti legge riconducibili al Covid-19, ma di questi ben 11 sono stati "abrogati" mediante apposite disposizioni legislative (si tratta dei decreti legge nn.9, 11, 14, 29,52,111, 129, 149, 154, 157 e 158). Ciò è segnalato anche da E. ROSSI, *Appunti sull'abrogazione di decreti-legge in sede di conversione ad opera di successivi decreti-legge (nell'emergenza Coronavirus),* in *www.osservatoriosullefonti.it,* n. speciale 2020, 644.

[47] A cui si devono aggiungere le innumerevoli circolari interpretative, i comunicati stampa ed i chiarimenti resi mediante *Frequently Asked Questions* (le c.d. FAQ), cioè domande poste frequentemente e pubblicate sui siti internet del Governo e della Protezione civile, tanto da divenire la principale regola della vita quotidiana.

[48] Dal 3 febbraio 2020, data della prima ordinanza esecutiva della dichiarazione dello stato di emergenza, al settembre 2021 ne sono state adottate almeno settantanove.

[49] Ne contesta la natura di fonte A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale,* cit., 212, secondo cui tale natura, «quando pure la si ammetta, con molta buona volontà ed una oggettiva forzatura, porta gli atti stessi che ne sono dotati ai gradi più bassi del sistema, con buona pace delle riserva di legge al riguardo stabilite nella Carta».

[50] TAR Marche, decreto del 27 febbraio 2020, n.56, che sospende, su ricorso della Presidenza del Consiglio dei ministri, l'ordinanza del 25 febbraio 2020 del Presidente della regione con la quale veniva disposta la chiusura delle scuole sul territorio regionale; TAR Campania, decreto 18 marzo 2020, n.416, con cui è stata negata la sospensione dell'ordinanza n.15 del 13 marzo 2020 del Presidente della giunta regionale della Campania, che aveva limitato fortemente la libertà di circolazione a causa del diffondersi del contagio; TAR Calabria, sez. 1,9 maggio 2020, n.841, che sospende, su ricorso del governo, l'ordinanza del Presidente della regione Calabria che consentiva la ripresa dell'attività di ristorazione, non limitata alle modalità di consegna a domicilio con asporto, con osservazioni di E. RINALDI, *Sulle ordinanze regionali contingibili e urgenti ai tempi del "*Coronavirus", in *Giur. cost.,*2020, 2549 ss.

[51] M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità,* in *Osservatorio AIC,* n.3/2020, 28 aprile 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi,* in *Questione giustizia,*18 marzo 2020; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza,* in *Diritti regionali,* n.1/2020, 4 aprile 2020, 517 ss.

Il tutto aggravato dalla politica del c.d.«doppio binario nella produzione del diritto messo in opera ad avvio dell'emergenza, tra ordinanze della protezione civile e ordinanze di necessità legittimate con decreto-legge»[52].

L'aver limitato diritti e libertà costituzionalmente previsti con una fonte anomala quale il d.P.C.M., per quanto coperta dall'abilitazione, dapprima, del d.l. n.6 e, poi, del d.l. n.19 del 2020, poteva rappresentare un *vulnus* dell'assetto costituzionale[53], esautorante, tra l'altro, ogni controllo da parte del Presidente della Repubblica in sede di emanazione e del Parlamento in sede di conversione dei decreti.

Sin dal d.l. n.6/2020, le progressive e gravose limitazioni delle libertà fondamentali imposte dal governo mediante il ricorso sistematico ad una fonte secondaria, destinata a trovare riscontro in un previo e/o successivo decreto-legge, sono apparse da subito fonte di evidenti criticità, tanto più che tali misure finivano con il costituire una catena ininterrotta dell'emergenza, generando incertezze e confusione in ordine alla loro concreta applicazione [54].

Ciò non poteva non costituire oggetto di numerose contestazioni da parte della dottrina[55], anche se non sono mancati coloro che, seppur con rilievi critici, hanno ritenuto tale sistema delle fonti in linea con la normativa emergenziale del nostro ordinamento[56].

5. La terza fase dell'emergenza.

Gli interventi successivi venivano rivolti a "stabilizzare l'emergenza"[57], in quanto, pur mantenendo l'intervento del Parlamento secondo quanto previsto dal d.l. n.19, proseguivano la concreta gestione dell'epidemia mediante i dd.P.C.m. attuativi di decreti legge.

---

[52] Così S. STAIANO, *Né modello né sistema,*cit.,542.

[53] Sul *vulnus* alle riserve di legge ex artt.13 e 16 Cost., v., *ex multis*, L. A. MAZZAROLLI,*«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem, *con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt.16, 70,ss., 77 Cost., per tacer d'altri,* cit.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione,* cit.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione, Editoriale,* in *Dirittifondamentali.it,* 27 febbraio 2020, che paventa il rischio di una trasformazione dello Stato costituzionale in "Stato di prevenzione".

[54] M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità,* cit.; G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?,* in *Il Dubbio,* 4 aprile 2020. Non a caso, anche la Corte costituzionale, in una sua remota decisione, aveva ritenuto che «*l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo*» (Corte cost., 1° febbraio 1982, n.15, punto 7 del Cons. dir.).

[55] Per tutti, I. A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale,*Napoli 2021; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* cit.; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili,* in *Osservatorio AIC,* n.3/2020, 7 aprile 2020, 33 ss.; M. G. CIVININI- G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato,* in *Questione giustizia,* 14 aprile 2020.

[56] M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,*cit.; S. STAIANO, *Né modello né sistema,* cit.

[57] S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata,* in Id.(a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni,* Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa, Torino 2006; A. CARDONE,*La "normalizzazione " dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo,* Torino 2011.

Con decreto-legge 30 luglio 2020, n.83, veniva estesa la dichiarazione dello stato di emergenza di altri sei mesi sino al 31 dicembre 2020, successivamente prorogata al 30 aprile 2021, poi al 31 luglio 2021 e, da ultimo, al 31 dicembre 2021. Il tutto in linea con la concatenazione normativa posta in essere dal governo, che prevede, in immediata o quasi successione cronologica, dapprima, una deliberazione normativa del Consiglio dei ministri, poi seguita da un decreto-legge ed, infine, da un d.P.C.m., spesso reso intercambiabile e fungibile[58], in modo da creare un sistema parallelo alle ordinanze della protezione civile[59].

La risposta all'emergenza pandemica è proseguita, seppur in maniera più contenuta, con il successivo governo Draghi, che ha preferito far ricorso allo strumento del decreto-legge, anche se per prorogare, parzialmente, l'efficacia delle misure stabilite con i dd.P.C.m.[60]

6. I dd.P.C.m. ed il principio di legalità.

L'art. 5, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n.400[61], prevede che, ai sensi dell'art.95, comma 1, Cost., le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri, di norma di rilevanza organizzativa, devono essere adottate nella forma di decreti[62], che, in quanto tali, rientrano nella potestà normativa del governo[63].

In realtà, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri non è disciplinato in modo univoco e compiuto dalla legge n.400/1988, per cui, in generale, può affermarsi che esso «assume tale forma per dare certezza legale alla manifestazione di volontà del *premier,* cioè di un soggetto investito di pubblica funzione, posta in essere nell'esercizio di essa e nei casi e per i fini disciplinati dalle norme dell'ordinamento, che la forma del decreto per quell'atto prevedono, anche implicitamente»[64].

---

[58] M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela,* in *Rivista AIC,* n.1/2021, 23 febbraio 2021, 399 ss., specie 409, e A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del governo e decreti legge,* in *Osservatoriosullefonti.it,* n.2/2012, 1 ss.

[59] C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana,* in *Dir. pubbl.,* 2009, 317 ss. Di un «sistema di diritto amministrativo parallelo a quello ordinario» parla anche V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione,* in *Dir. pubbl.,* n.2/2007, 350 ss., in part. 377.

[60] A partire dal decreto-legge 1° aprile 2021, n.44, e dal decreto-legge 22 aprile 2021, n.52, il nuovo governo ha inteso definire direttamente nell'atto-fonte di rango primario, cioè nello stesso decreto-legge, anche tutti i dettagli applicativi delle misure restrittive in tema di chiusure degli esercizi commerciali e delle altre misure limitative finalizzate ad assicurare il c.d. distanziamento sociale. Occorre però evidenziare che anche tali decreti non mancano di operare ampi rinvii ai «provvedimenti adottati in attuazione dell'articolo 2 del decreto-legge n.19 del 2020», cioè ai precedenti dd.P.C.m.

[61] Legge 23 agosto 1988, n.400, recante la «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri».

[62] Si pensi, ad esempio, alla nomina mediante dd.P.C.m. di particolari Comitati ministeriali, ai sensi dell'art.5, comma 2, lett. h), di tale legge.

[63] F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza* coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020, 130 ss., in part. 139, sottolinea la novità dello strumento adottato, dato che la legge n.400/1988, che pur prevede un'ampia potestà normativa del governo, non prevede affatto dd.P.C.m. del tutto sganciati dal sistema.

[64] S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri,* in *Enc. dir., Agg. II,* Milano 1998, 281 ss. Per F. POLITI,*Decreto ministeriale*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano 2001,341 ss., la denominazione di decreto racchiude sia atti normativi, che atti amministrativi generali a contenuto non normativo.

In tale quadro si inseriscono i dd.P.C.m. di gestione dell'emergenza sanitaria, che, nonostante la loro provvisorietà, sono diventati i protagonisti della pandemia, contribuendo in massimo grado alla c.d. presidenzializzazione dell'esecutivo[65] ed alla emarginazione del Parlamento[66].

Non a caso, le ordinanze di necessità ed urgenza, peraltro variamente denominate[67], sono assunte da organi monocratici in deroga al diritto vigente, per regolare casi di urgente necessità, non coperti da disciplina legislativa e non aventi un contenuto predeterminato, destinate come sono ad avere effetti nei limiti spaziali e temporali, che ne legittimano l'adozione[68].

Se la dottrina del periodo liberale ne giustificava l'adozione alla luce della necessità come fonte di produzione di norme giuridiche[69], in nome del principio per cui *salus rei publicae suprema lex esto*[70] , l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, con i suoi corollari, ha imposto lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza, per rimodellare l'istituto in modo da allinearlo con la Carta costituzionale[71]ed evitarne un uso costituzionalmente illegittimo[72].

---

[65] Sulla sovraesposizione mediatica del Presidente del Consiglio dei ministri attraverso l'uso massiccio dei dd.P.C.m. e di una comunicazione anticipata di tali provvedimenti B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione,*cit., VI.

[66] Il rilievo è di F. SORRENTINO, *op. ult. cit.*,139, «tali decreti (…) hanno assunto, non ostante la loro temporaneità, un ruolo fondamentale nella gestione dell'emergenza, che ha finito per interessare la stessa forma di governo, collocando la figura del Primo ministro in posizione sovraordinata rispetto a quella dei ministri».

[67] L'art.5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n.225, le qualifica *ordinanze contingibili ed urgenti*, mentre Corte cost., 4 gennaio 1977, n.4, al punto n.2 del Cons. dir., stante il loro contenuto atipico, parla di *ordinanze libere o innominate*. In tal modo sono chiamate da A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli 1989, XV ed., 67 ss., in quanto le stesse non hanno un contenuto tipico, nel senso che la legge non tipizza il contenuto del provvedimento.

[68] Per R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto,* II ed., Torino 2012, 257, esse si distinguono dagli *atti necessitati*, che sono previsti e regolati dalla legge, che li disciplina, laddove le ordinanze di necessità e di urgenza non hanno un contenuto predeterminabile per legge, presentando una maggiore discrezionalità nel *quid* e nel *quomodo* dell'adozione del provvedimento. Sulla distinzione tra atti necessitati e poteri di ordinanza M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati,* in *Giur. compl. Cass. civ*., XXVII, 1/1948, 390 ss., ora in Id., *Scritti,* Milano 2002, II, 950 ss., e F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità,* in *Enc. giur.,*XXII, Roma 1990.

[69] Per S. ROMANO, *Sui decreti -legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio -Calabria,* cit., 357, ciò che caratterizza la necessità è «la materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, ed il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne delle nuove»; F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione,* in *Giur. it.,* 1898, IV, 369 ss.; V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale,*Firenze 1917,224 ss.; O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo,*in *Riv. dir. pubbl. e p.a. in Italia,* 1926, 165 ss.; A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento,* in *Scritti di diritto pubblico,* Città di Castello 1900. Sui provvedimenti di necessità ed urgenza e sulla loro compatibilità con la Costituzione, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico,* Padova 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano,* Milano 1988, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza,* Milano 1990; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli,*Milano 2003; A. FIORITTO, *L'Amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie,* Bologna 2008, e G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali,* Bari 2010, 44, secondo cui la disciplina dell'emergenza, operando come una sorta di «*clausola generale*, ha aperto la strada ad "interventi statali a prescindere dalla distribuzione delle materie fra Stato e Regioni"».

[70] M. T. CICERONE, *De legibus,* IV.

[71] M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19",* cit., distingue la necessità come fonte-fatto dallo stato di necessità/emergenza, che legittima ex art.77 l'intervento del governo e del parlamento e che deve, quindi, muoversi nei confini tracciati dalla Costituzione.

[72] Sostengono che l'ordinamento repubblicano preveda il decreto-legge quale unico strumento a disposizione dell'esecutivo per fronteggiare le emergenze, G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost. e amm.),* in *Nss. Dig. it.,*XII, Torino 1965, 89 ss., specie 94; G. MARAZZITA, *L'emergenza*

Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale, sin dalla sentenza interpretativa di rigetto n.8 del 1956 relativa ai poteri prefettizi d'ordinanza di necessità ed urgenza ex art 2 del R.D. 18 giugno 1931 n.773[73], ha riconosciuto la conformità a Costituzione dei poteri emergenziali, a condizione che i relativi atti siano: a) ad efficacia limitata nel tempo; b) proporzionati ai dettami della necessità ed urgenza; c) adeguatamente motivati; d) oggetto di pubblicazione nel caso abbiano portata generale; e) rispettosi dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Dunque, «atti amministrativi, insomma, temporaneamente abilitati a sostituirsi, in deroga, a disposizioni di legge;però diversi dai decreti legge che, secondo la Corte, "hanno altri caratteri ed altri effetti"»[74].

Anche Corte cost., 27 maggio 1961, n.26, ribadisce che le ordinanze sono atti amministrativi ed il loro contenuto deve sempre essere subordinato al rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico.

Tale decisione, che pure perviene ad una dichiarazione parziale di illegittimità costituzionale degli stessi poteri prefettizi d'ordinanza[75], ridimensionati ma miracolosamente sopravvissuti sino ai giorni nostri, ritiene «*ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito*»[76].

A parte, la sentenza 4 gennaio 1977, n.4, con cui la Corte, pur prospettando l'eventualità del carattere normativo delle ordinanze, finisce poi per escluderle dal novero delle fonti in quanto «*non innovano al diritto oggettivo»*[77].

Di fronte all'art.5 della legge n.225 del 1992, poi trasfuso nell'art.25, comma 1, del Codice della protezione civile, i giudici costituzionali, con la decisione 14 aprile 1995, n.127[78], da un lato, riaffermano la conformità alla Costituzione del potere di ordinanza, dall'altro, ne ribadiscono i limiti, condizionando l'esercizio di tale potere al rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza delle limitazioni imposte, con la precisazione che, in caso di

---

costituzionale. Definizioni e modelli, cit., 424 ss., nonché Id., *Le ordinanze di necessità dopo la legge n.127 del 1995 (Riflessioni a margine di Corte cost. n.127 del 1995),* in *Giur. cost.,* 1996, 525; F. PEDRINI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di protezione civile,* in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali,*Bologna 2008, 193 ss.

[73] Corte cost.,2 luglio 1956, n. 8.

[74] A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea,* in *Rivista AIC,* n.2/2021, 8 aprile 2021, 143 ss., specie 161. Per F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità,* cit., 2, già nella sentenza n.8 del 1956 si ritrovano i canoni di tali atti, derivanti principalmente dal riconosciuto carattere amministrativo ed estensibili, per comune riconoscimento, a tutte le ordinanze di necessità. L'innovatività, carattere ineludibile delle fonti normative, sarebbe infatti assente in tali ordinanze.

[75] La Corte costituzionale, con la sentenza 26/1961, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.2 del T.U.L.P.S. nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico.

[76] Corte cost., 27 maggio 1961, n.26, punto n.5 del Cons. dir.

[77] Secondo Corte cost., 4 gennaio 1977, n.4, tali ordinanze, «*sia che si rivolgano (…) a destinatari determinati, prescrivendo loro un comportamento puntuale, sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, ma sempre entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare, sono provvedimenti amministrativi, soggetti, come ogni altro, ai controlli giurisdizionali esperibili nei confronti di tutti gli atti amministrativi*» (punto 2 del Cons. dir.).

[78] Corte cost., 14 aprile 1995, n.127.

dubbi applicativi, tale normativa debba essere interpretata «secundum ordinem *in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema delle fonti*»[79].

Il potere di ordinanza, che è un potere amministrativo, non può che fondare la sua legittimazione nel principio di legalità, che costituisce «l'architrave su cui poggia l'ampio potere emergenziale»[80]. Sicché il principio di legalità degli atti amministrativi è rispettato in quanto il potere della pubblica amministrazione si fonda comunque su un'autorizzazione legislativa[81].

In seguito, la Corte delle leggi, da un lato, ribadisce come vi sia la indefettibile necessità di osservare il principio di legalità sostanziale a base dello Stato di diritto, in relazione alle ordinanze sindacali ex art.54, comma 4, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, ma, dall'altro, consente l'adozione di ordinanze *extra ordinem*[82], nel rispetto dei canoni da essa stessa stabiliti.

Per la Corte, «*deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se "temporalmente delimitate"(ex plurimis, sentenze n.127 del 1995, n.418 del 1992, n.32 del 1991, n.617 del 1987, n.8 del 1956) e, comunque, nei limiti della "concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare"(sentenza n.4 del 1977)*»[83].

Quindi, per la giurisprudenza costituzionale, l'esercizio dei poteri di necessità e di urgenza richiede il rispetto del principio di legalità in senso formale ed il criterio materiale della proporzionalità ed adeguatezza alle dimensioni spaziali-temporali dell'evento straordinario che si intende fronteggiare[84]. Ove vi sia una legge a base del potere di ordinanza ed il concreto esercizio di tale potere rispetti i limiti imposti dalla Corte costituzionale, il provvedimento emergenziale può agire *extra ordinem*[85].

Resta da esaminare se i dd.P.C.m. emergenziali abbiano rispettato il principio di legalità, nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale, per poi indagare la loro natura e posizione nel sistema delle fonti di diritto.

Sul piano della legittimità costituzionale, alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale[86], si può affermare che di certo i decreti legge, e i d.P.C.m. che ne co-

---

[79] Corte cost., 14 aprile 1995, n.127, punto 2 del Cons. dir., su cui G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n.127 del 1995 della Corte costituzionale,* in *Giur. cost.,*1995, 2185 ss., che considera la legge n.225/1992 un modo per eludere l'art.77 Cost.

[80] E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus,* in *BioLaw Journal,* 18 marzo 2020, 5.

[81] Così G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa,* cit., 59. Secondo tale A.,«è la stessa legge abilitativa che contiene una "autorottura" o meglio una rottura della fonte cui appartiene (e delle fonti subordinate) consentendo espressamente o per implicito la deroga».

[82] Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115 (red. Silvestri).

[83] Così Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115, punto n.3.1 del Cons. dir.

[84] A. MORRONE, *Fonti normative,* Bologna 2018, 219, nonché V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione,* in *Dir. pubbl.,* n.2/2007, 345 ss.

[85] F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo,* in *Giorn. dir. amm.,*2020, 316.

[86] Corte cost., 27 maggio 1961, n.26, punto n.5 del Cons. dir., distingue, in relazione alla possibile incidenza del potere di ordinanza sull'esercizio dei diritti costituzionali, le ipotesi di riserva di legge assoluta e relativa: nel primo caso, «*non può concepirsi che* (…) *l'art.2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione*», nel secondo, invece, «*nulla vieta che* (…) *una disposi-*

stituiscono attuazione, per poter essere rispettosi del principio di legalità sostanziale, non possono incidere con carattere innovativo sulle libertà fondamentali dei cittadini, ove coperte da riserva di legge assoluta[87].

Al riguardo, la Costituzione riconosce, tra gli altri, quali diritti fondamentali sia quello alla «libertà personale» (art.13), sia quello alla «libertà di circolazione e soggiorno» (art.16), ma per entrambi prevede delle limitazioni.

Prendiamo, ad esempio, la libertà di circolazione e soggiorno, risultata la più compressa durante la pandemia[88], che costituisce sì un principio fondamentale, ma a cui la Costituzione stessa, all'art.16, prevede che si possano porre «*le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e di sicurezza*».

Tali limitazioni, quindi, sono presidiate da una riserva di legge rinforzata per contenuto[89], che, in quanto tale, ne consente l'introduzione solo mediante legge, previa adozione di provvedimenti amministrativi di dettaglio.

Se correttamente si ritiene che le misure sanitarie emergenziali non abbiano inciso la libertà personale ex art.13 Cost.[90], le cui restrizioni richiedono l'intervento dell'autorità giudiziaria[91], bensì solo la libertà di circolazione, compressa e limitata *per motivi di sanità*, si giu-

---

zione di legge ordinaria conferisca al Prefetto di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere».

[87] A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* cit., 561; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale,*cit., 283; A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale,* Milano 1967, 174.

[88] Si pensi al decreto-legge 18 dicembre 2020, n.172, (il c.d. *Lockdown di Natale*), che ha vietato, tranne poche eccezioni, tutti gli spostamento dal 24 dicembre fino al 6 gennaio.

[89] Sulla natura della riserva di legge rinforzata assoluta o relativa in materia di libertà di circolazione le posizioni in dottrina sono assai diversificate: ne dà conto, da ultimo, C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale,* in *Rivista AIC,* n.4/2020, 7 ottobre 2020. Definiscono «assoluta» la riserva di legge, tra gli altri, G. DE MURO, *Art.16,* in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione,*vol. I, Torino 2006, 377, e M. RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento,* in *Astrid Rassegna,* 2009. Invece, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali,* Torino 2011, 325, richiama la giurisprudenza costituzionale (sentenza n.68 del 1964), per affermare la natura relativa della riserva di legge, confermata da numerosi atti legislativi, quale, ad esempio, il Codice della strada, che prevede diversi poteri di ordinanza atti a limitare la circolazione. Sull'autonomia della libertà di circolazione e soggiorno rispetto alla libertà personale L. CASTELLI, *Art.16,* in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. ENEA VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo,* vol. I, parte I,Bologna 2018,114 ss.

[90] In ordine ai profili di mancato rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione di cui all'art.13 Cost., M. BIGNAMI, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus,* in www.questionegiustizia.it, osserva, per la prima ipotesi, come sia «direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa a disporre la quarantena» e, nella seconda ipotesi, che non «viene in gioco una restrizione fisica», essendo «solo configurato un fatto di reato» nel caso si violi la prescrizione, per cui il cittadino «continua a disporre della sua libertà personale, e, se ritiene che le circostanze lo consentano, può lasciare la dimora, naturalmente a suo rischio e pericolo giuridico (oltre che di salute, ma per gli altri)».

[91] Ad avviso di G. L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena,* in *Sistema penale,* 2 aprile 2020, V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura,* in *Arch. pen.,* 2020, 1 ss., e A. NATALE, *Il decreto-legge n.19 del 2020: le previsioni sanzionatorie,* in *Questione giustizia,* 28 marzo 2020, la quarantena imposta in caso di positività al Covid limiterebbe in modo diretto la libertà personale, concretizzandosi in una forma di detenzione tale da richiedere l'intervento del giudice ai fini della convalida.

stifica l'intervento dell'autorità amministrativa purché vi sia un'adeguata copertura legislativa e la previa fissazione di idonei criteri delimitativi[92].

Ricostruendo così la caotica successione dei provvedimenti governativi in un'ottica funzionale, si ha che «la fonte di rango primario ottempera alla riserva di legge ex art.16 Cost., disponendo le "limitazioni" conseguenti alla emergenza, e la fonte di rango secondario vi dà "amministrativamente" attuazione»[93].

In disparte il rilievo che è lo stesso Parlamento a ratificare la scelta di attribuire al Presidente del Consiglio la facoltà di adottare e specificare le misure emergenziali, indicate e tipizzate dai diversi decreti legge poi convertiti, le misure restrittive sembrano conformarsi ai dettami della giurisprudenza costituzionale, anche se adottate mediante dd.P.C.m. meramente attuativi[94].

In definitiva, pur tra molteplici criticità, le misure limitative dell'ordinario svolgimento della vita sociale, se sorrette da proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza, sembrano non aver prodotto alterazioni irreversibili dei nostri diritti costituzionali individuali e collettivi.

La compatibilità costituzionale della disciplina emergenziale adottata dal governo è confermata dalla Corte costituzionale, che, dapprima, con la sentenza n.37 del 2021[95] e, da ultimo, con la recente decisione n. 198 del 2021, relativa alla legittimità costituzionale del decreto legge n.19 del 2020 riguardante l'adozione, mediante dd.P.C.m., di misure urgenti di

---

[92] A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti,* cit.,19-20, nonché I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo,* in *Rivista AIC,* n.1/2021, 12 gennaio 2021,98 ss., specie 132.

[93] Così R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio",* in www.dirittiregionali.it, 30 marzo 2020, 506 ss., specie 511. Di diverso avviso, D. TRABUCCO, *Il principio di legalità formale e sostanziale ai tempi del Covid-19. Le "fibrillazioni" dello Stato di diritto,* e C. DELLA GIUSTINA, *Il rispetto (mancato) della riserva di legge nella limitazione dei diritti costituzionali durante l'emergenza sanitaria da Covid-19,* entrambi in AA. VV., *Covid-19 vs. democrazia. Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria* (a cura di M. BORGATO e D. TRABUCCO, Napoli 2020, rispettivamente 19 ss. e 41 ss.

[94] P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente,* in *Osservatorio sulle fonti,* n.2/2020, 689 ss.; L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione,*in *Osservatorio sulle fonti,*fasc. speciale, 2020, 471 ss., specie 493, secondo cui «Non si sono sospese le disposizioni costituzionali sulle libertà costituzionali, ma si sono limitate quelle libertà: le disposizioni costituzionali, però, prescrivono non solo le libertà, ma anche il modo di apposizione di limiti. Non vi è vigenza della Costituzione senza applicazione, né pura applicazione senza vigenza della Legge».

[95] Corte cost., 12 marzo 2021, n.37:«*Fin dal decreto-legge 23 febbraio 2020,n. 6 (…), il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione*, *da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di quest'ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del consiglio dei ministri*» (punto 9 del Cons. dir.). La decisione si segnala in quanto, nell'accogliere in parte qua il ricorso del governo avverso la l.r. Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n.11, respinge l'eccezione di incostituzionalità, formulata nei confronti della gestione statale dell'emergenza dalla difesa regionale, che aveva domandato che la Corte sollevasse dinnanzi a sé stessa la questione della illegittimità del sistema d.l./dd.P.C.m. per violazione dell'autonomia legislativa ed amministrativa regionale. Su tale decisione, *ex multis,* A. LUCARELLI, *La gestione dell'emergenza da Covid 19 tra regole uniformi, istanze di autonomia ed incertezza negli strumenti normativi*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.,*n.2/2021; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, "annichilimento" della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d'urgenza: è davvero così* liberamente *derogabile il sistema della protezione civile?,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* n.2/2021, 312 ss.; C. SALAZAR, *La sent. n.37/2021 completa il dittico valdostano: la legge regionale «anti-d.P.C.m.» è (parzialmente) illegittima,* in *Quad. cost.,*n.3/2021, 688 ss.

contenimento e gestione della pandemia[96], ha negato l'alterazione del principio di tipicità delle fonti di produzione normativa da parte degli adottati provvedimenti emergenziali.

Su tali posizioni si attesta anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui i dd.P.C.m. si pongono come «atti generali a contenuto normativo-regolamentare assimilabili alle ordinanze contingibili ed urgenti quanto a temporaneità e quanto ai presupposti giustificativi costituiti da una grave emergenza sanitaria di carattere eccezionale, tale da imporre risposte organizzative e gestionali straordinarie, essendo palesemente e pacificamente impossibile far fronte ad essa con gli ordinari mezzi e strumenti disponibili nel vigente ordinamento giuridico»[97].

7. La natura giuridica dei dd.P.C.m.

I dd. P.C.m. vengono fatti rientrare di norma nel più ampio *genus* delle ordinanze "necessitate", che racchiudono una serie molto vasta di atti formalmente amministrativi, in quanto emanati sul presupposto della necessità ed urgenza da autorità amministrative, ma autorizzati attraverso una fonte primaria[98].

Pur di incerta collocazione tra le fonti, le ordinanze di necessità e di urgenza sono atti a contenuto atipico che l'amministrazione, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitata ad adottare per fronteggiare situazioni eccezionali, in deroga alla normativa di rango primario, ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento[99].

In tal caso, la norma attributiva del potere si limita a fissare i presupposti emergenziali ed il fine pubblico dell'azione amministrativa, senza predeterminare il contenuto provvedimentale, che è rimesso alla scelta discrezionale dell'organo agente.

Secondo antica dottrina[100], «Nello Stato costituzionale il potere di ordinanza diviene eccezionale, ed ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una *deroga al principio della riserva di legge, predeterminata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali*».

---

[96] Corte cost., 22 ottobre 2021, n.198, che ha dichiarato l'infondatezza della *quaestio* in relazione agli artt.1,2, e 4 del d.l. n.19/2020, in quanto le disposizioni censurate non hanno conferito al Presidente del Consiglio una funzione legislativa in violazione degli artt.76 e 77 Cost., né, tanto meno, poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art.78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati.

[97] Così il parere del Consiglio di Stato, sez. I, 13 maggio 2021, n.850.

[98] E. C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti,* cit., 14.

[99] R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo,* Molfetta 2020, 73 ss. Non a caso, F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* XXX, Milano 1980, 970 ss., rifacendosi alle note tesi dell'Esposito, *Decreto-legge,* XI, Milano 1962, in part. 866, ricorda come la dottrina era solita qualificare il decreto-legge come "ordinanza generale" e l'ordinanza amministrativa come "ordinanza particolare".

[100] M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati,* cit., 951, nonché Id., *Diritto amministrativo,* vol. I, Milano 1970, 578:«le ordinanze di necessità non potranno mai essere eliminate. Esse rispondono ad un compito insostituibile: di fungere da valvola nei casi imprevisti, in cui la formazione non appronta alcun provvedimento necessitato per intervenire: un compito quindi in certo senso opposto a quello dei provvedimenti necessitati, che può dirsi di *integrazione delle lacune dell'ordinamento*».

Da tempo il carattere derogatorio delle ordinanze *extra ordinem* ha animato il dibattito sulla loro natura normativa o amministrativa[101] e segnatamente sulla capacità di tali provvedimenti di sospendere, seppur in via temporanea, la regola ordinaria, dando vita ad uno *jus* singolare, che esprima l'attitudine ad innovare l'ordinamento[102].

Trattasi di atti formalmente amministrativi[103], che, a differenza dei provvedimenti amministrativi, possono derogare al diritto in presenza di una fattispecie emergenziale, qualora si ritenga necessaria una disciplina diversa da quella prevista in astratto dalla norma, ma tale deroga è ammessa solo laddove le norme concernenti i singoli poteri di ordinanza prevedano criteri direttivi per l'esercizio del potere stesso[104]. Occorre allora interrogarsi sulla natura giuridica e l'efficacia di tali atti, onde accertarne il valore normativo o amministrativo.

Un primo orientamento, peraltro minoritario, ritiene che le ordinanze in questione abbiano natura normativa e rappresentino fonti di livello secondario, atteso il loro carattere generale ed astratto e la capacità di derogare a norme di legge, seppur per periodi circoscritti[105].

Di diverso avviso la dottrina maggioritaria, che, in linea con la giurisprudenza costituzionale, qualifica le ordinanze di necessità e d'urgenza come atti di natura formalmente e sostanzialmente amministrativa, e, come tali, a carattere provvedimentale[106].

Tale orientamento, nel solco tracciato da Corte cost. 4 gennaio 1977, n.4, propende per la natura amministrativa in ragione della temporaneità delle statuizioni e del carattere

---

[101] Per A. M. SANDULLI, *Manuale,* cit.,58 ss., le ordinanze libere possono essere considerate fonti del diritto solo quando contengano statuizioni generali e astratte ed hanno il potere di innovare nell'ordinamento giuridico, dovendo negli altri casi essere considerate meri provvedimenti amministrativi. *Contra,* G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza,* cit.,92, secondo cui «le norme che prevedono ordinanze non derogano ad alcuna altra norma ma da un lato legittimano la pubblica Amministrazione ad emanare provvedimenti anche rispetto a fattispecie non prevedute da diritto, dall'altro abilitano le autorità a derogare ad un numero indeterminato di norme». In disparte, G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa,* cit., 37 ss., che riconosce la normatività di alcuni tipi di ordinanze.

[102] F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n.19 del 25 marzo 2020),* cit.,7.

[103] A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 15 ss., distingue negli atti dei pubblici poteri la *forza di legge* (efficacia), che consiste nella possibilità di innovare, modificare o integrare l'ordine legislativo preesistente, dal *valore formale di legge* (regime giuridico), che comporta la intangibilità dell'atto da parte di chiunque, salvo la Corte costituzionale.

[104] G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza,* cit.,95, secondo cui «le ordinanze *contra legem* in materia coperta da riserva relativa di legge sono ammissibili, purché le norme che le prevedono contengano l'indicazione dei criteri direttivi che dovranno guidare la pubblica Amministrazione nell'esplicazione del suo potere discrezionale».

[105] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* cit., 317 ss., e Id., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità,* Milano 1964, 73 ss. e 93 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa,* cit., *passim*; E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative,* cit., *passim*, nonché Id., *Le ordinanze emergenziali nel diritto comparato,* in *Rivista AIC,* n.3/2017, 15 luglio 2017; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa,* in *Enc. giur.,* Roma 1990, 2.

[106] G. U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza,* cit., 91 ss.; F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità,* cit., 2, ove richiama V. CRISAFULLI, *Lezioni,* cit., 36, secondo cui «il "disporre" in generale ed in astratto», peraltro solo eventuale, «è assorbito nel "provvedere", configurandosi come *un modo di provvedere*».

concreto delle stesse, tratti questi incompatibili con il carattere normativo inteso quale idoneità ad incidere stabilmente sull'ordinamento giuridico[107].

Altro orientamento, invece, discostandosi dai presupposti teorici fissati dalla Corte costituzionale, afferma la necessità di un riscontro della natura giuridica delle ordinanze di necessità e di urgenza non in astratto, ma in concreto, verificando caso per caso l'effettiva consistenza del loro contenuto.

Secondo tale dottrina, tali ordinanze hanno carattere generalmente amministrativo, in quanto sono previste per risolvere un problema circoscritto, e solo eccezionalmente normativo, laddove dettino prescrizioni che, seppur temporanee, abbiano carattere astratto, generale ed innovativo[108].

In altri termini, tali provvedimenti possono presentare carattere normativo allorquando pongano prescrizioni ripetibili o incidano «su prescrizioni già di per sé dogmaticamente considerate normative»[109], sempre che non si voglia ricorrere alla scissione sandulliana tra "forza" e "valore" di legge[110], per cui, pur acquisendo natura normativa, non assumono valore di legge, restando così soggette al solo sindacato del giudice amministrativo.

Si prendano, ad esempio, i dd.P.C.m. dell'8 e del 9 marzo 2020, che hanno previsto il confinamento nelle proprie abitazioni di tutta la popolazione, il primo in alcune regioni e province del Nord, il secondo estendendo il lockdown a tutto il territorio nazionale.

A tali provvedimenti non sembra potersi disconoscere i caratteri di atti a contenuto normativo, tanto più che il d.l. n.6 del 2020 non prevedeva il confinamento tra le misure tipizzate: essi, invero, racchiudono disposizioni generali, astratte ed innovative[111], seppur temporanee, rispetto alle norme dell'ordinamento, non essendo sufficiente il richiamo alla clausola in bianco dell'art.2 dello stesso d.l. (che consentiva di "adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 *anche fuori dai casi* " espressamente previsti).

---

[107] Per M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* cit., 580, «le ordinanze d'urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della tipicità», con la conseguenza di essere atti necessariamente derogatori; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* cit., 53, esclude la normatività delle ordinanze a causa della «loro temporaneità e anzi (de)lla loro inattitudine a produrre effetti permanenti»; concorda A. MORRONE, *Fonti normative,* cit.,217.

[108] R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale,* cit., 73 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,*X ed., Roma 2016, 513.

[109] F. MODUGNO, *Le fonti del diritto,* in Id. (a cura di), *Diritto pubblico,* V ed., Torino 2021, 215; A. M. SANDULLI, *Manuale,* cit., 55, specie 61. *Contra,* F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo,* Padova 2007, 242, per cui «in conclusione, l'idea avanzata in dottrina che le ordinanze in deroga abbiano la forza di legge, non solo si scontra con il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, ma soprattutto con il 'diritto vivente' che, allo scopo di salvaguardare il principio di legalità, ha finito per ricavare dalle norme attributive del potere di ordinanza limiti sostanziali (…), idonei a collocare quelle ordinanze in posizione subordinata a quella legislativa».

[110] Su tale distinzione A. M. SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1957, 269 ss., nonché Id., *Fonti del diritto,* in *Nss. Dig. it*., VII, 1961, 524 ss., specie 530. Al riguardo v. anche C. ESPOSITO, *Decreto-legge,* cit., 838.

[111] M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?,* in *BioLaw Journal*, n.2/2020, 3, che sottolinea come tali decreti lascino un significativo margine interpretativo ai soggetti chiamati ad eseguirli (prefetture e forze dell'ordine), soprattutto con riferimento alle deroghe ai divieti per motivi di lavoro, salute ed altre necessità. Al riguardo A. CANDIDO,*Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19,* in *Forum Quaderni costituzionali,* n.1/2020, 10 marzo 2020.

E' vero che la Corte costituzionale nega la natura innovativa di tali atti, ritenendoli meramente attuativi[112], ma ciò non toglie che almeno in alcuni casi i dd.P.C.m. sul contrasto al Coronavirus siano risultati assimilabili, più che agli atti "necessitati", alle ordinanze di necessità e di urgenza, tramandateci dalla tradizione prerepubblicana[113].

8. Notazioni finali.

La gestione dell'emergenza si è concretizzata in una serie di decreti- legge, contenenti l'abilitazione al Presidente del Consiglio per l'adozione di dettagliate misure di contrasto all'epidemia attraverso lo strumento del d.P.C.m.

Tale inedito schema binario non sembra essere incompatibile con il dettato costituzionale, laddove le pur invasive misure restrittive siano dettagliatamente predeterminate dalla fonte primaria, che demandi ad un atto amministrativo la sola ampiezza delle imposte limitazioni.

E' stato osservato come il decreto-legge sia un «"guscio neutro" che può accogliere e veicolare sia contenuti amministrativi che normativi»[114], per cui occorre accertare, *case by case*, la reale natura dei provvedimenti attuativi dello stesso.

L'analisi concreta dei dd.P.C.m. consente di accertare se essi regolino casi specifici e concreti, assumendo la natura di atti amministrativi "necessitati" o stabiliscano regole generali, astratte ed innovative, a destinatario indeterminabile, anche se temporanee, appropriandosi dei caratteri dell'atto normativo.

I dd.P.C.m. attuativi dei decreti legge, seppur adottati con eccessiva frequenza nel periodo pandemico, non sempre presentano carattere normativo, ma, laddove ciò avviene, comunque riflettono l'emergenza e ne regolano la gestione.

In tali casi, essi rispondono a situazioni di fatto impreviste ed urgenti attraverso atti non solo a contenuto provvedimentale, ma anche «regolatori di previsioni finalizzate alla gestione dell'emergenza», per cui, presentando effetti normativi, acquistano un'efficacia di fon-

---

[112] Corte cost., 22 ottobre 2021, n.198:«*Quali atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n.19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle "ordinanze necessitate" (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile. Malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n.19 del 2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze della protezione civile (…) Lo stesso d.P.C.m. 10 aprile 2020 (…)pur richiamando nella premessa la dichiarazione dello stato di emergenza, fin dal titolo definisce le proprie disposizioni "attuative" del d.l. n.19 del 2020, e non del codice della protezione civile»* (punti nn.8 e 8.1 del Cons. dir.).

[113] Per S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo,* in *federalismi,Osservatorio emergenza Covid-19,*24 marzo 2020, 3, spesso i dd.P.C.m. non si limitano ad essere attuativi dei relativi decreti legge, ma sono «di fatto innovativi nell'adattare la portata della fonte primaria che li legittima all'effettiva dinamica della situazione in divenire».

[114] D. DE LUNGO, Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: *Considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esperienza recente,* in *Osservatorio sulle fonti,* n.2/2019, 3, rileva come nella categoria dei dd.P.C.m. sia ricompresa una moltitudine di atti giuridici che, sotto la medesima veste formale, recano sia previsioni generali, astratte e innovative, sia statuizioni di tipo provvedimentale, per cui occorre fare ricorso a criteri sostanziali.

te di rango secondario, autorizzata dalla legge, che, in alcuni casi, «può giustificare la deroga a fonti di rango primario»[115].

Ed è stato osservato che, se si riconosce loro tale carattere, si avrebbe una violazione di una norma, per cui il cittadino avrebbe il diritto di ricorrere fino in Cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost., invocando una violazione di legge[116].

Di certo, la tragica esperienza del Coronavirus ha reso necessaria l'adozione di misure restrittive straordinarie e cogenti, che, se non hanno rappresentato una rottura dell'impianto costituzionale, ne hanno comunque messo a nudo le criticità attraverso l'uso abnorme delle fonti normative, primi fra tutti dei decreti-legge e dei dd.P.C.m., a cui è stata assegnata una funzione ad essi non congeniale, talvolta di respiro normativo, non sempre in linea con il sistema delle fonti.

Sullo sfondo resta in ogni caso l'esigenza di ricondurre l'emergenza entro il modello dello Stato di diritto, ripristinando l'originaria centralità del Parlamento, in modo da non lasciare libero il Governo di ergersi a "Signore delle fonti"[117].

---

[115] E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza,* cit., 250-251.

[116] G. GUZZETTA, *Sì, i dpcm erano legittimi, ma erano pure motivati visto che erano segreti?,* in *Il riformista,* 23 ottobre 2021.

[117] M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?,* in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di),*Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici,* Torino 2011, XI-XII.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 09/12/2021

AUTORE: Cesare Pinelli*

"DIRITTO DI ESSERE SE STESSI" E "PIENO SVILUPPO DELLA PERSONA UMANA"**

"La struttura è libertà, produce il testo e nello stesso tempo la possibilità di tutti i testi virtuali che possono sostituirlo. Questa è la novità che sta nella idea della molteplicità «potenziale» implicita nella proposta di una letteratura che nasca dalle costrizioni che essa stessa sceglie e s'impone.[.....] L'automatismo per cui le regole del gioco generano l'opera si contrappone all'automatismo surrealista che fa appello al caso o all'inconscio cioè affida l'opera a determinazioni non padroneggiabili, cui non resta che obbedire. Si tratta insomma di opporre una costrizione scelta volontariamente alle costrizioni subite, imposte dall'ambiente (linguistiche, culturali, ecc.)". I. Calvino, Introduzione a R. Queneau, Segni, cifre e lettere e altri saggi, Torino, Einaudi, 1981, XXII.

Sommario: 1. Le due locuzioni: risposte diverse alla stessa domanda. 2. La soggettività giuridica come invariante. 3. Il rapporto fra 'concreto' e 'astratto' in una costituzione post-totalitaria. 4. Le formazioni sociali quali basi effettuali dello svolgimento della personalità. 5. La libera individuazione del "pieno sviluppo della persona umana". 6. Una critica all'idea di persona come maschera ineliminabile, e la sottostante visione del potere. 7. Il diritto di avere diritti da Arendt alla versione postmoderna. 8. Il diritto di essere se stessi come pretesa di individuazione giuridica dell'identità. 9. Autodeterminazione e connotazione relazionale della persona. 10. Etica, diritto e contesto sociale.

1. Le due locuzioni: risposte diverse alla stessa domanda.

Ambedue le locuzioni di cui si compone il titolo si propongono di rispondere alla domanda di come il diritto strutturi la combinazione fra identità umana e diritti fondamentali. E le risposte variano al di là della sede in cui sono state fornite, vale a dire testi recenti di giuristi e indirizzi giurisprudenziali per la prima locuzione, e la Costituzione per l'altra. Nelle prevalenti accezioni del "diritto di essere se stessi", si avvertono concezioni etiche e mutamenti negli orizzonti della convivenza lontani da quelli rinvenibili in una formula come il "pieno sviluppo della

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università La Sapienza di Roma.
** Relazione al Convegno AIC del 3-4 Dicembre 2021, Napoli.

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

persona umana", pur visibilmente suscettibile di interpretazione evolutiva. D'altra parte, agli studiosi di un diritto che mantenga la pretesa di durare, e tanto più del principio personalista, ritenuto al vertice o al centro dell'ordinamento, spetta ancora apprezzare la portata delle sfide che incontra, e cercare fin dove l'interpretazione costituzionale possa spingersi senza tradire il senso del principio cui si riferisca.

2. La soggettività giuridica come invariante.

La distanza strutturale della figura del soggetto giuridico dalla identità umana era ben presente ai grandi giuristi di un secolo fa. Per Maurice Hauriou,

"La personalità giuridica individuale ci appare continua e identica a sé: nasce con l'uomo; si forma sin da subito; resta sempre la stessa per tutta l'esistenza; supporta senza cedimenti, nel corso degli anni, situazioni giuridiche immutabili; veglia mentre l'uomo dorme; resta salda mentre questi sragiona; talvolta si perpetua dopo la morte, dal momento che si danno dei successori quali continuatori della persona. Ora, nella realtà delle cose, le rappresentazioni e le volizioni degli uomini sono discontinue, mutevoli, contraddittorie; non soltanto non persistono nel medesimo oggetto, ma variano costantemente. Su questa fisionomia irrequieta, tumultuosa, indomita, agitata da tutti i capricci e tutte le passioni, fisionomia che è la faccia volitiva dell'uomo, il diritto ha applicato una maschera immobile. È grazie a un certo numero di finzioni e di istituzioni giuridiche accessorie che la personalità giuridica è giunta a separarsi dalla realtà cangiante delle rappresentazioni e delle volizioni umane, per assicurare la continuità e l'identità dei rapporti di diritto." [1]

Affrontando la questione dell'identità da altra prospettiva, Carlo Esposito riteneva dal canto suo che l'ipotesi di valutare sul piano etico la persona non direttamente, ma dalle opere, si scontrasse con la

"impossibilità di sottoporre a un unico giudizio la molteplice e varia attività di un individuo che fu bambino, e poi giovane e poi adulto e poi vecchio e compì con animo diverso infinite cose diverse, grandi e piccole, notevoli e indegne di nota, legate intimamente fra loro, per quanto egli mutasse di continuo e non si conservasse mai eguale a sé."[2]

E d'altra parte, aggiungeva,

"le valutazioni estrinseche (cioè tutte quelle valutazioni che oggi si sogliono qualificare etiche), data la loro esteriorità, la loro limitatezza, i loro rapporti ad altra attività e date le

[1] M.Hauriou, *Il fondamento della personalità morale*,

[2] C.Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto* (1930), in *Scritti giuridici scelti. I Filosofia del diritto e Teoria generale del diritto*, Napoli, Jovene, 1999, 162.

pretese che esse affacciano di fare valere sé stesse e i propri diritti di contro ad ogni altra attività, non si saprebbero caratterizzare altrimenti, seguendo vecchi concetti e vecchie denominazioni, che come valutazioni legalistiche degli uomini e delle cose e come un modo di vedere le cose sub specie juris."[3]

Nelle versioni riportate, gli attributi tradizionalmente ascritti alla soggettività giuridica trascendevano le mutevoli espressioni dell'identità individuale non quali concetti ritenuti ad esse superiori in base ai paradigmi scientifici allora dominanti, ma quali strumenti ritenuti necessari a fini stipulativi, pur nella loro intrinseca limitatezza euristica. Questo motivo fondamentale potrebbe esser andato perduto in sede scientifica con l'abbandono della tradizionale visione del soggetto giuridico, ritenuta asfittica e formalistica. Non credo possa ipotizzarsi lo stesso per quanto riguarda il diritto costituzionale, nonostante gli si sia sovente ascritta la funzione di aver rotto quella tradizione.

3. Il rapporto fra 'concreto' e 'astratto' in una costituzione post-totalitaria.

La trama della soggettività giuridica risultante dalla legislazione, soprattutto dal codice civile, affiora in Costituzione col richiamo alla "capacità giuridica", alla "cittadinanza" e al "nome". Che serve solo a porre un divieto: "nessuno" può esserne privato "per motivi politici" (art. 22). Nell'età dell'innocenza del liberalismo, la discrezionalità del legislatore poteva essere assoluta anche in materia. Dopo il totalitarismo, occorreva porre un argine al potere pubblico, a partire dal potere normativo di modificare i segni minimi di riconoscibilità dell'identità individuale per motivi politici[4].

L'espressione 'capacità giuridica', che risente di categorie giuridiche coeve alla redazione del codice civile, dovrebbe oggi intendersi "comprensiva di tutti gli aspetti della persona, e di tutti i diritti e i doveri, le situazioni soggettive, di cui essa è titolare di per sé. Non si potranno quindi ammettere riduzioni della capacità; se si accoglie la distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire, saranno ammissibili le limitazioni a quest'ultima solo là dove non siano in conflitto con la natura e la dignità della persona e con il principio di eguaglianza". Corrispondentemente, l'inciso "per motivi politici" non consentirebbe "limitazioni o restrizioni dettate da ragioni diverse da quelle 'politiche', ché anzi proprio quella specificazione vale a precisare che 'neppure' per motivi politici tali restrizioni sarebbero ammissibili"[5].

Il testo indirizza tuttavia il divieto al "privare" (non al mero restringere o limitare) chiunque per motivi politici della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome, in corrispondenza col carattere elementare, e condizionante, di queste nozioni. La disciplina che ne

---

[3] C.Esposito, *Lineamenti*, cit., 167.

[4] Così come è fatto divieto di restringere la libertà di circolazione per "ragioni politiche" (art. 16, primo comma, secondo periodo), nonché per altro verso di ammettere l'estradizione "per reati politici" (art. 26, secondo comma).

[5] G.Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 160.

discende potrebbe pertanto prevedere restrizioni o limitazioni, ovviamente a condizione che non incorrano in vizi di legittimità costituzionale. Lo stesso vale per la cittadinanza e il nome: una questione relativa alla mancata previsione del mantenimento del cognome in sede di rettifica degli atti dello stato civile, ove intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, sarà per esempio ritenuta dalla Corte lesiva dell'art 2, perché la possibilità per il singolo di continuare ad essere riconosciuto in virtù di quel segno distintivo è "parte essenziale ed irrinunciabile della personalità" e come tale un suo diritto inviolabile (sent.n. 13 del 1994).

Cosa diversa è il privare per motivi politici chiunque, ossia l'uomo in quanto tale, dei segni distintivi che ne garantiscano la elementare riconoscibilità, i quali perciò corrispondono a nozioni giuridiche necessariamente generali e astratte, e utili proprio perché tali a stabilire un argine nei confronti di un legislatore che potrebbe farsi pericolosamente concreto.

Una privazione del genere ricorda la situazione descritta all'epoca della redazione del testo da Hannah Arendt:

"Ci siamo accorti dell'esistenza di un diritto ad avere diritti (e ciò significa vivere in una struttura in cui si è giudicati per le proprie azioni e opinioni) solo quando sono comparsi milioni di individui che lo avevano perso e non potevano riacquistarlo a causa della nuova organizzazione globale del mondo. Questa sventura non derivava dai noti mali della mancanza di civiltà, dell'arretratezza e della tirannide; e non le si poteva porre rimedio perché non c'erano più sulla terra luoghi da 'civilizzare', perché, volere o no, vivevamo ormai realmente in un 'unico mondo'. Solo perché l'umanità era completamente organizzata la perdita della patria e dello status politico poteva identificarsi con l'espulsione dall'umanità stessa"[6].

Arendt riferiva dunque il "diritto ad avere diritti" ai profughi di guerra. La loro disgrazia non consisteva "nell'essere privati della vita, della libertà, del perseguimento della felicità, dell'eguaglianza di fronte alla legge e della libertà di opinione (formule intese a risolvere i problemi nell'ambito di determinate comunità), ma nel non appartenere più ad alcuna comunità di sorta, nel fatto che per essi non esiste più nessuna legge, che nessuno desidera più nemmeno opprimerli"[7]. La condizione di un uomo ormai estraneo alla patria d'origine e non integrabile in un altro paese "non aveva nulla a che fare con problemi materiali di soprapopolamento; non era un problema di spazio, ma di organizzazione politica"[8], e induceva Arendt a sostenere che i diritti umani non potessero concepirsi al di fuori di una comunità politica, in contrasto con la concezione nel frattempo emersa nella Dichiarazione Universale del 1948 e nelle nuove Costituzioni europee sulla scorta dell'affermazione del principio di dignità.

---

[6] H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951), Comunità, Milano, 1967, 410.
[7] H. Arendt, *Le origini*, cit., 411.
[8] H. Arendt, *Le origini*, cit., 407.

Nel frattempo, a premessa di un saggio scritto in reazione alla teoria nazista del diritto internazionale come diritto dei popoli, Franz Neumann aveva avvertito: "Le pagine che seguono potrebbero essere intitolate: in difesa della sovranità dello stato"[9].

Al di là delle diverse concezioni filosofiche, l'art. 22 costituiva la risposta dell'Italia a una questione così posta. Dove il richiamo a nozioni giuridiche tradizionali era meno importante del loro carattere generale e astratto, e prima ancora artificiale. Il costituzionalismo post-totalitario non rigettava lo stato, né faceva a meno delle nozioni giuridiche che con esso erano state forgiate. Solo che le impiegava in un quadro diverso da quella "sovranità solipsistica" di cui aveva parlato fra gli altri Kelsen. Le impiegava come intelaiature necessarie allo svolgimento di una convivenza orientata da certi princìpi. Non a caso la Costituzione ha fatto ricorso ad istituti che somigliano a materiali di riporto di epoche precedenti, e che a contatto coi princìpi sono stati riutilizzati per rendere effettivi questi ultimi[10].

Abbandonare l'ideologia statualistica, sul versante interno non meno che sul versante internazionale, non significava in definitiva perdere di vista le buone ragioni di un ordine basato su stipulazioni convenzionalmente assunte, con quella misura di astrattezza senza la quale non sarebbe nemmeno pensabile.

Allo stesso modo, l'individuazione del canone della ragionevolezza a partire dal principio di eguaglianza formale non ha superato la risalente interpretazione che si limitava a scorgervi il precetto di pari forza di legge[11], ma vi si è aggiunta, riferendosi a un profilo diverso da quello dell'efficacia normativa. Già Heller aveva ammesso che nemmeno lo Stato assoluto poteva ritenersi strumento di oppressione della classe dominante, poiché la concentrazione della legislazione nelle mani del sovrano "era stata necessariamente collegata ad un'uguaglianza giuridica più o meno grande"[12]. E la correlazione di una almeno minima misura di astrattezza alla garanzia dell'eguaglianza è rimasta fra le acquisizioni della scienza giuridica contemporanea[13].

Il congedo dal modello di "etnia bianco, di matrice europea, cristiana, maschile, etersosessuale"[14] che traspariva dall'involucro del soggetto giuridico, o "dall'immagine del soggetto presupposta dal liberalismo politico e giuridico"[15], ha dunque coinvolto l'involucro solo fino al punto in cui non serviva ad altro: a garantire tutti, proprio in virtù della sua astrazione,

---

[9] F.Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo* (1942), Milano, Feltrinelli, 1977, 164.

[10] Per ulteriori sviluppi si può vedere C.Pinelli, *Princìpi, regole, istituti*, in *Studi on. Silvestri*, II, Torino, Giappichelli, 2016, 1770.

[11] Ancora sostenuta da C.Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 30, ove afferma che "la disposizione sulla eguaglianza, in principio, non disciplina il contenuto delle leggi, ma sibbene ne definisce in modo incontrovertibile la forza e l'efficacia".

[12] H.Heller, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, ESI, 1988, 212.

[13] Significativamente, secondo G.Marini, *Trasformare la critica: l'eredità di Stefano Rodotà (in margine a "Vivere la democrazia")*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2019, 620, "Il recupero dell'eguaglianza, nella visione di Rodotà, non significa mai abbandono dei benefici della forma, ma collegamento con il contesto nel quale sono collocati gli esseri umani".

[14] R.Romanelli, *Nelle mani del popolo. Le fragili fondamenta della politica moderna*, Roma, Donzelli, 2021, 265.

[15] A. Schillaci, *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, 139.

da pericolose concretizzazioni del potere politico, che una volta varcata la soglia della sfera interna avevano assoggettato le coscienze riducendo gli uomini ad automi.

Questo riassetto faceva salve le buone ragioni dell'ordine convenzionale nel momento in cui orientava la convivenza verso nuovi princìpi. Ed è tuttora opponibile al mantra postmoderno della demistificazione, che cerca ciecamente sempre nuovi bersagli: non solo quello più facile del soggetto giuridico astratto del liberalismo, ma anche, come vedremo, l'idea di persona inscrivibile nell'orizzonte del costituzionalismo post-totalitario.

4. Le formazioni sociali quali basi effettuali dello svolgimento della personalità

Nella Costituzione la stessa minima riconoscibilità dell'individuo non è più vista *ex parte principis*, bensì quale base di quella "vita di relazione" alla cui luce, ad esempio, l'attribuzione non voluta di un nuovo cognome contrasta con l'art. 2 Cost. (sent.n. 13 del 1994). L'espresso richiamo alle "formazioni sociali in cui si svolge la [sua] personalità" dell'uomo è così riferibile alla sua intera vita di relazione, senza la quale la sua personalità semplicemente non potrebbe svolgersi.

Il criterio consente di individuare le formazioni sociali in assenza della loro elencazione tassativa per cui tanto si era speso La Pira, e riflette il congedo da una visione del diritto ancora "rivé au mode d'appréhension cartésien de la réalité psyhique", che postula sempre "une substance entrant secondairement en relation avec des êtres analogues, chacun se tenant en soi et pour soi"[16].

L'interpretazione a lungo dominante dell'art. 2 si è infatti basata sull'alternativa per cui o si è individui o si è membri di una comunità: le concezioni relazionali della natura umana che tentano "di superare in una superiore visione tanto l'individualismo quanto l'organicismo" sono accusate di trascurare che "quando si crea una tensione insopportabile tra l'individuo e la comunità (dalla più piccola alla più grande), la grande dicotomia riappare, sempre e di nuovo, nella storia delle umane società, con la sua forza distruttiva"[17]: come mostrerebbe la giurisprudenza sui temi della famiglia, della bioetica e della libertà religiosa, la polivalenza del concetto di dignità può "portare argomenti sia a favore dei diritti individuali, potenziando così l'area della *privacy*, sia a favore della dimensione sociale della vita dei singoli, aprendo così la via all'ingerenza di poteri comunitari"[18].

Affermare il carattere relazionale della identità umana non ha però nulla a che vedere, come viene adombrato, con un tentativo di sintesi hegeliana della "grande dicotomia". Non solo perché, a differenza dei poli della dicotomia, solo per altri versi opposti, l'identità del soggetto non viene più a fondarsi su una sostanza. Ma perché storicamente costituisce il punto di approdo del costituzionalismo post-totalitario, che per noi può muovere dalla constatazione che la Costituzione, garantendo i diritti inviolabili dell'uomo non solo in quanto singo-

[16] D.Bourg, *Sujet, personne, individu*, in *Droits*, 1991, 92.

[17] G. Zagrebelsky, *Modi d'intendere l'interpretazione della Costituzione* (1986), in *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, il Mulino, Bologna, 2009, 281.

[18] G. Zagrebelsky, *Modi d'intendere*, cit., 283.

lo, ma anche "nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità", presuppone che "la sua personalità" non si svolga nel vuoto dell'*unencumbered self*, ma attraverso (e quindi grazie a) un tessuto relazionale, assicurato da comunità di cui pure la stessa Costituzione si guarda dal fornire elenchi chiusi o organicisticamente preordinati.

In base al testo, non si saprebbe come l'uomo possa "svolgere la sua personalità" come singolo: può svolgerla solo in formazioni sociali. E la stessa Corte ha esplicitamente affermato che i diritti di libertà sono riconosciuti "in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all'individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali." (sent.n. 141 del 2019). Una personalità che non si svolge in formazioni sociali non può svolgersi da nessuna parte, così perdendo anche la sua estensione diacronica. Cosa resta di una personalità priva di riferimenti nello spazio e nel tempo? Fra un'identità come *ipse*, che cerca il sé attraverso le continue relazioni intrattenute con gli altri nel corso del tempo, e un'identità come *idem*, che pretende un sé ontologicamente identico nel corso del tempo[19], la Costituzione ha optato per la prima.

La scelta non implica un annullamento dell'uomo nelle formazioni sociali, poiché il limite così ricavato investe soltanto l'ipotesi di un "uomo" che, come "singolo", non svolga in formazioni sociali la sua personalità. Ma il "singolo" è inserito nel continuo processo relazionale dello svolgimento della sua personalità. Che, possiamo ora aggiungere, è cosa diversa dal "pieno sviluppo della persona umana" di cui parla il secondo comma dell'art. 3, anzitutto perché si riferisce alla dimensione epistemologica dell'identità anziché a un valore. D'altra parte, più orientiamo immediatamente in senso assiologico la riflessione sulle formazioni sociali, più sacrifichiamo la dimensione epistemologica dell'identità individuale su cui si addensa una parte importante dei problemi dei diritti inviolabili del nostro tempo. Mi riferisco al rapporto fra 'interno' ed 'esterno' dell'uomo.

Una tradizione risalente ad Hobbes e a Spinoza e poi variamente confermata, da Kant a Stuart Mill, aveva visto nella libertà di pensiero il presupposto naturalmente inviolabile di tutte le altre libertà, proprio perché interiore e pertanto non raggiungibile dal potere[20]. E corrispondentemente poteva affermarsi fino a tempi recenti che "il sentimento è una figura che non è mai stata tematicamente studiata *sub specie iuris*. Mentre non di rado filosofi e teorici del diritto hanno affermato la essenziale rilevanza che il sentimento può avere per la concezione generale del diritto e per le metodologie giuridiche generali, questa rilevanza [...] non è mai stata indagata dall'interno degli ordinamenti positivi. La conseguenza è che per la teoria generale del diritto non si è mai posta l'esigenza di categorie dogmatiche per fenomeni di sentimento che siano fenomeni giuridici propriamente detti"[21].

---

[19] Questa fondamentale distinzione risale a P.Ricoeur, *Sé come un altro* (1990), Milano, Jaca Book, 2005, 76 ss.

[20] Ma in senso contrario alla tesi dell'incoercibilità e impenetrabilità del pensiero A.C.Jemolo, *I problemi pratici della libertà*, Milano, Giuffrè, 1972, 48, anche sulla scorta di esempi storici quali "i processi inquisitori dove si esigeva dall'accusato il giuramento religioso di dire la verità e poi lo s'interrogava sulle sue credenze".

[21] A.Falzea, *I fatti di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, VI, Napoli, Jovene, 1972, 318 ss

Ma nel frattempo il totalitarismo aveva segnato uno spartiacque. Perché fu allora che gli uomini rinunciarono "al più alto privilegio umano. Essi hanno cessato di essere agenti liberi e personali. Compiendo gli stessi riti prescritti, essi cominciano a sentire, a pensare e a parlare tutti nello stesso modo"[22]. Il pensiero poteva essere dunque indirizzato dall'esterno, non era più da considerarsi qualcosa di naturalmente incoercibile.

L'individuazione nelle formazioni sociali dei soli luoghi in cui si svolge la personalità merita di essere apprezzata anche in questa prospettiva. Perché la modificazione del confine fra esterno e interno intervenuta col totalitarismo comportava una corrispondente estensione della protezione giuridica ai processi di formazione del pensiero.

Questa matrice storica aiuta a spiegare, senza esaurirne la portata, la tendenza a ridiscutere, "per la dose soverchia di fiducia che ripone nella capacità reattiva umana, la tesi d'una incapacità anche *de facto* di qual si voglia costrizione estrinseca di aver presa sull'intima coscienza del soggetto che su di sé venga a soffrirla"[23]. La tendenza ha fatto molta strada[24], anche perché la fiducia nella capacità reattiva umana è stata ulteriormente smentita dall'ascesa di poteri privati che hanno costruito le loro fortune proprio sulla possibilità di sfruttare inclinazioni sentimenti e preferenze maturate all'interno della coscienza ma ricavabili induttivamente grazie a un sempre più sofisticato strumentario tecnico.

Del resto la stessa giurisprudenza costituzionale testimonia da tempo la necessità di ricercare un equilibrio, inevitabilmente variabile a seconda dei casi, fra l'insufficienza di un approccio basato sull'astensionismo dell'apparato pubblico e la consapevolezza dei limiti che comunque debbono continuare a caratterizzarne l'azione[25]. Si tratti di "ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche" (sent.n. 161 del 1985, sui transessuali), di risarcire il danno biologico anche con riguardo "alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità" (sentt.nn. 184 del 1986 e 356 del 1991), di rispettare il "tempo della maturazione di un profondo convincimento religioso (ovvero morale e filosofico)" (sent.n. 467 del 1991 sull'obiezione di coscienza).

Quanto detto sui processi di formazione dell'identità individuale non toglie che riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili siano riferiti dalla Costituzione ai singoli. Il che si spiega anche per la contestuale richiesta di adempimento di doveri inderogabili, e necessariamente individuali. Perché, allora, l'inciso sulle formazioni sociali rimane importante al di là della legittimazione accordata al pluralismo dei corpi intermedi? Per quali ragioni la Costituzione avrebbe attribuito rilevanza giuridica a quella varietà di sfaccettature dell'identità (necessariamente) relazionale, come abbiamo visto all'inizio già avvertite, ma giocoforza relegate nella sfera fattuale, allorché il soggetto giuridico era costruito come una maschera onnicomprensiva? Allo scopo, dobbiamo guardare al "pieno sviluppo della persona umana".

---

[22] E.Cassirer, *Il mito dello Stato* (1945), Milano, Longanesi, 1971, 483.

[23] P.Bellini, *Il diritto d'essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Torino, Giappichelli, 2007, 123.

[24] Quanto al diritto penale cfr. F.Bacco, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2010, 1196 ss.

[25] Sul tema v. ancora, con fini notazioni, P.Bellini, *Il diritto d'essere se stessi*, cit., 118 ss.

5. La libera individuazione del "pieno sviluppo della persona umana".

Il rapporto fra garanzia e riconoscimento dei diritti inviolabili e compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico sociale al pieno sviluppo della persona è stato storicamente oggetto di diverse letture, da quelle volte a cogliervi un'ontologica contrapposizione fra 'Stato di diritto' e 'Stato sociale' a tentativi di scioglierne la reciproca tensione nel richiamo al superiore valore della persona.

Qui vale piuttosto la pena di esaminare le prospettive da cui la persona viene rispettivamente riguardata. Nel primo caso, lo abbiamo visto, rileva come 'personalità', o identità, che di fatto non può formarsi se non in relazione con altre, così esprimendosi una presunzione di fatto che concorre a richiedere il compito di garantire e riconoscere i diritti inviolabili anche "nelle formazioni sociali". Nell'altro il "pieno sviluppo della persona umana" non è un diritto garantito, bensì l'approdo di un processo nel quale sono presenti un'altra presunzione di fatto, la sussistenza di ostacoli di ordine economico e sociale a quello sviluppo, e un altro compito della Repubblica, quello di rimuovere tali ostacoli. Che non mira a indirizzare paternalisticamente la persona umana verso un approdo precostituito, bensì a lasciare a ciascuno la scelta dell'approdo preferito, ossia l'interpretazione del proprio "pieno sviluppo", compreso il tipo di rapporto fra ragione e sentimento o quello fra soma e psiche oggi al centro di tante controversie. La valenza assiologica dell'enunciato non va tanto riferita perciò alla persona, e nemmeno al suo "pieno sviluppo", ma alla libertà, a ciascuno riconosciuta e garantita anche grazie alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, di individuare quel "pieno sviluppo"[26].

Diversamente, del resto, la priorità della persona rispetto allo Stato, affermata con successo dai Costituenti cattolici fino a divenire comune acquisizione dell'Assemblea, sarebbe stata contraddetta in maniera flagrante. Ma un pieno sviluppo lasciato all'interpretazione di ciascuno si riflette pure, a ritroso, sui compiti della Repubblica e sui doveri inderogabili. Che non promettono un'armonia ultima, ma continuano a costellare un permanente dover essere costituzionale, proprio perché i processi di sviluppo della persona umana, non meno dei processi di individuazione della personalità/identità nelle formazioni sociali e di partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione della vita pubblica, debbono restare aperti: continuando per ciò stesso a creare conflitti di ogni tipo e a riproporre le esigenze che stanno esplicitamente dietro alla preposizione di certi compiti in capo alla Repubblica e di certi doveri in capo ai suoi cittadini.

La Costituzione non pretende di plasmare una società di persone. Ne presuppone al contrario l'incessante mutamento, limitandosi a fissare funzioni e compiti pubblici ritenuti in grado di orientarlo verso i princìpi che essa enuncia. Non va oltre, per la stessa ragione per cui lascia a ciascuno l'interpretazione del "pieno sviluppo della persona umana".

Alla Costituente la I Sottocommissione aveva approvato un articolo proposto dall'on. La Pira, che avrebbe dovuto precedere il catalogo dei diritti di libertà, secondo cui

---

[26] In questo senso G.Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, 370.

"l'autonomia dell'uomo e le singole libertà in cui essa si concreta...debbono essere esercitate per l'affermazione ed il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale. Pertanto ogni libertà è fondamento di responsabilità". Ma il testo fu poi eliminato dal Comitato di redazione[27]: una tendenza a finalizzare le libertà poteva riuscire pericolosa, anche se per i proponenti la Costituzione si rivolgeva alla persona, e non solo allo Stato[28]. Il silenzio sull'uso della libertà scongiura al massimo grado il rischio di ogni giudizio calato dall'alto.

6. Una critica all'idea di persona come maschera ineliminabile, e la sottostante visione del potere.

Secondo un'opinione molto diffusa fra i giuristi, il ricorso della Costituzione alla nozione di persona avrebbe contribuito decisivamente a liberare il soggetto giuridico dall'astrattezza che lo caratterizzava all'epoca dell'affermazione della dommatica, anzitutto giusprivatistica. E proprio su questa premessa hanno trovato spazio, come vedremo, le correnti formule del 'diritto di avere diritti' e del 'diritto di essere se stessi'.

Più articolate appaiono le posizioni dei filosofi, per alcuni dei quali la nozione di persona ricavabile dal costituzionalismo e dall'universalismo presenterebbe una strutturale antinomia, rimandando "insieme alla maschera e al volto, alla immagine e alla sostanza, alla finzione e alla realtà"[29], con la conseguenza che, nonostante una "montante retorica dell'impegno umanitario", "la vita umana resta ampiamente al di fuori della tutela del diritto"[30]. Storicamente, si aggiunge, il ricorso alla nozione di persona si spiega come reazione della cultura democratica allo "schiacciamento del soggetto sulla propria sostanza biologica" proprio della concezione biopolitica del nazismo: una reazione grazie a cui "Alla assoluta immanenza dello 'spirito della razza' rispetto al corpo, individuale e collettivo, cui immediatamente ineriva, rispondeva la trascendenza, o almeno la trascendentalità, del soggetto personale nei confronti del suo essere biologico"[31].

Che "l'umanizzazione" del diritto non sia riuscita a tutelare la vita umana, è affermazione poco avvertita di una consapevolezza dei limiti del diritto che comincia con un testo rimasto nella memoria profonda dei giuristi italiani. Dove si riferiva che se la catastrofe aveva dimostrato, "con la efficacia che solo la storia dà alle dimostrazioni, la mancanza di fondamento e di principio degli ordinamenti giuridici contemporanei, la loro singolare e caratteristica vacuità, che si prestava a qualunque attentato, e poteva riempirsi delle correnti più ne-

---

[27] I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, Seduta del 1° ottobre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. VI, Camera dei deputati, Segretariato Generale, Roma, 1971, 467.

[28] L.Elia, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana* (1981), ora in L.Elia, *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2009, 304-305.

[29] R.Esposito, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007, 92.

[30] R.Esposito, *Terza persona*, cit., 91.

[31] R.Esposito, *Terza persona*, cit., 108.

gative, e servire agli scopi più negativi della umanità della vita", la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo rifletteva per contro "intuizioni vive della coscienza pratica della parte più viva dell'umanità", impedendo di scambiare "questo concretissimo documento per uno dei soliti e morti cataloghi di diritti naturali, cari agli addottrinati di altri tempi"[32].

Più specificamente la Costituzione scongiura il paradosso che il tentativo di "umanizzare" il diritto col ricorso alla figura della persona rimandi alla maschera anziché al volto con una distinzione tra la sfera esterna, dove si afferma l'esigenza di imputazione necessariamente formale di diritti inviolabili e doveri inderogabili, e quella interna, dove si presume che, garantiti i diritti inviolabili, adempiuti i doveri inderogabili e rimossi gli ostacoli di ordine economico e sociale, ciascuno sia posto in grado di individuare e di realizzare la propria visione del "pieno sviluppo della persona umana". La Corte lo ha ritenuto "fine ultimo dell'organizzazione sociale" (167 del 1999), e valore che "si pone al centro dell'ordinamento costituzionale" (sent.n. 219 del 2008). L'importante, comunque, è la presunzione giuridica che ciascuno sia posto in grado di individuare e realizzare quella visione. Perché, ammesso che qualcuno ci sia effettivamente riuscito, neanche per un minuto potrà interrompersi la dinamica relazionale presupposta dalla Costituzione.

La distinzione così delineata tra sfera interna ed esterna va oltre una concezione o un'ideologia che il testo si limiterebbe a rispecchiare. Ancora di recente uno storico del diritto americano, muovendo dalla circostanza che il primo riconoscimento della dignità della persona risale al Preambolo della Costituzione irlandese del 1937, redatta sotto l'influenza della Chiesa cattolica, ha parlato di un "costituzionalismo religioso" affermatosi nell'Europa del secondo dopoguerra, nel quale la concezione dei diritti e il secolarismo politico risalenti alla Rivoluzione francese venivano visti con diffidenza, se non quale preludio del totalitarismo[33]. L'innegabile ruolo delle ideologie costituzionali nella formazione di quei testi è tuttavia cosa ben diversa dalla mera trasposizione. E se possiamo ritenere, secondo un'interpretazione peraltro consolidata, che la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale venga preordinata al fine di consentire a ciascuno di individuare e perseguire la propria visione di "pieno sviluppo della persona", il raggio delle concezioni della persona che viene così dischiuso dovrà ritenersi amplissimo, in quanto comprensivo di tutte le concezioni che non ne comportino l'autodistruzione. In particolare la nozione costituzionale di persona non comporta affatto che il corpo sia pensato come cosa, a differenza di chi vi ha visto il mero riflesso di certe concezioni filosofiche[34].

Si direbbe piuttosto che questo tipo di critica alla nozione di persona riveli

"il vuoto teorico ed etico lasciato dai semplificatori del pensiero dei 'maestri del sospetto' (Marx, Nietzsche e Freud), di quanti cioè, esasperando la giusta polemica anti-

---

[32] G.Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, (1950), in *Opere*, V, Giuffrè, Milano, 1959, risp. 193 e 194 *sub* (1).

[33] S.Moyn, *The Secret History of Constitutional Dignity*, in *Yale Human Rights and Development Journal*, 2014, Vol. 17, 22.

[34] R.Esposito, *Terza persona*, cit., 113.

idealistica contro il primato assoluto della coscienza, hanno unilateralmente favorito l'idea che contassero solo quelle forze che agiscono alle spalle degli uomini: le potenze economiche, la 'grande ragione' del corpo, l'Inconscio o l'Es. In questo modo, essi hanno delegittimato il ruolo della coscienza e deresponsabilizzato gli individui, ponendoli alla mercè di potenze anonime o di capi che non rispondono a nessuno delle loro decisioni"[35].

Nell'ambito della riflessione filosofica sulla natura delle persone, l'idea di "un dispositivo di potere che passa misteriosamente sopra la coscienza e la libertà di chi pensa" equivarrebbe dunque a rinunciare "a quella responsabilità nell'uso del linguaggio che consiste nell'impegno a rispondere in prima persona della plausibilità di ciò che si afferma"[36]. Lo stesso termine 'dispositivo' fu adoperato

"per descrivere ogni sorta di strumento di controllo e sottomissione, da parte di un'ignota potenza chiamata «il sistema» o «il potere», nei confronti di un'ancor più inafferrabile potenza repressa, rimossa, emarginata, esclusa da ogni diritto, che negli anni Settanta Foucault aveva cominciato a chiamare «vita». Risale a quegli anni l'idea che la posta in gioco della lotta politica sia diventata «la vita», e che la politica sia divenuta «biopolitica»"[37].

Ma le riflessioni di Foucault sulla biopolitica hanno lasciato tracce anche fra i giuristi. Almeno fra quanti vedono nelle nozioni costituzionali di persona e di dignità "ormai uno degli elementi fondativi di un costituzionalismo volto proprio a sottrarre la persona alla prepotenza della biopolitica"[38], sul presupposto che Foucault non indaga questa categoria in forme astratte, "ma la riporta alla realtà degli strumenti e delle istituzioni di cui il potere concretamente si serve, dall'ospedale al carcere"[39]. Eppure uno studio apposito ha considerato il discorso di Foucault sul potere una "foresta incolta e sovraccarica" e una "nebulosa mutante"[40], senza contare che, se c'è un luogo in cui viene ad addensarsi, è proprio il circuito normativo proprio degli apparati statali[41]. Tanto più arduo appare, per quanto si è già riportato, il tentativo di conciliarlo col costituzionalismo repubblicano.

7. Il diritto di avere diritti da Arendt alla versione postmoderna.

---

[35] R.Bodei, *Destini personali. L'età della colonizzazione delle coscienze*, Milano, Feltrinelli, 2002, 251-2. La formula 'maestri del sospetto' risale a P.Ricoeur, *Sé come un altro*, Milano, Jaca Book, 1993.

[36] R.De Monticelli, *La novità di ognuno. Persona e libertà*, Milano, Garzanti, 2009, 66.

[37] R.De Monticelli, *La novità di ognuno*, cit., 65.

[38] S.Rodotà, *Foucault e le trasformazioni del potere*, Roma, GEDI, 2019, 14. Più vicino alla posizione di Roberto Esposito è P.Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, 100 ss., e 107, dove ragiona di un diritto positivo "oggi fortunatamente anche se purtroppo blandamente condizionato dalle grandi dichiarazioni internazionali e dai princìpi del diritto costituzionale".

[39] S.Rodotà, *Foucault*, cit., 7-8.

[40] M.Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 1.

[41] M.Brigaglia, *Potere*, cit., 231.

Pur insistendo su aree semantiche non coincidenti, le formule "diritto di essere se stessi" e "diritto di avere diritti" appartengono alla stessa famiglia concettuale, specie se confrontata a quella del "pieno sviluppo della persona umana".

Il salto più spettacolare è toccato alla formula "diritto di avere diritti", che Hannah Arendt aveva riferito come si è detto ai profughi di guerra, e provvisto di una valenza etica tale da porsi in attrito con le concezioni universalistiche della dignità e dei diritti umani: "Il diritto ad avere diritti, o il diritto di ogni individuo ad appartenere all'umanità, dovrebbe essere garantito dall'umanità stessa"[42].

Di recente giuristi e giudici si sono impossessati della formula, anche facendo leva su una versione sempre più pervasiva del principio di dignità, affermato nelle Costituzioni post-totalitarie, a lungo sottovalutato[43], e infine rielaborato quale orizzonte di senso del costituzionalismo fino a far parlare talora di una "età della dignità"[44], o di una "rivoluzione della dignità"[45]. Il diritto di avere diritti è stato così esteso a quanti si trovano marginalizzati nella loro identità, alle minoranze, a chi è privo di potere, e in definitiva ad ogni contesto di esclusione sociale[46]. In Italia la sua fortuna si deve a Stefano Rodotà, nel cui pensiero "la proiezione oltre ogni confine di una persona accompagnata da un nucleo inscalfibile di diritti definisce una dimensione costituzionale globale che sfugge a chi continua a usare solo le categorie della sovranità nazionale o del tradizionale intervento giudiziario"[47].

La connessione della versione postmoderna del diritto di avere diritti al principio di dignità risulta tuttavia meno pacifica di quanto sembri a prima vista.

Le opinioni sui discorsi giurisprudenziali sulla dignità umana sono certo disparate. Per alcuni vengono di regola utilizzati a vantaggio del ricco e del potente, non delle classi subalterne più attratte dai richiami alla solidarietà e alla protezione sociale[48], nonostante il Tribunale Costituzionale tedesco abbia basato sul principio di dignità un diritto fondamentale al salario di sussistenza garantito[49] Per altri, all'opposto, nelle mani dei giudici la dignità funzionerebbe come un paradigma paternalistico che mette a repentaglio la libertà individuale[50], anche se una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo stupro coniugale vi ha ricavato la necessità che il consenso al rapporto sessuale sia sempre rinnovato nell'ambito

---

[42] H.Arendt, *Le origini del totalitarismo*, cit., 413.

[43] U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 117 ss.

[44] C.Dupré, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart, Oxford and Portland, 2015.

[45] S. Rodotà, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2013.

[46] N. Oudejans, *The Right to Have Rights as the Right to Asylum*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2014, n. 43, 7-8.

[47] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 72-73.

[48] R.Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2007, 54.

[49] Decisione del 9 Febbraio 2010, *Hartz IV*, su cui v. C.Bittner, *Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgement of 9 February 2010*, in *German Law Journal*, Vol. 12 N. 11, 2011, 1941 ss.

[50] J.Jones, *'Common Constitutional Traditions': Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, in *Public Law*, 2004, 167 ff.

del matrimonio[51]. Potendo solo accennare a un tema come è noto ormai vastissimo, mi limito ad escludere che i richiami giurisprudenziali alla dignità siano di regola esornativi. Sebbene utilizzabile e talora utilizzata in chiave postmoderna, la dignità mantiene una sua consistenza giuridica.

Quanto invece alla recente versione del diritto di avere diritti, anche intesa, all'ombra del principio di dignità, come fonte generatrice di tutti i diritti fondamentali o come *mother-right* [52], essa appare inappropriata perfino con riguardo a contesti di esclusione dalla comunità pure molto gravi, ma che si creino comunque al suo interno: dove ciò che si reclama non è mai un diritto di avere diritti, ma un diritto da parte di chi è già membro di quella comunità dal punto di vista giuridico[53]. Per i cittadini diversi, valgono già la "pari dignità sociale" e i divieti di discriminazione "di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" sanciti dall'art. 3, primo comma, Cost., a meno di non dimostrare, all'opposto di quanto ricavabile da una assai consistente giurisprudenza costituzionale, che qualunque interpretazione del testo non riesca a garantirne i diritti.

Da quanto riportato può ricavarsi che, se nell'accezione arendtiana il diritto di avere diritti è una condizione di pensabilità della titolarità di diritti, nell'accezione postmoderna somiglia piuttosto a una norma di chiusura. In realtà nessuna delle due ha consistenza giuridica, ma per ragioni profondamente diverse. Nel primo caso l'inconsistenza giuridica si spiega con la carica polemica della formula nei confronti del diritto degli Stati e ancora ci parla, avendo noi sotto gli occhi milioni di profughi che bussano senza speranza alle porte dell'Europa, e ai quali non è nemmeno risparmiata la sorte di funzionare da pedina di scambio nei rapporti internazionali. Ma in termini giuridici questi comportamenti violano prima di tutto la Convenzione di Ginevra del 1949, e mantengono la Dichiarazione Universale del 1948, dove per la prima volta si parla di dignità in un testo di diritto internazionale, allo stadio di una declamazione di principio. Ad esse la versione postmoderna del diritto ad avere diritti non aggiunge nulla, risolvendosi in una copertura letteraria per lasciare indeterminato il processo di legittimazione di nuovi diritti: da *Law & Literature* al diritto che si fa letteratura, si potrebbe dire.

Ancora, i soggetti della formula arendtiana sono nettamente individuati: i profughi di guerra e gli Stati. Anche oggi, chi si trova davvero fuori è il richiedente asilo, per il quale parlare di un diritto di avere diritti acquista un senso preciso. Da una parte perché la valutazione dell'autorità dello Stato cui intende accedere circa la ricorrenza dei requisiti prescritti in capo al richiedente mantiene comunque nel diritto vigenteun forte margine di discrezionalità, dall'altra perché proprio la versione arendtiana consente di mettere a fuoco cosa è in gioco per chi è fuori, non solo nei confronti dello Stato, ma anche rispetto ai suoi cittadini, titolari, fra gli altri, di un pienamente effettivo diritto di voto.

---

[51] Decisione del 22 Novembre 1995, *S.W. v. United Kingdom*, Reg. n. 20166/92.

[52] A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015, 156 ss.

[53] N. Oudejans, *The Right to Have Rights*, cit., 12.

I soggetti della versione postmoderna del diritto di avere diritti navigano invece nel mare della biopolitica, e restano perciò indefiniti da una parte e dall'altra. Quanti accampino questa pretesa non sono soltanto soggetti diversi o deboli, come si vorrebbe, perché simili qualificazioni o non aggiungono nulla al principio costituzionale di eguaglianza o rischiano di venire invocate in vista di rivendicazioni meramente individualistiche. Nello stesso tempo, la struttura intersoggettiva dei diritti fondamentali, espressione di conflitti sempre latenti fra i diritti degli uni e quelli degli altri, trova un limite nella versione postmoderna del "diritto di avere diritti", che individuando nell'oscuro potere foucaultiano il termine necessariamente antagonistico della relazione, si risolve in una permanente contestazione dello stesso senza poter isolare i casi di conflitti interindividuali forieri di discriminazioni o abusi.

8. Il diritto di essere se stessi come pretesa di individuazione giuridica dell'identità.

Guido Alpa, dopo aver osservato che, a differenza che per altre scienze, per il diritto la domanda se possiamo liberarci dell'identità non ha senso, poiché "Fintanto che una società è costruita sui ruoli – e non potrebbe essere diversamente – l'uomo è destinato ad essere la *persona* di cui parlava Gaio, e ad essere identificato [.....] per quel che sente di essere, per quel che vuole apparire, per quel che la società gli impone di essere.", ha affermato che "l'identità è uno strumento, che di volta in volta può assolvere ad una funzione liberatoria o persecutoria. E il livello di civiltà di una società è dato dalla misura con cui è in grado di assicurare a ciascuno il *diritto di essere se stessi*"[54].

Al pari della versione postmoderna del "diritto di avere diritti", la locuzione "diritto di essere se stessi" parrebbe presentarsi come sintesi verbale di una somma di tutti i diritti possibili, stavolta con un'esplicita finalizzazione ad "essere se stessi". Ed è proprio per il tentativo di rispondere anch'essa alla domanda su come l'identità si combini coi diritti, che il diritto di essere se stessi autorizza a chiedersi se e in quale misura coincida col "pieno sviluppo della persona umana".

In quanto sintesi dei diritti, la locuzione non presuppone intanto l'adempimento di quei doveri inderogabili che concorrono alla individuazione della nozione costituzionale di persona. Questo è però solo uno degli aspetti che lascia intravedere la costruzione di una nozione di identità individuale più lontana da quella costituzionale di quanto non si colga a prima vista. Il sacrificio della componente della responsabilità, che sta dentro l'idea costituzionale della libertà, equivale infatti ad obliterare l'elemento relazionale senza il quale perde senso la nozione stessa di persona.

Si è detto giustamente che il diritto al *gender* "demistifica l'idea di natura che i giuristi hanno codificato e considera la persona un unicum composto di corpo e psiche, dando prevalenza all'atto di autodeterminazione del singolo che, assecondando le sue inclinazioni naturali, manifesta la volontà di cambiare il sesso corporeo-anagrafico nell'altro sesso psicolo-

[54] G.Alpa, *Il diritto di essere se stessi*., cit., 297-298.

gicamente più consono"[55]. Solo che quell'idea di natura è stata per più versi superata. Una legge del 1982 ha riconosciuto il diritto di ciascuno di ricomporre "l'equilibrio tra soma e psiche" (sent.n. 161 del 1985), senza contare risalenti interpretazioni evolutive della nozione costituzionale di famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", nonché la giurisprudenza che anche in nome della libertà di autodeterminazione ha superato una visione della morte come "tramonto naturale" anche in riferimento a pazienti in stato di coma irreversibile tenuti in vita artificialmente (Cass., Sez. I, civ., n. 21748 del 2007).

Che quell'idea di natura possa sopravvivere presso alcuni giuristi per forza d'inerzia, non toglie, dunque, che sia stata superata, e non in nome di tempi più avanzati, ma di una nozione costituzionale di persona che consente a ciascuno, fra le altre, la scelta fra diverse modalità di relazione fra mente e corpo. Ma basta, allora, una scelta solitaria circa la propria identità a produrre di per sé effetti giuridici, oppure è richiesto allo scopo il riconoscimento di altri? L'adesione della Costituzione a un modello "antipaternalista" non comporta che l'autodeterminazione dei singoli possa esplicarsi senza alcun argine o regime[56], e impone invece di distinguere fra l'attribuire fondamento costituzionale a un diritto generale di libertà del proprio corpo e il lasciare certi comportamenti nella sfera della liceità, pertanto limitabili con divieti legislativi[57].

Si ripresenta qui la questione del significato e della misura della demistificazione del soggetto giuridico. Che, una volta superata l'accennata idea di natura nell'interpretazione costituzionale, non consiste più nel cercare il profilo antropologico che la maschera della persona nasconderebbe artatamente. Scomparsa la maschera, occorre chiedersi: il diritto di essere se stessi si risolve nel diritto di ascrivere effetti giuridici all'affermazione della propria identità?

Assumendo che la Costituzione lasci ciascuno libero di individuare ciò che ritiene essere "il pieno sviluppo della persona umana" nella sua sfera interna, senza perciò consentirgli di ascrivere solitariamente effetti giuridici a tale individuazione, il diritto di essere se stessi costituirebbe allora un passo ulteriore rispetto alla nozione costituzionale di persona, e tale nello stesso tempo da segnare il compimento dell'ormai lungo percorso di demistificazione del soggetto giuridico, così – potrebbe dirsi – definitivamente riconciliato con l'umanità.

Il riconoscimento del diritto all'identità di genere "quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale" protetto dall'art. 2 Cost. e 8 CEDU, viene sì esplicitamente affermato nelle sentenze nn. 221 del 2015 e 180 del 2017. Dove però si chiarisce che "ciò non esclude affatto, ma anzi avvalora, la necessità di un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza

---

[55] G.Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, cit., 251.

[56] V. già A.Barbera, *La laicità come metodo*, in AA.VV., *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo d'oggi*, Roma, Donzelli, 2011, spec. 89, G.Gemma, *Paternalismo, Antipaternalismo e Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2016, 633 ss., e P.Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *Bio Law Journal - Rivista di Bio Diritto*, *Special Issue* 2/2019, 32 ss..

[57] A.Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc.dir. Annali VIII,* Milano, Giuffrè, 2015, 332-333.

l'intento così manifestato". Per cui, "escluso che il solo elemento volontaristico possa rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione", la Corte rileva "come l'aspirazione del singolo alla corrispondenza del sesso attribuitogli nei registri anagrafici, al momento della nascita, con quello soggettivamente percepito e vissuto costituisca senz'altro espressione del diritto al riconoscimento dell'identità di genere. Nel sistema della legge n. 164 del 1982, ciò si realizza attraverso un procedimento giudiziale che garantisce, al contempo, sia il diritto del singolo individuo, sia quelle esigenze di certezza delle relazioni giuridiche, sulle quali si fonda il rilievo dei registri anagrafici. Il ragionevole punto di equilibrio tra le molteplici istanze di garanzia è stato, infatti, individuato affidando al giudice, nella valutazione delle insopprimibili peculiarità di ciascun individuo, il compito di accertare la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali, che concorrono a determinare l'identità personale e di genere."

Anche in una recente proposta di valutare le leggi restrittive del diritto all'identità personale secondo il paradigma del paternalismo, il criterio discretivo fondamentale viene rinvenuto nella previsione di "un accertamento delle reali condizioni del soggetto", la cui assenza condurrebbe "a classificazioni normative manifestamente arbitrarie" anche quando riferite a soggetti vulnerabili[58]. Ebbene la giurisprudenza sull'identità di genere supera il test, nella misura in cui esclude l'ammissibilità di ogni presunzione assoluta all'atto della qualificazione legislativa delle condizioni del soggetto.

9. Autodeterminazione e connotazione relazionale della persona.

Neanche in altri casi il diritto di essere se stessi viene fatto consistere in un diritto di definire in via esclusiva le proprie scelte ultime, sebbene riguardino singoli diritti di libertà, non accompagnati dalla pretesa di ascrivere effetti giuridici alla solitaria individuazione della propria identità.

Così, una "generale inoffensività dell'aiuto al suicidio" non può per la Corte desumersi "da un generico diritto all'autodeterminazione individuale", ravvisandosi – sempre in via generale – la *ratio* della disposizione incriminatrice nella "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 [.....] 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" (ord.n. 207 del 2018 e sent.n. 242 del 2019).

Ancora, la prostituzione volontaria non può partecipare della natura di diritto inviolabile quale «modalità autoaffermativa della persona umana, che percepisce il proprio sé in termini di erogazione della propria corporeità e genitalità (e del piacere ad essa connesso) verso o contro la dazione di diversa utilità», come assunto dal giudice remittente, costituendo piuttosto "una particolare forma di attività economica", derivante da "fattori che condizionano

[58] P.F.Bresciani, *Prospettive sulla legge paternalista come categoria giuridica*, in *Giur.cost.*, 2021, 247.

e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo, riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali." (sent.n. 141 del 2019).

Infine, la pratica della maternità surrogata non solo "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane" (sent.n. 272 del 2017), ma comporta "un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita." (sent.n. 33 del 2021).

Indipendentemente dalle differenti soluzioni, sono argomenti che riflettono un tipo di interpretazione costituzionale e una visione del processo di formazione dell'identità fra loro strettamente connesse. In tutti i casi esaminati, il limite posto all'autodeterminazione non deriva da un bilanciamento con un altro principio costituzionale ma da una individuazione degli effetti delle interferenze di terzi sulla formazione dell'identità di chi reclami il diritto all'autodeterminazione. Si tratta di un'argomentazione orientata alle conseguenze[59], che appare legata a una nozione relazionale della persona. Come il diritto di essere se stessi in senso integralmente antipaternalistico corrisponde a una visione dei diritti fondamentali come assoluti, così la nozione relazionale della persona apre la via a un'interpretazione orientata alle conseguenze del loro esercizio. Lo sguardo della Corte è attento a distinguere la sfera interna da quella esterna nel continuo processo di formazione dell'identità, anche al fine di fare in modo che la seconda rechi il meno possibile danno alla prima. Come è stato scritto, "Non si tratta di governare la interiorità dell'individuo, sì piuttosto di proteggerla dalle insidie e dai soprusi che possono venirle dall'esterno, a cagione del contegno pratico [.....] di altre persone umane che pretendano di premere oltre il lecito sulla coscienza del soggetto"[60].

E' nota l'obiezione degli antipaternalisti integrali, che non si arresta neanche di fronte all'ipotesi di un'autodeterminazione che inneschi un processo di autodistruzione: mai lo stato può pretendere di decidere al posto mio ciò che è bene, o anche male, per me[61]. L'obiezione incontra tuttavia passaggi argomentativi meno facili là dove si tenga conto della dimensione relazionale della persona. Perché l'autodeterminazione individuale può urtare con essa non solo quando i circuiti intersoggettivi e le stesse formazioni sociali in cui si trova rischiano di danneggiarla, ma anche quando di converso l'autodeterminazione propria rischia di menomare quella altrui, perlomeno nella misura in cui, della prima, l'individuo reclami riconoscimento esterno, in particolare un riconoscimento giuridico (legislativo o giurisprudenziale che sia). Viene così meno l'articolazione per sfere di esplicazione della persona che nell'ordito costituzionale corrispondono alle diverse ma complementari prospettazioni già ricavate dagli artt. 2 e 3 secondo comma.

Per esemplificare, più adoperiamo il paradigma del paternalismo nel qualificare la libertà di manifestazione del pensiero, meno riusciamo a coglierne le eventuali implicazioni di

---

[59] L.Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1994, 1 ss.

[60] P.Bellini, *Il diritto d'essere se stessi*, cit., 110 *sub* (9).

[61] Fra i recenti sostenitori di questa posizione, G.Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012, 98.

potere sulla libertà di pensiero dei destinatari, la sua conformazione da parte di signori del pensiero al comando di circuiti mediatici o piattaforme digitali. Più consideriamo la dimensione interattiva di quel diritto di libertà, prima siamo in grado di apprezzarne i possibili effetti conformativi dei pensieri altrui, le ipoteche così arrecate al pieno sviluppo della persona umana.

Si dirà che la formula del diritto di essere se stessi nasce in riferimento a persone qualificate come vulnerabili nella dimensione materiale dei corpi e talora anche nella sfera morale[62]. Ma proprio la recente giurisprudenza prima citata dimostra che anche in tali casi il carattere relazionale della persona può menomarne i processi di autodeterminazione. Quanto al rischio che l'accento su tale carattere appiattisca la posizione del singolo "su modelli identitari condizionati dalla comunità di appartenenza"[63], esso sarebbe scongiurabile là dove il riconoscimento giuridico di scelte e situazioni di vita, come quello operato talora dalla Corte Suprema e da altre corti europee, riservi a chi sia colpito da specifiche vulnerabilità lo spazio necessario a "svolgersi liberamente in una dimensione intersoggettiva animata dall'eguale rispetto"[64].

In questo modo il riconoscimento giuridico potrebbe far cessare una discriminazione o uno stigma subìto dal singolo da parte della società, ma non anche il condizionamento comunitario, che potrebbe casomai uscirne rafforzato. Si conferma così la necessità di distinguere la dimensione intersoggettiva a seconda che la si riguardi in una prospettiva epistemologica, dove i processi di definizione della identità del singolo ben possono crearne o alimentarne vulnerabilità, ovvero assiologica, in cui emerge in primo piano il principio di solidarietà di gruppo, il cui risvolto può tuttavia sempre consistere nella costruzione di identità collettive intolleranti verso altri gruppi o verso la società nel suo complesso.

I percorsi di riconoscimento del diritto di essere se stessi non corrispondono a una marcia trionfale. Da un lato la sussistenza di scelte e situazioni di vita che vi vengano riconnesse non può essere lasciato al solitario apprezzamento di chi intenda avvalersene, dall'altro il relativo accertamento può comunque incontrare limiti derivanti dal rispetto proprio e altrui. Vale qui la presunzione costituzionale che, rimossi gli ostacoli di ordine economico e sociale che li possano menomare, i processi di affermazione del pieno sviluppo della persona si svolgano il più possibile al riparo da intrusioni private, non meno che pubbliche.

10. Etica, diritto e contesto sociale.

Né il diritto né l'etica possono disancorarsi dai contesti sociali in cui si suppongono operanti senza rivelare fondamenta troppo fragili, degenerando in dogmatismo e in moralismo.

---

[62] Sul crescente ricorso alla categoria di "soggetti vulnerabili", non coincidente con quella di "soggetti deboli", nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale, P.Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in *Giur.cost.*, 2021, 11 ss.

[63] A.Schillaci, *Le storie degli altri*, cit., 150.

[64] A.Schillaci, *Le storie degli altri*, cit., 159.

A distanza di oltre mezzo secolo, sembra essersi avverata la previsione di "società senza padre", caratterizzate dal rifiuto del senso del dovere da parte delle giovani generazioni, e dalla tendenza a sostituire il conflitto tra fratelli al conflitto col padre[65]. Così, mentre gli antipaternalisti integrali continuano a concepire il loro paradigma e il loro bersaglio alla maniera di John Stuart Mill[66], le discriminazioni perpetrate ai danni di singoli o gruppi riflettono stigmi e pregiudizi coltivati sempre meno da grandi maggioranze al riparo di leggi generali e astratte. Chi riproponesse lo schema delle "*discrete and insular minorities*" da cui ebbe inizio la storia dello scrutinio stretto nella giurisprudenza della Corte Suprema[67], ignorerebbe che oggi le discriminazioni sono sempre più opera di altri gruppi, caratterizzati da un assorbente investimento identitario.

Si è parlato di una "*crisis of the general*", nel senso di paradigma cognitivo destinato a guidare le rappresentazioni collettive, e della contestuale crescita di un culto per le estreme singolarità che il "*cultural capitalism*" avrebbe istituzionalizzato grazie alle reti digitali, o, in alternativa, di comunità tenute insieme da un "*cultural essentialism*"[68], che all'opposto dell'identità relazionale scelta dalla Costituzione pretende un sé ontologicamente identico nel corso del tempo[69]. Forme tribali di aggregazione si aggiungono ai tradizionali corpi intermedi e talvolta si candidano a sostituirli[70], trasformando il sempre variabile e delicato rapporto fra cultura e natura in un conflitto senza scampo e in definitiva autodistruttivo.

Maturato in questo clima, il discorso sul diritto di essere se stessi riflette istanze di singolarità che si autodefiniscono in contrapposizione ad ogni ricerca di tratti comuni, un'ostensione realizzata in via comunicativa del diritto alla propria identità e una speranza di raggiungere una dimensione autentica del sé nonostante nuove maschere sociali abbiano sostituito quelle su cui era stato tradizionalmente costruito il soggetto giuridico. Le relative pretese di riconoscimento investono variamente l'arco delle situazioni oggetto dei divieti costituzionali di discriminazione: dall'identità di genere alle richieste di abolire la parola 'razza' e di cancellare le memorie del passato coloniale o autoritario, al già previsto reato di negazionismo, fino alle battaglie sul rifiuto di vaccinazione.

Prima che ai giudici e ai legislatori, il diritto di essere se stessi fa appello al diritto costituzionale, con istanze di legittimazione comunitaria che si autoalimentano in processi comunicativi, e spesso trascendono l'esigenza di garanzia di specifiche minoranze. Al contrario di quanto presupposto da un generale discorso sul diritto di essere se stessi, gli interpreti sono dunque chiamati a distinguere le relative situazioni. La garanzia costituzionale dei diritti

---

[65] A.Mitscherlich, *Verso una società senza padre. Idee per una psicologia sociale* (1963), Milano, Feltrinelli, 1970, 311.

[66] G.Gemma, *Paternalismo*, cit., 638, fa infatti risalire a J.S.Mill la tesi di G.Maniaci, *Contro il paternalismo*, cit., 98.

[67] Mi riferisco alla *Footnote 4* a *Carolene Products Co. v. United States* (1938), in cui il giudice Stone prometteva una "more searching judicial inquiry" a tutela di "discrete and insular minorities".

[68] A.Reckwitz, *The Society of Singularities*, Cambridge, Polity, 2020, risp. 83 e 286 ss.

[69] Senza contare che secondo F.Rigotti, *L'era del singolo*, Torino, Einaudi, 2021, 35, il"sovranismo psichico"dell'io narcisista corrisponde al "sovranismo politico" dei movimenti identitari, che esaltà l'identità collettiva di un popolo.

[70] Di tribù aveva già parlato M.Maffesoli, *Le temps des tribus. Le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes*, Paris, Méridiens Kincksiech, 1988.

delle minoranze non si esaurisce infatti in se stessa. E' anch'essa parte di una ricerca del "pieno sviluppo della persona umana" la cui ultima definizione è lasciata a ciascuno, con una conseguente soglia interna di maturazione di scelte e convincimenti che convive con l'assunzione del carattere relazionale della persona.

RIVISTA
AIC ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI

Rivista N°: 4/2021
DATA PUBBLICAZIONE: 10/12/2021

AUTORE: Gladio Gemma*

LA VACCINAZIONE OBBLIGATORIA È UTILE ED È COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMA

Sommario: 1. Cenni storici sulla vaccinazione obbligatoria. – 2. Genesi dell'art.32,2c, della Costituzione ed interpretazione affermatasi di detta norma. – 3. Contestazione della vaccinazione da parte dei no-vax e reazione (inadeguata) della società civile e del mondo politico. – 4. Ipotesi di spiegazione delle cause sociali della carente reazione all'offensiva dei no-vax. – 5. Preponderanza dei diritti sui doveri e del favor libertatis *anche in campo sanitario. – 6. Necessità di una concezione anti-populista della democrazia costituzionale anche ai fini della tutela della salute pubblica. – 7. Necessità del riequilibrio fra diritti e doveri costituzionali con ricaduta nel campo sanitario. – 8. Non sussiste alcuna antinomia fra libertà di cura e vaccinazione obbligatoria. – 9. Legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali. – 10. Considerazioni finali.*

1. Cenni storici sulla vaccinazione

Prima di occuparci della tematica dell'alternativa: obbligatorietà-facoltatività delle vaccinazioni nella prospettiva costituzionalistica di fondo, sembra opportuno un breve *flash* di carattere storico in materia.

Infatti le epidemie sono una patologia sociale che si ripete nella storia e dinanzi a questo fenomeno sono state disposte varie misure sanitarie per contrastarlo. Dette misure di contrasto sono di duplice natura.

Da un lato sono state disposte azioni di pertinenza esclusiva delle amministrazioni sanitarie, come ad esempio le disinfezioni, ma non solo queste[1]. Dall'altro lato sono stati adottati provvedimenti restrittivi delle libertà, di circolazione degli individui, *in primis* l'isolamento, cioè "quel

---

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo, nel ricordo del prezioso e autorevole insegnamento del Professor Gladio Gemma, già Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Modena e Reggio Emilia, purtroppo scomparso.

[1] Rientrano tra queste tutte le attività di "riordinamento igienico generale del Paese, affinché questo, con le sue immegliate condizioni (risanamento del suolo, fognature…) diventi terreno culturale meno adatto all'attecchimento dei germi patogeni"; cfr. G. ZUNO, Voce *Sanità pubblica*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Vol. XV. P. I, Milano, 1905, pp. 417,418.

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

complesso di prevenzioni amministrative le quali assicurano che il male non possa comunicarsi agli individui sani[2].
In secondo luogo, e in via specifica, si è posto il problema di quella misura preventiva che è costituita dalla vaccinazione, più esattamente della sua obbligatorietà o meno. Senza diffonderci su questa vicenda storica, sono sufficienti per il presente scritto alcune osservazioni.

Anzitutto, anche in passato, si sono manifestate violente opposizioni alla somministrazione dei vaccini. A mo' di esempio eclatante, può ricordarsi che "s'era costituita a Lipsia una vera lega lottante con tutti i mezzi possibili, stampa, clubs, ecc., contro la scoperta di Jenner, e che era giunta a tale da stornare non solo gli adulti dalla rivaccinazione, ma anche impedire la vaccinazione di molti bambini"[3]. Come si vede, la perniciosa presenza di no-vax e di ignoranti che danno loro credito è… una epidemia, che si ripete nel tempo con nefaste conseguenze.
In secondo luogo, alla base dell'opposizione alla vaccinazione obbligatoria si sono riscontrati due ordini di motivi. Da un lato, è stata contestata l'utilità della vaccinazione, e ciò da parte non solo dei "negazionisti", vale a dire di coloro che ritenevano i vaccini dannosi alla salute, ma anche di coloro che, pur non essendo timorosi della vaccinazione, la ritenevano una misura poco efficace in confronto con le altre misure adottabili (e di cui si è dianzi detto). Dall'altro lato, ed è quanto interessa di più in questa sede, è stata avanzata contro l'obbligatorietà della vaccinazione una motivazione di natura costituzionale. Più esattamente è stato invocato il principio di libertà dei cittadini. Con riferimento all'Inghilterra, ove perfino parlamentari ed intellettuali hanno invocato detto principio contro l'obbligatorietà vaccinale, si è polemicamente affermato che la "intelligenza" di detti "membri del Parlamento ed altre personalità spiccate" è stata "fuorviata da un idolo, da una fisima, qual è il rispetto indefinito della libertà individuale"[4]. Al di là dello spirito polemico che ispira tale osservazione, non sembra dubbia la sua veridicità, in quanto il principio di libertà è certo un fattore argomentativo a cui può far ricorso chi voglia opporsi alla previsione di un trattamento obbligatorio.
Nel conflitto dianzi richiamato è risultata vincente la corrente fautrice della vaccinazione. Infatti non solo è divenuta dominante l'opinione, secondo cui l'impiego dei vaccini è assolutamente necessario per prevenire epidemie[5], ma è anche stata accolta la soluzione dell'obbligatorietà della vaccinazione, quando quest'ultima risulti necessaria. Per quanto riguarda la validità della

---

[2] Cfr. G. ZUNO, Voce *Sanità*, cit., p.418, il quale aggiunge, per importanza, "l'evacuazione dei focolai, vale a dire l'allontanamento delle persone sospette e suscettibili dai fomiti d'infezione" (*ibidem*).

[3] Cfr. G. ZUNO, Voce *Sanità*, cit., p.421. L'A. ricorda poi che, in seguito alla mancata vaccinazione, "nell'epidemia del 1870-1871" si verificò una "mortalità relativa enorme di fanciulli e degli adulti non vaccinati molto tempo innanzi" (*ibidem*).

[4] Cfr. G. ZUNO, Voce *Sanità*, cit., p.421.

[5] La validità e il successo delle tesi circa l'utilità dei vaccini non trovano affatto smentita nella, talora, carenza di sollecitudine nella pratica della vaccinazione, quale verificatasi in certi casi: v., ad esempio, la deplorazione espressa da una circolare del Ministero dell'Interno in data 26 marzo 1885 (rivolta ai Prefetti), la quale, con riferimento al vaiolo (a quel tempo pericoloso), lamentava "una tal quale rilassatezza nelle discipline vigenti in questo ramo tanto nella vaccinazione e rivaccinazione prescritte, quanto nella assistenza da prestarsi alle Autorità incaricate dalla legge di sorvegliare specialmente al buon andamento della vaccinazione", con la conseguenza di "purtroppo frequenti… manifestazioni di questa malattia [il vaiolo]" e di "perdita di molte vite": v. Circolare del Ministero dell'Interno n.21200.15 del 26 marzo 1885, in *Rivista amministrativa del Regno*, 1885, p. 335, riportata, per questa (seconda) parte, anche da G. B. CERESETO, Voce *Sanità pubblica (interno, marittima, militare)*, in *Digesto Italiano*, Vol. XXI, Parte I, Torino, 1891, p.392.

soluzione dell'obbligatorietà vaccinale la motivazione di ordine costituzionale è costituita dalla confutazione dell' "idolo" del "rispetto indefinito alla libertà individuale.". Più esattamente, per riprendere le considerazioni emblematiche (cioè ben espressive di questa posizione), dello scritto più volte richiamato in precedenza, la libertà è sì un bene, ma va configurata con limiti posti da diritti altrui o interessi pubblici, pena il cadere della "società civile… nel disordine, nell'anarchia, nel caos permettendo a ciascheduno di fare quanto gli aggrada, quanto gli torna utile e comodo, ne venga pure agli altri, poco monta, pregiudizio grave nella persona, nell'incolumità, negli averi"[6]. La libertà degli uni è limitata dall'esigenza di tutelare la libertà (e non solo questa) degli altri, cioè di tutti. Per quanto riguarda poi lo specifico tema della libertà in rapporto alle vaccinazioni, si è sottolineato che "colui il quale si sottrae all'obbligo di farsi vaccinare, sarebbe forse padrone di operare così se vivesse confinato in una foresta, fuori dall'umano consorzio, ma non può certamente godere di tanta licenza sfrenata" se intenda "protrarre la propria esistenza in mezzo alla gente civile", posto che il rifiuto di vaccinazione costituisce "un pericolo permanente per la civile convivenza… un misfatto contro l'esistenza e l'integrità personale dei consociati"[7].

2. Genesi dell'art.32, 2c, della Costituzione ed interpretazione affermatasi di detta norma

Come si è visto, le vicende dei secoli più vicini a noi hanno portato alla vittoria della soluzione favorevole alla vaccinazione, quindi non solo all'impiego di questa per contrastare le epidemie, ma anche della liceità politico-costituzionale del ricorso alla previsione dell'obbligatorietà della medesima. Si precisa, anche se forse è superfluo, che si è legittimata una facoltatività… dell'obbligatorietà, cioè la facoltà, non l'obbligo, dello Stato (e del legislatore al suo interno) di prefigurare un obbligo dei cittadini di assoggettarsi a questa pratica sanitaria. L'adozione, o meno, di un regime di obbligatorietà vaccinale rientra quindi nel campo delle scelte di opportunità di politica sanitaria, senza una doverosità di carattere costituzionale per lo Stato.
La soluzione circa il potere dello Stato di imporre la vaccinazione in certe ipotesi, nelle quali quest'ultima appaia necessaria, è stata accolta anche nell'ordinamento costituzionale repubblicano, come è comprovato da due ordini di considerazioni, che sono difficilmente confutabili.

La prima riguarda la statuizione costituzionale relativa ai trattamenti sanitari obbligatori. Il testo dell'art. 32.2 c., della Costituzione statuisce la piena legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori, purché siano rispettati due presupposti: la loro previsione mediante disposizioni di legge (quindi riserva di legge) e "i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Sul contenuto

[6] Cfr. G. ZUNO, Voce *Sanità*, cit., p.421. Si può ricordare, se mai ce ne fosse bisogno, che un documento solenne, quale la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, esalta la libertà individuale, come diritto di "poter fare tutto ciò che non nuoce agli altri", con l'ulteriore precisazione che i "diritti naturali di ciascun uomo" hanno limiti nella necessità di assicurare "agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti" (v. art.4 di detta dichiarazione).
[7] Cfr. G. ZUNO, Voce *Sanità*, cit., p.421.

sostanziale di questa disposizione costituzionale non ci furono contrasti fra i costituenti. Attenzione! È vero che non mancò qualche proposta mirante a sopprimere il testo, simile a quello approvato poi dall'Assemblea, ma la motivazione addotta a favore della soppressione non era certo costituita dall'intento di vietare l'adozione di trattamenti sanitari obbligatori. Anzi, al contrario! Si ritenne tale statuizione superflua, e quindi non meritevole di essere espressamente formulata. L'on. Sullo, premesso che la prefigurazione dei diritti costituzionali ha senso in quanto abbia un "valore polemico nei riguardi delle violazioni che si sono avute da parte del fascismo", ha affermato che non c'è stata alcuna violazione in Italia circa la previsione di trattamenti sanitari obbligatori, con la conseguenza che è "inutile che si parli di ciò, perché anche la sola menzione può essere un'offesa alla tradizione nostra in questo campo"[8]. Allineato su questa posizione un altro intervento, secondo il quale la previsione della riserva di legge nella materia *de qua* sarebbe stata "oltre una superfluità, una contraddizione in termini, perché non vi può essere un trattamento sanitario che sia obbligatorio senza una legge"[9]. Pertanto, lungi dal contestare l'utilità e l'eventuale previsione dell'obbligatorietà delle vaccinazioni, i costituenti si limitarono a discutere se fosse opportuno o meno fare menzione nel testo costituzionale della soluzione affermatasi nella prassi circa i trattamenti sanitari obbligatori, nonché a preoccuparsi di prefigurare garanzie per l'adozione di questi ultimi, come risulta nettamente dal tenore dell'art.32.2 c. approvato dall'Assemblea costituente.
La seconda considerazione riguarda le vicende dell'art.32.2 c. nella Costituzione vivente repubblicana. Per il tema che ci interessa si è manifestata nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale una *communis opinio* sui trattamenti sanitari obbligatori in materia di vaccinazioni, vale a dire circa la loro utilità e la piena legittimità costituzionale della loro adozione.

Per quanto concerne la dottrina la problematica dei trattamenti sanitari obbligatori in generale o con riferimento specifico alle vaccinazioni è stata analizzata nei suoi diversi aspetti[10]. Ora si possono fare due osservazioni ben difficilmente confutabili. In una direzione, la dottrina ha interpretato l'art.32.2 c., in termini restrittivi nei confronti del potere pubblico, sia circoscrivendo l'area della facoltà di imporre trattamenti sanitari obbligatori, sia configurando il diritto dei vaccinati all'indennizzabilità di danni eventualmente subiti a causa delle vaccinazioni. In altra direzione, s'è registrato un consenso unanime nella configurazione del potere delle autorità sanitarie di disporre trattamenti sanitari obbligatori, ed obblighi vaccinali in via specifica. Quindi interpretazione liberale dell'art.32.2 c., Cost., ma senza alcun disconoscimento della facoltà di imporre trattamenti vaccinali.
Stessa tendenza, di massima, si registra nella giurisprudenza costituzionale. Non citeremo le

---

[8] Cfr. Intervento dell'on. Sullo nella seduta del 24 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, II, Roma, 1970, p.1214.

[9] Cfr. Intervento dell'on. Arata, *ivi*, p.1227.

[10] La letteratura in materia è assai ampia e non può essere indicata in questa sede. Ci limitiamo a rinviare a qualche scritto, a titolo indicativo, ed alla bibliografia ivi richiamata. Per la tematica in generale dei trattamenti sanitari obbligatori, v. M. LUCIANI, Voce *Salute-I. Diritto alla salute. Dir. Cost*., in *Enciclopedia giuridica "Treccani"*, XXXII, Roma, 1994, p. 10 ss.; C. TRIPODINA, *Art.32*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.330 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, p. 37 ss. Sulla tematica specifica delle vaccinazioni, v. S.P. PANUNZIO, Voce *Vaccinazioni*, in *Enciclopedia giuridica "Treccani"*, XXXVII, Roma, 2009, scritto di tre pagine dedicato solamente alle vaccinazioni obbligatorie.

varie decisioni che sono state emanate in materia di vaccinazioni[11]. Nondimeno, è opportuno richiamare per la sua significatività sull'argomento in oggetto, la sentenza del 18 gennaio 2018 n.5. Infatti, con tale decisione, su cui si ritornerà nel prosieguo, la Corte ha ampiamente motivato la sussistenza in capo allo Stato del potere di tutelare la salute pubblica mediante "l'incisivo strumento" della "previsione degli obblighi vaccinali"[12] ed ha bocciato la pretesa di una regione di abolire, nel proprio territorio, l'obbligatorietà di certe vaccinazioni.

3. Contestazione della vaccinazione da parte dei no-vax e reazione (inadeguata) della società civile e del mondo politico

Sulla base di quanto riportato in precedenza, sembrava quindi scontata la soluzione costituzionale in materia di vaccinazioni: obbligo non c'è, ma facoltà costituzionale sì di introduzione dell'obbligatorietà di vaccinazione (se venga ritenuta opportuna sotto il profilo politico-legislativo). Se fosse così pacifico, non avrebbe molto senso ritornare su tale tema per giustificare il potere di disporre una vaccinazione obbligatoria. In realtà sono però emersi fenomeni e comportamenti che, al di là delle intenzioni, possono minare la tesi costituzionale affermatasi nella materia *de qua*. Vediamo quali fenomeni e comportamenti si siano verificati per alimentare il pericolo della svalutazione, se non addirittura della vanificazione della tesi costituzionale in oggetto. Iniziamo con il richiamo, molto conciso e sintetico, delle cause sociali e politiche.

A) Negli ultimi decenni si è manifestato, anche in Italia, un movimento contrario alla somministrazione dei vaccini (perché ritenuti inutili o dannosi alla salute). I seguaci di tale orientamento, i cosiddetti no-vax, costituiscono certo una minoranza della popolazione e godono di ben scarso credito culturale. Nondimeno, si tratta di una minoranza aggressiva la quale, pur fondando la propria tesi su menzogne e su argomenti privi di qualsiasi fondamento razionale, può far leva su suggestioni, che hanno un impatto su numerose persone. Favoriti dall'emersione di un analfabetismo scientifico incredibile[13], i no-vax si avvalgono di due argomenti di mero effetto emozionale, che però hanno efficacia nei confronti di molti individui, suggestionabili in vario modo.
Il primo argomento è costituito dall'attivazione della paura attraverso la rappresentazione falsa di effetti negativi di certe sostanze, nel nostro caso i vaccini, sulla salute delle persone. C'è stata la notizia falsa, in virtù della quale la vaccinazione può provocare l'autismo, e, malgrado la plateale smentita di tale effetto (e le prove inconfutabili addotte per tale smentita), è rimasto il timore che i vaccini possano provocare tale malattia. Oppure l'esistenza di rari eventi avversi è, per molti, motivo per rifiutare i vaccini, quando la probabilità del verificarsi di tali conseguenze sfavorevoli è ben minore della probabilità di effetti dannosi provocati da farmaci che vengono tranquillamente impiegati dai nemici stessi dei vaccini.

---

[11] Per la giurisprudenza costituzionale nella materia *de qua*, v. i richiami contenuti negli scritti citati in nota (10).

[12] Le parole virgolettate si rinvengono nel par. 7.2.2. della sentenza n.5 del 2018.

[13] Su questo fenomeno, sia pur riferito agli USA, ma ben presente anche nel nostro Paese, v. T. NICHOLS, *La conoscenza e i suoi nemici,* Roma, 2017, p. 17 ss.

Il secondo argomento di impatto psicologico, pur se meno diffuso, è costituito da quella che è stata definita la "teoria del complotto"[14]. Tale concezione descrive la credenza maliziosa, in virtù della quale ci sono dei potenti sulla terra che, mossi da interessi immorali o da fini perversi, programmano (e realizzano) azioni a largo raggio a danno di vasti settori dell'umanità. Oltre ai "complotti" della finanza internazionale, che manipola i governanti della terra per realizzare alti profitti impoverendo l'umanità, sussisterebbe il potere economico delle case farmaceutiche che, o inventano epidemie o convincono medici e pazienti ad usare farmaci inefficaci come i vaccini. La presenza del demonio, in questo caso un demonio finanziario e laico, è sempre un fattore di suggestione e non a caso certuni dei no-vax hanno fatto ricorso anche a questo[15].

La forza, però, non è mai un fattore assoluto, bensì relativo. Il che significa che la forza di entità collettive sussiste in quanto, e nella misura in cui, sussiste una debolezza delle entità collettive che si contrappongono alle prime. Orbene, la reazione, a livello culturale, della maggioranza della società civile e delle istituzioni, pur favorevoli alla vaccinazione e certo desiderose di contrastare la pandemia, è stata denotata da timidezza e da ritardi o lentezza, con una carente contestazione degli argomenti di coloro che si sono opposti all'obbligatorietà vaccinale. Cerchiamo di delineare le cause di tale debole reazione con riferimento, dapprima, alla società civile, poi al mondo politico.

La società italiana (ma il discorso può valere per altri Paesi) ha registrato, per riprendere le parole di uno studioso francese della storia dell'individualismo, un uso non corretto del principio di libertà individuale, cioè si è realizzato, anche in Italia, quell' "individualismo "post moderno"… portatore di soggettivistiche mine vaganti che rischiano di provocare una caotica giustapposizione di comportamenti irresponsabili (non rispetto del diritto degli altri, non consapevolezza delle costrizioni minime che la vita della società aperta implica)"[16]. Senza diffonderci in ampia documentazione del fenomeno in oggetto, si possono richiamare delle valutazioni operate in ambito sociologico (e riprese da giuristi), che sembrano corrispondere a quelle poc'anzi riportate. Così si è qualificata quella italiana "una società appiattita" nella quale si registrano "evidenti manifestazioni di fragilità sia personali che di massa: comportamenti e atteggiamenti spaesati, indifferenti, cinici, passivamente adattativi, prigionieri delle influenze

---

[14] Si riprende la felice formula impiegata da T. NICHOLS, *La conoscenza*, cit., p.68 ss.

[15] Una precisazione onde evitare equivoci. La presenza della paura (anche) dinanzi a rischi di malattie è un fattore psicologico, che è proprio della maggior parte dell'umanità (ivi compreso chi scrive). Ma una cosa è una paura dovuta a qualche dato, che potrebbe essere l'effetto di una malattia e quindi legittimare una preoccupazione anche se superiore a quella comportata dal rischio, altro è un terrore patologico di rischi sanitari ben superiori a quelli che i soggetti terrorizzati accettano senza particolare timore. Così pure, per quanto riguarda la "teoria del complotto", lo scrivente, il quale è un seguace delle smaliziate concezioni machiavelliane (non machiavelliche, attenzione!), è convinto che esistano dei poteri "demoniaci" nel campo della politica, dell'economia, ecc. Ciò che si contesta, in questa sede, è una ricostruzione immaginaria, senza riscontri scientifici, di certi poteri "demoniaci", con la perniciosa svalutazione di attività, pur utili all'umanità, in quanto dette attività provocherebbero vantaggi a poteri "demoniaci", più o meno presunti.

[16] Cfr. A. LAURENT, *Storia dell'individualismo*, Bologna, 1994, p.125. L'affermazione dell'A. è di carattere generale e non è espressamente riferita all'Italia, ma come risulta dal prosieguo del testo, vale bene anche per il nostro Paese.

mediatiche, condannati al presente senza profondità di memoria e futuro"[17]. La si è definita "una società… priva di meccanismi regolatori di qualunque natura, giuridica, morale, sociale, e quindi frantumata"[18], con prevalenza di "populismi, egoismi individuali di ceto, cinismo sociale"[19]. In sintesi, nella società italiana si è verificato un notevole declino della cultura civica e del capitale sociale, con una apatia ed una mancata reazione ai mali sociali, come la svalutazione della scienza, l'egoismo, ecc. (per citare i mali che hanno rilevanza per il nostro tema), che non erano affatto presenti, o lo erano molto meno, vari decenni orsono. Tutto ciò ha notevolmente indebolito la resistenza del corpo sociale verso le manifestazioni di minoranze aggressive, cioè le spinte al rigetto delle stesse.

A quanto scritto poc'anzi potrebbe essere mossa un'obiezione, alla quale però si può opporre una considerazione, che può valere anche come precisazione del discorso condotto in precedenza. Più esattamente potrebbe essere obiettato che, soprattutto lo scorso anno (2020), si è manifestato un atteggiamento sociale positivo nei confronti della lotta alla pandemia, come può essere comprovato dalla diffusa accettazione, da parte dei cittadini, delle misure anti-covid durante i *lockdown*. Quindi la società italiana, in questa occasione, non avrebbe mostrato quei difetti, che sono stati attribuiti ad essa dagli studiosi citati. Senza negare l'esistenza di atteggiamenti virtuosi, il quadro descritto in precedenza non muta per due motivi.

Anzitutto non sono mancati numerosi casi di trasgressione di norme e di raccomandazioni, soprattutto dopo la fine del primo *lockdown* (del 2020), con frequenti critiche, da parte di autorità sanitarie e medici, di certe manifestazioni che hanno favorito la diffusione del contagio. A prescindere comunque da questo rilievo, quanto abbiamo sostenuto riguarda il versante dell'opinione comune e la scarsità di manifestazioni dei *pro-vax*. Ci limitiamo a citare tre dati. In primo luogo, non ci sono state, o comunque, qualora si siano verificate, sono state assai poche le manifestazioni organizzate contro i no-vax e le loro idee. In secondo luogo, talora il dissenso verso le dissennate opinioni dei no-vax è stato accompagnato da una benevola comprensione e da stima nei loro confronti, a dispetto dei danni (comprese le morti di contagiati) da essi provocati. Infine, quando si sono levate voci a favore della vaccinazione obbligatoria da parte di- (e non di tutti)- esperti, si è trattato di dichiarazioni timide, con la scusa che tale misura riguarda la politica (il che è vero) e non può essere oggetto di giudizio di scienziati od esperti di medicina (il che non è fondato, poiché questi ultimi sono anche cittadini, che possono liberamente esprimere a titolo personale opinioni in materia di politica sanitaria).

Concludendo con lo sguardo rivolto alla società civile, si è registrata una maggior pressione della parte minoritaria, che ha fatto leva sull'emozionalità in confronto alla ben minore reazione della parte maggioritaria, che ha seguito la razionalità.

B) Veniamo ora alle reazioni del mondo politico e delle istituzioni nei confronti delle pressioni dei no-vax, non prima di aver effettuato una duplice precisazione. Anzitutto, sussistono due

---

[17] Le espressioni riferite nel testo si trovano in un rapporto del CENSIS sulla situazione sociale del Paese del 2010 e sono riportate sia nello scritto di M. DOGLIANI, *Cittadino: un modello culturale superato?*, in *Questione Giustizia*, n. 3-4, 2011, p.24, sia nel libro di L. VIOLANTE, *Il dovere di avere dei doveri*, Torino, 2014, p.6.

[18] Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere*, cit., p.7.

[19] Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere*, cit., p.3. Per un più ampio quadro di considerazioni sui mali della società italiana, v., oltre gli scritti citati di Dogliani e Violante, anche l'opera densa di pensiero, di due autori, uno dei quali presidente del CENSIS: G. DE RITA, A. GALDO, *Prigionieri del presente*, Torino, 2018.

versanti dell'azione dello Stato e delle forze politiche, vale a dire esiste il versante culturale, relativo cioè all'opinione politica e giuridica, di detti soggetti collettivi, e l'altro, che riguarda le azioni di governo (in senso lato del termine). Dato l'oggetto dello scritto, costituito dalla legittimità o meno dell'introduzione della vaccinazione obbligatoria (contro il covid), sarà volta l'attenzione all'orientamento del mondo politico e delle istituzioni relativamente alla prefigurazione dell'obbligatorietà dell'obbligo vaccinale. In secondo luogo, si può configurare un'alternativa generale, tra una soluzione, che fa leva soltanto sulla persuasione a vaccinarsi, e l'altra, che si sostanzia in un'imposizione di vincoli di natura giuridica. Però in termini più articolati, possono essere ravvisate versioni deboli o forti delle due soluzioni. Più esattamente, il ricorso alla persuasione può manifestarsi sia con parole benevole sia con pesante critica verso i nemici dei vaccini, mentre la soluzione autoritativa, che fa leva sull'imposizione di vincoli giuridici, può sostanziarsi sia nella prefigurazione di oneri- esempio, la mancata vaccinazione preclude l'accesso a certi locali pubblici- oppure di obblighi *tout court*, incondizionati.

Facciamo riferimento agli ultimi anni, durante i quali l'azione politica dei no-vax (e dei loro gregari, ivi compresi molti pur favorevoli all'uso dei vaccini) si è concretizzata nella prefissione di un obiettivo ed in una precisa richiesta: l'opposizione a qualsiasi soluzione autoritativa, *soft* o forte, di oneri e di obblighi, in campo vaccinale. Questo periodo può essere distinto in due fasi, cioè quella anteriore e l'altra posteriore all'arrivo del covid.

a) Nella fase anteriore alla pandemia, la soluzione della facoltatività delle vaccinazioni è stata non solo propugnata, ma attuata da alcune regioni: Veneto, Emilia-Romagna, Lombardia, Piemonte (a cui si aggiunga la Provincia di Trento). Con riferimento all'obbligo- *rectius* onere-vaccinale, il cui inadempimento fosse sottoposto a sanzioni amministrative, dette regioni hanno sospeso queste ultime, mirando ad attuare il "passaggio dal regime di obbligatorietà a quello di adesione consapevole" (per usare le parole della delibera di una di queste)[20]. Questa infelice introduzione della facoltatività vaccinale ha provocato un effetto negativo sul piano sanitario. Infatti, per riprendere le parole di una pur sostenitrice della "tecnica della raccomandazione" senza vincoli giuridici, "la facoltatività vaccinale ha provocato un progressivo calo delle "coperture vaccinali sotto le soglie di guardia ritenute necessarie dalla comunità scientifica internazionale per garantire la cd. immunità di gregge, determinando espressi richiami alle nostre autorità sanitarie sia da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (…) sia degli organismi europei competenti nel settore"[21]. Tale situazione ha determinato una reazione del Governo nazionale, che ha, con un decreto legge (il d.l. 7 giugno 2017 n.73), reintrodotto la soluzione autoritativa *soft* dell'onere di vaccinazione con sanzioni a carico dei trasgressori (i genitori o tutori legali che avessero sottratto i minori alla profilassi vaccinale). L'adozione di

[20] Per un quadro più articolato relativo alle regioni, che hanno optato per la soluzione della facoltatività vaccinale e per il ricorso solo ad un'opera di persuasione, v. G. PASCUZZI, *La spinta gentile verso le vaccinazioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2018, p.91 ss. Si fa presente che le parole virgolettate nel testo si ritrovano nella delibera della Regione Emilia-Romagna n.256 del 13 marzo 2009 (v. riportate in G. PASCUZZI, *La spinta*, cit., p.95) e che la predetta regione ha in seguito mutato orientamento, reintroducendo la cd. obbligatorietà quale condizione per l'accesso ai servizi della prima infanzia: su tale cambiamento della Regione Emilia-Romagna (e di altre), v. N. VETTORI, *L'evoluzione della disciplina in materia di vaccinazione nel quadro dei principi costituzionali*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 01, 2018, p.250.

[21] Cfr. N. VETTORI, *L'evoluzione*, cit., p.250.

tale soluzione impositiva *soft* ha poi avuto la convalida da parte della Corte costituzionale[22].

Questa fase pre-covid, in conclusione, ha registrato un duplice atteggiamento nel mondo politico ed istituzionale. Da un lato, si è verificato in sede regionale l'accoglimento della soluzione propugnata dai no-vax: vale a dire prefigurazione della vaccinazione facoltativa, con libertà dei genitori o tutori di non far vaccinare i minori sottoposti alla loro tutela. Dall'altro lato, a livello nazionale, cioè di Governo, Parlamento e Corte costituzionale, è risultata vincente e legittimata la soluzione impositiva, pur se in versione *soft.* È rimasta fuori gioco la soluzione autoritativa forte, ma, nei termini nei quali si è delineata la vertenza politica e giuridica, il massimo raggiungibile contro la pretesa dei no-vax è stata la realizzazione della soluzione autoritativa *soft*.

b) Passando alla fase della attuale pandemia, ci limitiamo, anche in tal caso, a poche e brevi notazioni rilevanti per la tematica del presente scritto, cioè quella della obbligatorietà o meno delle vaccinazioni nell'ambito del rapporto fra prevenzione sanitaria e diritti di libertà.
In questa vicenda si è verificata una netta divaricazione di atteggiamenti[23].
Da un lato, c'è stata nella parte (sembra) maggioritaria del mondo politico una tendenza a condividere la necessità di introdurre (anche) misure fortemente limitative delle libertà dei cittadini. Particolarmente nel *lockdown* dei primi mesi del 2020 ed in quello degli ultimi mesi dello stesso anno e dei primi del 2021 ci sono state le note restrizioni del diritto di libertà personale (nei casi di persone colpite da covid o di sospettate di contagio), del diritto di circolazione, del diritto di libertà religiosa, ecc. Non sono mancati certo anche contrasti forti tra fautori della massima precauzione e quelli propensi a ridurre od eliminare al più presto le limitazioni. Nondimeno si può affermare che, anche nell'ambito delle forze politiche orientate ad abolire le misure precauzionali, non sono mancati contrasti interni (come prova la divergenza di punti di vista, all'interno della Lega, tra la posizione del segretario nazionale Salvini, piuttosto condiscendente verso le pretese dei no-vax e il diverso orientamento dei presidenti regionali del medesimo partito) e, soprattutto, anche le correnti politiche più impazienti non hanno condotto una battaglia senza quartiere. Il che ha reso più agevole l'introduzione da parte del Governo, con l'appoggio della maggioranza parlamentare, dei limiti alle libertà onde contrastare la diffusione della pandemia.
Dall'altro lato, si è verificata una maggior timidezza, una maggior resistenza, sul versante dell'introduzione degli obblighi vaccinali.
Nel mondo politico si è delineata nel 2021, in modo più virulento (così sembra) che in passato, la diatriba e la contrapposizione fra no-vax (e loro *supporter* intellettuali) e sostenitori della vaccinazione. Ciò che è più importante è registrare che i fautori della vaccinazione anti-covid si sono attestati, anche sul piano culturale, sulla soluzione impositiva *soft*, cioè sull'introduzione di oneri vaccinali. Certamente l'esistenza non solo di avversari della vaccinazione, ma

[22] V. la sentenza 19 gennaio 2018 n.5 della Corte costituzionale, la quale ha fondato la decisione anche sulla base degli argomenti scientifici e della posizione assunta da varie istituzioni scientifiche nei confronti della riduzione della copertura vaccinale registratasi in Italia in seguito al regime della facoltatività: v. sul punto la citata sentenza n.5 (nn. 6.2. 6.3, 6.4).

[23] Sul punto, v. le osservazioni di A. D'ALOIA, *Introduzione. Una tempesta "inaspettata e furiosa". Dimensioni bioetiche e biopolitiche del Covid*, in A. D'ALOIA, *La tempesta del Covid*, Milano, 2021, soprattutto p. 18 ss.

anche di una consistente (pur se nettamente minoritaria) frazione della popolazione intenzionata a non vaccinarsi- con il rischio di ripresa di una recrudescenza della pandemia e del ritorno dell'intasamento delle strutture sanitarie- ha favorito la diffusione dell'uso dei vaccini e la applicazione della soluzione autoritativa (v. l'estensione dell'onere del *green pass*, come test di questa tendenza). Ma il quadro è stato ben diverso, almeno nell'arco temporale, che arriva fino ai primi di settembre del 2021, per quanto riguarda la soluzione forte, cioè della vaccinazione obbligatoria della popolazione.
Infatti, poteva essere razionalmente comprensibile che, nel 2020 (quanto meno nei primi nove mesi dell'anno), si potesse non prospettare una vaccinazione obbligatoria, dato che non erano ancora disponibili vaccini e si poteva altresì sperare (peraltro con illusione) che la pandemia perdesse la sua aggressività e che, comunque, con l'arrivo dei vaccini (quasi) tutti si assoggettassero alla inoculazione di questi ultimi. Ma, in seguito, con il mutamento di dette circostanze- persistente pericolosità della pandemia, disponibilità di vaccini e virulente reazioni dei no-vax- appariva priva di ragionevolezza la soluzione della facoltatività vaccinale. Eppure è rimasta in sordina la soluzione autoritativa forte ancora per gran parte dell'anno 2021. Una prova emblematica fra le altre è stata l'esclusione della vaccinazione obbligatoria, nemmeno come soluzione di riserva in caso di un diffuso rifiuto di vaccinarsi, da parte del ministro della salute Speranza, il quale non solo era il titolare del ministero in prima linea nella politica anti-covid, ma si era rivelato un uomo del Governo quanto mai (meritevolmente) impegnato nell'azione contro la pandemia, affrontando l'impopolarità e gli attacchi demagogici della destra (soprattutto di Lega e Fratelli d'Italia). Solo per la fermezza e la forza politica di Draghi si è cominciato a prospettare la soluzione dell'obbligatorietà vaccinale quale strumento possibile da adottare qualora fosse insufficiente il numero dei vaccinati per contenere la propagazione del covid.

4. Ipotesi di spiegazione delle cause sociali della carente reazione all'offensiva dei no-vax

Come è stato notato, sussiste un'estrema incongruenza logica fra l'accettazione (o la tenue contestazione) delle misure più severe adottate nel 2020 e nei primi mesi del 2021 (fra cui il *lockdown*) e la resistenza nei confronti dell'obbligatorietà vaccinale. Come ben scritto, il rifiuto della soluzione *hard* è fondato su "una preoccupazione incoerente con il fatto che (…) l'esigenza di tutelare la salute collettiva e la capacità di risposta del sistema sanitario abbiano giustificato misure limitative di molti diritti e libertà non meno fondamentali della decisione di curarsi o non curarsi (in questo caso di sottoporsi al trattamento vaccinale)"[24]. Ma ciò non deve stupire, poiché, se è consentita una battuta scherzosa (sia pur polemica), non essendo stato inventato il vaccino contro l'irrazionalità umana, quest'ultima si manifesta tante volte e si è manifestata anche nella vicenda *de qua.*
Eppure, se, a prescindere dalla critica, ci poniamo sul terreno sociologico-politico, si può forse spiegare quantomeno in via di ipotesi da verificare mediante indagini *ad hoc*, l'incongruenza

[24] Cfr. A. D'ALOIA, *Introduzione*, cit., p.20.

di una fermezza dimostrata dal mondo politico ed istituzionale (prevalente) nell'adozione delle richiamate misure limitative di libertà, accanto alla riluttanza piuttosto protratta nel tempo a prospettare la necessità della vaccinazione obbligatoria. In effetti la pressione delle minoranze aggressive, nella materia *de qua*, si è manifestata più verso gli obblighi vaccinali che non nei confronti di altri vincoli. Dinanzi a queste pressioni il mondo politico ed istituzionale ha reagito debolmente sul piano degli obblighi vaccinali, in quanto esso, in democrazia (e sulla base di una certa concezione, a parere di chi scrive, distorta, della stessa, come si dirà nelle pagine successive), tende ad assumere una sudditanza nei confronti dei cittadini, soprattutto nei confronti dei gruppi organizzati che arrivano a mobilitare questi ultimi.

Senza poter approfondire il tema in questa sede, rileviamo che la sudditanza *de qua* è indotta dal perseguimento di un fine, ritenuto assolutamente primario da parte (della grande maggioranza) dei politici: l'acquisizione del consenso elettorale. Come ben scritto, abbiamo una "classe dirigente, priva di strategia di governo (…) e avvitata nell'ansia di ricercare, *ad horas*, una *leadership* convincente ai fini della conquista del consenso"[25]. Tale ricerca del consenso elettorale si traduce in una acquiescenza verso gli umori popolari (soprattutto se si manifestino in forme di protesta, più o meno veemente), in un assoggettamento alle (presunte) opinioni di fondo oppure a soluzioni, che sembrano sostenute da una moltitudine di cittadini, in una tendenza a "dar ragione", oppure a "non dare torto", o ancora, se proprio costretti, a "dar torto" in modo quanto mai morbido, a gruppi organizzati o settori più o meno diffusi della comunità politica. Questa propensione alla deferente soggezione nei confronti dei cittadini, aggregati nei modi più vari, può ben spiegare perché dinanzi a quella frazione pur minoritaria che osteggiava la soluzione autoritativa, pur *soft*, dell'imposizione di obblighi vaccinali, si sia verificata una riluttanza verso quella misura rigorosa, pur se all'apparenza (e solo a quella) di natura autoritaria (e poco democratica, anche qui solo all'apparenza), che era la vaccinazione obbligatoria (pur se praticata per l'inadeguatezza di misure più *soft*).

La pandemia, nel momento della redazione di questo scritto, è ancora in corso- anche se sembra meno grave dato che si è vaccinata un'alta percentuale della popolazione (peraltro ancora insufficiente)- e quindi la vicenda non è ancora finita. Persistendo la circolazione del virus, con il rischio di intasamento di ospedali e di effetti sociali negativi (oltre quelli di natura sanitaria), si possono, banalmente, delineare tre esiti: la mancata vaccinazione obbligatoria, pur permanendo la necessità della stessa, la mancata introduzione della stessa, in quanto non risulti più necessaria per la recessione dell'epidemia e il raggiungimento di una soglia di sicurezza, o, in terzo luogo, l'adozione della obbligatorietà vaccinale. Ai fini del presente saggio è superfluo fare previsioni circa quanto avverrà dopo l'ottobre del 2021, bensì interessa cercare di dimostrare che la vicenda, che si è svolta fino ad ora (inizio di ottobre) con le remore frapposte alla obbligatorietà della vaccinazione, è sufficientemente definita per un'analisi ed una valutazione critica della stessa (qualunque sia l'esito futuro della pandemia e dell'obbligo vaccinale)[26].

---

[25] Cfr. G. DE RITA, A. GALDO, *Prigionieri*, cit., p.75.

[26] Quindi il discorso condotto nel testo potrebbe valere, a parere di chi scrive, anche qualora la vicenda in oggetto si concludesse con l'introduzione della vaccinazione obbligatoria, per l'attesa troppo lunga dell'adozione di tale misura.

Infatti, anzitutto il presupposto patologico della problematica della politica vaccinale si verificherà probabilmente anche in futuro, ahinoi! Secondo le previsioni degli scienziati, con la distruzione di boschi e foreste e l'espansione incontrollata dei centri abitati, i virus si sposteranno sempre più verso la popolazione urbana, provocando nuove epidemie e pandemie. Si porrà quindi anche in futuro l'interrogativo circa l'opportunità e la legittimità della vaccinazione obbligatoria.
In secondo luogo, se non v'è certezza, ci sono molte probabilità che i fattori sociali e politici, in precedenza esposti, permarranno (anche) nella nostra società e potranno determinare una resistenza nei confronti di una soluzione autoritativa forte. In altri termini, v'è da temere che, anche in futuro (almeno per decenni), data la vischiosità della mentalità collettiva e dell'atteggiamento delle forze politiche, si verifichi una riluttanza all'introduzione di una vaccinazione obbligatoria, pur in presenza di casi di morte nonché di intasamento di ospedali e di gravi contraccolpi sull'economia e sull'occupazione.
Per questi motivi è sembrato opportuno dire qualche cosa sulle cause di natura sociale e politico-istituzionale, che hanno determinato la divergente posizione in tema di obblighi vaccinali negli anni 2020-2021, così come sembra utile, anzi necessario, cercare di operare una concisa ricostruzione dei fattori culturali, che costituiscono una concausa della vicenda di politica sanitaria, descritta in precedenza. Tale ricostruzione sarà accompagnata da un'analisi critica delle motivazioni, che stanno alla base dell'opposizione agli obblighi vaccinali, e della prospettazione delle ragioni di fondo, che possono supportare l'adozione della vaccinazione obbligatoria.

5. Preponderanza dei diritti sui doveri e del *favor libertatis* anche in campo sanitario

I fattori culturali si possono distinguere in tendenze di fondo, in tema di rapporti fra diritti e doveri, quindi incidenti in termini mediati, indiretti, e tendenze più propriamente attinenti alla relazione: diritto alla salute, inteso (anche) come libertà di cura e trattamenti sanitari obbligatori (e non esclusi quelli coercitivi).
Sul tema generale del rapporto fra diritti (*in primis*, quelli di libertà) il dibattito è quanto mai ampio nel tempo e nello spazio ed è sterminata la letteratura in materia. Ovviamente, in questa sede, ci si limiterà a pochissime notazioni, che possono avere rilevanza per il presente scritto.

Secondo il quadro magistrale disegnato da Bobbio con poche pennellate, c'è stata negli ultimi secoli una rivoluzione nel rapporto fra diritti e doveri. Nel passato è stata registrata una sudditanza dell'individuo nei confronti della comunità e del potere politico, considerandosi "l'individuo singolo… essenzialmente un oggetto del potere o tutt'al più un soggetto passivo"[27]. Di conseguenza, si configura la priorità della figura del dovere in rapporto al diritto, in quanto è nettamente dominante la titolarità di obblighi dell'individuo. Dal XVII secolo in poi il rapporto

[27] Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p.57.

s'inverte, e si afferma quella "concezione individualistica" in virtù della quale "prima viene l'individuo… poi viene lo Stato e non viceversa"[28]. Ovviamente questa tendenza rovescia il rapporto fra diritti e doveri a favore dei primi. Questo affresco di Bobbio delinea bene una costante degli ultimi secoli circa il rapporto fra diritti e doveri, in quanto a denotare questo periodo storico sussiste una continua espansione dei diritti, in termini sia di enumerazione e di riconoscimento, sia di garanzia, particolarmente per quanto riguarda le libertà[29]. Questo fenomeno si è accompagnato ad un'egemonia culturale delle correnti politiche e culturali, il cui leitmotiv è stata l'apologia sia dei diritti di libertà, in reazione alle autocrazie dei tempi lontani e più vicini, sia dei diritti che sono maturati con lo sviluppo sociale e tecnologico.
In verità, la proclamazione dei diritti non ha mai fatto venir meno il riconoscimento dei doveri, poiché i primi, se in rapporto ai loro titolari si contrappongono ai secondi in quanto di segno contrario, non escludono i secondi ed hanno solo la funzione di limitare il potere dello Stato di prefigurare i doveri stessi. C'è una coesistenza degli uni e degli altri. Nondimeno si può verificare una sollecitazione di segno opposto alla proclamazione ed alla estensione della portata e alla tutela dei diritti e dei doveri e nei regimi liberaldemocratici in generale, ed in Italia, in particolare, gli interessi dei cittadini hanno operato in modo nettamente prevalente a favore dei primi, provocando una loro espansione con una recessione dei secondi. Si è verificato perciò quel fenomeno, che è stato definito, con efficace espressione giornalistica, "dirittismo"[30], che si è accompagnato ad "una superficiale e onnipervasiva cultura dei diritti"[31], secondo altre felici parole. In questo contesto, quando si è prospettata un'antinomia fra istanze di libertà e quelle di interesse pubblico (e di obblighi conseguenti), è spesso prevalso il *favor libertatis*.

Nel contesto del "dirittismo" e della pervasiva "cultura dei diritti" e, in via specifica del *favor libertatis*, ha preso il via la contestazione, nell'ambito di settori della dottrina giuridica, della soluzione dell'obbligatorietà vaccinale. Alla base di tale orientamento stanno due intrecciate motivazioni di fondo.
In via di principio, v'è, naturalmente, l'invocazione della libertà individuale. Per riprendere le parole di una sostenitrice di tale posizione, "in base al principio personalista che ispira l'impianto costituzionale, la finalità cui tendere è garantire l'interesse generale nel modo più rispettoso possibile della libertà individuale"[32]. A questa considerazione di ordine strettamente

---

[28] Cfr. N. BOBBIO, *L'età*, cit., p.59.

[29] V., sulle diverse generazioni di diritti e loro tutela, N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società*, in ID, *L'età*, cit., p.67 ss., e, per un quadro sintetico, ma lucido, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2020, p.6 ss.

[30] Cfr. A. BARBANO, *Troppi diritti*, Milano, 2018, p.16 ss. Anche se non tutto quanto scritto in questo volume è condiviso da chi scrive, nondimeno, a nostro parere, ci sono penetranti notazioni sul tema *de quo.* Tra queste si segnalano due, fra le tante, osservazioni esatte. In virtù della prima, "nessuna delle culture politiche, tra la fine del secondo millennio e l'inizio del terzo, ha costruito una retorica pubblica capace di spiegare e di convincere che i doveri non sono solo utili… ma sono anche belli, depositi di senso esistenziale, modelli a cui conformare i propri comportamenti pubblici e privati", mentre, in base alla seconda notazione, "l'universo liberale ha smarrito la consapevolezza che il contenuto della libertà individuale è nel limite" (cfr. *op.ult.* cit., p. 17).

[31] Cfr. T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Doveri*, Milano, 2007, p.15. Si rinvia a questo breve, ma assai pregevole scritto per una serie di acute considerazioni sulla tematica filosofica dei diritti e dei doveri.

[32] Cfr. N. VETTORI, *L'evoluzione*, cit., p.255.

giuridico (costituzionale), viene aggiunta un'affermazione di ordine sociologico (così parrebbe). Si è sostenuto che, oltre quanto poc'anzi riportato, "in una società plurale, sempre più aperta al riconoscimento di spazi di autonomia morale, la coercizione non è certo lo strumento più adeguato a ridurre la sfiducia nelle istituzioni politiche e in quelle scientifiche, considerata una delle possibili cause delle esitazione vaccinale"[33]. Quindi critica della vaccinazione obbligatoria in nome del principio costituzionale di libertà e dell'autonomia morale dei cittadini.

La seconda motivazione si muove sul terreno, se così si può dire, delle tecniche di governo (di ordine sia politico che amministrativo), ossia delle modalità di decisione delle politiche pubbliche[34]. Senza ovviamente approfondire tale argomento[35], ci limitiamo a due fugaci osservazioni. Anzitutto fra i problemi, che devono affrontare e risolvere i decisori, esiste quello della strategia di orientamento dei destinatari delle misure delle politiche pubbliche, e della modalità di utilizzare i diversi atteggiamenti psicologici e culturali di questi ultimi. In secondo luogo, circa gli strumenti adottabili per perseguire fini di pubblico interesse si è posta, e si pone, l'alternativa fra attività di persuasione e quelle autoritative, le prime implicanti il consenso dei cittadini destinatari delle misure, le altre invece impositive di obblighi e di sanzioni[36]. Ebbene, data la suddetta bipartizione, con applicazione del *favor libertatis* anche nel campo sanitario, e specificamente in materia di vaccinazioni, si è propugnata la facoltatività e non l'obbligatorietà delle medesime. Si è pertanto, anche nella materia *de qua*, fatta l'apologia della "spinta gentile"[37], cercando poi di fornire una motivazione, fondata sulla coniugazione del principio di libertà individuale con una ragione di efficienza della politica sanitaria relativa alle vaccinazioni (nella supposizione che le politiche pubbliche si realizzino meglio con il consenso e l'adesione dei cittadini)[38].

6. Necessità di una concezione anti-populista della democrazia costituzionale anche ai fini della tutela della salute pubblica

Anticipiamo che le considerazioni, che avanzeremo a sostegno della nostra tesi, si riferiranno in modo speculare ai fattori indiretti e diretti, che hanno provocato una recessione

---

[33] Cfr. N. VETTORI, *L'evoluzione*, cit., p. 255. L'A. critica, con questa argomentazione, sia la reintroduzione della vaccinazione obbligatoria operata con il d.l. 7 giugno 2017, sia la sentenza n.5 del 2018 della Corte Costituzionale che ha rigettato la censura di incostituzionalità avanzata contro detto atto legislativo statale.

[34] Su questa motivazione, v. G. PASCUZZI, *Vaccini: quale strategia?*, in *Foro italiano*, 2018, I, c.737 ss., e, dello stesso Autore e più diffusamente, *La spinta*, cit., p.89 ss.

[35] Ci limitiamo a richiamare, a mero titolo indicativo, un manuale di politologia: v. G. CAPANO, S. PIATTONI, F. RANIOLO, L. VERZICHELLI, *Manuale di scienza politica*, Bologna, 2014, p. 202 ss., e, per quanto può interessare la tematica del presente scritto p. 314 ss.; G. PASCUZZI, *La spinta*, cit., p. 98 ss.

[36] L'Autore, già citato in nota (29) ha configurato, in termini concettuali (e con infelice terminologia), un "paternalismo libertario" distinto da un "paternalismo non libertario" (cfr. G. PASCUZZI, *La spinta*, cit., pp. 108,109).

[37] La spinta gentile consiste nell'atteggiamento volto ad "influenzare i comportamenti delle persone al fine di rendere le loro vite migliori, facendo leva sul modo di ragionare del nostro cervello" posto in essere dai decisori delle politiche pubbliche, lasciando l'individuo "libero anche di farsi del male" (cfr. G. PASCUZZI, *La spinta*, cit., p. 108).

[38] Va, per correttezza, sottolineato che i sostenitori della tesi esposta nel testo, a differenza dei no-vax, sono favorevoli alle vaccinazioni e sono contrari solamente all'obbligatorietà delle stesse.

del potere di imporre trattamenti sanitari. È naturale che, se si vuole contrastare un fenomeno, si devono colpire le radici del medesimo e favorire un processo di segno contrario. A ciò va aggiunto che la critica dei fattori indiretti o diretti operanti contro l'art. 32.2 c. Cost. sarà svolta con due limiti. Anzitutto la critica sarà condotta sul piano costituzionale, *rectius* della cultura costituzionale, senza assolutamente negare la presenza di altre cause e l'inutilità di un discorso su queste. Chi scrive è un costituzionalista e che ha titolo, se lo abbia, soltanto a trattare i profili costituzionali del tema, che peraltro verte su una disposizione della Carta fondamentale. In secondo luogo, la trattazione sarà piuttosto sommaria relativamente ai fattori indiretti- poiché, altrimenti, si dovrebbero scrivere una o più monografie!- mentre la critica sarà meno sommaria, dato l'oggetto circoscritto, circa il fattore diretto, cioè il rapporto fra libertà individuale e obbligatorietà vaccinale.

Veniamo al primo fattore indiretto, cioè quello di natura sociale costituito dal peso esercitato dai no-vax. I fattori di contrasto dell'influenza di minoranze aggressive, volte a tutelare interessi di ristrette categorie, sono molteplici. Non ci diffonderemo su atteggiamenti di tipo etico, certo auspicabili, che investono la sfera individuale, pur con ricadute politiche e sociali: ci riferiamo alla tendenza all'altruismo in contrapposizione all'egoismo, oppure al dovere di adottare visioni volte al futuro in contrasto con il presentismo[39]. Ci limitiamo all'apologia di una soluzione, che investe il sistema politico e quindi ha valenza costituzionale, in quanto riguarda l'assetto degli interessi, organizzati o meno, i quali emergono ed hanno un impatto (anche) sulla sfera pubblica (e politica). Più esattamente, tale soluzione consiste nella promozione di associazioni di interesse generale, di ampio respiro, informate alla "visione dell'interesse lontano"[40]. Tale promozione ad opera dei cittadini, che percepiscono la necessità di perseguire l'interesse generale, è motivata da un'esigenza, che può esprimersi con una similitudine. La dinamica sociale e politica è simile a quanto avviene nell'ipotesi di controversie giudiziarie (soprattutto civili), ove le parti interessate adducono motivi e sostengono le loro istanze. Qualora i soggetti, interessati ad una decisione favorevole alle loro istanze, non si costituiscano e non facciano valere le loro ragioni, subiranno una decisione sfavorevole, anche nel caso in cui le loro pretese siano fondate. Quindi, anche nella sfera sociale e politica, la rinuncia degli avversari delle minoranze aggressive (aventi torto) a far valere le loro ragioni nella dialettica pubblica può comportare la (ingiusta) sconfitta della loro causa.

Questa tesi è stata sostenuta da chi scrive vari anni or sono sulla base di un materiale pregevole (offerto dalla cultura istituzionale precedente)[41], e, ciò che più importa, appare ulteriormente adombrata in anni più recenti da validi studiosi, i quali hanno valorizzato la "cittadinanza

---

[39] Su ciò, v. scritti ed Autori citati in nota (19).

[40] Per riprendere parole di Jhering, citate da L. ORNAGHI, S. CORTELLESSA, *Interesse*, Bologna, 2000, p. 92.

[41] V., il nostro *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, p. 51 ss., nel quale abbiamo sostenuto l'utilità delle associazioni, che perseguono interessi generali (cioè che vanno ben oltre gli interessi dei loro componenti o di gruppi ristretti).

attiva" ed un ruolo forte della partecipazione dei cittadini nella realizzazione dell'interesse pubblico in nome dei principi di sussidiarietà e solidarietà[42]. Orbene, tale soluzione di un bilanciamento dei poteri nell'ambito della società civile (e diverso da quello, classico, che si prefigura nell'ambito delle istituzioni) non ha soltanto un valore in generale, ma può avere una ricaduta benefica nella materia dei trattamenti sanitari. Per correttezza, può affermarsi che sarebbe assai opportuna la formazione- ad oggi mancata o comunque quanto mai carente- di gruppi organizzati, con svolgimento di un'azione continua e capillare, favorevoli alla vaccinazione obbligatoria[43]. Ciò favorirebbe, anche a livello di opinione pubblica comune, la valorizzazione della salute collettiva e dell'art. 32.2 c. Cost.

A livello istituzionale, con riferimento in particolare al personale politico, che detiene ruoli di governo, è doveroso favorire due tendenze (in contrasto con quanto avviene oggi).

La prima tendenza è costituita da una corretta (a parere dello scrivente) configurazione teleologica della democrazia. Più esattamente il regime democratico è una (grande) entità organizzativa, cioè istituzionale, e, come tutte le entità organizzative, non può costituire un fine primario, bensì è funzionale alla realizzazione di finalità superiori. Con una similitudine, l'ospedale è un'istituzione finalizzata- e subordinata- allo scopo della cura dei pazienti (quest'ultima quindi sovraordinata alla prima), come la scuola è in funzione dell'istruzione degli studenti. Quali siano queste finalità superiori, alle quali debba essere funzionalizzata la democrazia, non è necessario diffonderci in questa sede. Ci limitiamo a due considerazioni.

Anzitutto, con riferimento alla realtà esistenziale, al vissuto, dei cittadini, la democrazia è in funzione della più ampia soddisfazione possibile dei bisogni del maggior numero dei componenti della comunità politica. Onde evitare equivoci, precisiamo che la gamma dei bisogni degli individui comprende non solo quelli di natura biologica, ma anche altre esigenze tra le quali va sottolineato- vanno annoverate le libertà, nonché la dignità. In secondo luogo, in termini di configurazione dei valori cui deve informarsi il regime democratico, essi sono costituiti dalla triade etico-politica proclamata dalla Rivoluzione francese: libertà, eguaglianza, fraternità (definibile meglio nell'attuale: solidarietà). Per riprendere parole sintetiche ed efficaci, "la democrazia è l'unica soluzione che abbiamo trovato al problema di coniugare tre aspirazioni (…) dell'uomo moderno: il desiderio di essere liberi, quello di essere tutti uguali e quello di una solidarietà tra noi e gli altri"[44]. La democrazia è preferibile agli altri sistemi politici in quanto è un'entità organizzativa, istituzionale, più idonea a realizzare i superiori valori ed i fini espressi dalla triade etico-politica: libertà, eguaglianza, fraternità (*rectius* solidarietà)[45].

---

[42] Ci limitiamo a citare, a titolo indicativo, due libri pubblicati nell'attuale millennio: v. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Bari, 2006, p.26 ss., F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma, 2019, soprattutto p. 46 ss.

[43] Senza troppa fantasia, si può immaginare quale forte impatto anti-no-vax potrebbero avere iniziative pubbliche di associazioni costituite da scienziati (*in primis* medici) oppure da cittadini, i quali non si possono vaccinare e possono essere danneggiati dalla mancata vaccinazione degli altri.

[44] Cfr. S. GINER, *Le ragioni della democrazia*, Bari, 1998, p. 150.

[45] Per una trattazione della natura strumentale della democrazia, con indicazione di Autori che hanno supportato la tesi sostenuta nel testo e più ampia motivazione di quest'ultimo, ci permettiamo di rinviare al nostro (ultimo) scritto in materia: v. G. GEMMA, *La democrazia non è un fine, ma un mezzo per superiori fini etico-politici*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consultaonline*, 9 dicembre 2019.

La seconda tendenza, strettamente legate alla prima e da favorire andando anche qui controcorrente, è la contestazione di quella filosofia istituzionale, che determina la soggezione dei governanti ai governati. Cerchiamo di mostrare i passaggi logici (e, in qualche modo, psicologici) del processo deteriore da neutralizzare.

La concezione della democrazia come fine (e non mezzo) determina, quale conseguenza, il dovere di estendere al massimo grado il potere decisionale del "dio popolo", cioè di assumere la visione radicale della democrazia diretta. Qualora non si possa realizzare il modello iperdemocratico e quindi si debba pur sempre mantenere la democrazia rappresentativa, si dovrebbe però configurare un ruolo dei governanti quali esecutori di una presunta, quanto mai irreale e fittizia, volontà popolare. Riecheggiando un modulo privatistico, si deve configurare il popolo quale *dominus* che governa e delibera mentre i rappresentanti debbono essere tendenzialmente esecutivi della volontà del *dominus* (analogamente a quanto si registra nella rappresentanza di natura privatistica). Ora come si manifesta l'approvazione popolare nei confronti dell'operato dei rappresentanti? Tale approvazione si manifesta con il consenso del popolo, il quale consenso poi si estrinseca attraverso le elezioni (politiche, *in primis*). Da qui la conseguenza di fondo: il successo elettorale è il test dell'approvazione del *dominus* e pertanto diviene un fine quanto mai lecito moralmente, politicamente e culturalmente, il perseguimento del successo elettorale, anzi quest'ultimo costituisce uno scopo primario, al quale va subordinato quello del buongoverno. Come nel modulo privatistico, il rappresentante agisce correttamente solo se è un esecutore, nettamente subordinato, della volontà del *dominus,* anche se la stessa sia priva di fondamento razionale, sia cioè oltre modo viziata.

Assunta l'acquisizione del consenso e dei voti nelle elezioni quale fine primario della politica- così come, per usare una similitudine, lo scopo di lucro è l'elemento teleologico fondamentale delle società commerciali (e dell'impresa privata in generale)- segue l'imperativo dei politici di agire non tanto per finalità di interesse generale, di buongoverno, quanto per ottenere l'approvazione degli elettori, anche (e non poco) a detrimento della soddisfazione dei bisogni, pur prioritari, dei cittadini. Ma vediamo, per cenni, in quali termini si svolge l'attività politica così finalizzata.

Come è stato ben detto, "il pubblico può essere un padrone egoista e volubile da servire"[46], in quanto i cittadini (per colpa loro, ma non solo loro) hanno aspettative che non possono essere soddisfatte per scarsità delle risorse di governo. Per ottenere il consenso, pur con detta carenza di mezzi finanziari (e non solo finanziari), il personale politico, per non scontentare gli elettori, rimedia- o meglio si illude di rimediare- con la formulazione di promesse ingannevoli, promettendo cioè di fare ciò che non può fare. La formulazione di promesse, che risultano poi ingannevoli, è certo fonte di discredito, come avviene anche nella vita comune nei confronti dei bugiardi.

Ma c'è di più. Ricollegandoci a quanto descritto in precedenza sulla sudditanza verso gli elettori, può rilevarsi che, nella selezione degli interessi dei cittadini, i politici optano per la soddisfazione dei bisogni più percepiti nel tempo (presente) e nello spazio (vicino). Ora spesso le

[46] Cfr. M. FLINDERS, *In difesa della politica*, Bologna, 2014, p.41. Sui limiti ed i difetti dei cittadini nonché sulle loro pretese eccessive, si rinvia all'opera del politologo citato.

istanze di soddisfazione dei bisogni di individui, singoli od associati, confliggono con la necessità di adottare soluzioni di problemi importanti, che si presenteranno in futuro. Per intenderci, sarà maggiore la pressione per l'aumento dei redditi individuali (mediante incrementi salariali o riduzione di imposte), in rapporto alla domanda di investimenti nella ricerca scientifica, nella sanità, nell'istruzione, ecc. Il che si traduce, per riprendere polemiche ma incisive parole, in una configurazione della "politica come lotta fra singole persone, dotate in varia misura di capacità di comunicazione, a loro volta portatrici di frammentati interessi individuali, o al massimo di piccole corporazioni e congreghe, locali e clientelari. Nulla che dia il respiro e la dignità, nel tempo lungo, a una politica che sappia ricercare soluzioni efficaci ai problemi in agenda, sforzandosi (…) di trovare punti di sintesi nell'interesse collettivo dei tanti e non privatistico dei pochi"[47]. Tale atteggiamento, se può portare vantaggi di consenso nel brevissimo periodo, alla classe politica, determina però, nei tempi più lunghi (e non lunghissimi), il discredito della stessa, allorché si manifestano gli effetti negativi della mancata soluzione dei problemi importanti e la difficoltà di risolvere gli stessi per esaurimento delle risorse necessarie[48].
A quanto detto in precedenza, va aggiunta un'ulteriore osservazione. L'atteggiamento di sudditanza dell'uomo politico nei confronti dei cittadini, con la propensione a "dar sempre ragione" a questi anche quando abbiano torto a criticare i governanti (e, di converso, abbiano ragione questi ultimi), è squalificante. Nella vita pubblica, analogamente a quanto avviene nei rapporti interprivati, colui che appare un lacchè, una persona senza idee e personalità, può far comodo, ma non gode di apprezzamento. Il basso, bassissimo, livello di gradimento dei politici, o dei partiti che essi rappresentano, è la riprova che la sudditanza, il servilismo, non paga.
Concludendo sul tema dell'insensatezza, nonché dannosità, della sudditanza dei governanti verso i cittadini e della propensione dei primi "a provare a rendere" la politica "appropriata agli umori popolari del momento"[49], si deve propugnare una radicale revisione della concezione della politica, al fine di "difendere la politica da se stessa"[50] in nome anche della dignità e dell'immagine di coloro che governano la comunità (e quindi del loro interesse).

7. Necessità del riequilibrio fra diritti e doveri costituzionali con ricaduta nel campo sanitario

Passiamo ora al tema del rapporto fra diritti e doveri ed alla preponderanza dei primi. Ovviamente, sulla base di quanto detto in precedenza, riteniamo assolutamente necessario un "riequilibrio" fra diritti e doveri[51] e cerchiamo di avanzare l'argomentazione, che può suffragare tale riequilibrio. Partiamo da una dichiarazione di Bobbio: "se avessi ancora qualche anno di vita, che non avrò, sarei tentato di scrivere *L'età dei doveri*"[52]. Sollecitato da uno storico

[47] Cfr. G. DE RITA, A. GALDO, *Prigionieri*, cit., p.70.
[48] Si possono evocare le serrate critiche, rivolte alla classe politica per l'indebitamento pubblico o per i danni provocati dall'inadeguato finanziamento della ricerca scientifica o dell'istruzione.
[49] Cfr. G. DE RITA, A. GALDO, *Prigionieri*, cit., p.71.
[50] Cfr. M. FLINDERS, *In difesa*, cit., p.72.
[51] Si riprende la formula, che costituisce l'intitolazione del primo paragrafo del quarto capitolo del libro di L. VIOLANTE, *Il dovere*, cit., p. 80.
[52] Cfr. N. BOBBIO in N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Bari, 2001, p. 40.

del pensiero politico, fautore di una decisa rivalutazione dei doveri, Maurizio Viroli, anche l'autore degli scritti sulla "età dei diritti" ha riconosciuto, sia pur con qualche ambiguità che non interessa approfondire in questa sede[53], la necessità di recuperare il valore dei doveri nell'ambito della filosofia politica e giuridica. Nel motivare l'istanza del "riequilibrio fra diritti e doveri", prenderemo le mosse dal motivo, avanzato dal Maestro in oggetto, secondo cui "non esistono diritti senza doveri corrispondenti"[54], ma andando oltre questa formula, che non sembra costituire, di per sé, un argomento decisivo.

Facciamo presente che assumeremo la nozione di dovere in senso giuridico, e costituzionale in particolare, posto che il discorso verte su una tematica sostanzialmente costituzionale, pur se le considerazioni che si svolgeranno potranno valere, se si vuole, anche in campo etico-politico.

In estrema sintesi, si può dire che diritti e doveri possono configurarsi in una relazione sia di antinomia, sia di armonia, e ciò secondo la diversità dell'ottica in cui si considerano. Per intenderci, se consideriamo diritti e doveri nelle specifiche circostanze individuali, essi si trovano in conflitto. Ad esempio, il cittadino ammalato ha il diritto alla salute, con pretese a prestazioni sanitarie pubbliche, che implicano costi; ma, nel contempo, ha il dovere, di segno opposto, di pagare tributi per il finanziamento (anche) delle istituzioni pubbliche sanitarie. Se, invece, consideriamo i diritti e i doveri in chiave sistemica, sociale, fra diritti e dovere esiste una piena armonia, malgrado la loro diversa natura, poiché, secondo quanto riportato poc'anzi, il godimento dei primi non può verificarsi senza l'adempimento dei secondi.

Tale discorso non investe solamente la sfera concettuale, ma si ricollega anche al vissuto dei singoli e delle collettività. I diritti, in quanto comportano un beneficio per i titolari, godono di un *favor* naturale di questi ultimi, mentre, nell'opposto, i doveri, potendo compromettere beni individuali, possono generare una reazione sfavorevole. I diritti sono strettamente correlati all'egoità, cioè agli interessi individuali[55], mentre i doveri sono correlati all'altruismo, cioè alla realizzazione di interessi di altri. Orbene, il corretto rapporto fra diritti e doveri, che s'impone a livello morale[56], deve ispirare anche il diritto: il riconoscimento delle esigenze della egoità non deve essere disgiunto dalle istanze dell'altruismo, perché in caso contrario si verifica una degenerazione egoistica, socialmente dannosa. Ciò implica che il complesso dei doveri (costituzionali, *in primis*, ma non sono quelli) debba godere di pari dignità in rapporto ai diritti, e soprattutto che si affermi nettamente quell'ottica sistemica, secondo cui i primi costituiscono un'integrazione necessaria dei secondi, ai fini del godimento di questi ultimi. In altri, e puntuali,

---

[53] L'ambiguità, cui si allude nel testo, è costituita dalla commistione, nel dialogo con Viroli, dei doveri degli individui e quelli degli stati, i quali invece implicano problematiche e considerazioni diverse.

[54] Cfr. N. BOBBIO, *op.ult.cit*., p. 40.

[55] Riprendiamo la felice terminologia di un filosofo italiano del secolo scorso, il quale ha opportunamente distinto la egoità dall'egoismo, intendendo la prima quale "situazione per cui l'*ego* è necessità", in quanto ogni individuo "non [può] mai evitare di decidere da (sé) medesimo, e quindi di scegliere ciò che par meglio a [sé]", mentre l'egoismo "è l'atteggiamento per cui l'*ego* è finalità", cioè l'individuo chiude "gli occhi ad ogni interesse altrui" (cfr. G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia. II. Etica*, 1960, pp. 116,117). L'egoità è ben compatibile con l'altruismo, l'egoismo ne è invece l'antitesi.

[56] Bene scriveva Calogero che "nessun principio etico" ha "mai potuto prescindere dal motivo dell'altruismo" (cfr. G. CALOGERO, *Lezioni*, cit., p. 117), soggiungendo che "moralità, da che mondo è mondo, è misura e non dismisura, equilibrio e non disordine, giustizia e non prepotenza", e che "moralità è dovere" (cfr. *op.cit.,* p. 118).

termini, “i diritti possono affermarsi e crescere solo in una società ben ordinata che riconosca limiti e responsabilità, doveri effettivi e vincoli di solidarietà”, perché “i diritti hanno bisogno di doveri per vivere”[57], o, detto con altre felici parole, “non si tratta… di “parlare male” dei diritti”, bensì “di ribadire il nesso che i diritti intrattengono con l’esistenza dei doveri, e quindi di ricordare il tributo di onore che il linguaggio e la logica dei diritti devono portare al linguaggio e alla logica dei doveri, salvo un vero e proprio pervertimento della logica appunto ancor prima che della realtà”[58].

Sulla base di quanto detto in precedenza necessita il superamento della preponderanza della cultura dei diritti, emblematicamente espressa dalla formula: “il diritto di avere diritti”[59] e quindi una “ripresa dei doveri”[60], per determinare una “età dei doveri”, la quale “non implica… la fine dell’ “età dei diritti”, ma costituisce, anzi, la condizione necessaria perché i diritti restino tali e non si trasformino nell’arbitrio di pochi”[61]. Dal che consegue l’auspicio che si diffonda il consenso nei confronti di un indirizzo culturale, che è minoritario sì, ma del quale sono esponenti intellettuali (prestigiosi) di diverse aree della cultura[62]. Il discorso sul rapporto diritti-doveri non può finire qui, ma deve continuare con la contestazione di un fattore ostativo, di natura culturale psicologica, che può giocare a sfavore dei doveri e del riequilibrio fra gli stessi e i diritti. Detto fattore è costituito, per usare una nota formula, dalla “paura del tiranno”[63], cioè il timore di un apparato di governo dello Stato molto forte e pericoloso per la preservazione della democrazia, nonché del timore che una valorizzazione dei doveri, tipica dei regimi autocratici e dell’ “età dei doveri” del passato, possa determinare tale degenerazione[64]. Per dirla in altri termini, si configura un nesso fra doveri e pensiero (e prassi) della autocrazia- dell’*ancien*

---

[57] Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere*, cit., p. 62.

[58] Cfr. T. GRECO, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti*, in S. MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica, Doveri*, Milano, 2007, p. 15.

[59] La formula costituisce il titolo di un volume di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012 (formula mutuata da H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, citata dall’Autore). Rodotà è un giurista emblematico dell’impostazione, che enfatizza e privilegia i diritti, mettendo in ombra, pur senza ovviamente negarli in modo radicale, i doveri. È superfluo precisare che il dissenso circa l’eccessivo spazio conferito alla “cultura dei diritti” non solo non fa venir meno il riconoscimento di Rodotà, quale uno fra i massimi giuristi italiani della seconda metà del secolo scorso (nonché dei primi anni dell’attuale), ma nemmeno la condivisione delle sue tesi circa l’espansione della sfera dei diritti di libertà, specialmente in materia bioetica.

[60] Cfr. T. GRECO, *Prima il dovere*, cit., p. 17.

[61] Cfr. S. MATTARELLI, *Introduzione*, in MATTARELLI (a cura di), *Il senso*, cit., p. 11.

[62] Si possono citare, a titolo indicativo, sia prese di posizione di intellettuali singoli, sia iniziative di associazioni. Nel primo senso, v., oltre i citati Greco e Violante (nell’ambito della filosofia del diritto il primo, nell’ambito del diritto penale e pubblico in generale, il secondo), intellettuali come G. Amato, costituzionalista ma versato anche in materie extra-giuridiche (del quale v. *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale, in Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, soprattutto p. 27 ss.), come M. VIROLI, storico del pensiero politico (del quale, fra i diversi scritti, v. il citato N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo*, cit., p. 40 ss.). Per quanto riguarda le iniziative, si possono ricordare alcuni convegni organizzati dal Gruppo di Pisa (associazione di costituzionalisti e giuspubblicisti nata nel 1990), dedicati totalmente o parzialmente al tema dei doveri: v., gli atti del Convegno di Acqui Terme, R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007; gli atti del Convegno di Pisa, F. DAL CANTO (a cura di), *Corte costituzionale e sistema costituzionale*, Torino, 2011.

[63] Per una formula simile, contenente un sinonimo, “complesso dei tiranno”, v. G. AMATO, *Introduzione*, in G. AMATO, *Una Repubblica da riformare*, Bologna, 1980, p. 37.

[64] Coglie bene, sia pur per respingerla, la preoccupazione che il linguaggio dei doveri si sostanzi in “una riproposizione del modello dell’*ancien régime*, in cui il suddito ha esclusivamente doveri verso il sovrano” T. GRECO, *Prima il dovere*, cit., p. 25.

régime e del totalitarismo del XX secolo- e si tende a delineare un rapporto squilibrato fra diritti e doveri (a favore dei primi), onde delimitare la sfera dell'autorità (soprattutto statuale) per salvaguardare le libertà democratiche. Orbene l'atteggiamento culturale, alimentato dalla "paura del tiranno", è destituito di fondamento razionale e vediamone i motivi.

Anzitutto non esiste un'antinomia logica fra autorità e democrazia. Seguendo un'illustre dottrina, si può distinguere il potere che "come tale è un fatto di forza sorretto da sanzioni, è una forza che si impone dall'alto su chi la subisce", dall'autorità che è "potere accettato, rispettato, riconosciuto, legittimo", che, "emerge invece da una investitura spontanea"[65]. Inoltre autorità e potere non si escludono, ma, nella logica democratica, la prima deve assorbire, e "ridurre «le zone di potere»"[66]. Il che implica che la democrazia liberale si coniuga certamente con l'autorità, purché si tratti di un certo tipo, e non di altro, di quest'ultima. Per riprendere le parole della dottrina politologica in esame, occorre "distinguere tra *autorità autoritaria* e *autorità autorevole*", la prima "cattiva e falsa… nemica della libertà" e propria dei regimi autoritari e totalitari, mentre la seconda "è invece l'autorità genuina che si appaia con la libertà", con l'ulteriore deduzione della loro "complementarietà, in questo senso: che la libertà che rifiuta l'autorità è *licentia*, mentre la libertà che la riconosce è *libertas*"[67].

Le considerazioni esposte in precedenza costituiscono un antidoto concettuale contro l'autoritarismo e la "paura del tiranno", ma, di per sé detto antidoto non sarebbe sufficiente. Due osservazioni sembrano invece assai probanti.

La prima riguarda la necessità di una forte autorità, soprattutto negli ordinamenti democratici. Non solamente le esigenze, cui deve far fronte uno stato nel XX e XXI secolo, sono molte e necessitano di molteplici strumenti di governo, ma la dinamica stessa della democrazia richiede un'autorità ed un governo forte. Per riprendere parole della dottrina politologica richiamata, un ordinamento liberaldemocratico, con il pericolo di una ridotta coesione di gruppi ed individui, corre il rischio di degenerare nella *licentia* e nella ingovernabilità, e proprio per questo deve contrastare spinte centrifughe e forme di ribellismo. A tal fine necessita una forte autorità dei governanti. Vero è che la titolarità di un'ampia potestà di governo può generare abusi, come avviene per tante istituzioni pubbliche o private. Ma l'argine contro straripamenti ed abusi del potere dev'essere costituito non dalla restrizione della potestà di governo, bensì dalla prefigurazione di meccanismi di garanzia all'interno ed all'esterno dello Stato. Detto con una formula: non riduzione del *gubernaculum*, ma rafforzamento della *jurisdictio*, intesa assai estensivamente![68] Di conseguenza, i doveri, pur tendenzialmente funzionali il *gubernaculum*, non pregiudicano assolutamente la *jurisdictio* e quindi non sono una potenziale causa di degenerazione autoritaria, tirannica, di un regime liberaldemocratico.

La seconda osservazione investe le vicende della caduta dei regimi democratici. Secondo una vulgata, alimentata dall'ossessione dell'autocrazia e dalla disinformazione storica, la democrazia esige un governo debole, con limitati poteri (soprattutto in materie che investono i diritti

---

[65] Cfr. G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, 2007, p. 124.

[66] Cfr. G. SARTORI, *Democrazia*, cit., p. 125.

[67] *Ibidem*. Per un ordine simile di considerazioni, v., anche (a titolo indicativo) V. MURA, *Categorie della politica*, Torino, 2004, p. 143 ss.

[68] Richiamiamo un ordine di idee di un noto storico del pensiero politico e giuridico, C. H. MCHILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, p. 161 ss.

di libertà), cioè l'opposto di quanto si sia verificato nei regimi autoritari o totalitari. Di qui la preoccupazione per le sorti della democrazia qualora si dilati il potere coercitivo statuale nei confronti della sfera dei diritti (di libertà, in particolare). Tutto ciò è frutto di una distorsione cognitiva, vale a dire di una confusione fra causa ed effetto. Infatti, come comprovano analisi storiche e politologiche[69] i regimi antidemocratici non si sono affermati in seguito ad un processo di progressivo rafforzamento del potere statale in generale, e di quello sanzionatorio e repressivo particolare, bensì all'opposto, a causa di una debolezza dell'autorità e del mancato esercizio del potere repressivo. Uno stato debole, con mancata efficienza dei governi e della politica di ordine pubblico, ha consentito a partiti, come quello fascista o nazista- per limitarci all'Italia ed alla Germania- di prendere il potere e di instaurare regimi di tipo totalitario, con una struttura governante forte. Se l'Italia liberale e la Germania di Weimar avessero avuto uno stato forte, governi stabili e decisi a tutelare la democrazia contro l'assalto delle forze eversive, Mussolini ed Hitler non avrebbero instaurato la dittatura. È stata la presa del potere di leaders di partito vocati al totalitarismo la causa della "caduta dei regimi democratici", non lo strapotere dei governi democratici!

A conclusione di quanto scritto, riteniamo che la "paura del tiranno" costituisca un timore culturale patologico, perché fondato sull'estrema improbabilità di un ritorno al passato (nel nostro Paese, fascista) nel contesto dell'attuale regime democratico. Inoltre detta paura è dannosa, anche in materia di rapporti fra diritti e doveri, poiché induce a svalutare i secondi, quando invece proprio questi ultimi possono favorire un miglioramento ed un rafforzamento del nostro ordinamento costituzionale, con le libertà da esso garantite.

8. Non sussiste alcuna antinomia fra libertà di cura e vaccinazione obbligatoria

Veniamo ora al fattore diretto che viene invocato contro la doverosità delle vaccinazioni, cioè la libertà individuale. Anche qui si registra una serie di incongruenze e di equivoci, che bene si possono ricondurre al "sonno della ragione", contro cui sono opponibili consistenti motivi critici.

Se si volesse contestare con una battuta la tesi contraria alla obbligatorietà vaccinale, perché lesiva della libertà in astratto, si potrebbe usare l'argomento apagogico mostrando a quali conseguenze (assurde per riconoscimento dei suoi sostenitori) condurrebbe detta opinione. Sulla base della stessa, infatti, non si dovrebbero mai prefigurare obblighi, ma solo raccomandazioni affidandosi al buon cuore dei cittadini ed al loro "senso di responsabilità". Più esattamente, dovrebbero diventare facoltativi il pagamento dei tributi, l'iscrizione dei figli (anche) alla scuola di primo e secondo grado, e, perché no?, anche la mancata commissione dei reati (oggidì

[69] V. a titolo indicativo, un'opera famosa circa il crollo della democrazia in alcuni (tre) Paesi europei nel periodo intercorrente fra le due guerre: J. J. LINZ, P. FARNETI, M. R. LEPSIUS*, La caduta dei regimi democratici*, Bologna, 1981. Per il mancato uso di poteri coercitivi (da parte del Presidente della Repubblica Hindenburg), oltre che, per la grave carenza di governabilità, quali cause della fine di Weimar, v. l'articolo di Sartori, *Lo spauracchio di Weimar*, in G. SARTORI, *Seconda repubblica? Sì, ma bene*, Milano, 1992, p. 100 ss.

obbligatoria). Si arriverebbe al più insensato anarchismo di destra[70], ancora peggiore di quello, pur screditato, di sinistra[71]. Ma è opportuno andare oltre la battuta, sia pur di ordine logico, e cercare di svolgere un'argomentazione più raffinata ed approfondita.

A) Anzitutto è necessario registrare il criterio generale ed i canoni più specifici, che sono adottati nella ricostruzione del rapporto fra interessi costituzionali e del loro assetto.

È opinione quanto mai dominante- forse una *communis opinio*- che fra gli interessi costituzionalmente sanciti e tutelati sussistano conflitti ed antinomie. È pure convincimento quantomai diffuso quello, secondo cui gli interessi costituzionali- siano rappresentati da principi o diritti, non importa qui puntualizzare- vanno, in quanto possibile, tutelati (e tradotti in soluzioni giuridiche) tutti, nessuno escluso[72]. Ciò implica che si debba operare un contemperamento degli stessi mediante l'adozione di un criterio generale astratto e di canoni concreti idonei a risolvere le varie ipotesi di conflitto.

Il criterio generale è costituito dal cosiddetto bilanciamento degli interessi (principi o diritti) costituzionalmente riconosciuti. Esso consiste in una comparazione di utilità e costi delle soluzioni di problemi, che implicano la prevalenza dell'uno o dell'altro interesse in conflitto. Ai fini della realizzazione dell'opera di bilanciamento sono stati configurati poi molteplici canoni, non alternativi, ma reciprocamente integrativi.

Seguendo, per comodità espositiva, la terminologia dell'opera manualistica citata in precedenza[73], si deve operare una valutazione di "congruità del mezzo rispetto al fine", vale a dire la sussistenza o meno della necessità di sacrificare un interesse a favore di quello antagonista. Ricorrendo ad una similitudine di natura medica, si potrà operare l'amputazione di un arto (sacrificio dell'integrità fisica) se, e solo se, ciò sia reso necessario al fine della salvezza della vita. In secondo luogo, si dovrà adottare "un giudizio basato sul principio di proporzionalità", cioè sacrificare un interesse nei limiti di quanto sia strettamente necessario. Sempre assumendo la similitudine di ordine medico, non si potrà amputare una gamba, qualora, sussistendo la cancrena in un piede, sia sufficiente l'amputazione di quest'ultimo. Infine, qualunque sacrifico di un interesse costituzionale non deve esser tale da violare il "contenuto essenziale" di detto interesse. Con un esempio di carattere giuridico, la libertà di stampa potrà incontrare un limite nell'interesse della riservatezza, ma non potrà essere impedita la divulgazione di fatti che, sia pur privati, presentino un interesse pubblico.

Questo criterio e questi canoni atti a risolvere conflitti di interessi costituzionali certo non consentono delle misurazioni matematiche (peraltro impossibili nella materia *de qua*), però possono permettere lo svolgimento di ragionevoli valutazioni giuridiche e perciò sono assunti quali

---

[70] Su tale ideologia, v., R. A. MODUGNO, *Le insidie della democrazia: prospettiva libertaria*, in P. GRILLI DI CORTONA, M. A. MODUGNO, *Le trame della democrazia*, Soveria Mannelli, 2020, p. 76 ss.

[71] Chi scrive non stima l'anarchismo di sinistra, per la sua totale incapacità di capire gli esseri umani e la dinamica sociale e politica. Ma, a prescindere dalla dabbenaggine degli anarchici in oggetto, riteniamo che le loro idee abbiano qualche motivazione altruista e solidarista che le rende più nobili, a parere dello scrivente, dell'anarco-individualismo, intriso di egoismo ed asocialità.

[72] Su questa tematica e la posizione di dottrina e giurisprudenza sussiste una quanto mai ampia letteratura, che sembra superfluo riportare. Ci limitiamo, perciò a richiamare due scritti di sintesi; v. A. MORRONE, Voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali II*, t.2, Milano, 2008, p.185 ss; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2020, p.540 ss.

[73] V. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto*, cit., pp.543, 544.

strumenti logici da dottrina e giurisprudenza- italiana, ma non solo- nettamente maggioritarie.
A questo punto si possono trarre delle conseguenze in astratto circa i rapporti fra le libertà costituzionalmente prefigurate e trattamenti sanitari obbligatori, cioè interesse (diritto) alla salute (e indirettamente alla vita). Partiamo da un assunto incontestabile. Il diritto alla salute (ed alla vita) è riconosciuto dall'art.32, Cost., sia come interesse in sé, sia come fattore di limitazione dei diritti di libertà. C'è quindi una duplice configurazione della salute quale fine, ma anche espressamente come fattore legittimante restrizioni di libertà.
Naturalmente l'esigenza (anzi la doverosità) di tutela della salute pure con misure obbligatorie o perfino coercitive, non rende legittima qualunque restrizione di libertà, poiché, alla luce del criterio di bilanciamento (di interessi o diritti), possono ben sussistere ipotesi di misure non necessarie, o sproporzionate o lesive del contenuto essenziale di vari diritti di libertà. Per esemplificare, con un'ipotesi che non si è verificata, ma che è stata ventilata da qualche personalità politica, la soluzione di "proteggere" gli anziani dal contagio, obbligando i medesimi (anche se non contagiati) a rimanere in quarantena, chiusi in casa, per la durata della pandemia (che potrebbe essere di molti mesi) sarebbe, a parere (non solo) di chi scrive, costituzionalmente illegittima perché, per tale eccessivo lasso di tempo, menomerebbe fortemente la libertà personale (di milioni di persone). I provvedimenti limitativi, adottati nei mesi precedenti in Italia per fronteggiare il covid, a prescindere dalla problematica delle fonti, sono, sempre a parere dello scrivente, legittimi ai sensi dell'art.32.2 c., nell'ottica della correttezza del bilanciamento dell'interesse della sanità pubblica e della libertà individuale. Il criterio del bilanciamento deve operare però a favore della libertà solo se c'è eccesso di limitazione della stessa: non è la limitazione in sé, bensì solo la eventuale misura ingiustificata di quest'ultima può rendere illegittima la restrizione della libertà. Pertanto è irrazionale la critica dei trattamenti sanitari obbligatori (e non solo di questi, se consideriamo l'art. 23 Cost.) sulla base di un loro contrasto con la libertà, senza tener conto della misura della limitazione di quest'ultima. Se una norma giuridica consente di porre vincoli, si potranno contestare singoli vincoli per l'eccesso eventuale di limitazione, ma non la possibilità di imporre vincoli.
In secondo luogo, se l'ordinamento impone il conseguimento di un risultato, si potrà discutere circa i mezzi con cui realizzare l'obiettivo, ma in tal caso non si pone un problema di libertà, ma di convenienza. Vale a dire, posto che un fine (costituzionale o comunque di interesse pubblico), debba essere realizzato o con misure coercitive e sanzionatorie o con misure persuasive o promozionali, una volta stabilito che la consistenza delle prime è pienamente lecita alla luce del bilanciamento degli interessi, la scelta delle une o delle altre non investe in alcun modo il principio di libertà (di cui si è, in ipotesi, verificato il rispetto alla luce del bilanciamento), bensì la ragione di convenienza. Sia consentito un esempio di rilievo.
Molte volte, dovendosi raggiungere un obiettivo di carattere economico- come la miglior produzione di beni o di servizi- può discutersi se sia meglio cercare di realizzare l'obiettivo mediante un'impresa pubblica oppure privata, e può essere una soluzione ragionevole anche la preferenza per la seconda. Ma, comunque, anche in tale ipotesi, non è in ballo un diritto di libertà, quanto, invece, la convenienza di affidare ad un soggetto privato (piuttosto che pubblico) il compito di svolgere una certa attività, perché ritenuto più idoneo ad attuare bene detto

compito. Detto in modo *tranchant*, si possono privatizzare un'impresa o un complesso di imprese nazionalizzate per convenienza economica, non per un diritto (costituzionale) degli aspiranti all'acquisizione delle imprese privatizzate.

B) Un altro, ed assai rilevante, ordine di considerazioni si impone dinanzi ad un argomento addotto dai no-vax (e, purtroppo, come si è detto, perfino da vari fautori delle vaccinazioni), cioè l'invocazione della libertà di cura. Già sulla base di quanto sostenuto in precedenza circa la limitata incidenza della libertà nella materia *de qua* si può respingere tale argomento per la sua inammissibilità, in rapporto all'art. 32, 2 c., Cost.. Ma, dato lo stupefacente credito che gode tale argomento, è bene spendere qualche parola in più, richiamando la *communis opinio* della dottrina e della giurisprudenza.

Il diritto di libertà di cura, con conseguente facoltà di rifiutare trattamenti sanitari, è stato oggetto di attenzione e dibattito negli ultimi decenni del secolo scorso. Da un lato, si è manifestata una tendenza non alla negazione di tale diritto, ma alla configurazione assai restrittiva. Sulla base vuoi di un'invocazione del dovere di solidarietà vuoi di un certo modo di intendere il valore esistenziale della persona, si è configurata "quale disvalore (come tale non meritevole di tutela giuridica) l'incuria del proprio corpo"[74]. In contrapposizione a tale indirizzo si è, dall'altro lato, manifestata una tendenza estensiva, che ha ricondotto il diritto alla salute, sia come pretesa a ricevere cure, sia come facoltà di rifiutare cure, nell'ottica di una visione della libertà di disporre del proprio corpo e precludere interventi terapeutici senza il proprio consenso. Ampliatasi la portata del diritto alla salute (anche) come libertà, è stata naturale l'affermazione della libertà di cura pure in negativo, cioè come rifiuto di trattamenti terapeutici[75]. Hanno preso il sopravvento, nella comparazione di valori rilevanti nella materia *de qua*, l'interesse ed il principio della libertà di disporre del proprio corpo nei confronti di una doverosità di preservazione della salute o del mantenimento in vita dell'individuo anche mediante interventi coercitivi, se necessitati per la cura di malattie ad esito altrimenti mortale. Il consolidamento, nel pensiero giuridico dominante e nel diritto vivente, della libertà di cura non ha peraltro condotto alla negazione del potere di imporre trattamenti sanitari.

Infatti nella *communis opinio*, quale manifestatasi nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza, si è ben rimarcata la distinzione netta di due ipotesi: la prima è costituita dalla presenza dell' "interesse stesso del soggetto della cui salute si tratta"[76], mentre l'altra è denotata dall'esistenza di un "interesse comune alla salute collettiva"[77]. Nel primo caso è in gioco solo l'interesse individuale, e quindi vale, secondo l'opinione maggioritaria, la logica della libertà individuale, con la tutela (in positivo e) in negativo delle scelte dei soggetti, anche se quelle siano dannose per questi ultimi. Nel secondo caso, non può l'individuo malato impedire trattamenti terapeutici su di sé, posto che non si può ammettere un diritto di far ammalare (e morire) gli

---

[74] Per riprendere le parole di un giurista, che ha approfondito la tematica del diritto alla salute e dei trattamenti sanitari obbligatori: cfr. G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, p. 42. Si avvicina a questa posizione, almeno in parte, M. OLIVETTI, *Diritti*, cit., p. 521 ss.

[75] Gli scritti, che esprimono la tendenza estensiva, di cui nel testo, sono quanto mai numerosi. Ci limitiamo a rinviare agli Autori citati in nota (10).

[76] Cfr. M. OLIVETTI, *Diritti*, cit., p. 521.

[77] Cfr. M. OLIVETTI, *Diritti*, cit., p. 520, il quale appunto ricorda che un "interesse comune alla salute collettiva" sussiste in caso di malattie infettive e contagiose, menzionando espressamente anche la "emergenza Coronavirus".

altri, i quali hanno il diritto alla salute (ed alla vita) ed alla tutela del medesimo. Quindi, per riprendere nella nostra prospettiva la parola di una costituzionalista, che si è dedicata all'analisi del tema *de quo*, sostenendo la concezione più estensiva di libertà individuale, pur configurandosi "il rapporto tra libertà di cura e trattamenti sanitari obbligatori nei termini di un rapporto tra regola ed eccezione", per cui "la garanzia della volontarietà della scelta di sottoporsi a dei trattamenti sanitari… rappresenta la regola", sussiste l'eccezione, cioè la "regola può essere in determinati casi superata dal legislatore, il quale è legittimato ad assegnare ai trattamenti sanitari il carattere dell'obbligatorietà"[78]. Il che comprova che anche i sostenitori più "liberali" della libertà di cura non assumono questo diritto come preclusivo dei trattamenti obbligatori e non motivano *funditus* la loro tesi tanto è ritenuta irrazionale l'opinione contraria. Aggiungiamo che, alla luce di quanto detto, è possibile muovere un piccolissimo rilievo, alla pregevole sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, più esattamente all'affermazione, secondo cui "i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano oltre alla libertà di auto-determinazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie…"[79]. Infatti, tale autodeterminazione non può essere invocata, poiché, se possono valere altre libertà nel processo di bilanciamento degli interessi costituzionali circa le vaccinazioni (come si è sostenuto in precedenza), la libertà di "scelta inerente alle cure sanitarie" non ha giustificazione logica nella materia *de qua*, poiché essa è automaticamente fuori gioco, una volta effettuato il bilanciamento tra la salute pubblica e libertà diverse da quella di cura. Con una battuta, la configurazione di libertà (di rifiuto) di cura circa i trattamenti sanitari obbligatori per la tutela della salute pubblica sarebbe illogica come una ipotetica configurazione di una autodeterminazione tributaria, oppure di autodeterminazione (con possibile rifiuto di adempimento di doveri nei confronti della prole) della potestà genitoriale sui figli minori.

9. Legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali

Traendo le deduzioni dalle considerazioni svolte in precedenza, si può ben affermare che la statuizione dell'obbligatorietà di vaccinazioni (ovviamente ivi ben compresa quella relativa all'epidemia del coronavirus) nonché di ulteriori e minori vincoli, quali il *green pass* o i tamponi, non è in alcun modo illegittima per contrasto con le libertà costituzionali.
Per quanto riguarda il profilo del bilanciamento è evidente che questo opera nettamente a favore della tutela della salute pubblica. Da una parte ci sta la tutela della salute degli individui, della loro vita e, per dirla con le parole di un costituente, della loro libertà[80], a tacere poi di altri

[78] Cfr. D. MORANA, *La salute*, cit., pp. 37,38.
[79] Sentenza n.5, par. 8.2.1.
[80] Ha affermato un medico, deputato dell'Assemblea Costituente, che la salute non costituisce solo l'oggetto di un diritto sociale, ma è anche "il primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo", in quanto "un individuo malato o minorato nelle sue capacità fisiche e intellettuali, non è più un uomo libero" (v. intervento dell'on. Merighi nella seduta dell'assemblea, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, II, Roma, 1970, p. 1219).

beni sociali che vengono compromessi dalle epidemie[81]. Dall'altra parte c'è il minimo sacrificio personale, costituito da una piccola perdita di tempo e da sofferenze di breve durata (e non patite da molti vaccinati). Stiamo parlando non di limitazioni di altre libertà, ma solo di quella (minima, minima) indotta dalla vaccinazione, non si dimentichi!
Relativamente alla libertà di cura si è cercato di dimostrare che non ha alcun senso circa le vaccinazioni. Detta libertà non vale assolutamente quando è in ballo la salute altrui, sia pubblica che privata, quindi è un non senso invocarla in questo contesto (a tacere del fatto che i vaccini proteggono anche la salute di coloro che li ricevono).
Venendo poi all'eventuale convenienza della facoltatività delle vaccinazioni, cioè alla maggior idoneità di questa soluzione ai fini sanitari, è facile muovere pesanti obiezioni contro la stessa. Anzitutto, se stiamo sul piano della legittimità e non del merito (cioè della politica sanitaria), nessuno può seriamente dubitare della ragionevolezza, quindi della legittimità della prescrizione dell'obbligatorietà vaccinale, dato il supporto di tanti scienziati circa la stessa e la diffusa previsione dell'obbligo vaccinale in varie occasioni e in vari ordinamenti. Anche chi non condivida, nel merito, la soluzione dell'obbligatorietà non può negarne la ragionevolezza, quindi la plausibilità sul piano della legittimità costituzionale.
Sul piano del giudizio di merito v'è poi da dire che la soluzione dell'obbligatorietà vaccinale appare, alla luce dell'esperienza storica recente e meno recente, quella più efficace e valida. Come hanno ammesso anche alcuni sostenitori della facoltatività vaccinale, sia pur in palese contraddizione, il regime della libertà di vaccinazione (relativamente ai minori) ha determinato una ridotta immunizzazione, mentre il ritorno all'obbligatorietà (sia pur in forma di prescrizione di onere) ha subito avuto l'effetto benefico di aumentare la copertura[82]. Sicché è quanto mai fondata l'osservazione, secondo cui il principio in virtù del quale "non si può costringere nessuno" a ricevere il vaccino "*contro la sua volontà*… non è mai stato vero", perché "le vaccinazioni obbligatorie esistono da molto tempo, sono legittime e ragionevolmente fondate, e hanno salvato innumerevoli vite umane. Questa è stata una decisione presa nel passato da politici acculturati e *lungimiranti*, che *nei fatti* si è dimostrata molto efficace"[83].
Il giudizio di merito rafforza quindi, se mai ce ne fosse il bisogno, la valutazione della legittimità delle vaccinazioni obbligatorie, se mai ponendo il dubbio che sia legittima la soluzione della facoltatività[84].

---

[81] Per un discorso sulle conseguenze quanto mai pesanti (anche sul piano economico e sociale), v. A. D'ALOIA, *Introduzione*, cit., p. 9 ss.; si rinvia a questa opera collettanea, ricca di materiale e di riflessioni sugli aspetti e conseguenze dell'epidemia, che ha colpito l'Italia e il mondo.

[82] V. scritti citati in note (26) e (27) e sentenza n. 5 del 2018, par. 8, 2.3 della Corte costituzionale.

[83] Cfr. S. BETTUZZI, *Scienza e politica: una relazione pericolosa*, in D'ALOIA, (a cura di), *La tempesta*, cit., p. 54. Il corsivo nel testo è dell'Autore.

[84] Non intendiamo affrontare il tema della illegittimità della soluzione della facoltatività vaccinale e della "spinta gentile". Ci limitiamo a sostenere che, quando sia statuita l'obbligatorietà vaccinale con risultati soddisfacenti, il cambio di regime a favore della facoltatività, soprattutto se poi receda l'immunizzazione- quindi non l'introduzione, bensì l'eliminazione della obbligatorietà- potrebbe essere illegittimo per violazione dei diritti lesi dalle epidemie.

10. 1Considerazioni finali

Concludiamo lo scritto con brevi considerazioni finali.

A) Abbiamo visto, all'inizio del lavoro, le vicende relative all'obbligo vaccinale registrate nel XIX secolo (ed in precedenza), con divergenze e conflitti anche di natura politico-culturale. Nel XXI secolo si è verificato un fenomeno con tratti assai simili circa la negazione della validità dei vaccini e l'invocazione del principio di libertà per contrastare l'introduzione della vaccinazione obbligatoria. Si può dire *nihil novum sub sole*, ma in *pejus*, poiché l'ostilità nei confronti dei vaccini è oggidì ancor più grave ed ingiustificabile, in rapporto al passato, dati i risultati positivi verificatisi nel XX secolo e l'ormai *communis opinio* del mondo scientifico nella materia *de qua.* Purtroppo la mala pianta della menzogna e della credulità mantiene solide radici a dispetto delle speranze (e talora delle illusorie previsioni) delle correnti ottimiste dei secoli precedenti circa la realizzazione del progresso sociale e culturale.

B) Una seconda notazione riguarda il filo conduttore del presente scritto.

In questa sede si è cercato di trattare la tematica costituzionale dell'obbligatorietà vaccinale con lo sguardo rivolto non soltanto agli aspetti strettamente giuridici (quali sono oggetto dell'analisi tradizionale dei giuristi), ma anche (ed ancor di più) ai profili più generali delle radici socio-politiche e filosofico-giuridiche dell'orientamento contrario alla vaccinazione obbligatoria.

Il tentativo di istituire una correlazione tra tendenze di fondo giuridiche, extragiuridiche nonché principi generali[85] non ha semplicemente una motivazione di natura meramente culturale (cioè di conoscenza dei molteplici fattori operanti nella materia del contrasto della pandemia), ma ha anche una ragione pragmatica, cioè può avere una ricaduta nella sfera del governo della salute. Cerchiamo di dimostrare quanto detto con una concisa argomentazione.

Per quanto riguarda le tendenze, che alimentano le soluzioni specifiche di problemi giuridici o che rappresentano una fonte delle stesse, si richiamano due dati.

In una prima direzione, possiamo dire filosofica, è opinione quanto mai diffusa, cui si accoda anche chi scrive, in virtù della quale esiste una "rilevanza, per il diritto, delle opzioni pregiuridiche e filosofiche"[86]. Più esattamente, il diritto, quale si manifesta ai livelli legislativo, giurisprudenziale o dottrinale, non può essere razionalmente pensato in termini meramente autoreferenziali. Ciò perché, sempre per riprendere le parole emblematiche del citato filosofo, "la "umanità" e "storicità" del diritto" fa "sì che esso, pur nella sua autonomia operativa, non possa fare a meno di essere *influenzato* dalle coeve idee filosofiche ed etiche" ed è "storicamente e sociologicamente documentabile che… le idee filosofiche di una certa età *incidano* (anche) sul diritto, sino a costituirne, in certi casi, il decisivo, background teorico"[87]. A ciò segue l'osservazione, secondo cui "questo vale per il passato (si pensi all'influenza storica esercitata dalle idee filosofiche di libertà, democrazie ed eguaglianza) e vale in particolar modo oggigiorno in

[85] Senza diffonderci sulla distinzione, di cui nel testo, ci limitiamo a configurare le tendenze di fondo quale *genus* e i principi quale *species*.

[86] Per riprendere le parole di uno studioso di filosofia, che ha una notevole dimestichezza con la problematica giuridica in generale (ed anche su alcuni aspetti particolari): cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita*, Torino, 2020, p. 790.

[87] Cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità*, cit., 790 (il corsivo, nel testo, è dell'Autore).

cui, soprattutto per quanto concerne determinati argomenti di frontiera, la dimensione pregiuridica e filosofica… si riverbera in modo rilevante sulla dimensione giuridica"[88].

Veniamo ora ai principi generali.

Ogni soluzione giuridica (e non solo quella) è sempre correlata a principi. Per riprendere le parole di un grande pensatore politico, "tutto nell'universo possiede… i propri principi, vale a dire che tutte le combinazioni, siano esse relative alle esistenze o agli avvenimenti, conducono ad un risultato: un risultato che è sempre uguale ogni volta che si presentano le stesse combinazioni. È questo risultato che prende il nome di principio"[89]. A ciò va aggiunto che "i principi, dunque, non sono affatto teorie", bensì "verità autonome che, se si sapesse la concatenazione, penetrerebbero gradualmente fin nelle applicazioni più circostanziate, fin nei piccoli dettagli della vita sociale"[90]. Pertanto l'analisi dei principi, a cui sono ricondotte le soluzioni (giuridiche) particolari, costituisce un fattore di approfondimento ed arricchimento della conoscenza di queste ultime.

Come s'è anticipato, però, è in gioco non solo un dato conoscitivo, ma anche il conseguimento di risultati, positivi o negativi. Più esattamente, ci sono tipi diversi di principi, con conseguenze ben diverse se si applichi un tipo od un altro di questi. Onde meglio configurare una bipartizione tipologica dei principi, riteniamo opportuno richiamare, in quanto emblematica, la disputa intercorsa tra il grande pensatore politico prima menzionato e un grande, grandissimo, pensatore, cioè Kant.

La *querelle* è stata avviata da una battuta polemica di Constant nei confronti di un'affermazione di Kant. Infatti il pensatore francese ha configurato una duplice tipologia di principi. In termini più precisi, esisterebbero da un lato i "principi universali… che sussistono invariabilmente in tutte le combinazioni"[91], e, dall'altro, i "principi intermedi" o "secondari", che valgono per "combinazioni particolari"[92]. Orbene, secondo Constant, i principi universali "sono inapplicabili alle circostanze", in quanto le regole dell'agire umano investono sempre delle "combinazioni particolari", e quindi i principi, i quali debbono essere rilevanti nell'esperienza, sono sì "generali", ma "solo in modo relativo e non assoluto"[93]. Per esemplificare, adducendo nel contempo un argomento apagogico, cioè l'argomento per assurdo, il pensatore francese richiamava l'affermazione kantiana secondo cui il principio morale costituito dal dovere di dire la verità era assoluto, incondizionato, con la deduzione, in via esemplificativa, dell'obbligo di comunicare ad un assassino, intenzionato ad uccidere una persona, il luogo in cui fosse rifugiata la vittima per sottrarsi all'omicidio, anche se tale informazione potesse provocare l'uccisione di quest'ultima. Per Constant è un principio il dovere morale di dire la verità, ma tale obbligo vale "solo nei confronti di chi ha diritto alla verità", poiché, "nessuno ha diritto ad una verità che nuoce agli altri"[94]: questo è un "principio intermedio", che deve conciliarsi con altri quale il rispetto

---

[88] *Ibidem*.
[89] Cfr. B. CONSTANT, Sui principi, in KANT-CONSTANT, *Il diritto di mentire*, Firenze, 2008, p. 21.
[90] Cfr. B. CONSTANT, *Sui principi*, cit., p. 22.
[91] Cfr. B. CONSTANT, *Sui principi*, cit., p. 21.
[92] Cfr. B. CONSTANT, *Sui principi*, cit., pp. 21,22.
[93] Cfr. B. CONSTANT, *Sui principi*, cit., p. 21.
[94] Cfr. B. CONSTANT, *Sui principi*, cit., p. 29.

della vita umana, o comunque il dovere di non recare grave nocimento ad altri. Kant, al contrario, ha ribadito l'assolutezza del "principio universale", che imporrebbe l'obbligo incondizionato di dire la verità costi quel che costi, quindi anche se ciò comporti gravi danni ad individui od alla società. Infatti egli, dinanzi all'osservazione critica di Constant, non solo ha confermato quanto scritto in precedenza, ma ha scritto altri due saggi[95] onde avanzare un'argomentazione filosofica per ribadire il vincolo dell'assolutezza del dovere morale incondizionato, che vieterebbe "senza se e senza ma" qualsiasi affermazione non veritiera, anche se fatta con validi intenti.
Che Kant sia un titano del pensiero filosofico nessuno può mettere in dubbio. Come però forse traspare dalle parole scritte in precedenza, chi scrive è assolutamente d'accordo con Constant e rigetta la tesi kantiana, poco avveduta e frutto delle riflessioni di un filosofo che seguiva l'etica della convinzione e non l'etica della responsabilità (per richiamare la bipartizione di Weber, che saggiamente ha optato per la seconda). A supporto del favore della posizione del pensatore francese, si può richiamare quell'indirizzo culturale, affermatosi anche nel diritto e nella filosofia, secondo il quale le soluzioni (anche) dei problemi giuridici non debbono essere determinate dalla "tirannia" di singoli valori o principi, bensì dall'effetto congiunto di diversi, e talora divergenti, valori o principi, con un'operazione di raccordo e di bilanciamento degli stessi. L'invocazione di un valore o di un principio, pur con l'effetto che "*pereat mundus*", è giustamente rigettata se si ritiene che il pensiero- filosofico, etico, politico, giuridico- debba essere funzionale alla realizzazione del bene della società e della miglior condizione umana.

Alla luce di tutto ciò sembra che le tesi, ed il dibattito, sulle misure necessarie per far fronte a gravi emergenze sanitarie, come le epidemie (ma non solo quelle), impongano una riflessione che investa i fondamentali del regime democratico e l'esigenza di contrastare una perniciosa deriva anarco-individualistica di quest'ultimo anche sul piano politico-culturale, ivi compresa la sfera del diritto costituzionale.

[95] V. E. KANT, *Su un presunto diritto di mentire per amore dell'umanità*, e *Sulla menzogna*, in KANT-CONSTANT, *Il diritto*, cit., p. 34 ss.