



GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2020/02

Contributi di:

A. Abbamonte, G. Aversente, S. Baldetti, G. Battistella,
M. Betzu, G. Canale, V. Casamassima, E. Catelani, G.L. Conti,
M. D'Amico, M. Durante, G. Ferraiuolo, H. Frazão,
P. Gambatesa, E. La Fauci, E. Innocenti, G. Lauri,
Le Costituzionaliste, C. Lotta, C. Luzzi, L. Madau, F. Marone,
I. Migliavacca, A. Pertici, M. Pintus, P.G. Puggioni, A. Raciti,
R. Romboli, E. Rossi, C. Saloi, F. Spagnoli, E. Vivaldi

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

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

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

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



GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 2/2020

Roberto ROMBOLI, <i>Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”</i>	1
Marilisa D’AMICO, <i>Emergenza, diritti, discriminazioni</i>	16
Erika LA FAUCI, <i>La riforma del regolamento del Senato sui gruppi parlamentari: innovazione formale o rivoluzione sostanziale?</i>	43
Cosimo LOTTA, <i>Un nuovo diritto al tempo del Covid-19? Accesso a internet e digital divide...</i>	61
Andrea ABBAMONTE, <i>La gestione dell’emergenza Covid con particolare riferimento ai Contratti pubblici ed al ruolo della Protezione Civile</i>	72
Le COSTITUZIONALISTE, <i>Il mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle Prescrizioni statali sulla parità di genere</i>	103
Giulio BATTISTELLA, <i>La nuova tecnica decisoria sul “caso Cappato” tra diritto processuale e sostanziale</i>	110
Paolo GAMBATESA, <i>Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità Costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità</i>	150
Milena DURANTE, <i>Le opinioni dissenzianti della Corte di Strasburgo e la tutela della libertà Religiosa: un capovolgimento di prospettiva</i>	170

Le recensioni

Marco BETZU, <i>Stati e istituzioni economiche sovranazionali</i> , Torino, Giappichelli, 2018	
<i>Recensione di Gennaro FERRAIUOLO</i>	190
<i>Replica dell’Autore</i>	202
Elena INNOCENTI, Emanuele ROSSI, Elena VIVALDI (a cura di), <i>Quale reddito di cittadinanza?</i> , Bologna, Il Mulino, 2020	

<i>Recensione di Vincenzo CASAMASSIMA, Reddito di cittadinanza e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce del volume Quale reddito di cittadinanza?</i> <i>A cura di Elena Innocenti, Emanuele Rossi ed Elena Vivaldi</i>	206
<i>Replica dei Curatori.....</i>	234

I Forum

<i>Le libertà ai tempi del distanziamento sociale.....</i>	238
<i>L'emergenza e i rapporti tra lo Stato e le Regioni</i>	273
<i>Emergenza Covid e questioni economiche.....</i>	303
<i>Emergenza Covid e organi costituzionali</i>	319



SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA “ACCENTRATO” DI COSTITUZIONALITÀ
UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

IL SISTEMA DI COSTITUZIONALITÀ TRA “MOMENTI DI ACCENTRAMENTO” E “DI DIFFUSIONE”*

ROBERTO ROMBOLI

SOMMARIO: 1. Dal giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” (Pisa 2001) al sistema “accentrato” di costituzionalità (Pisa 2019): il significato dei termini virgolettati. – 2. La interpretazione costituzionalmente conforme. Il monopolio della Corte costituzionale, la “nuova” giurisprudenza costituzionale e la “nuovissima” giurisprudenza: momenti di diffusione e momenti di accentramento. – 3. La doppia pregiudizialità dopo la sent. 269/2017: un momento di accentramento? – 4. La disciplina dell’accesso al Giudice costituzionale: la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ed il riconoscimento di potere decisorio al giudice “a quo”, quali momenti di diffusione o di accentramento. – 5. Il parametro Cedu dopo le sentenze “gemelle”, l’interpretazione convenzionalmente conforme e l’efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e delle decisioni della stessa: momenti di diffusione e momenti di accentramento.

1. Dal giudizio sulle leggi e la sua “diffusione” (Pisa 2001) al sistema “accentrato” di costituzionalità (Pisa 2019): il significato dei termini virgolettati

Nel convegno annuale del Gruppo di Pisa che si tenne quasi venti anni fa proprio qui a Pisa, nel titolo figurava una parola virgolettata (“diffusione”). Il titolo completo dell’incontro era infatti “Il giudizio sulle leggi e la sua ‘diffusione’. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?”.

Anche nel titolo del seminario odierno troviamo una parola virgolettata (“accentrato”) riferita a “Il sistema ‘accentrato’ di costituzionalità”.

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

Due parole quindi, spesso contrapposte, le quali richiamano la classificazione dei modelli di giustizia costituzionale ed in particolare i due tipi più noti, quelli “puri”, per questo definiti altresì “prototipi”.

Così come accadde in occasione del precedente convegno appena ricordato, credo sia opportuno ed utile procedere ad una seppur minima specificazione del significato che si vuole attribuire ai suddetti termini.

In particolare, con riguardo al termine “accentrato”, è possibile farvi ricorso almeno in due differenti significati: il primo, più generico, nel senso di accentramento-aumento di poteri in capo alla Corte costituzionale nell’esercizio delle proprie funzioni, con conseguente ampliamento della sua incidenza nel sistema. Ciò a seguito principalmente di mutamenti giurisprudenziali, ma anche di altri elementi, in base ai quali la Corte viene ad assumere o riassumere poteri che in precedenza aveva lasciato che altri li esercitassero o più semplicemente come risultato di una autolimitazione del proprio potere di intervento.

In questo senso il riferimento va ovviamente alle relazioni del Giudice costituzionale con l’autorità giudiziaria, da un lato e con il legislatore, dall’altro, ma pure, entro aspetti assai più ridotti, con le Corti sovranazionali.

Un secondo significato è invece quello di carattere maggiormente tecnico che fa riferimento alla ricordata distinzione tra sistemi accentrati e sistemi diffusi, la quale si fonda, come noto, sul fatto che nei secondi il controllo di costituzionalità delle leggi è esercitato da una pluralità di giudici comuni i quali, al fine di risolvere il caso ad essi sottoposto, sono chiamati prioritariamente a valutare la conformità della legge da applicare alla Costituzione e, in caso contrario, a disapplicare la legge, mentre nei primi tale competenza spetta ad un giudice “speciale”, unico per l’intero territorio nazionale, il quale si pronuncia sulla questione di costituzionalità delle leggi e può dichiararne la illegittimità con efficacia *erga omnes*.

La particolarità di questi secondi sistemi è quella di dover indicare le vie di accesso al Giudice costituzionale, che possono quindi coinvolgere l’autorità giudiziaria ed un concreto giudizio o possono al contrario prescindere anche totalmente.

Accanto ai sistemi “puri” viene unanimemente inserito un terzo modello, definito “misto” (o anche “europeo”) in quanto risultato di una contaminazione tra i primi due, derivante dall’inserimento del controllo attraverso la via incidentale, un controllo “accentrato, ma ad iniziativa diffusa”.

Questo terzo modello in realtà appare come una specificazione di quello accentrato, dal momento che non si può dubitare che la decisione sulla costituzionalità della legge spetti solamente al giudice “speciale”, mentre le funzioni dell’autorità giudiziaria si esauriscono, in linea di massima, nel potere-dovere di sollevare la questione di costituzionalità.

Indubbio che, nelle varie esperienze, il ruolo e il peso specifico esercitato dal giudice sarà diverso a seconda che le vie di accesso siano molte oppure si riducano (come nel caso italiano) quasi esclusivamente a quella incidentale, anche se ciò però non sposta i termini del problema, ossia la natura accentrata e non diffusa del modello.

Opportuna, in occasione del Convegno del 2001 prima ricordato, la ulteriore precisazione fatta da Pizzorusso nella sua relazione conclusiva, nella quale mise in guardia dal non confondere la contrapposizione tra sistemi accentrati e sistemi diffusi con quella tra modelli di controllo astratto o modelli di controllo concreto.

Il mio Maestro ebbe infatti ad avvertire come il controllo è “concreto” allorché viene esercitato in funzione dell’applicazione della disposizione rispetto ad una fattispecie determinata, sia che questo sia esercitato dal giudice comune o da quello speciale. Nel primo caso abbiamo l’ipotesi di un controllo diffuso e concreto, mentre nel secondo il controllo è accentrato, ma non necessariamente astratto.

Il riferimento alla contrapposizione “accentrato-diffuso” nel primo dei due significati sopra indicati, avrebbe dovuto inevitabilmente coinvolgere, nel momento attuale della giustizia costituzionale, le relazioni tra Corte costituzionale e legislatore.

Si pensi, solo per fare due esempi tra più recenti e conosciuti, alla soluzione, in due tappe, del caso Cappato, che hanno visto la nostra Corte creare un nuovo tipo di decisione e soprattutto, sulla base del mancato ascolto delle indicazioni ad esso rivolte con la prima pronuncia, sostituirsi al legislatore nel dettare nei particolari la nuova disciplina dell’aiuto al suicidio. Questo dopo aver espressamente ritenuto, nell’ambito dello stesso giudizio, di non poterlo fare, a fronte di scelte discrezionali riservate al potere legislativo.

Il secondo esempio, sempre nella stessa lunghezza di onda, è quello della “nuova” giurisprudenza che, a partire dal 2018, ha superato la storica barriera delle crisafulliane “rime obbligate”.

Il fatto che dei rapporti del Giudice costituzionale con il potere legislativo l’odierno seminario non se ne occupi e che i temi invece scelti per le quattro relazioni siano incentrati sui contatti della Corte con l’autorità giudiziaria mi pare dimostrino che si è inteso la parola “accentrato” nel secondo dei significati prima indicati.

Nel convegno del 2001 le relazioni assegnate miravano ad individuare “momenti di diffusione” in un sistema ovviamente accentrato, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria, attraverso le quali la stessa non si limitava alla iniziativa, ma decideva essa stessa sul problema di costituzionalità (ad esempio la dichiarazione di manifesta infondatezza, l’applicazione diretta della Costituzione).

Nel seminario odierno certamente non possiamo parlare, in senso speculare, di “momenti di accentramento”, trattandosi appunto di un sistema accentrato, per cui credo di poter intendere le finalità dell’incontro nel senso di individuare nella giurisprudenza costituzionale mutamenti che vadano in senso opposto a quello che aveva valorizzato i “momenti di diffusione”.

Al proposito emblematico, e chiarificatore del senso appena indicato, il fatto che sia nel convegno del 2001 che nel seminario odierno figurino una relazione sul medesimo tema: quello della interpretazione costituzionalmente conforme.

Nella prima occasione infatti il tema era giustificato da quella giurisprudenza, inaugurata nel 1996, che invitava i giudici a risolvere loro stessi le questioni di costituzionalità attraverso l’utilizzo dei propri poteri interpretativi e nei limiti da questi consentiti, senza passare dal Giudice costituzionale.

Nel seminario di oggi si intende invece chiaramente far riferimento a quella giurisprudenza attraverso la quale, più recentemente, la Corte costituzionale ha inteso, entro certi limiti, richiamare alla propria competenza la valutazione circa la praticabilità di un determinata interpretazione conforme. Ma sul punto tornerò tra un momento.

Altrettanto chiara, mi pare, la finalità sottesa alla relazione avente ad oggetto la giurisprudenza costituzionale in merito al tema della doppia pregiudizialità in caso di supposta violazione congiunta della Costituzione e della Carta dei diritti dell'Unione europea. Il riferimento infatti non può che essere alla decisione di fine 2017 con cui la Corte costituzionale ha inteso invertire l'ordine delle pregiudizialità, suggerendo il tragitto Roma-Lussemburgo anziché quello Lussemburgo-Roma, che sovente non era arrivato a destinazione.

Meno diretta, ma ugualmente inquadrabile nella stessa prospettiva (“momenti di accentramento-momenti di diffusione”), la tematica delle altre due relazioni, relative rispettivamente all'accesso al giudizio costituzionale ed alla incidentalità, nonché alla Cedu quale parametro nei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni.

Fatte queste premesse definitorie e di inquadramento del tema, intendo adesso svolgere alcune brevi osservazioni introduttive sulle quattro problematiche poste dalle relazioni, limitatamente alla segnalazione degli aspetti che, a mio avviso, possono essere indicati come “momenti di accentramento-momenti di diffusione” e lo farò partendo dai due temi che ho indicato come più immediatamente espressivi di tali profili.

2. La interpretazione costituzionalmente conforme. Il monopolio della Corte costituzionale, la “nuova” giurisprudenza costituzionale e la “nuovissima” giurisprudenza: momenti di diffusione e momenti di accentramento

La necessità di seguire una interpretazione costituzionalmente conforme, seppure divenuta oggetto di più specifica attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza alla metà degli anni Novanta del secolo scorso, nasce in realtà con il funzionamento della Corte costituzionale e con quello che possiamo ritenere il primo tipo di decisioni “creato” dalla stessa: le sentenze interpretative di rigetto.

Attraverso questo tipo di pronuncia la Corte esprime con nettezza la posizione – certamente non gradita alla Corte di cassazione, che dà vita proprio come reazione alla stessa alla nota “guerra tra le corti” – secondo cui non esiste una unica interpretazione corretta, ma la possibilità di diverse interpretazioni della stessa disposizione e che fra queste deve essere seguita quella conforme a costituzione. In base a ciò il Giudice costituzionale non si sente vincolato alla interpretazione della legge seguita dal giudice nel presentarle la questione, potendo indicarne una diversa, quella appunto costituzionalmente conforme.

Se un sistema accentrato è tale in quanto solo al giudice speciale spetta il compito di dichiarare incostituzionale una legge, esso non comporta che la decisione con carattere interpretativo (specie della legge) sia una esclusiva del Giudice costituzionale, potendosi riconoscere analogo potere a tutti i giudici comuni.

Ecco quindi che il potere-dovere di interpretazione conforme da parte del giudice è assai risalente, anche se, per differenti ragioni, viene esercitato dalla Corte costituzionale in una situazione pressoché monopolistica, testimoniata dai molti casi in cui il giudice viene invitato a rimettere la questione di costituzionalità sulla base di un semplice dubbio ed anche quando si tratti solamente di eliminare l'ipotesi di una interpretazione contrastante con i principi costituzionali.

La sentenza Zagrebelsky del 1996 è anticipata da una serie di decisioni attraverso le quali la Corte ha, in svariate occasioni, valorizzato l'opera interpretativa del giudice e va ad introdurre tre elementi di novità.

Il primo consiste in una autoriduzione della propria competenza, allorché invita il giudice a non sollevare una questione di costituzionalità tutte le volte in cui il superamento del dubbio di costituzionalità sia possibile attraverso una lettura della disposizione costituzionalmente conforme.

Il secondo è rappresentato dalla richiesta al giudice di verificare la possibilità di una interpretazione conforme e di sollevare la questione solo se quella risulti "impossibile".

Il terzo, poi meglio specificato, è la indicazione dello strumento con cui verificare che il giudice abbia effettivamente sperimentato tale possibilità e che la stessa risulti impossibile: la decisione di inammissibilità.

Secondo Giuseppe Ugo Rescigno con questa giurisprudenza la Corte costituzionale avrebbe illegittimamente modificato il nostro sistema accentrato di controllo delle leggi, mentre più convincentemente Franco Modugno ha indicato nella stessa solo la realizzazione di (o il tentativo di realizzare) un diverso assetto dei rapporti tra Giudice costituzionale e giudici comuni.

In senso analogo si è espresso, più in generale, anche Alessandro Pizzorusso nella relazione conclusiva al ricordato Convegno pisano del 2001 allorché – a proposito dei "momenti di diffusione" e rispondendo alla domanda contenuta nel titolo dell'incontro ("verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?") – sostenne che "essi non rappresentano peraltro una modificazione del modello, ma soltanto un affinamento delle soluzioni tecniche che lo caratterizzano".

La fase del monopolio è stata quindi introdotta attraverso una decisione di merito (sentenza interpretativa di rigetto), dove la motivazione assume un significato assai importante, tanto da essere segnalato nel dispositivo ("nei sensi di cui in motivazione"), mentre quella instaurata nel 1996 trova lo strumento di garanzia in una decisione di tipo processuale (inammissibilità, semplice o manifesta) utilizzata quasi come sanzione nei riguardi del giudice rimettente per non aver assolto al compito di tentare una interpretazione conforme o di non aver seguito una interpretazione conforme presente in giurisprudenza e per questo da ritenere quindi "possibile".

La "nuova" giurisprudenza avrebbe dovuto comportare, almeno sulla carta, la scomparsa di un tipo di decisione – la interpretativa di rigetto – che ha svolto un ruolo di decisiva importanza nella defascistizzazione della legislazione prima e nella costituzionalizzazione dell'ordine legale poi. La indicazione di una soluzione alternativa a quella demolitoria della sentenza di incostituzionalità ha ottenuto infatti risultati

eccellenti, sia verso le interpretazioni restrittive dei primi anni della Corte di cassazione, sia della scarsa propensione del parlamento ad intervenire a colmare i vuoti eventualmente creati dalle sentenze della Corte.

La dichiarazione di inammissibilità di una questione di costituzionalità, fondata sulla possibilità di una interpretazione conforme, avrebbe infatti dovuto condurre la Corte ad utilizzare tale formula anche quando avesse ritenuto di intervenire con una sentenza interpretativa di rigetto. Se infatti una interpretazione conforme era possibile, la questione avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile.

Con la “nuovissima” giurisprudenza la Corte costituzionale ha sostenuto che la presenza in giurisprudenza di una interpretazione costituzionalmente conforme, finanche se qualificabile come “diritto vivente”, non può risultare vincolante e tale da rendere la questione inammissibile, dal momento che la valutazione circa la percorribilità della interpretazione conforme e della sua conformità a Costituzione è questione di merito e non di ammissibilità e spetta quindi alla Corte costituzionale.

Ci possiamo chiedere se la suddetta giurisprudenza abbia determinato un “riaccentramento” del potere di controllo in capo al Giudice costituzionale.

Certamente credo non si possa parlare di un ritorno alla fase del monopolio, dal momento che più che una modifica la “nuovissima” giurisprudenza pare potersi qualificare come una integrazione o specificazione della precedente “nuova” giurisprudenza, che per il resto rimane invece confermata.

In altri termini il giudice è sempre tenuto a verificare la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso una interpretazione conforme e, qualora ciò sia possibile, a non sollevare questione di costituzionalità. Qualora ritenga che il testo della disposizione *de qua* non consenta tale risultato, deve proporre la eccezione di costituzionalità, anche quando risulti che quella interpretazione sia stata seguita da altri giudici e sia quindi possibile. Al giudice viene solamente richiesto di motivare adeguatamente la propria scelta.

Emblematico uno dei primi casi, o forse proprio il primo, della “nuovissima” giurisprudenza.

Si trattava della questione di costituzionalità avente ad oggetto la necessità o meno dell'intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo dell'organo sessuale al fine del riconoscimento del diritto alla rettificazione degli atti di stato civile. La consolidata giurisprudenza della Cassazione, fondata anche sulla altrettanto consolidata giurisprudenza della Corte Edu, aveva interpretato la disposizione legislativa nel senso che non imponesse il trattamento chirurgico.

Il giudice, ciò nonostante, aveva sollevato questione di costituzionalità della disposizione nella parte in cui imponeva il trattamento chirurgico, motivando adeguatamente e plausibilmente nel senso che il dettato normativo non avrebbe consentito una diversa interpretazione.

La Corte costituzionale, seguendo la “nuova” giurisprudenza avrebbe senza dubbio alcuno dichiarato inammissibile la questione, mentre stavolta decide di affrontarla nel merito, pur se giungendo a ritenere corretta e condivisibile la interpretazione conforme seguita dalla cassazione e dalla generalità dei giudici comuni.

In conclusione, in termini di accentramento-diffusione nei limiti sopra indicati, la “nuovissima” giurisprudenza, segna un punto a favore dell’accentramento nella misura in cui elimina per il giudice *a quo* l’obbligo di non sollevare la questione di costituzionalità allorché risulti “possibile” una interpretazione costituzionalmente conforme e di seguire la stessa – come nel caso di sistemi diffusi con precedente vincolante – consentendogli di sottoporre alla Corte la verifica della correttezza costituzionale di tale interpretazione.

3. La doppia pregiudizialità dopo la sent. 269/2017: un momento di accentramento?

Il tema della doppia pregiudizialità, costituzionale e comunitaria, fa chiaramente riferimento alla pluricommentata giurisprudenza con cui la Corte ha invitato i giudici a dare priorità alla pregiudiziale costituzionale rispetto a quella comunitaria e pone quindi un prima ed un dopo rispetto alla stessa.

Riguardo al prima, ci troviamo di fronte ad un modello assai simile a quello diffuso, dal momento che il giudice nazionale, sulla base dei principi del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, è tenuto, di fronte ad un contrasto tra una regola derivante da quest’ultimo e la regola del diritto nazionale a “non applicare” quella nazionale, sostituendovi quella comunitaria.

Per il caso in cui il giudice nazionale, nutra un dubbio sulla corretta interpretazione del diritto comunitario che ritiene dover applicare nel suo giudizio, può, ai sensi dell’art. 267 Tfu, sospendere il processo e chiedere alla Corte di giustizia una decisione su questo aspetto; qualora si tratti di un giudice di ultima istanza, questi è tenuto al rinvio pregiudiziale, tranne si tratti di situazioni “chiare”, “chiarite” o “irrilevanti” (sentenza *Cilfit*).

Evidente quindi la finalità di garantire in tal modo una omogenea interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici di tutti gli stati membri, per cui ragionevole la conseguenza che se ne è derivata circa la natura vincolante, quindi paralegislativa, delle interpretazioni della Corte di Lussemburgo.

In questi stretti termini non avrebbe dovuto apparire frequente l’ipotesi che una simile facoltà, oppure obbligo, del giudice nazionale andasse a coincidere con l’altra pregiudizialità conosciuta, quella costituzionale, dal momento che la Comunità economica europea non aveva, se non limitatamente, tra le proprie finalità quella della tutela dei diritti.

A parte ciò la Corte costituzionale - escludendo esplicitamente di poter essa stessa ritenersi legittimata, quindi tenuta, a proporre un rinvio pregiudiziale – ha sempre sostenuto la priorità del rinvio alla Corte di giustizia sulla base di una valutazione di natura processuale.

Dal momento che una delle condizioni per l’ammissibilità della questione di costituzionalità è la rilevanza, il giudice, se nutre dubbi in proposito, deve preliminarmente chiedere a Lussemburgo se nella specie la disposizione nazionale sia

conforme a quella comunitaria e quindi applicabile, in quanto solo in caso di risposta positiva la questione risulterà rilevante per il giudizio costituzionale.

Come noto il rinvio pregiudiziale, quale risulta dal ricordato art. 267 Tfu, è nella applicazione giurisprudenziale divenuto qualcosa di diverso dalla risoluzione di un dubbio circa la corretta interpretazione del diritto comunitario. In particolare si è trasformato in un vero e proprio controllo di comunitarietà della legge nazionale, fondato sul principio della applicazione diretta del diritto comunitario e sul poterdovere di disapplicazione del giudice nazionale, venendo a somigliare assai al controllo di costituzionalità.

In realtà di un vero sistema diffuso credo si possa parlare solo nel caso in cui il giudice nazionale proceda direttamente alla disapplicazione del diritto nazionale in quanto ritenuto in contrasto con quello comunitario, mentre parrebbe diverso allorché lo stesso accada a seguito di rinvio pregiudiziale, con il quale il giudice ha sostanzialmente posto, pure se sotto la forma di un chiarimento interpretativo, una questione di comunitarietà della legge nazionale. In questo secondo caso infatti la risposta della Corte di giustizia risulta per il richiedente vincolante, anche per quanto riguarda il carattere direttamente applicabile del diritto comunitario, presupposto per il potere del giudice di disapplicazione del diritto nazionale con esso contrastante

In sostanza la disapplicazione, a seguito di rinvio pregiudiziale, spesso risulta come attività obbligata e senza scelta alcuna, tale da potersi accostare alla posizione del giudice a seguito di sentenza di incostituzionalità della Corte costituzionale, anche se nel primo caso l'efficacia sarà limitata al giudizio *a quo*, mentre nel secondo la decisione sarà vincolante con effetti *erga omnes*.

Su questa situazione è intervenuta la sentenza 269/2017, con la quale la Corte costituzionale ha affermato la necessità, poi rettificata in opportunità, che nel caso in cui il giudice ritenga una legge al tempo stesso contrastante con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea, sia data la precedenza alla questione di costituzionalità, in ragione della natura intrinsecamente costituzionale della Carta e della necessità/opportunità che in questi casi si intervenga con una decisione dotata di effetti *erga omnes*.

La nuova giurisprudenza può quindi essere qualificata come una deroga alla posizione consolidata precedentemente assunta dalla Corte e trova il suo fondamento in due differenti elementi sopravvenuti: a) il riconoscimento del valore giuridico pari a quello dei Trattati istitutivi, attribuito alla Carta dei diritti dal trattato di Lisbona e b) la legittimazione della Corte costituzionale a effettuare rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, riconosciuta a se medesima prima nell'ambito del giudizio in via principale (2008), poi anche in quello incidentale sulle leggi (2013).

Il tentativo, come unanimemente riconosciuto, è quello di inserirsi in un circuito giurisprudenziale avente ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, dal quale poteva rischiare, anche per sua colpa, di restare esclusa.

Per le ricadute, sotto il profilo esaminato relativo alla contrapposizione "accentrato-diffuso", la sentenza 269/2017, con le precisazioni ad essa apportate nel corso del 2019, riconosce al giudice la possibilità di rivolgersi in via pregiudiziale alla

Corte di giustizia, sia prima dell'eventuale intervento della Corte costituzionale, sia dopo, specie ovviamente in caso di decisione di infondatezza ed addirittura di poter disapplicare, senza limiti, la disposizione ritenuta dalla Corte costituzionale non in contrasto con i principi della Costituzione, né con quelli della Carta dei diritti.

Quest'ultimo aspetto, sottolineato inequivocabilmente da parte della Corte costituzionale, pare porsi, a mio avviso, in evidente contrasto con la logica del carattere accentrato del nostro modello di giustizia costituzionale, il quale implica che la decisione del giudice "speciale" sia accettata da parte dell'autorità giudiziaria rimettente. Essa potrà certamente riproporre la questione alla Corte di Lussemburgo, sotto il profilo del contrasto con la Carta, se direttamente applicabile ed in ambito comunitario, ed eventualmente, sulla base della risposta ricevuta, procedere alla disapplicazione, mentre mi parrebbe più corretto che non lo possa fare direttamente, pena uno snaturamento del carattere accentrato del sistema e del ruolo con esso riconosciuto al Giudice costituzionale.

Al finale non sembra potersi dire che la nuova giurisprudenza, come ridimensionata dalle quattro decisioni del 2019, abbia prodotto una riduzione del "momento di diffusione" rappresentato dal potere dell'autorità giudiziaria di disapplicare direttamente la disposizione di legge nazionale in quanto contrastante con il diritto comunitario, mentre con riguardo alla disapplicazione a seguito di rinvio pregiudiziale, l'adeguamento all'invito rivolto dalla Corte costituzionale circa la priorità costituzionale potrebbe comportare al più, per il giudice, la sostituzione di una Corte (costituzionale) ad un'altra Corte (di giustizia) nell'indicare allo stesso la soluzione al dubbio di costituzionalità-comunitarietà sollevato.

4. La disciplina dell'accesso al Giudice costituzionale: la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ed il riconoscimento di potere decisorio al giudice "a quo", quali momenti di diffusione o di accentramento

Uno degli aspetti più delicati, ed al tempo stesso più importanti, dei sistemi di giustizia costituzionale a carattere accentrato è senza dubbio quello della individuazione delle vie di accesso e quindi dei soggetti legittimati a sottoporre al Giudice costituzionale una questione di costituzionalità.

Nelle differenti esperienze europee, seppure tutte classificabili nei modelli c.d. misti, le soluzioni sono state diverse nel senso della indicazione di un numero più o meno ampio di soggetti legittimati (governo, capo dello Stato, minoranze parlamentari, enti territoriali ecc.)

Se, come dicevamo, il carattere diffuso o accentrato fa riferimento alla posizione ed ai poteri riconosciuti all'autorità giudiziaria nel controllo delle leggi, dobbiamo anche a proposito dell'accesso distinguere tra una nozione ampia (e generica) di accentrato-accentramento ed una nozione invece ristretta che fa riferimento alla nozione tecnica di "accentrato-diffuso".

Nel primo senso la riduzione dei soggetti legittimati alla sola autorità giudiziaria, come in sostanza è accaduto nel caso italiano, ha determinato l'attribuzione al giudice di un peso enorme nella realizzazione delle finalità proprie della giustizia costituzionale. Nel momento in cui la Corte costituzionale ha iniziato a funzionare infatti le vie di accesso si riducevano alla via incidentale, non essendo stato previsto il ricorso da parte di soggetti pubblici (governo, minoranze parlamentari), né quello individuale, né l'azione popolare e stante la mancata attuazione dell'ordinamento regionale.

Per questo, ed in questo significato generale ed atecnico, ho in altra occasione qualificato il nostro sistema come quello "accentrato più diffuso d'Europa".

Sempre seguendo la prima accezione, ne deriva di conseguenza che sarebbe inappropriato definire un sistema come "diffuso" sulla base del fatto che vengono riconosciute molte e differenti vie di accesso al Giudice costituzionale, dovendosi concludere, in base a quanto detto, in senso esattamente opposto.

Se passiamo a considerare il tema dell'accesso con riferimento alla nozione tecnica di accentrato-diffuso è necessario operare una distinzione tra il momento della iniziativa, come tale funzionale all'intervento della Corte costituzionale, rispetto allo spazio decisionale riconosciuto al giudice nella fase del giudizio costituzionale che si svolge davanti a lui medesimo.

Così l'iniziativa può risultare più o meno vincolata, più o meno libera e quindi ampia, ma questo non significa realizzare un "momento di diffusione", ma solo riconoscere, in senso atecnico, una maggiore possibilità di portare questioni alla Corte costituzionale.

In altri termini, se fosse eliminata la condizione della rilevanza, certamente consentiremmo al giudice di far pervenire alla Corte un numero assai più ampio di questioni di costituzionalità, ma questo non significherebbe rendere il nostro sistema più diffuso, dal momento che l'ampliamento del potere di iniziativa conduce ovviamente ad un ampliamento del potere decisionale del Giudice "speciale" e della sua incidenza nel sistema.

La presenza di elementi di diffusione va invece riconosciuta nella possibilità del giudice di decidere le questioni senza passare dalla Corte costituzionale.

Per questo che la riforma costituzionale francese del 2008, la quale ha riconosciuto dopo molti anni di controllo *a priori* la via incidentale, non dovrà essere valutata, quanto ad elementi di diffusione, sulla base del potere di iniziativa – pena il rischio di confondere, come ammoniva Pizzorusso nella relazione ricordata all'inizio, tra diffusione e concretezza – quanto sui poteri decisionali effettivamente riconosciuti ai giudici.

Ugualmente la riforma costituzionale della giustizia costituzionale realizzata negli stessi anni in Spagna, conosciuta soprattutto per la riforma del regime dell'*amparo* costituzionale, ha determinato un aumento dei "momenti di diffusione" nella giustizia costituzionale spagnola in considerazione dell'ampliamento del potere di annullamento riconosciuto ai giudici comuni a tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione spagnola.

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale, gli elementi di diffusione possono pertanto essere individuati nel potere riconosciuto ai giudici allorché, sia nella fase ascendente come in quella discendente del giudizio in via incidentale, viene loro riconosciuto un potere decisorio.

Riguardo alla fase ascendente il giudice risolve la questione, senza passare dal giudizio della Corte, a parte la già ricordata ipotesi di interpretazione conforme, attraverso la decisione di merito con cui rileva che l'istanza avanzata dalle parti o dal pubblico ministero risulta manifestamente priva di fondamento.

Di conseguenza quanto più aumentano o diminuiscono i margini di scelta riconosciuti in proposito ai giudici *a quibus*, tanto più si realizzano momenti di diffusione. Si pensi a quanto accaduto nel periodo dello smaltimento dell'arretrato, durante il quale la Corte costituzionale – in ciò svolgendo anche funzione educativa per l'attività deliberativa del giudice – giunse ad ampliare enormemente la nozione di “manifesta infondatezza” per risolvere le questioni sollevate. Una nozione fin allora impiegata solo in caso di questioni già decise negli stessi termini, con la conseguenza che questo tipo di decisione applicato per quarantanove volte nei primi trenta anni di attività, fu utilizzato per ben duecentosessantatré volte nel solo triennio 1987-1989.

Il giudice può decidere definitivamente, e senza quindi passare dal giudizio della Corte, anche attraverso una pronuncia di tipo processuale (specie irrilevanza), per cui l'adozione di una nozione ristretta di rilevanza significa aumentare la possibilità che il giudice risolva lui stesso la questione, mentre una nozione ampia (o la eliminazione della condizione) significa ridurre il potere del giudice di decidere la questione.

Momenti di diffusione possono poi derivare anche nella fase discendente a seguito di alcuni tipi di decisione della Corte costituzionale. Si pensi ad esempio alle sentenze additive di principio, nate principalmente con lo scopo di realizzare un maggior rispetto delle scelte discrezionali del legislatore e finite poi in pratica, in conseguenza della inattività di quest'ultimo, con il riconoscere uno spazio decisionale ai giudici nella tutela dei diritti coinvolti, seppure in applicazione dei principi individuati in via generale dalla Corte.

In conclusione, seguendo una nozione tecnica di “accentramento-diffusione”, non possono essere considerate come espressive di “momenti di diffusione” le decisioni attraverso le quali la Corte costituzionale ha ampliato il modo di intendere la nozione di “giudice” e di “giudizio”, la qualificazione come “giudici” di soggetti ritenuti tali solo “ai limitati fini” del giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, spesso operata allo scopo di superare le c.d. zone franche della giustizia costituzionale, con il risultato quindi di ampliare lo spazio di intervento del Giudice “speciale”.

5. Il parametro Cedu dopo le sentenze “gemelle”, l'interpretazione convenzionalmente conforme e l'efficacia della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e delle decisioni della stessa: momenti di diffusione e momenti di accentramento

Per i giudizi che si svolgono a garanzia dei diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un elemento di evidente differenziazione rispetto a quanto si verifica per il controllo delle leggi davanti alla Corte costituzionale e per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, consiste nel fatto che nei primi non è l'autorità giudiziaria a ricorrere, bensì il diretto interessato, solo dopo aver esaurito gli strumenti processuali disponibili a livello nazionale (principio di sussidiarietà).

Anche per trattare della Cedu come parametro, così come abbiamo detto a proposito della doppia pregiudizialità, esiste uno spartiacque rappresentato, come noto, dalle c.d. sentenze gemelle, solo a partire dalle quali infatti le disposizioni della Cedu, seppure attraverso la tecnica della norma interposta, sono davvero divenute un parametro per il controllo delle leggi nazionali davanti alla Corte costituzionale. Ciò è quindi accaduto dopo oltre cinquanta anni dalla avvenuta ratifica della Cedu dallo stato italiano.

Limitandomi anche in questo caso agli aspetti connessi con la contrapposizione "accentrato-diffuso", secondo quella che ho chiamato la nozione tecnica di tali nozioni, vedo innanzitutto di sottolineare gli elementi rilevanti ricavabili dalle suddette decisioni del 2007.

Un primo elemento consiste nella finalità – confermata da uno dei due relatori in un convegno sui dieci anni dalle sentenze gemelle – di porre un freno alla tendenza di alcuni giudici di procedere direttamente alla disapplicazione della legge nazionale per contrasto con la Cedu, sulla base della qualificazione, da parte della Corte di giustizia, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni Cedu quali principi fondamentali del diritto comunitario, realizzando così una forma di sindacato diffuso.

La Corte costituzionale si è trovata, qualche anno dopo, a dover di nuovo negare il potere dei giudici di disapplicare la legge, allorché simile possibilità era stata avanzata sulla base del trattato di Lisbona ed in particolare della prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu e della disposizione secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6. 2 e 3). La Corte infatti ha specificato, da un lato, come l'adesione ancora non fosse avvenuta e dall'altro che comunque il giudice è tenuto a sollevare questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117.1 Cost. (sent. 80/2011).

Un secondo elemento è quello della possibilità di invocare la Cedu come parametro, seppur interposto. Con ciò viene reso sostanzialmente possibile al giudice denunciare, con il provvedimento di rimessione, il contrasto della legge anche solamente per violazione della Cedu, fin allora richiamata solo per rafforzare il riferimento al parametro costituzionale nazionale.

Trattandosi, come detto nel paragrafo precedente, della possibilità, per il giudice, di un utilizzo dell'incidente di costituzionalità più ampio e quindi di elemento che va ad incidere sulla iniziativa e non sui poteri di decisione della questione di costituzionalità, questo non può essere qualificato come un accrescimento della diffusione, in senso tecnico.

Un terzo elemento deriva dalla collocazione della Cedu nel sistema delle fonti e dalla sua posizione a livello sub costituzionale, con la conseguenza che il giudice deve

prioritariamente verificare la conformità della stessa alla Costituzione, prima di procedere alla sperimentazione di una interpretazione convenzionalmente conforme della disposizione indubbiata.

A quest'ultimo proposito il percorso pare poi essere pressoché identico a quello già visto per la interpretazione costituzionalmente conforme, compresa la applicabilità al caso della giurisprudenza costituzionale “nuovissima”. Unica particolarità: nel caso in cui le due letture conformi dovessero portare a risultati contrastanti, la Corte ha sostenuto che deve prevalere quella costituzionalmente conforme, in considerazione del predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu (sent. 49/2015).

Un quarto elemento, che si lega strettamente con quanto appena detto, deriva dalla affermazione in base alla quale, nel fare riferimento alla Cedu, il giudice deve assumere la stessa nel significato attribuitole dal “suo” Giudice, cioè dalla Corte di Strasburgo.

Una affermazione poi ribadita in maniera categorica l'anno seguente, allorché la Corte ebbe a sostenere che la peculiarità delle disposizioni della Cedu, nell'ambito delle norme interposte, “consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte Edu, alla quale gli stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi” (sent. 38/2008).

Tale affermazione sembrava riconoscere alla interpretazione della Cedu da parte della Corte europea un significato quasi normativo, al pari delle sentenze interpretative della Corte di giustizia o almeno quello di “diritto vivente”, con conseguente pesante riduzione del potere interpretativo dei giudici e quindi del loro “momento di diffusione”.

Successivamente, come conosciuto, la Corte costituzionale ha progressivamente proceduto a ridurre la perentorietà della affermazione, riconoscendo spazi di discrezionalità all'interpretazione della Cedu da parte del giudice attraverso il riferimento al criterio “sostanziale” della tutela più intensa; alla necessaria valutazione dell'impatto nell'ordinamento interno della interpretazione fornita dalla Corte Edu, in quanto frutto di tutela dei diritti in gioco in maniera parcellizzata e non sistemica; del margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta di tenere in conto le peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale va ad inserirsi.

Una forte limitazione alla efficacia vincolante della interpretazione della Cedu da parte della Corte europea è infine venuta da quella giurisprudenza che ha ritenuto che il giudice è tenuto a porre a base del proprio processo interpretativo solo le pronunce espressive di un orientamento consolidato (sent. 49/2015).

In ordine infine alla efficacia delle decisioni della Corte Edu sugli spazi decisionali del giudice nazionale può valere la pena di ricordare come in due occasioni (ord. 150/2012 e sent. 43/2018) la Corte costituzionale ha provveduto a restituire al giudice *a quo*, per un riesame della rilevanza e della non manifesta infondatezza, gli atti relativi ad una questione di costituzionalità, a seguito di una sopravvenuta decisione della Corte Edu che innovava rispetto alla precedente giurisprudenza della stessa, sulla base della quale la questione era stata sollevata.

La cosa è accaduta più volte, come noto, a seguito del sopravvenire di sentenza interpretativa della Corte di giustizia, ma mentre in quest'ultimo caso la Corte

costituzionale ha esplicitamente parlato di *ius superveniens*, nel caso di sentenze della Corte Edu ha parlato di “*novum*”, ossia qualcosa che è più di un “*factum*” (il cui sopravvenire non determina la restituzione degli atti), ma meno di uno “*ius*”.

Nel secondo dei due casi sopra richiamati la questione di costituzionalità aveva ad oggetto la disciplina codicistica che non esclude la possibilità di instaurare un giudizio penale avente ad oggetto gli stessi fatti per i quali già sia stata irrogata in maniera definitiva una sanzione amministrativa, al termine in un procedimento amministrativo. Il giudice denunciava la violazione del principio del *ne bis in idem*, richiamandosi all’art. 4, protocollo 7, della Cedu, quale norma interposta, ai sensi dell’art. 117.1 Cost.

In particolare l’autorità giudiziaria rimettente fondava i dubbi di costituzionalità sulla interpretazione della disposizione convenzionale risultante dalla giurisprudenza della Corte Edu.

Nel periodo intercorrente tra la emanazione dell’ordinanza di rinvio e la decisione della Corte costituzionale, era intervenuto un inaspettato cambio di giurisprudenza da parte della grande camera della Corte Edu, la quale, pur confermando la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa afflittiva, ha superato la lettura solo processuale del principio del *ne bis in idem* (impossibilità di iniziare il procedimento penale in presenza di una sanzione amministrativa definitiva) per passare ad una nozione sostanziale del medesimo, invitando i giudici a valutare, nella specie, il tipo di connessione sostanziale e temporale esistente tra i due procedimenti.

Nel restituire gli atti al giudice *a quo*, la Corte costituzionale ha rilevato come “il mutamento del significato della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice *a quo*, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale” (sent. 43/2018).

La Corte di giustizia nella nota decisione Taricco II, venendo incontro alle richieste della nostra Corte, ha proceduto ad integrare la propria precedente interpretazione, espressa nella decisione Taricco I ed anche la Corte di Lussemburgo, al pari di quanto visto per la Corte Edu nel caso del *ne bis in idem*, ha sostenuto che spettava al giudice nazionale, al fine di determinarsi se procedere o meno alla disapplicazione della normativa nazionale, verificare se il regime della prescrizione determinasse una situazione di incertezza tale da contrastare con il principio di determinatezza della legge applicabile.

In questa occasione la Corte costituzionale, al contrario della ricordata vicenda relativa al *ne bis in idem*, ha invece escluso la necessità di una restituzione degli atti, affermando che “l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto” (sent. 115/2018).

Nel raffrontare i due casi sopra richiamati, possiamo ritenere che nel primo la giurisprudenza costituzionale ha realizzato un “momento di diffusione”, mentre nel secondo un “momento di accentramento”.

EMERGENZA, DIRITTI, DISCRIMINAZIONI*

MARILISA D'AMICO**

SOMMARIO: 1. L'emergenza Covid e la tenuta dello Stato costituzionale. – 2. Anomalie e criticità nell'utilizzo degli strumenti normativi. – 3. Linee di continuità e discontinuità nella cd. fase 2. – 4. Possiamo “sospendere” il bilanciamento fra i diritti fondamentali in nome dell'emergenza? – 5. Come le misure emergenziali impattano su chi è già discriminato. – a) Emergenza e fattore D. – b) L'impatto sulle persone con disabilità. – c) L'indifferenza nei confronti di migranti e stranieri. – d) Le problematicità della condizione dei detenuti. – 6. Per concludere, qualche cenno alla Germania.

1. L'emergenza Covid e la tenuta dello Stato costituzionale

L'emergenza Covid che ha colpito tutto il mondo e che ha trasformato profondamente le vite di un mondo globalizzato, innalzando frontiere, spazzando sicurezze e diritti, istillando dubbi e paure anche nei confronti della scienza e della medicina, si sta protraendo molto oltre le iniziali previsioni, acuendo una serie di interrogativi cruciali per il nostro Stato costituzionale¹.

La situazione italiana, dal punto di vista dell'impatto della pandemia, ma anche delle risposte sul piano istituzionale e scientifico, presenta alcune peculiarità, su cui occorre ragionare.

Nelle riflessioni che seguiranno vorrei innanzitutto partire dalla profonda relazione che deve sempre sussistere fra potere e diritti, fra il modo in cui uno Stato costituzionale decide di limitare i diritti fondamentali e il necessario bilanciamento fra questi stessi diritti, alla luce del diverso impatto delle misure emergenziali su persone che soffrono già di discriminazioni o che sono in condizioni di particolare fragilità.

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Prorettore delegato a legalità, trasparenza e parità di diritti, Università degli Studi di Milano.

¹ Interessanti riflessioni sul paradosso di una crisi globale a cui si risponde entro i confini nazionali in E. CHITI, *Questi sono i nodi. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *laCostituzione.info*, 24 aprile 2020.

Anticipo e chiarisco il mio punto di vista: credo che le istituzioni italiane abbiano risposto in modo sicuramente anomalo dal punto di vista dell'architettura costituzionale, travolte da una crisi senza precedenti e inimmaginabile, ma i provvedimenti adottati finora, che stanno sacrificando moltissimi diritti fondamentali per garantire quello alla salute, soprattutto collettiva, rischiano, specialmente se protratti nel tempo, di travolgere le persone che stanno peggio, acuendo in modo irrecuperabile quelle differenze di cui lo Stato, alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost., dovrebbe sempre tenere conto. Una situazione che rischia di spezzare quello stretto legame fra limitazioni a libertà fondamentali, doveri e principio di solidarietà, che giustifica tante restrizioni a cui siamo stati e siamo sottoposti².

Vi è però un punto che occorre sottolineare: fino a questo momento, mi pare, che l'attenzione della dottrina si sia polarizzata sul sistema delle fonti e su un'analisi assolutoria o critica, a tratti anche aspra, delle modalità adottate dal Governo nel disciplinare sotto il profilo normativo la situazione di emergenza. Vi sono certo autori, come Massimo Luciani, che hanno affermato che la legittimità delle procedure non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale³, ma che, allo stesso tempo, è anzitutto alla prospettiva formale che occorre guardare per ricostruire il quadro degli strumenti normativi utilizzati⁴.

Io credo invece che occorra tenere insieme questi aspetti, alla luce delle carenze dei provvedimenti adottati rispetto alle persone che soffrono di discriminazioni. Il principio di legalità sostanziale, principio cardine della nostra Carta costituzionale, ha proprio la funzione di garantire le decisioni più ampie e ponderate sui diritti fondamentali. Non è un caso che le più importanti decisioni della Corte costituzionale, all'inizio della sua attività, abbiano investito proprio la natura e l'ampiezza di questo principio⁵. E non dobbiamo dimenticare che le maggiori violazioni dei diritti fondamentali, quelle che hanno inciso in passato il principio di eguaglianza e di non discriminazione, sono state compiute non tanto da leggi, quanto da provvedimenti secondari, spesso da circolari. Nota è l'utilizzazione di questi strumenti secondari, a

² Sul tema, P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2020.

³ Come osserva anche I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

⁴ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, il quale osservava precisamente, in merito ai rapporti tra i vari tipi di fonti utilizzate nella gestione dell'emergenza, che "sarà anche vero che la legittimità delle 'procedure' seguite per affrontare l'emergenza 'non può essere sempre rigorosamente argomentata da un punto di vista strettamente formale', ma essendo il diritto la veste formale dei rapporti sociali di forza è anzitutto alla prospettiva formale che occorre volgersi".

⁵ Mi riferisco in particolare alle pronunce sull'art. 2 del T.u.p.s., che disciplina il potere di ordinanza, dove la Corte ricorre a una prima pronuncia interpretativa di rigetto, con la sent. n. 8 del 1956, nella quale ribadisce che le ordinanze "hanno il carattere di atti amministrativi, adottati dal Prefetto nell'esercizio dei compiti del suo ufficio, strettamente limitati nel tempo e nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso e vincolati ai presupposti dell'ordinamento giuridico", escludendo che potessero divenire lesivi di altre libertà fondamentali, quali nel caso di specie l'art. 21. Cost., essendo costretta qualche anno più tardi a ricorrere a una pronuncia interpretativa di accoglimento, la nota sent. n. 26 del 1961, nella quale veniva dichiarata incostituzionale la norma nella parte in cui avesse consentito un potere di ordinanza limitativo di libertà fondamentali. Cfr. sulla vicenda, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, 557.

partire dai provvedimenti esecutivi delle leggi razziali, fino a quelli che, ai giorni nostri, incidono su diritti fondamentali, come il diritto di professare liberamente il proprio credo⁶ o i diritti in materia di procreazione medicalmente assistita e di interruzione volontaria di gravidanza⁷.

Senza voler enfatizzare oltre questo aspetto, ritengo in apertura che un'analisi delle modalità di restrizione di molte delle nostre libertà sia necessaria prima di esaminare *funditus* la “sostanza” di tali limitazioni. Non vi è chi non veda come atti secondari unilaterali restringano la possibilità che siano valutate e trovino voce quelle posizioni che sono del tutto sacrificate dai provvedimenti in questione⁸.

2. Anomalie e criticità nell'utilizzo degli strumenti normativi

Va ricordato, in premessa, che la nostra Costituzione non si occupa di “stati di emergenza”⁹, ma all'art. 78 prevede che il Parlamento possa deliberare con legge lo stato di guerra e conferire al Governo i poteri necessari. Per converso, all'art. 77 è sancita la possibilità per il Governo, con riferimento a stati eccezionali di necessità e urgenza, di emanare decreti-legge che devono essere convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro emanazione. Come tutti sappiamo, quello che era uno strumento eccezionale si è trasformato ormai nell'ordinaria modalità di emanazione di fonti di livello primario, anche in materie, come quella penale¹⁰, che originariamente si ritenevano di competenza esclusiva del Parlamento.

La situazione che stiamo vivendo¹¹ presenta una profonda anomalia dal punto di vista del sistema costituzionale delle fonti, dal momento che lo “stato di emergenza” è stato dichiarato a gennaio dal Governo¹² e il Parlamento è stato coinvolto pochissimo¹³:

⁶ Ragiona dell'impatto dell'emergenza sulla libertà religiosa, in particolare, P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.

⁷ Per un approfondimento su questo tema, sia consentito il richiamo a M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4/2018.

⁸ Atti peraltro che si sono spesso rivelati inidonei a garantire il necessario livello di trasparenza richiesto a fronte di misure limitative così rilevanti; sul tema, cfr., G. PITRUZZELLA, *La società globale del rischio e i limiti alle libertà costituzionali. Brevi riflessioni a partire dal divieto di sport e attività motorie all'aperto*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 marzo 2020; e M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

⁹ Come osserva, in particolare, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

¹⁰ Su cui, volendo, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016; v. anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015.

¹¹ Nonostante si stiano susseguendo nelle ultime settimane provvedimenti che gradualmente riportano il godimento di molte delle libertà costituzionali prima limitate o soppresse, mi pare che non sia inopportuno ritenerci ancora all'interno di una situazione anomala, dal momento che, come cercherò di dimostrare nel paragrafo sulla cd. fase 2, molti aspetti formali e tanti profili di sostanza vengono trattati in modo anomalo e soprattutto senza un adeguato bilanciamento delle situazioni, con una ricaduta in termini di ragionevolezza delle disposizioni.

¹² In data 31 gennaio, il governo ha deliberato lo stanziamento dei fondi necessari all'attuazione delle misure precauzionali conseguenti alla dichiarazione di “Emergenza internazionale di salute pubblica” da

sia perché il baricentro delle decisioni di ordine politico ed economico si è spostato verso il Governo, relegando il Parlamento ad un ruolo del tutto marginale e secondario; sia perché lo stesso Parlamento – che è rimasto completamente fermo nelle primissime settimane dell'emergenza – ha esitato ad esercitare le proprie funzioni di controllo e di indirizzo nei confronti del Governo.

In questa complessa cornice, la copertura democratica alle limitazioni delle libertà fondamentali protette dalla Costituzione, assicurata tradizionalmente dall'adozione di fonti di rango primario, è stata in molti casi solo formale¹⁴.

Se si scorre l'oramai lunghissimo elenco dei provvedimenti assunti nella prima fase dell'emergenza, si comprende chiaramente quanto sia stato trainante il ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Consiglio dei Ministri stesso, peraltro con alcuni tratti di innovatività rispetto ad una tendenza già presente nel nostro ordinamento¹⁵.

Da un lato, come più volte evidenziato dallo stesso Presidente del Consiglio, le decisioni prese in questa emergenza sono state concordate – con modalità, per vero, non sempre trasparenti – con il Comitato tecnico-scientifico istituito dal Capo del Dipartimento della protezione civile (*ex art. 2, co. 1, del decreto-legge n. 19 del 2020*); dall'altro, fin dal primo decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020¹⁶, il Governo ha seguito un *modus procedendi* assolutamente peculiare, adottando le più importanti misure di contenimento con i ben noti “DPCM”¹⁷. Più nel dettaglio, la prassi dei primi mesi ha seguito questo schema: in prima battuta, il Governo ha varato decreti-legge dal contenuto molto vago, rilevanti per lo più sul versante procedurale, intervenendo poi, sul versante sostanziale, con plurimi “DPCM”, appunto¹⁸.

Questo schema è chiarissimo a partire dai “DPCM” dell'8 e del 9 marzo 2020, entrambi attuativi del decreto-legge del 23 febbraio 2020, con cui sono state estese all'intero territorio nazionale le più severe restrizioni inizialmente previste per le sole Regioni del nord.

parte dell'OMS e ha deliberato, ai sensi dell'art. 7, primo comma, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile), lo stato d'emergenza per la durata di sei mesi.

¹³ N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020; e S. CURRERI, *Il parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

¹⁴ Su questi profili, tra i molti, E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal – Special Issue*, 1/2020, 95 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020; e P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, *ivi*.

¹⁵ Sottolinea questo aspetto, ancora, I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, *cit.*

¹⁶ Cfr. Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (GU del 23 febbraio 2020, n. 45), convertito con la legge di conversione 5 marzo 2020, n. 13 (GU del 9 marzo 2020, n. 61).

¹⁷ Che, ai sensi dell'art. 3 del decreto, sono stati adottati “*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 regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*”.

¹⁸ Su questi stessi profili, v., anche, M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

Il quadro che emerge (e che invero è in continua evoluzione) è emblematico delle anomalie da più parti segnalate: 14 decreti-legge e 15 “DPCM”, oltre ad una serie sterminata di ulteriori ordinanze ministeriali (del Ministero della Salute in particolare), che hanno precisato alcuni profili contenuti nei provvedimenti governativi e presidenziali.

Con questi provvedimenti, che si sono susseguiti in molti casi a distanza di pochissimi giorni gli uni dagli altri, come anticipato, il Parlamento non ha potuto operare un controllo *ex ante* sul contenuto delle misure adottate ed è stato generato un quadro complessivo di massima incertezza: sia rispetto ai confini delle limitatissime deroghe previste (nella fase di *lockdown* per le sole ipotesi di “*necessità o di comprovate esigenze lavorative*”), sia rispetto alle conseguenze delle eventuali violazioni, prima presidiate con la sanzione penale e poi depenalizzate, ma con efficacia retroattiva.

Da questo specifico punto di vista¹⁹, emerge un quadro normativo assai complesso, rappresentato dal decreto-legge n. 33 del 16 maggio 2020, che si è affiancato al decreto-legge n. 19 del 24 marzo 2020, convertito dal Parlamento in data 21 maggio 2020 (il quale comunque prevede che le misure limitative in esso previste possano essere adottate “*fino al 31 luglio 2020*”)²⁰. In particolare, il decreto-legge n. 33 tratteggia una disciplina sanzionatoria che ricalca il modello del doppio binario: sanzioni amministrative per la generalità delle violazioni e sanzioni penali per la più grave inosservanza della misura della quarantena applicata al soggetto positivo al Covid. Il nuovo decreto-legge prevede che tale ultima misura sia disposta con un provvedimento amministrativo individuale e concreto, vale a dire con un provvedimento dell’ autorità sanitaria, senza però precisare la durata della quarantena; è quindi auspicabile, come suggerisce la dottrina penalistica²¹, che in sede di conversione il Parlamento intervenga sul punto, attesa la gravità e l’ invasività della misura. Va sottolineato, peraltro, che la mancanza di chiarezza dei confini della norma penale, lesiva dell’ art. 25, secondo comma, Cost., sta già spiegando i propri effetti e, nel caso in cui il Parlamento correggesse questo profilo, non vi è chi non veda come si sia già creato un problema interpretativo di non poco conto, aggravato dal principio di retroattività di eventuali misure penali più favorevoli.

Emblema dell’ incertezza che ha colpito gli aspetti più centrali della vita di relazione di ciascuno di noi – come il conoscere i limiti alla propria libertà di

¹⁹ G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e ‘fase2’: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistemapenale.it*, 18 maggio 2020.

²⁰ A queste considerazioni di carattere generale è poi necessario aggiungere che, all’ interno del cd. “decreto rilancio”, n. 34 del 2020, il legislatore ha inserito una serie di previsioni dal contenuto *lato sensu* sanzionatorio, su cui la dottrina amministrativistica si è da subito soffermata in modo critico: si tratta, nel dettaglio, delle misure contenute nell’ art. 264, secondo comma, del d.l. citato, finalizzate “*ad assicurare piena attuazione ai principi che non consentono alle pubbliche amministrazioni di richiedere la produzione di documenti e informazioni già in loro possesso*”, con cui sono state inasprite le conseguenze delle autodichiarazioni mendaci rese dai privati; sul tema, diffusamente, M. A. SANDULLI, *La “trappola” dell’ art. 264 del dl 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in *Giustiziainsieme.it*, 2 giugno 2020.

²¹ Ancora G.L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e “fase2”: misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistemapenale.it*, 18 maggio 2020.

movimento, le condizioni per poter tornare presso la propria residenza o per recarsi sul luogo di lavoro – è la vicenda dei cd. moduli per le autocertificazioni, oggetto di continue e non sempre chiare modifiche nei momenti più delicati della prima fase emergenziale²².

In questo contesto di incertezza²³, anche il rapporto tra lo Stato centrale e le autonomie regionali ha mostrato profonde debolezze²⁴, in una materia peraltro, quella della tutela della salute, rispetto alla quale proprio le Regioni del nord, più colpite dalla pandemia, avevano negli ultimi tempi richiesto l'attivazione dello strumento previsto dall'art. 116, terzo comma, Cost. per avere maggiori spazi di manovra²⁵.

Il Governo, che pure si è in alcune occasioni impegnato in prove di forza muscolari nei confronti del protagonismo di alcuni Presidenti di Regione, attraverso solenni richiami all'importanza di una gestione unitaria della crisi, ha però dato vita, dal punto di vista formale, ad uno modello di coordinamento piuttosto debole nei confronti delle autonomie regionali: gli stessi provvedimenti governativi ammettevano la possibilità che le singole Regioni intervenissero, nelle more dell'adozione del DPCM da parte del Governo, con prescrizioni ulteriori²⁶.

Alcune di queste iniziative, come noto, sono state portate all'attenzione del Giudice amministrativo: qualche settimana fa, il TAR Calabria ha annullato l'ordinanza del 29 aprile 2020, n. 37, del Presidente dell'omonima Regione che consentiva, nel territorio regionale, la ripresa delle attività di ristorazione con tavoli all'aperto²⁷.

Tra i vari profili, il TAR ha rilevato che l'emanazione dell'ordinanza non è stata preceduta da qualsivoglia forma di intesa, consultazione o anche solo informazione nei confronti del Governo centrale, con un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi e con conseguente violazione del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica.

²² G. GUZZETTA, *Il decreto legge sull'emergenza e la retroattività delle nuove sanzioni*, "Il Dubbio", 28 marzo 2020.

²³ 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. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1/2020, 4 aprile 2020.

²⁴ Per V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Milano, 2020, 228, "le incertezze e i conflitti che si sono manifestati a proposito dei poteri e dei provvedimenti dello Stato e degli enti territoriali sembrano dovuti, più che al sistema normativo generale o alla presunta assenza di norme generali, al modo in cui gli attori hanno utilizzato o si sono proposti di utilizzare i loro poteri"; sul tema, v. anche A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1/2020.

²⁵ Evidenzia questo elemento F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

²⁶ Così, per esempio, l'art. 3 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, il quale espressamente prevedeva che "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, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono 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".

²⁷ A commento della vicenda, v., in particolare, F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

Degna di rilievo, per le medesime ragioni, è anche la pronuncia del Consiglio di Stato cui è stato fornito parere favorevole all'annullamento straordinario *ex art. 138* del d.lgs. 267/2000 di quella nota delibera del Sindaco di Messina, che aveva imposto un discutibile obbligo di registrazione su un portale telematico per chiunque volesse attraversare lo stretto e fare ingresso nel territorio regionale²⁸. In uno dei passaggi conclusivi, il Consiglio di Stato ha osservato che, in presenza di emergenze di carattere nazionale e pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, “*vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali*”²⁹.

3. Linee di continuità e discontinuità nella cd. fase 2

A margine della presentazione del “decreto rilancio”, n. 34 del 19 maggio 2020, (originariamente “decreto aprile”, poi rinominato dopo una serie di ritardi accumulati nella fase di confronto tra le forze politiche di maggioranza), il Presidente del Consiglio aveva comunicato l'intenzione di adottare le nuove misure con un decreto-legge e non con un “DPCM”, in ragione dell'esigenza di coinvolgere maggiormente il Parlamento.

Si tratta di una affermazione importante, che sembra raccogliere le obiezioni che la dottrina costituzionalistica in particolare ha formulato sulla scelta degli strumenti normativi per la gestione della prima fase dell'emergenza.

A ben osservare, proprio a fronte di queste stesse critiche, il Governo aveva già previsto, all'art. 2, quinto comma, del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, una forma di

²⁸ A commento della vicenda, v. A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta OnLine*, 1/2020; e N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 1/2020.

²⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. I, n. 735 del 7 aprile 2020; il quadro dei provvedimenti giurisdizionali assunti dal giudice amministrativo in questi mesi d'emergenza è davvero ricco. Cfr., sul tema, C. DRIGO, A. MORELLI (a cura di), *Dossier. L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in *Dirittiregionali.it*, 11 maggio 2020: da ultimo, *ex multis*, è possibile segnalare l'interessante decreto del T.A.R. Liguria, Sez. I, n. 147 del 23 maggio 2020, con cui era stato censurato l'obbligo incondizionato dell'utilizzo della mascherina su tutto il territorio del Comune di Genova (nel rigettare la domanda di adozione di misure cautelari provvisorie, il T.A.R. ha osservato che “*tenuto conto dell'esigenza di prevenire il più possibile, nell'ambito del territorio comunale, le occasioni di contagio determinate dall'allentamento delle misure restrittive che caratterizzavano la c.d. fase 1 – l'obbligo di utilizzo delle mascherine, per come prescritto nell'ordinanza impugnata, a tutela della salute pubblica, non possa considerarsi né incongruo, né particolarmente gravoso*”). Per completezza, va inoltre segnalato che anche la Corte costituzionale a breve sarà chiamata a pronunciarsi su alcune questioni problematiche poste dai provvedimenti assunti durante l'emergenza: investito da plurime censure di incostituzionalità è stato, nel dettaglio, l'art. 83, co. 4, del d.l. 18 del 2020, convertito con legge n. 27 del 2020, “*là dove è previsto che il corso della prescrizione dei reati commessi prima del 9 marzo 2020 rimanga sospeso, per un periodo di tempo pari a quello per cui sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti penali*” (a commento delle ordinanze di rimessione, v., in particolare, G.L. GATTA, *Sospensione della prescrizione ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020: sollevata questione di legittimità*, in *Sistemapenale.it*, 27 maggio 2020).

raccordo più stretta con le Camere, stabilendo precisamente che *“i provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto”*. Previsione che è stata ulteriormente rinforzata durante il passaggio parlamentare per la conversione in legge, con la precisazione per cui *“il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo”*.

Non è allora un caso che proprio durante il dibattito parlamentare avente a oggetto conversione in legge del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020, alcuni esponenti delle forze di maggioranza abbiano parlato a tal riguardo di una sorta di “parlamentarizzazione” del procedimento di adozione dei “DPCM”³⁰, sottolineando la volontà del Governo di coinvolgere il Parlamento, in un’ottica ispirata, da un lato, al principio di “leale collaborazione” tra i poteri dello Stato e, dall’altro, alla centralità del Parlamento. Sul testo già approvato dalla Camera dei deputati in data 14 maggio 2020, il Governo ha però posto la questione di fiducia, riducendo notevolmente il dibattito parlamentare.

Ora, se è vero, come spesso accade, che a questo strumento in alcuni casi è necessario ricorrere per garantire nei tempi previsti a livello costituzionale la conversione del provvedimento governativo, è vero anche che la fiducia assume un significato politico particolare proprio in un contesto come quello attuale in cui da più parti si segnala la necessità di assicurare un effettivo coinvolgimento del Parlamento nella definizione, prima ancora delle misure limitative delle libertà dei cittadini, delle modalità procedurali (“DPCM” e raccordo con le Camere, appunto), da seguire per questo stesso fine.

In ogni caso, dal punto di vista più generale e al netto di queste considerazioni specifiche, va detto che l’impegno del Governo nel coinvolgere il Parlamento è stato mantenuto soltanto in parte: se guardiamo gli interventi che hanno preceduto e poi determinato l’inizio della fase 2, con cui come noto è stata gradualmente riattivata la macchina economica e sociale del paese (a partire dal 18 maggio 2020), ci si accorge che il Governo ha sì adottato un importante decreto-legge – il d.l. bilancio – contenente tutte le misure economico-finanziarie-tributarie di sostegno alle imprese e alle famiglie, facendo però nuovamente ricorso al binomio decreto-legge generale – “DPMC” attuativo per quanto riguarda invece la regolamentazione delle (pur ridotte, ma ancora significative) limitazioni alle libertà fondamentali.

La lettura del “DPMC” del 17 maggio 2020 (che deve essere integrato con un successivo “DPCM” del 18 maggio 2020, che ha rivisto un profilo specifico relativo all’attività del Ministero della Giustizia) consente di apprezzare come siano ancora

³⁰ Così in particolare Vincenzo Garruti, capogruppo del Movimento 5 Stelle in commissione Affari Costituzionali al Senato.

numerose e qualitativamente molto rilevanti le limitazioni alla libertà di circolazione, soprattutto per quanto riguarda gli spostamenti interregionali e da e per l'estero, alla possibilità di svolgere manifestazioni pubbliche e riunioni, oltre che attività economiche, produttive e sociali.

La preparazione di questi provvedimenti, peraltro, ha riproposto alcune delle anomalie che avevano già caratterizzato la prima fase dell'emergenza: il citato d.l. rilancio, per esempio, annunciato per lunghe settimane, è stato presentato alla stampa il 13 maggio e pubblicato in Gazzetta ufficiale soltanto in data 20 maggio, dopo alcuni giorni di accertamenti da parte della Ragioneria Generale dello Stato³¹.

Oltre alla oramai tradizionale incertezza sul preciso contenuto delle novità introdotte (ancora più rilevanti nel momento in cui si tratta di decidere se e come riaprire le attività economiche colpite dal *lockdown*), tutto ciò ha generato molti dubbi in merito alla stessa vincolatività delle previsioni contenute nei nuovi provvedimenti.

L'incertezza ha colpito nuovamente anche il controverso rapporto tra Stato e Regioni; anche nella fase 2, inoltre, la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, sottolineata anche dal giudice amministrativo nelle decisioni prima richiamate, è stata rispettata soltanto in parte, posto che alcuni Presidenti di Regione (in particolare il Presidente della Regione Campania) hanno contestato il contenuto del "DPCM" che scaricherebbe tutta la responsabilità delle scelte in ordine alle modalità di riapertura delle varie attività sulle Regioni.

Non si dimentichi, peraltro, che il "DPCM" del 17 maggio 2020 prevede che le Regioni (e le Province autonome) possano stabilire una diversa data anticipata o posticipata (per alcune attività, come quelle ludiche, ricreative ed educative rivolte ai bambini e ai ragazzi), a condizione che abbiano preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che individuino i protocolli o le linee guida applicabili idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali.

Questo stesso "DPCM" però, per quanto detto sul fronte governativo, è stato adottato sulla base dell'intesa raggiunta in seno alla Conferenza Stato-Regioni e proprio tenendo in considerazione le esigenze manifestate dai Presidenti di Regione.

È presto per dire se questo ennesimo scontro tra Stato e Regioni si risolverà in un nulla di fatto o se, al contrario, porterà con sé conseguenze più gravi dal punto di vista giuridico (come avvenuto durante la fase 1, in cui in alcuni casi è dovuto intervenire il giudice amministrativo).

In ogni caso, l'impressione è che le modalità di gestione della fase 2, al netto di qualche proclamo di carattere programmatico, non siano così diverse dalla prima fase dell'emergenza: il Governo ha comunque fatto ricorso allo strumento del "DPCM" per limitare le libertà fondamentali; gli interventi messi in campo hanno parimenti generato

³¹ F. FERRARI, *Quanto si attende per il "rilancio"?*, in *laCostituzione.info*, 18 maggio 2020, il quale, pensando al rischio di incertezza e smarrimento ingenerato da una gestione poco attenta della comunicazione istituzionale da parte del Governo, si chiedeva: "era così impensabile attendere la pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, prima di tentare di rassicurare il Paese con la descrizione generica di norme che, ad oggi, sono ancora prive di qualunque effetto giuridico?".

incertezza sul contenuto e sulla validità delle nuove misure; ed, infine, non si sono attenuate le tensioni tra i diversi livelli di governo. Lo ha confermato, plasticamente, anche la recentissima questione della riapertura dei confini regionali, rispetto alla cui necessità e tempestività si sono fronteggiate posizioni molto diverse, cui sono seguiti nuovi terreni di scontro tra i vari Presidenti di Regione e tra questi ultimi e le Istituzioni centrali. Peraltro, per alcune Regioni, come la Lombardia e il Piemonte, in un primo momento era stata prospettata la possibilità di prorogare ulteriormente i divieti di spostamenti infra-regionali e, come noto, solo dopo il benessere dell'Istituto superiore di Sanità, è stato escluso un simile intervento, non avendo il Governo individuato sufficienti ragioni per rivedere le tempistiche già previste con il d.l. n. 33 del 16 maggio (che prevedeva la riapertura dei confini regionali per il 3 giugno 2020). Anche quest'ultima questione, in definitiva, in disparte i profili legati alle dinamiche proprie della conflittualità politica, conferma l'idea che i meccanismi di raccordo tra il livello regionale e quello centrale hanno faticato a seguire percorsi condivisi e definiti in modo chiaro.

4. Possiamo “sospendere” il bilanciamento fra i diritti fondamentali in nome dell'emergenza?

Come già evidenziato, con una modalità mai sperimentata nella storia della Repubblica, ai fini del contenimento dell'epidemia, quasi tutte le libertà costituzionali sono state di fatto congelate, per garantire il diritto alla salute, in particolare alla salute collettiva³².

In assenza di altre indicazioni scientifiche e nella necessità di dover limitare il numero di ammalati per l'impatto insostenibile sulle strutture sanitarie e ospedaliere, i provvedimenti adottati erano sicuramente necessari e anche altri Stati nel mondo hanno fatto ricorso a misure simili.

Tuttavia, alla luce del protrarsi della situazione, e soprattutto alla luce del “DPCM” del 26 aprile 2020³³ che, dopo aver annunciato la tanto attesa “fase 2” (realmente cominciata poi soltanto a partire dal 18 maggio 2020), ha riproposto una serie dettagliata di divieti e di regole anche di comportamento che vorrebbero insinuarsi in aspetti fundamentalissimi delle nostre libertà costituzionali, come quello relativo alla sfera degli “affetti”, in un primo momento limitati ai “congiunti”, poi, in modo ancora più grave se vogliamo, ampliati agli “affetti stabili” (parenti sì, amici no, leggiamo sulle FAQ), occorre ragionare sul quadro di principi, alla luce della giurisprudenza

³² Sul tema, v. A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020 e F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020.

³³ Cfr. Decreto del presidente del consiglio dei ministri 26 aprile 2020, recante *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*.

costituzionale, che dovrebbero servire da “bussola” per una valutazione di quanto sta accadendo³⁴.

Innanzitutto, in altro contesto, ma in una situazione altrettanto grave dal punto di vista del diritto alla salute, finanche alla vita, sia pure in un arco spaziale ristretto, quello dell’Ilva di Taranto, la Corte costituzionale aveva in realtà preso una posizione molto netta sulla “necessità” del bilanciamento dei diritti³⁵. Dichiarando infondate questioni di legittimità costituzionale che ritenevano illegittime norme che avevano consentito a certe condizioni il mantenimento della produzione³⁶, il Giudice costituzionale aveva affermato chiaramente in una sentenza che ha fatto scuola che la salute non è un valore assoluto contro tutti gli altri, ma che *“Tutti 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”*. Per il Giudice delle leggi, in questa prospettiva, la *“Costituzione italiana [...] richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi”*, il cui punto di equilibrio, *“proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”*. Ma è molto importante richiamare anche la successiva decisione assunta dalla Corte costituzionale in riferimento al caso ILVA³⁷, con cui la Corte costituzionale ha censurato la circostanza che il legislatore non avesse rispettato l’esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a

³⁴ In occasione della presentazione della Relazione annuale sull’attività della Corte costituzionale, la Presidente Prof.ssa Marta Cartabia ha ricordato che *“anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta è la Carta costituzionale così com’è, con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie, diritti, doveri e responsabilità, a offrire alle Istituzioni e ai cittadini la bussola necessaria a navigare ‘per l’alto mare aperto’ dell’emergenza e del dopo-emergenza che ci attende”*.

³⁵ Stiamo parlando della nota decisione n. 85 del 2013. Per un esame più dettagliato della vicenda, v. A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 11 luglio 2014, 1 ss.; e G. ARCONZO, *Note critiche sul ‘decreto legge ad Ilvam’, tra legislazione provvedimentoale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, 16 ss.; dello stesso A., *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, *ivi*, 28 ss.

³⁶ Si trattava precisamente degli artt. 1 e 3 della legge 24 dicembre 2012, n. 231 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell’ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale) – *recte*, degli artt. 1 e 3 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207 (Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell’ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale), come convertito, con modificazioni, dall’art. 1, primo comma, della legge n. 231 del 2012.

³⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 58 del 2018, nella quale viene dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 3 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92 (Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l’esercizio dell’attività d’impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale) e degli artt. 1, secondo comma, e 21-*octies* della legge 6 agosto 2015, n. 132 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria).

fronte di situazioni di rischio per la stessa vita. In questo caso, la Corte costituzionale ha concluso che “*a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)*”; ulteriormente osservando che la pronta rimozione dei fattori di pericolo per la salute e l’incolumità dei lavoratori “*costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l’attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona*”.

La lettura combinata di questi due importanti precedenti della Corte costituzionale consente di precisare alcuni elementi: la prima decisione ricorda che la necessaria – e, per certi versi, costituzionalmente imposta – opera di bilanciamento tra i diritti fondamentali cui è chiamato il legislatore incontra il limite della proporzionalità e della ragionevolezza³⁸: si deve cioè verificare, a fronte di una misura che appaia *prima facie* eccessivamente sproporzionata, se il legislatore potesse, nel caso concreto, fare ricorso a strumenti alternativi, ugualmente efficaci rispetto all’obiettivo perseguito ma meno penalizzanti per gli altri diritti e interessi costituzionalmente protetti.

Nella seconda decisione, invece, la Corte ha registrato il *vulnus* ai parametri costituzionali evocati nell’assenza di “*misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l’incolumità dei lavoratori*”, implicitamente riconoscendo che, ove queste misure fossero state previste, la conclusione in punto di legittimità costituzionale avrebbe potuto trovare esiti differenti. Pertanto, alla luce di questo importante passaggio, si può rimarcare che, pur nel contesto di una situazione particolare (come quella dello stabilimento ILVA, oggetto in quel caso della decisione della Corte, o quella che stiamo attraversando oggi), laddove siano presenti misure efficaci per fronteggiare il rischio di un pregiudizio alla salute dei lavoratori (e alla salute collettiva in un senso più ampio), il diritto riconosciuto all’art. 32 Cost. – che, in ogni caso, mai può porsi come un “*diritto tiranno*” nei confronti di altre posizioni soggettive protette a livello costituzionale – finisce per essere attratto nel giudizio di bilanciamento con altri interessi e diritti costituzionalmente rilevanti, come può essere la libertà di iniziativa economica, garantita dall’art. 41 Cost.

L’altra indicazione chiarissima ricavabile dalla giurisprudenza costituzionale sull’emergenza è quella della temporaneità³⁹. Su questo il giudice costituzionale è assolutamente granitico: ricordo solo la decisione n. 15 del 1982, sui limiti alla carcerazione preventiva in tempi di terrorismo eversivo delle brigate rosse, dove viene sottolineato che, dinanzi all’emergenza che mette a repentaglio la *salus rei publicae*, le

³⁸ Come sottolinea V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell’emergenza*, cit., per cui “*le limitazioni ai diritti, pur se previste dalla legge, devono rispondere a criteri di eguaglianza e di non discriminazione, e a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, mentre non possono essere introdotte o fatte valere in modo arbitrario*”.

³⁹ Su questo profilo, insiste G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d’emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020, il quale osserva che “*le limitazioni dei diritti costituzionali non potranno esser prorogati oltre lo stretto necessario, con immediato e diretto riferimento alla situazione che di fatto ha imposto le misure di sicurezza sanitaria*”.

limitazioni straordinarie ai diritti fondamentali sono un sacrificio accettabile, ma solo se limitate nel tempo. Ha osservato la Corte 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”*.

E anche nella sentenza n. 127 del 1995, in tema di ordinanze emergenziali, la Corte si era espressa nel senso che le deroghe basate sulle ordinanze inserite all'interno del sistema della protezione civile (oggi codice della protezione civile), dovessero riguardare una emergenza basata su dati scientifici, dalla durata limitata nel tempo, nonché prevedere deroghe ragionevoli. In questa cornice, *“Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio”*.

Credo quindi che il protrarsi dell'emergenza e la circostanza che la cd. “fase 2”, quella che si è aperta alla luce del “DPCM” del 26 aprile 2020, comportando un protrarsi di molte limitazioni alle libertà fondamentali, esiga maggiore rigore nella ragionevolezza dei divieti, che devono avere specifiche giustificazioni, non devono essere discriminatori e a maggior ragione esigono proporzionalità⁴⁰. Aggiungo che dovrebbe, ora e in futuro, essere chiarita la relazione fra la specifica misura, divieto, obbligo e il beneficio per la salute collettiva: credo che, al contrario, le innumerevoli regole e regolette, con le innumerevoli distinzioni (congiunti, affetti stabili, ma non amici; seconde case all'interno della Regione, ma solo per lavori) manifestino vizi evidenti, sotto il profilo della ragionevolezza.

In questo scenario, rileva altresì il filone giurisprudenziale nel quale la Corte affronta il modo in cui la legge può occuparsi di argomenti tecnici o medici: a partire dalla sentenza n. 282 del 2002, in tema di elettroshock, per continuare con le numerose pronunce sulla legge n. 40 del 2004, la Corte è chiarissima nel prescrivere che quando si occupa di argomenti tecnico-scientifici, il legislatore non può imporre dall'alto le misure, attraverso divieti, ma deve lasciare ai tecnici o ai medici quello spazio di discrezionalità per adattare ragionevolmente le norme alle differenti situazioni⁴¹. Così nella sentenza n. 151 del 2009, la Corte ritiene irragionevole prescrivere il numero massimo di tre embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica e trasforma quel divieto rigido in una misura “ragionevole”, quella degli “embrioni strettamente necessari”. Nel nostro caso stiamo trattando argomenti dove è necessaria una competenza tecnica, demandando a norme fatte di divieti e di regole dettagliate la soluzione pratica di problemi scientifici.

Meglio sarebbe stato adottare provvedimenti primari, che consentissero di introdurre procedure con valutazioni differenziate che lasciassero spazio alla parola dei tecnici e degli scienziati non “una volta per tutte” e irrigidendo le misure dall'alto, ma in ragione della “necessità”, esattamente come è stato fatto nel 2009 per il numero degli

⁴⁰ Ragiona di questi problemi, con un'attenzione alla prospettiva convenzionale, R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

⁴¹ Volendo, su questo tema, M. D'AMICO, *Le questioni 'eticamente sensibili' fra Scienza, Giudici e Legislatore*, in G. FERRI, *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva mediale*, Napoli, 2015.

embrioni. Oggi, i problemi non sono risolti in modo ragionevole: pensiamo soltanto alle irragionevoli prescrizioni, diverse da Regione a Regione, sull'uso delle mascherine o sui tracciamenti sierologici.

Un'ultima riflessione riguarda il rapporto tra la sospensione delle libertà fondamentali e la realizzazione del principio di solidarietà⁴²: è un tema che ha occupato, fin dai primi momenti dell'emergenza, il dibattito politico, interessando tutti i livelli di governo, a partire da quello locale per arrivare al livello delle istituzioni europee⁴³. Nella prospettiva costituzionalistica⁴⁴, è bene ricordare, come anche di recente precisato dalla Corte costituzionale, che “*Nell'architettura dell'art. 2 Cost. l'adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno*”⁴⁵. Ed è in quest'ottica che si può cogliere appieno il significato delle misure eccezionali che il Governo ha assunto per fronteggiare l'emergenza sanitaria; allo stesso tempo, però, proprio nell'ottica solidaristica, si deve cogliere anche il necessario limite (dal punto di vista temporale e contenutistico) di quelle stesse misure: perché, come già anticipato in apertura, il patto solidaristico che la Costituzione formalizza solennemente all'art. 2 (e che, in buona sostanza, ripropone con riferimento al diritto alla salute, inteso nella sua dimensione collettiva all'art. 32 Cost.) rischia di spezzarsi, laddove il decisore politico adotti decisioni irragionevoli, poco bilanciate e che non tengano conto della gravità dei sacrifici imposti a tutti i cittadini e della condizione di sofferenza di chi vive, anche in tempi ordinari, situazioni di vulnerabilità.

5. Come le misure emergenziali impattano su chi è già discriminato

Ma vengo all'ultimo punto, secondo me il più drammatico. Finora, nonostante gli innumerevoli proclami, lo Stato ha adottato misure uguali per tutti. Si è deciso di chiudere tutti in casa, di trasformare il diritto a un'istruzione pubblica in un diritto usufruibile *on line*⁴⁶, in modo indifferenziato per alunni delle scuole primarie come per

⁴² Osserva in proposito V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, cit., che “*lo spirito di solidarietà si manifesta, certo, nelle molteplici attività di volontariato e nelle iniziative private volte a raccogliere fondi per le necessità delle strutture chiamate ad affrontare l'emergenza e per quelle di chi rischia di rimanere senza protezione. Ma è anche, e deve essere, alla base del rapporto permanente fra i cittadini e la collettività espressa e rappresentata dalle istituzioni pubbliche*”; per G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocati dal Covid-19*, cit., è auspicabile una riscoperta delle ragioni della solidarietà e del vivere assieme “*valori che in molti hanno ritenuto non più perseguibili trascinati dall'ansia di una società votata al consumo e all'individualismo proletario*”.

⁴³ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Solidarietà dimenticata: il fallimento della narrazione pubblica sul coronavirus*, in *laCostituzione.info*, 12 marzo 2020.

⁴⁴ Ricorda, in proposito, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit., che “*il bilanciamento tra diritti e doveri costituisce dunque la prima chiave di lettura dell'equilibrio costituzionale*”.

⁴⁵ Così Corte cost., sent. n. 114 del 2019.

⁴⁶ Sul tema dell'impatto dell'emergenza sul cd. “*digital divide*”, v., in particolare, P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

le Università; si sono chiusi da un giorno all'altro centri di assistenza per persone anziane o disabili, non curandosi adeguatamente delle condizioni delle RSA. Per non parlare del lavoro e delle condizioni di chi è lavoratore autonomo o imprenditore, ma anche lavoratore dipendente senza computer, costretto a prendere le ferie non riuscendo a lavorare in *smart working*. Uno *smart working* che per moltissimi si è trasformato in una trappola lavorativa dove non contano più orari, pasti, *week-end*; dove i genitori con figli piccoli sono costretti a lavorare, badando anche all'assistenza *on line* richiesta dalle scuole per erogare la didattica⁴⁷.

Sotto questo aspetto finora è mancato del tutto una dimensione "sociale" nell'approccio ai problemi e, anche in questo caso, è evidente a tutti che proprio in una situazione come quella che stiamo vivendo è necessario, dal punto di vista costituzionale, monitorare attentamente l'effettività dei diritti. Su tutti anche l'effettivo accesso ai mezzi tecnologici e la possibilità che tutti, ma soprattutto gli studenti e i lavoratori possano disporre di tali mezzi o che lo Stato (e ovviamente gli enti locali, più vicini ai cittadini), tempestivamente, assicuri loro tali strumenti necessari ai fini del godimento del diritto stesso.

Infine, le misure generali adottate finora non tengono in alcun conto di chi è già discriminato o si trova in situazione di particolare fragilità.

Occorre quindi concentrarsi sui diritti negati di chi già soffre una condizione di discriminazione, partendo dal concetto di discriminazione multipla.

La nozione di discriminazione multipla o intersezionale è concetto che, come noto, nasce negli Stati Uniti con riferimento ai problemi razziali e, in particolare, si sviluppa nel pensiero di Kimberle Crenshaw⁴⁸.

Ad avviso della studiosa che per prima ha proposto tale nozione ragionando sulla condizione delle donne afroamericane, la discriminazione è fenomeno capace di interessare contestualmente più di un fattore di discriminazione.

Detto altrimenti, la discriminazione non agisce necessariamente in modo isolato, colpendo singoli o gruppi in ragione di un singolo fattore, ma può anche causare la moltiplicazione di più fattori, che si sommano l'uno agli altri.

Attraverso il concetto di discriminazione intersezionale è, quindi, possibile individuare specifiche categorie, che soffrono o rischiano di essere marginalizzate proprio per effetto del concorrente operare di più fattori di discriminazione.

Questo era il caso, come detto, delle donne afroamericane da cui la Crenshaw ha elaborato il concetto di discriminazione intersezionale. La categoria in esame si vedeva, infatti, doppiamente pregiudicata: non era solo la razza a determinare il trattamento deteriore sofferto. Ad essa, andava affiancandosi il genere con un impatto ancora più pregiudizievole, perché derivante, appunto, dalla interazione simultanea tra i due fattori.

⁴⁷ Di queste e altre problematiche connesse alla chiusura delle scuole, ragiona, da ultimo, G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettiva della tecnologia*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

⁴⁸ In letteratura, tra gli scritti della studiosa, si vedano K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, 1241 e ss.; e, della stessa A., *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Form*, 1989, 57 e ss.

Un simile effetto, dato dalla relazione che si instaura tra due o più fattori di discriminazione, si verifica di frequente e, soprattutto, è particolarmente ricorrente quando sono le donne ad essere vittime di condotte discriminatorie. Esempi sono offerti dalla condizione di particolare vulnerabilità di cui soffrono le donne migranti, ma anche le donne con disabilità.

Ne discende che, soprattutto se si vuole intervenire a livello normativo o con azioni specifiche, non è possibile considerare isolatamente i diversi fattori di discriminazione, perché appunto le discriminazioni se sono presenti nella stessa persona non si sommano, ma si moltiplicano, aggravando ulteriormente la condizione di fragilità individuale.

a) Emergenza e fattore D

Nell'emergenza, prima in sordina, poi in modo chiarissimo, un primo dato emerge con forza. A livello nazionale e anche a livello globale, nei luoghi decisionali e anche nel mondo scientifico, le donne sembrano scomparire⁴⁹.

Di fronte alla violenza del virus e alla sua brutalità, ecco che le donne sembrano di nuovo sospinte indietro. Non si vedono, non si esprimono, non vengono ascoltate.

Se ragioniamo sulle posizioni istituzionali apicali che hanno gestito la crisi, troviamo al vertice e nei gruppi di comando soltanto uomini⁵⁰: dal Presidente del Consiglio con il suo *staff* maschile, al Presidente della Repubblica anche lui "consigliato" da uomini, ai vari commissari che gestiscono l'emergenza, alla *task force* costituita per la "fase-2" guidata da Vittorio Colao, con sole 4 donne su 17 componenti.

Tale assenza nelle *task force* è stata molto criticata: si sono moltiplicati denunce, appelli, lettere, prese di posizione pubbliche nei confronti del Governo che denunciavano questa situazione. Tante e tali manifestazioni di sconcerto che hanno indotto, dopo più di due mesi il Presidente del Consiglio, a fase 2 già avviata, ad integrare le due *task force*.

Ma ancora più evidente è la situazione a livello scientifico: scienziati, virologi, medici. Pochissime donne, una presenza quasi invisibile, per lo più voci isolate⁵¹.

Si tratta di una semplice casualità oppure è qualcosa che drammaticamente conferma un problema soprattutto italiano? E cioè l'enorme difficoltà di trasformare un mondo nato come "maschile" e di sradicare stereotipi che ancora abbiamo dentro di noi. Quello degli uomini razionali, e delle donne istintive, quello del mondo femminile fatto di casa, dove al massimo la donna può contribuire educando i figli a diventare buoni cittadini. Quello di una rigida divisione che lascia all'uomo lo spazio pubblico e alla donna quello privato. Una distinzione che contraddistingue la società patriarcale, che in

⁴⁹ Così si apre anche l'articolo di Redazione ANSA, *Coronavirus: le donne leader per una ripresa inclusiva*, in www.ansa.it, 22 aprile 2020.

⁵⁰ Sul ruolo delle (poche) donne che, in posizioni istituzionali apicali, stanno gestendo la pandemia si veda I. SOAVE, *Coronavirus, e se le donne (al governo) si difendessero meglio? Da Merkel a Jacinda, la lezione di sette leader*, in www.corriere.it, 15 aprile 2020, e, a completamento, Huffpost, *Forbes elogia la leadership femminile di fronte alla pandemia*, in www.huffingtonpost.it, 14 aprile 2020.

⁵¹ Cfr. E. FITTIPALDI, *Il coronavirus e le donne (di nuovo) fuori dalla Storia*, in *L'Espresso.it*, 14 aprile 2020.

Italia solo con la Costituzione viene superata a livello di principio, ma che di fatto resiste ancora in tanta nostra cultura.

È come se ogni volta ci fosse bisogno di un pensiero in più per rivolgersi alle donne nella gestione di ruoli pubblici e che quindi questa drammatica emergenza metta a nudo come alcune posizioni femminili anche apicali siano affidate con un ragionamento, una non convinta adesione a un giusto principio di uguaglianza e di distribuzione di ruoli.

E ancora, oltre che nella visione pubblica, nel riconosciuto ruolo delle donne, che sta già facendo un drammatico passo indietro, quanto inciderà in concreto questa crisi sulle vite femminili? Lo possiamo già misurare in qualche modo? Che la crisi stia colpendo, stia incidendo e inciderà sulla condizione femminile, peggiorandola, è, a mio avviso, già oggi misurabile sulla base di alcuni fattori.

E, tra l'altro, tutto questo avviene su un paradosso naturale che non è ancora spiegabile dagli scienziati: a livello statistico, questo virus si abbatte in modo molto più forte sugli uomini⁵². Le statistiche mondiali parlano di una proporzione di decessi e contagiati che vanno dal 65-70% di uomini al 35-30% di donne. Rischiamo di perdere tantissime vite umane, soprattutto maschili. E questo conferma tragicamente che anche nel settore medico dovrebbero essere potenziati e applicati gli studi di genere, quella medicina di genere che ancora troppo poco si studia nelle Università e si indaga nei laboratori di ricerca⁵³. I dati parlano, ma per ora non comportano reazioni.

Altri dati, a fronte di questo paradosso “naturale”, devono invece far riflettere.

Una forzata reclusione nelle mura domestiche sta già avendo un effetto pesantissimo sul lavoro delle donne, alle quali, almeno in Italia, è affidato in proporzione maggiore il lavoro di cura. Sulle spalle delle donne è piombato (e ripiombato per chi aveva la fortuna di poter contare su una collaborazione domestica che a causa delle restrizioni non è possibile mantenere nella maggior parte dei casi e probabilmente per molte non potrà più esserlo a causa della crisi economica che si sta abbattendo su tutti noi) il lavoro domestico, che si somma allo *smart working* per le donne che lavorano. Non basta. Perché le donne con figli piccoli che frequentano le scuole dovranno di necessità accudire anche loro: la didattica *on line*, a cui le scuole non erano preparate, spesso chiede agli studenti prestazioni complicate che, soprattutto quando sono piccoli, richiede la presenza di un adulto. Nelle famiglie italiane, a occuparsi dei figli, anche in questo caso, sono statisticamente più donne che uomini.

La forzata reclusione nelle case ha un impatto sulla violenza domestica⁵⁴. L'attuale situazione di emergenza va paradossalmente a rafforzare proprio i due elementi fondanti la violenza relazionale: l'isolamento della donna dalle sue aree di vita

⁵² Cfr. <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-differenze-genere-importanza-dati-disaggregati>.

⁵³ Si veda il Piano per l'applicazione e la diffusione della Medicina di Genere: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2860_allegato.pdf

⁵³ Sul tema si veda *Fase 2, è emergenza per 3 milioni di mamme*, in www.adnkronos.it, 9 maggio 2020.

⁵⁴ Cfr. in argomento F. FILICE, *La parità di genere alla prova del Covid 19*, in Dirittopenaleuomo.org, 15 aprile 2020; si veda anche l'articolo del Post *Il corona virus e la violenza domestica*, in www.ilpost.it, 17 marzo 2020.

(familiare, amicale, lavorativa e sociale) e il controllo dell'uomo sulle azioni e le scelte della partner. Questa convivenza, ininterrotta, essendo 24 ore su 24, e prolungata, da oltre un mese crea nelle donne dei forti vissuti di stress e di impotenza, a cui nei casi in cui ci siano figli, si va anche ad aggiungere un gran sovraccarico nel lavoro di cura dei bambini.

A partire dai primi decreti che hanno imposto l'obbligo di stare a casa, i centri antiviolenza si sono immediatamente mobilitati e hanno deciso di offrire comunque un servizio per mantenere il contatto o creare il legame, sempre rispettando la giusta distanza, con quelle donne costrette a vivere in casa, il luogo più familiare e al tempo stesso il più pericoloso. Da qui la decisione di moltissimi Centri antiviolenza italiani di continuare ad offrire i servizi di supporto da remoto, oltre che garantire la gestione delle case rifugio. Sul numero delle richieste ci sono purtroppo dati contrastanti: in alcuni casi si afferma che sia leggermente calato, in altri invece si denuncia un aumento. A cambiare, però, sono soprattutto le tematiche portate dalle donne all'attenzione degli operatori. Dalle esperienze di questo mese raccontate dagli operatori, sembra che ci sia un gran bisogno delle donne di essere ascoltate nella consapevolezza di dover gestire una situazione continua di convivenza senza un apparente rimedio.

In questa situazione le istituzioni hanno attivato strumenti come un numero di telefono collegato con la polizia a cui chiedere supporto⁵⁵, ma non è stata definita una strategia per l'accompagnamento di eventuali vittime di violenza domestica in un percorso di denuncia alle autorità, nel quale le donne devono essere accompagnate e che rischia di essere vanificato o, al peggio, poco tempestivo.

Il rischio, insomma, di una ripresa di quella che viene definita una violenza sommersa, non denunciata, soprattutto nel caso anche di famiglie con figli piccoli è reale e, sempre ad avviso degli operatori, nelle mura domestiche si stanno consumando situazioni molto pericolose.

Ancora, moltissime donne si trovano in grande difficoltà per esercitare la libertà di procreare, ricorrendo a un'interruzione di gravidanza. La chiusura delle attività ambulatoriali sta rendendo difficile, se non impossibile per moltissime donne la possibilità di accertare e di decidere di abortire. Tale situazione, che sta diventando drammatica, è stata denunciata in modo molto forte dalla Laiga (Libera Associazione Italiana Ginecologi per Applicazione legge 194), insieme ad altre associazioni femminili, la quale in un documento ha fatto appello alle forze politiche e istituzionali per garantire medici non obiettori di coscienza e servizi sul territorio per assistere le donne che intendano interrompere la gravidanza, favorendo quella farmacologica, senza un necessario ricovero ospedaliero o al massimo in day ospital. Finora non ci sono segnali di risposta positiva da parte delle istituzioni a questo appello, mentre casi di cronaca rivelano una crescente difficoltà.

Infine, pensiamo al "dopo". L'emergenza Covid, come si sta già verificando, ha e avrà ripercussioni economiche pesantissime che impatteranno direttamente sul mercato

⁵⁵ Si tratta di una chat per contattare il 1522 o la "You Pol", applicazione sviluppata dalla Polizia di Stato per segnalare in modo estemporaneo e diretto situazioni di maltrattamento, molto importante, ma ovviamente non sufficiente per coprire tutte le situazioni.

del lavoro e sui lavoratori più fragili. Le maggiori fragilità, a livello statistico, sono delle donne: la profonda modificazione del lavoro, con la limitazione di contratti a tempo indeterminato, la cd. “precarizzazione” ha sempre colpito maggiormente le donne, soprattutto in alcune fasce di età. Se la crisi travolgerà tanti lavori precari, rischierà di colpire soprattutto tante lavoratrici⁵⁶. Lavoratrici che sicuramente avranno maggiori problemi a “conciliare” famiglia e lavoro qualora i provvedimenti di chiusura delle scuole si prolungassero o riprendessero di fronte a nuove ondate di epidemia, un’ipotesi tutt’altro che peregrina, ad avviso degli scienziati.

b) L’impatto sulle persone con disabilità

L’emergenza sanitaria ha avuto gravissime ripercussioni su un’ulteriore categoria di persone, che anche in condizioni ordinarie, nonostante una normativa sempre più attenta alle loro esigenze, subisce sovente trattamenti discriminatori: le persone con disabilità.

Dopo un primo tempo di generale indifferenza all’impatto della pandemia sulla condizione di queste persone, la tragica vicenda delle “RSA”, da un lato, e l’instancabile impegno del mondo dell’associazionismo, dall’altro, hanno riportato all’interno del dibattito politico e pubblico proprio il tema del rapporto tra l’emergenza Covid e la disabilità.

Si è quindi cominciato a comprendere che le persone con disabilità hanno affrontato un rischio maggiore del resto della popolazione, perché in molti casi abbandonate ad un destino di solitudine e isolamento: l’interruzione dei servizi di supporto, le condizioni di salute preesistenti (con il rischio di sviluppare malattie gravi, anche letali), l’esclusione dalle informazioni sulla salute, nonché le difficoltà legate alla fornitura di servizi sanitari tradizionali e alla distribuzione dei sistemi di protezione individuali hanno infatti pesato in modo gravissimo su queste persone.

Per non parlare dei casi in cui le persone con disabilità hanno contratto l’infezione, con il rischio di vedersi negato l’accesso al pronto soccorso e alle strutture ospedaliere; molte delle persone con disabilità contagiate sono morte “sole”, nelle loro abitazioni o nei servizi residenziali, perché, nelle fasi più difficili dell’emergenza, la priorità è stata data alle persone in grado di essere ricoverate senza ulteriori complicazioni. Peraltro, in alcuni casi, come molte associazioni hanno giustamente denunciato con forza⁵⁷, la morte di queste persone non è rientrata neppure nel conteggio dei “decessi Covid” perché a queste stesse persone è stato negato anche il diritto alla diagnosi, prima ancora che al trattamento e alla cura.

A fronte di questo quadro, non deve sorprendere che, il 9 aprile 2020, l’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha pubblicato una guida

⁵⁶ Sulle condizioni in cui hanno lavorato e stanno lavorando durante l’emergenza sanitaria le madri si veda C. NARDINOCCHI, *Coronavirus, la quarantena delle donne tra focolare e smart working: tutti a casa, ma a che prezzo?*, in www.repubblica.it, 10 aprile 2020; Al. Tr. *Festa della mamma e coronavirus, 3 milioni di donne divise tra figli piccoli a casa e lavoro*, in www.ilsole24ore.com, 9 maggio 2020.

⁵⁷ Cfr., per quanto riguarda il contesto lombardo, il comunicato firmato dall’Associazione LEDHA del 30 marzo 2020.

orientativa per invitare gli Stati ad adottare misure adeguate per affrontare i rischi, sproporzionati, che le persone con disabilità devono affrontare nel periodo di emergenza.

In Italia, con il “DPCM” del 26 aprile 2020, il Governo aveva previsto la riattivazione delle attività sociali e socio-sanitarie erogate in favore delle persone con disabilità⁵⁸; questa misura è stata poi confermata dal “DPCM” del 17 maggio 2020.

Quest’ultimo “DPCM”, inoltre, ha riproposto anche la previsione (già contenuta nei DPCM del 10 e del 26 aprile 2020) che richiedeva ai dirigenti scolastici di attivare, per tutta la durata della sospensione delle attività didattiche nelle scuole, modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità; un’analoga attenzione alla condizione degli studenti con disabilità è imposta anche per l’organizzazione delle attività delle Università e di tutte le Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

Previsione sicuramente importante che traccia un orizzonte di intervento molto chiaro, sulla cui concreta attuazione nei singoli contesti scolastici e universitari è allo stato difficile esprimersi.

È interessante notare, ancora, che il “decreto rilancio” contiene un titolo, il IV, recante disposizioni in tema di disabilità e famiglia, alcune di queste, come l’art. 104, espressamente dedicate alla condizione delle persone con disabilità, il quale prevede nello specifico che *“al fine di potenziare l’assistenza, i servizi e i progetti di vita indipendente per le persone con disabilità e non autosufficienti e per il sostegno di coloro che se ne prendono cura, in conseguenza della emergenza epidemiologica da Covid-19, lo stanziamento del Fondo per le non autosufficienze di cui all’articolo 1, comma 1264, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è incrementato di ulteriori 90 milioni di euro per l’anno 2020, di cui 20 milioni destinati alla realizzazione di progetti per la vita indipendente”*.

Le misure economiche che il Governo ha messo in campo per sostenere le attività che coinvolgono le persone con disabilità sono sicuramente molto importanti e meritevoli di apprezzamento, come dichiarato dai rappresentanti della FISH (Federazione Italiana per il superamento dell’handicap) e della FAND (Federazione tra le Associazioni Nazionali delle persone con disabilità), i quali hanno però anche mostrato perplessità in merito alla scarsa attenzione dimostrata per il settore del lavoro dei caregiver familiari⁵⁹. A destare preoccupazione, in questo senso, è la mancata precisazione della previsione di cui all’art. 26 del decreto-legge n. 18 del 2020 (cd. “Cura Italia”), poi convertito con legge del 24 aprile 2020, n. 27, secondo cui ai lavoratori dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità, nonché ai lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai

⁵⁸ L’art. 8 del “DPCM” del 26 aprile 2020 prevedeva precisamente che *“le attività sociali e socio-sanitarie erogate dietro autorizzazione o in convenzione, comprese quelle erogate all’interno o da parte di centri semiresidenziali per persone con disabilità, qualunque sia la loro denominazione, a carattere socio-assistenziale, socio-educativo, polifunzionale, sociooccupazionale, sanitario e socio-sanitario vengono riattivate secondo piani territoriali, adottati dalle Regioni, assicurando attraverso eventuali specifici protocolli il rispetto delle disposizioni per la prevenzione dal contagio e la tutela della salute degli utenti e degli operatori”*.

⁵⁹ Cfr. Nota delle federazioni FISH e FAND sul ‘Decreto rilancio’, in Superando, 21 maggio 2020.

competenti organi medico legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita anche se non in possesso della certificazione di handicap con connotazione di gravità, doveva essere riconosciuto lo status di ricovero ospedaliero sulle assenze effettuate.

Alcune importanti novità possono essere altresì rinvenute nella legge di conversione del d.l. n. 19 del 24 marzo 2020 (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del 23 maggio 2020), con cui il Parlamento, intervenendo sulla norma che prevedeva le limitazioni alla libertà di circolazione (e di allontanamento dalla propria residenza, domicilio, abitazione) ha ora stabilito che *“ai soggetti con disabilità motorie o con disturbi dello spettro autistico, con disabilità intellettiva o sensoriale o con problematiche psichiatriche e comportamentali con necessità di supporto, certificate ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è consentito uscire dall’ambiente domestico con un accompagnatore qualora ciò sia necessario al benessere psico-fisico della persona e purché siano pienamente rispettate le condizioni di sicurezza sanitaria”*.

Tutte queste misure sembrano muovere nella giusta direzione; allo stesso tempo però, sono forse state adottate con ritardo... con quanto ritardo e con quali conseguenze lo riusciremo a capire solo fra qualche mese, quando sarà più facile riguardare ai primi mesi dell’emergenza e verificare le responsabilità di quanti hanno (o non hanno) assunto decisioni in tema di disabilità.

c) L’indifferenza nei confronti di migranti e stranieri

La chiusura delle frontiere degli Stati e la forte limitazione della libertà di circolazione messe in atto dagli Stati non hanno fermato i migranti e le persone in fuga dai loro paesi.

Si pensi che nei primi mesi del 2020 sono giunte sulle coste italiane circa 3500 persone in più rispetto agli stessi mesi del 2019⁶⁰. Ed è opportuno precisare che gli arrivi sono avvenuti nonostante l’adozione del Decreto interministeriale del 7 aprile 2020 secondo il quale *“per l’intero periodo di durata dell’emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del COVID – 19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di place of safety”*⁶¹. Le persone giunte via mare sono state poi soggette a quarantena su navi appositamente adibite o negli *hotspots* siciliani⁶².

Oltre alla complessa gestione degli arrivi, certamente problematica dal punto di vista sia della garanzia della sicurezza sanitaria, sia della tutela dei diritti dei migranti,

⁶⁰ Cruscotto statistico del Ministero dell’Interno, 29 maggio 2020.

⁶¹ Decreto Interministeriale del Ministero dell’Interno, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero della Salute del 7 aprile 2020. Sulle criticità del decreto A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Questione Giustizia*, 2020.

⁶² Decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile, n. 1287 del 12 aprile 2020. Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all’assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell’ambito dell’emergenza relativa al rischio sanitario connesso all’insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

l'emergenza ha avuto un impatto negativo anche sugli stranieri già presenti nel nostro paese.

Proprio nei momenti di crisi, infatti, il legislatore e le pubbliche amministrazioni tendono a limitare l'accesso ai diritti e alle prestazioni sociali in base al titolo di soggiorno, giustificando tale scelta per ragioni che attengono al contenimento della spesa pubblica.

La giurisprudenza costituzionale sul punto è granitica nell'affermare che una simile limitazione è legittima solo se essa può ritenersi ragionevole e non lesiva del contenuto minimo essenziale dei diritti, il quale deve essere garantito a tutti indipendentemente dalla regolarità e dal titolo di soggiorno⁶³.

Eppure proprio nel pieno dell'emergenza alcuni Comuni, competenti per l'erogazione dei c.d. "buoni spesa"⁶⁴ in favore delle famiglie più bisognose, hanno previsto quale requisito di accesso ai predetti "buoni" anche il possesso del titolo di soggiorno di lungo periodo, della residenza nel territorio comunale, in alcuni casi della cittadinanza⁶⁵.

Sul carattere discriminatorio di tali scelte amministrative si stanno già esprimendo i giudici⁶⁶: non è ragionevole infatti escludere gli stranieri dall'accesso ai contributi di solidarietà alimentare in base al titolo di soggiorno o alla durata della residenza, trattandosi di misure finalizzate a "*consentire il concreto soddisfacimento dei 'bisogni primari' inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare*" (Corte cost., sent. n. 187 del 2010).

È evidente che simili modalità "rigide" di ripartizione dei contributi di solidarietà non possono che avere un effetto doppiamente negativo su quegli stranieri che versano in una situazione di fragilità economica, generando anche casi di multipla fragilità⁶⁷.

Sempre con riferimento alla situazione dei diritti degli stranieri nel periodo dell'emergenza sanitaria, si vuole far emergere una riflessione di carattere generale: la pandemia sembra aver messo in luce tutta la problematicità e la fragilità delle politiche migratorie degli ultimi decenni.

⁶³ In questo senso si vedano in particolare le sentenze della Corte costituzionale relative all'accesso degli stranieri con disabilità alle prestazioni sociali cfr. Corte cost., sent. del 30 luglio 2008, n. 306; Corte cost., sent. del 9 febbraio 2011, n. 40; Corte cost., sent. del 23 gennaio 2009, n. 11; Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 185; Corte cost., sent. del 16 dicembre 2011, n. 329; Corte cost., sent. n. 22 del febbraio 2015; Corte cost., sent. dell'11 novembre 2015, n. 230. Analogamente sull'accesso degli stranieri all'edilizia popolare Corte cost., sent. del 28 gennaio 2020, n. 44.

⁶⁴ Ordinanza della Protezione civile n.658 del 29 marzo 2020 "*Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 85 del 30 marzo 2020.

⁶⁵ Cfr. in questo senso le linee guida dell'UNAAR "In materia di interventi di solidarietà alimentare in esecuzione all'ordinanza n. 658 del 29 marzo 2020 della protezione civile". In tema si veda F. BIONDI DAL MONTE, *Cittadini, stranieri e solidarietà alimentare al tempo del coronavirus*, in *Questione Giustizia*, 2020.

⁶⁶ In questo senso Trib. Napoli, ord. 25 maggio 2020; Trib. Brescia, decreto 28 aprile 2020; le pronunce sono pubblicate su www.asgi.it.

⁶⁷ Sul tema si veda C. SICCARDI, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 139 ss.

I tratti salienti di queste politiche, e da ultimo dei Decreti Sicurezza, – quali la perenne assenza di strumenti di regolarizzazione del soggiorno e di vie di ingresso regolare, l’abrogazione della protezione umanitaria e dell’iscrizione anagrafica, lo stravolgimento del sistema di accoglienza – mal si conciliano con le esigenze di controllo della libertà di circolazione delle persone propria di questo momento storico.

L’effetto è paradossalmente l’opposto di quello espresso dal legislatore: in nome della “sicurezza” si sono resi difficilmente tracciabili e controllabili gli spostamenti di tutti quei soggetti che in base alle nuove normative non sono considerati “regolari” o che non possono più essere iscritti all’anagrafe cittadina (cfr. art. 13 d.l. n. 118 del 2013, conv. l. n. 132 del 2018).

Proprio su questo aspetto meritano di essere richiamati i ricorsi delle Regioni che, seppur dichiarati inammissibili con sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2019 per carenza di lesione delle competenze regionali, avevano evidenziato l’illogicità del primo Decreto Sicurezza il quale mediante l’abrogazione dell’iscrizione anagrafica e della protezione umanitaria rendeva ancora più difficoltoso da parte dell’Amministrazione il controllo sulle persone presenti sul proprio territorio⁶⁸.

Questa problematica è ancora più evidente in tempi di emergenza sanitaria nei quali è di cruciale importanza, ai fini del contenimento del contagio, che le amministrazioni abbiano chiara contezza della popolazione presente sul territorio.

In effetti l’emergenza pandemica sembra aver rappresentato l’occasione per riportare all’attenzione della politica un tema ignorato da decenni, quello appunto della regolarizzazione dei lavoratori migranti. È noto che il Decreto Rilancio (d.l. n. 34 del 2020) all’art. 103 consente allo straniero in posizione irregolare di richiedere un permesso di soggiorno temporaneo di sei mesi che può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro ove venga “esibito” un contratto di lavoro in tre settori: quello agricolo, quello di assistenza alla persona e quello del lavoro domestico⁶⁹. Si tratta solo di un primo passo, ma che inverte la rotta rispetto alle politiche precedenti, intendendo la regolarizzazione come un provvedimento a beneficio della sicurezza, anche sanitaria, di tutti noi.

d) *Le problematicità della condizione dei detenuti*

Un ulteriore ambito in cui l’emergenza sanitaria ha provocato pesanti conseguenze è quello dell’amministrazione della giustizia: come luoghi necessariamente aperti al pubblico e frequentati ogni giorno da una moltitudine di soggetti (centinaia di giudici, avvocati, personale amministrativo, testimoni, giornalisti etc..) i Tribunali di tutta Italia sono stati immediatamente interessati da provvedimenti specifici, che hanno determinato la sospensione di tutte le attività non urgenti. Il settore penale, in questa cornice, ha incontrato maggiori difficoltà, da un lato perché alcune attività sono per definizione indifferibili (come la celebrazione delle udienze penali di convalida degli

⁶⁸ Ci si riferisce a Corte cost., sent. del 24 luglio 2019, n. 194.

⁶⁹ Su cui si vedano le riflessioni di S. BRIGUGLIO, *Una regolarizzazione in tempo di pandemia: la lezione del passato*, in *Questione Giustizia*, 2020.

arresti), dall'altro perché la pubblicità delle udienze è una prerogativa necessaria del dibattimento penale.

A tal riguardo, l'aspetto su cui interessa maggiormente ragionare riguarda la condizione dei detenuti⁷⁰, su cui la pandemia del Covid ha inciso con particolare gravità, in ragione del ritardo con cui il sistema ha reagito all'emergenza sanitaria e, soprattutto, della mai risolta piaga del sovraffollamento carcerario⁷¹.

In una prima fase, il dibattito si è incentrato sulle violenze registrate in numerosi istituti di pena, risultato delle proteste⁷² che i detenuti hanno organizzato per essere maggiormente ascoltati e tutelati davanti al rischio di diffusione del virus all'interno delle strutture penitenziarie. Rischio, peraltro, tutt'altro che inverosimile, se si leggono con attenzione le comunicazioni del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che hanno costantemente monitorato la situazione delle carceri, dando conto di centinaia e centinaia di casi di contagio tra detenuti e personale dell'amministrazione penitenziaria⁷³. Per questo fine, sono state messe in campo, non senza difficoltà sotto il profilo attuativo, azioni volte a limitare la diffusione del virus nel circuito penitenziario, attraverso la definizione di procedure operative in grado di limitare l'esposizione al rischio dei detenuti, di formare e supportare gli agenti di polizia, nonché di garantire la distribuzione dei dispositivi di protezione individuale.

In una seconda fase, l'attenzione è stata rivolta ai provvedimenti della magistratura di sorveglianza che hanno concesso la detenzione domiciliare ai detenuti a più alto rischio, tra cui anche soggetti condannati in via definitiva per fatti di mafia sottoposti al regime speciale del 41-bis. Alcuni hanno osservato, in particolare, che lo Stato avrebbe con troppa leggerezza ritenuto di dare prevalenza al diritto alla salute individuale del detenuto beneficiario (e alla salute collettiva pensando al microcosmo della struttura penitenziaria), dimenticandosi della gravità dei reati commessi (e delle relative vittime), nonché sottostimando le perduranti esigenze di prevenzione correlate alla pericolosità sociale dei soggetti interessati. Sul tema è intervenuto nelle ultime settimane anche il Governo, con un primo d.l. del 30 aprile n. 28 e un secondo d.l. del 10 maggio 2020, n. 29, quest'ultimo recante misure urgenti volte a disciplinare la detenzione domiciliare o il differimento dell'esecuzione della pena, nonché la sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria. Con questi provvedimenti, su cui la dottrina ha espresso alcune perplessità⁷⁴, è stato previsto che il magistrato, prima di autorizzare la fuoriuscita dal carcere, acquisisca il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale

⁷⁰ Per un'analisi sulle problematiche legate al carcere nei tempi dell'emergenza Covid-19 si veda A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020.

⁷¹ Su cui, tra i molti, G.M. FLICK, *Superare il carcere*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11 aprile 2020, e G. GIOSTRA, *Disinnescare in modo sano la bomba-virus nelle carceri*, in *Sistemapenale.it*, 22 marzo 2020.

⁷² Per un commento alle rivolte in carcere nel mese di marzo 2020 si veda M. BRUCALE, *Coronavirus. Rivolte in carcere: dalla violenza, la violenza*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2020.

⁷³ Cfr., *ex multis*, *Bollettino del Garante delle persone private della libertà sull'evoluzione dell'emergenza Covid-19* del 7 aprile 2020.

⁷⁴ A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistemapenale.it*, 1 maggio 2020.

antimafia e antiterrorismo per i soggetti sottoposti al 41-*bis* e valuti la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria sulla base di precise scadenze temporali.

Il tema, che si conferma molto divisivo, presta il fianco a facili strumentalizzazioni. Un dato, a me pare, può essere sottolineato, alla luce delle diverse voci emerse nell'attuale dibattito: sull'onda di un approccio tipico del populismo giudiziario, da più parti viene propugnata la tesi che alcune categorie di detenuti, per la gravità dei reati commessi, non debbano più essere considerati titolari di diritti e, come tali, meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento (a maggior ragione in un momento di emergenza, come quello che stiamo attraversando); e tuttavia, l'orizzonte cui tende la nostra Costituzione, come peraltro confermato dalla più recente giurisprudenza costituzionale (da ultimo, cfr. sentenza n. 253 del 2019), è ben diverso e in esso i principi di umanizzazione e di funzione rieducativa della pena giocano un ruolo centrale; dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, inoltre, discende un preciso divieto di sottoporre i detenuti a trattamenti disumani e degradanti. Con queste precisazioni, è forse possibile rileggere quei provvedimenti dei magistrati di sorveglianza che tante critiche hanno suscitato nell'opinione pubblica, con cui, a fronte dell'unica alternativa rappresentata dal lasciare un detenuto bisognoso di cure particolari all'interno del carcere, interrompendo la terapia per ragioni legate alla diffusione della pandemia (in un caso, per esempio, l'ospedale di riferimento era stato trasformato in un centro Covid), è stata decisa l'applicazione della detenzione domiciliare. La lettura di quei provvedimenti, peraltro, permette di apprezzare quanto sia stata approfondita l'istruttoria e ponderata la valutazione, da parte dei magistrati, di tutti gli elementi del caso.

L'emergenza sanitaria ha quindi confermato una volta di più le potenzialità garantistiche dei principi che la Costituzione e la Carte sovranazionali dettano nella materia penitenziaria. Potenzialità, però, che rischiano di rimanere sulla carta, se il tema del sovraffollamento carcerario non tornerà subito al centro dell'agenda politica⁷⁵.

6. Per concludere, qualche cenno alla Germania

La gestione della pandemia da parte della Germania costituisce un campo di indagine interessante: da un lato, rappresenta il trionfo politico di una tra le politiche donne più influenti, Angela Merkel⁷⁶; dall'altro, evidenzia (forse paradossalmente) alcune criticità legate al federalismo tedesco, insieme ad un complesso di principi costituzionali e di regole molto simili a quelle italiane.

⁷⁵ Per V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, cit., per cui "se la crisi 'costringerà' a occuparsi più, meglio e prima del problema, sarà una buona 'lezione' per tutti noi".

⁷⁶ Si veda S. VASTANO, *La gestione del coronavirus in Germania è il trionfo di Angela Merkel*, in www.espresso.repubblica.it, 25 maggio 2020. Sul successo della Germania federale nella gestione della crisi si veda anche F. PERGANDE, *Föderalismus hilft in der Krise*, in www.faz.net, 19 aprile 2020; per un articolo più recente si veda <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/kampf-gegen-corona-das-zauberwort-heisst-foederalismus,RyDi2fV>.

Il dibattito fra gli studiosi tedeschi che si è sviluppato in questi mesi ha evidenziato innanzitutto come l'*Infektionsschutzgesetz*, la legge federale sulla tutela dalle infezioni, non svolga la funzione di arginare una pandemia violenta ed estesa come quella Covid-19: una simile crisi sanitaria, infatti, implica un notevole rafforzamento dei *Länder* e, conseguentemente, richiede uno sforzo sul piano del coordinamento federale molto più significativo rispetto a quello che presuppone, ad esempio, la gestione della capacità infettiva di un'influenza stagionale⁷⁷.

In Germania, quindi, come in Italia, non esiste un "diritto della pandemia"⁷⁸.

Non solo, l'ordinamento tedesco non è pronto alla gestione di una crisi determinante uno stato di emergenza: esso non è regolato in Costituzione, così come non sussiste alcuna distinzione, in punto di limitazione dei diritti fondamentali, tra casi normali e casi eccezionali.

Più nello specifico, la Costituzione tedesca non prevede alcuna regolamentazione del mantenimento della capacità legislativa sul piano federale in caso di emergenza interna, venendo in rilievo, eventualmente, solamente accordi di natura meramente informale⁷⁹.

Parte della dottrina pone dunque in evidenza l'esigenza di aggiornare la Costituzione tedesca prevedendo disposizioni idonee alla gestione di crisi come quella che stiamo vivendo, e che quindi prevedano – in via del tutto temporanea – l'espansione del potere centrale⁸⁰. Anche in Germania non vi è chi non veda come le conseguenze di una lacuna, dal punto di vista del sistema costituzionale e della necessaria limitazione di libertà fondamentali, potrebbero essere molto serie e mettere in difficoltà gli stessi principi dello Stato di diritto, al punto da richiamare la tragica esperienza della Repubblica di Weimar⁸¹.

I *Länder*, protagonisti quindi di questa pandemia, hanno gestito la crisi in modo diverso: ampio dibattito ha suscitato il "caso bavarese"⁸².

Il 7 aprile 2020 il *BVerfG* ha adottato una decisione⁸³ in tema di misure volte alla tutela contro l'infezione da Covid-19; il ricorrente riteneva che i provvedimenti adottati dal *Land Bayern*⁸⁴ fossero eccessivamente restrittivi. Come è possibile ricavare dal

⁷⁷ In questo senso si veda A. KLAFKI, *Coronavirus und Reformbedarf des Pandemierechts*, in www.verfassungsblog.de, 5 marzo 2020.

⁷⁸ A. KLAFKI, *Coronavirus und Reformbedarf des Pandemierechts*, cit.

⁷⁹ Cfr. P. THIELBÖRGER, B. BEHLERT, *COVID-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor dem Hintergrund neuer Gesetze*, in www.verfassungsblog.de, 30 marzo 2020.

⁸⁰ P. THIELBÖRGER, B. BEHLERT, *COVID-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor dem Hintergrund neuer Gesetze*, cit.

⁸¹ Così ancora P. THIELBÖRGER, B. BEHLERT, *COVID-19 und das Grundgesetz: Neue Gedanken vor dem Hintergrund neuer Gesetze*, cit.

⁸² Si veda *BVerfG: Eilantrag gegen bayerische Ausgangsbeschränkungen in Corona - Krise erfolglos*, in www.rsw.beck.de, 9 aprile 2020; per un ampio commento si rimanda a C. BÄCKER, *Corona in Karlsruhe II*, in www.verfassungsblog.de, 8 aprile 2020.

⁸³ *BVerfG*, 1 BvR 755/20, 7 aprile 2020.

⁸⁴ 1. La *Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung - BayIfSMV)* del 27 marzo 2020 2126-1-4-G, 2126-1-5-G (*BayMBl* 2020 Nr. 158); 2. La *Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie* del 24 marzo 2020, 2126-1-4-G (*BayMBl* 2020 Nr. 130); 3. La *Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege* del 20 marzo 2020 - Z6a-G8000 -2020/122-98; 4. La *Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums*

comunicato stampa pubblicato sul sito ufficiale del *BVerfG*, il ricorso è stato dichiarato ammissibile (erano stati esauriti tutti i rimedi interni), ma esso è risultato, a seguito di un bilanciamento effettuato sulla base di una verifica sommaria, infondato.

Il ragionamento del Giudice costituzionale tedesco ha messo in evidenza la non irragionevolezza delle disposizioni: si è infatti riconosciuto che i provvedimenti bavaresi contenessero disposizioni dotate di conseguenze rilevanti e limitative dei diritti fondamentali degli individui⁸⁵, ma si è appunto ritenuta la conformità a Costituzione, alla luce dell'obbligo dello Stato di "protezione" della vita e della salute degli individui⁸⁶.

Infine, quanto alle conseguenze della limitazione dei diritti fondamentali dei più fragili, occorre considerare che la crisi sanitaria non ha solamente colpito le persone detenute in Italia: anche la Germania ha conosciuto rilevanti forme di limitazione dei diritti fondamentali dei detenuti. In particolare, è da considerare la compressione dell'esercizio dei diritti di cui all'art. 6 della Legge Fondamentale, che sancisce la tutela del matrimonio e della famiglia dalle ingerenze statali; conseguentemente, anche il processo (fondamentale) di risocializzazione dei detenuti è stato interrotto⁸⁷.

Per tutte le democrazie costituzionali, dunque, l'emergenza pandemica ha costituito una sfida ai principi costituzionali dello Stato di diritto e ha comunque messo in tensione visioni diverse sull'estensione delle libertà fondamentali e sulla loro possibile limitazione e relazione da parte dell'autorità statale. In tutto il mondo, i provvedimenti restrittivi, l'emergenza sanitaria e la difficoltà di intervenire sulle situazioni di discriminazione hanno modificato profondamente principi radicati in astratto, ma forse ancora deboli nella loro attuazione, come del resto è già emerso nelle recenti crisi economiche, che hanno condotto a un arretramento del livello dello Stato sociale, in Italia, come in Europa. Anche su questi aspetti, tanti sono i principi che possiamo ricavare dalla giurisprudenza, principi che, purtroppo, non stanno guidando i "decisori politici" nel momento attuale.

für Gesundheit und Pflege und des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales del 16 marzo 2020 - 51-G8000- 2020/122-67 - modificato dalla *Allgemeinverfügung* del 17 marzo 2020 - Z6a-G8000-2020/122-83.

⁸⁵ Si veda <https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/bverfg-erfolgloser-eilantrag-gegen-bayerische-massnahmen-im-zusammenhang-mit-der-covid-19-pandemie>.

⁸⁶Cfr. il comunicato stampa ufficiale: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-023.html>.

⁸⁷ Cfr. J. FÄHRMANN, *Pandemie und Strafvollzug*, in www.verfassungsblog.de, 17 aprile 2020.

LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO DEL SENATO SUI GRUPPI
PARLAMENTARI: INNOVAZIONE FORMALE O RIVOLUZIONE
SOSTANZIALE?*

ERIKA LA FAUCI**

SOMMARIO: 1. La natura giuridica dei gruppi parlamentari ed il loro ruolo fondamentale all'interno del Parlamento. – 2. La riforma del regolamento del Senato del 2017 inerente alla formazione dei gruppi parlamentari. – 3. Una prima applicazione della riforma: il caso di Italia Viva. – 4. Conclusioni.

1. La natura giuridica dei gruppi parlamentari ed il loro ruolo fondamentale all'interno del Parlamento

I gruppi parlamentari, protagonisti della dialettica parlamentare, assumono una fondamentale posizione all'interno del Parlamento: sia in relazione allo svolgimento delle attività delle Camere come organi collegiali, sia in relazione all'esercizio della funzione parlamentare da parte di ciascun deputato e senatore. Di conseguenza, la configurazione ed il ruolo da questi svolto rappresenta propriamente “il punto cruciale su cui si misura il grado d'intersecazione fra Governo e Parlamento”¹.

Pertanto, alla luce di tali peculiarità, si può constatare che i gruppi parlamentari sono connotati da una doppia natura: politica ed istituzionale. La prima è rinvenibile nel ruolo fondamentale attribuito loro, dal momento che essi fungono da cerniera fra i partiti ed il Parlamento, ossia fra lo Stato-comunità e lo Stato-istituzione². La seconda, invece, è identificabile nelle importanti funzioni svolte all'interno del Parlamento, le quali risultano essere teleologicamente orientate alla formazione della volontà decisionale della Camera e del Senato³.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Laureata in Giurisprudenza presso l'Università di Messina.

¹ A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 2003, 91.

² G.F. CIAURRO, *I gruppi parlamentari*, in *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, 243.

³ G. NEGRI- G.F. CIAURRO, voce *Gruppi parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XV, Roma, 1989, 5.

Il filo rosso che lega tale doppio volto dei gruppi parlamentari, pertanto, è rappresentato dal trasferimento, in via istituzionale, della volontà dei partiti all'interno dei processi formativi della volontà statale⁴ e, proprio alla luce di tale reciproco legame, tali organi sono stati frequentemente considerati come una “proiezione” dei partiti all'interno del Parlamento⁵.

A riprova di ciò, grazie alla connessione, e quasi immedesimazione, che i gruppi parlamentari hanno con i partiti politici, si può constatare che essi, lungi dall'essere una monade avulsa dalla forma di Stato, concorrono compiutamente alla sua determinazione⁶. Infatti, quanto più uno Stato è pluralista e riconosce una molteplicità di partiti politici, affidando loro il compito di concorrere alla determinazione della politica nazionale, tanto più i suoi organi rappresentativi, ossia la Camera ed il Senato, sono contraddistinti dalla medesima pluralità, che si manifesta, a sua volta, nella varietà di gruppi parlamentari che vi sono al suo interno.

La stretta connessione fra pluralismo e gruppi è stata evidenziata, nondimeno, da parte della Corte costituzionale. Invero, il Giudice delle leggi, dopo avere riconosciuto la corrispondenza fra i gruppi consiliari ed i partiti, ha statuito che i primi “contribuiscono in modo determinante al funzionamento e all'attività dell'assemblea [...] realizzando in una parola quel pluralismo che costituisce uno dei requisiti essenziali della vita democratica”⁷. Va da sé, pertanto, che proprio i concetti di democrazia e di pluralismo siano il filo rosso che lega i partiti ad i gruppi parlamentari, consentendo di definire il loro rapporto come “fondamentale per la democrazia parlamentare, cioè per un modello di regime che preveda uno Stato che sia al tempo stesso uno Stato a larga partecipazione popolare, uno Stato di partiti ed uno Stato caratterizzato dalla forma parlamentare, cioè dall'esistenza di una rappresentanza, monocamerale o bicamerale, che si ponga contemporaneamente quale sede riassuntiva e centrale del processo politico, di mediazione legislativa e di visibile riferimento per le alternative di governo”⁸.

Alla luce di tale rapporto, un gruppo parlamentare si configura, dunque, come l'unione di membri di una Camera del Parlamento, appartenenti allo stesso partito, che si costituiscono in unità politica con un'organizzazione stabile e una disciplina costante di gruppo⁹. Di conseguenza, se tale è la loro conformazione, si può constatare che il riconoscimento costituzionale dei gruppi, sebbene implicito¹⁰, sia espressivo di un sistema in grado di garantire la proporzionalità in tutti i momenti di trasmissione del potere¹¹. D'altra parte, fino a quando vi era un sistema elettorale proporzionale, al

⁴ G. NEGRI- G.F. CIAURRO, *op.cit.*, 1.

⁵ *Ex plurimis*, A. SAVIGNANO, *I gruppi parlamentari*, Napoli, 1965, 219 e da S. CURRERI, *I gruppi parlamentari nella XIII legislatura*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. n.2/1999, 263.

⁶ Ciò è stato evidenziato da parte di A. CIANCIO, in *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 2008, 16.

⁷ Punto 2.1. del considerato in diritto della sentenza n.187 del 1990.

⁸ G. NEGRI- G.F. CIAURRO, *op.cit.*, 2.

⁹ G. U. RESCIGNO, voce *Gruppi parlamentari*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIX, Milano, 1970, 779.

¹⁰ Art. 72 terzo comma Cost. e Art. 82 secondo comma Cost.

¹¹ G. SILVESTRI, *I gruppi parlamentari tra pubblico e privato*, in *Studi per Lorenzo Campagna*, Vol. II, Milano, 1981, 271.

necessario rispetto della proporzione tra i gruppi all'interno delle commissioni legislative e di inchiesta, corrispondeva la medesima proporzione fra i gruppi di cui ciascuna camera era composta ed i partiti politici presenti all'interno del Paese¹². Con l'avvento di sistemi elettorali con forti componenti maggioritarie, al contrario, si registra una sovra-rappresentazione parlamentare di forze politiche che accedono ad un numero di seggi ben superiore rispetto a quelli vinti, grazie alle formule maggioritarie di volta in volta previste dalle leggi elettorali approvate negli ultimi anni. Ad ogni modo, tali fenomeni distorsivi, se pur incidenti sulla rappresentanza parlamentare, non sono tali da far venir meno la correlazione fra i gruppi ed i partiti politici che, lungi dall'essersi assottigliata, si presenta, ancora oggi, come fisiologica e necessaria. D'altronde, che fra i sistemi elettorali e la rappresentanza parlamentare ci sia sempre stata un'inscindibile connessione, è dimostrato dalla storia stessa dei gruppi parlamentari.

Geneticamente, infatti, i gruppi trovano la propria origine nella riforma del regolamento della Camera del 1920, di un anno successiva alla legge elettorale che introdusse il sistema proporzionale, consentendo l'ingresso dei partiti di massa (il Partito Socialista ed il Partito Popolare)¹³. A causa di tale importante innovazione, di conseguenza, "apparve naturale che, una volta riconosciuta la realtà dei partiti in sede elettorale, si riconoscesse in sede parlamentare la realtà dell'articolazione dei deputati in gruppi politici, che in gran parte erano espressione di quei partiti"¹⁴. Prima di allora, infatti, nella seconda metà dell'Ottocento, esistevano dei gruppi parlamentari politici ma essi, lungi dall'essere riconosciuti giuridicamente, si configuravano come delle libere associazioni fra i deputati che rispondevano più a "coalizioni d'interessi o a fazioni personali che non a vere e proprie differenziazioni ideologiche"¹⁵. In aggiunta a ciò, l'esistenza del "sistema degli uffici" per l'approvazione delle leggi, che non poteva rispettare la proporzionalità dei gruppi parlamentari, dal momento che essi non esistevano prima del 1920¹⁶, evidenzia maggiormente il modo in cui si svolgeva la dialettica parlamentare in quel periodo¹⁷. D'altronde, non è un caso che il ritorno al suddetto sistema avvenne nel 1926, anno in cui vennero sciolti i partiti politici e venne affermato lo Stato a partito unico¹⁸.

Tuttavia, la complessità che contraddistingue la posizione da essi assunta nella compagine giuridico-istituzionale dello Stato, si manifesta anche nella natura giuridica che ad essi può essere ascritta.

¹² G. SILVESTRI, *Ibidem*.

¹³ G. NEGRI- G.F. CIAURRO, *op.cit.*, 3.

¹⁴ G. NEGRI-G.F. CIAURRO, *Ibidem*.

¹⁵ G. NEGRI-G.F. CIAURRO, *Ibidem*.

¹⁶ Ciò è evidenziato da L. GIANNITI- N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, 31.

¹⁷ Al Senato, invece, la cui composizione non era elettiva, il sistema degli uffici permase anche dopo la riforma del regolamento della Camera del 1920.

¹⁸ G. NEGRI- G.F. CIAURRO, *Ibidem*.

Invero, il dibattito dottrinale¹⁹ inerente a tale questione, assai risalente, si è sviluppato attorno a due principali teorie.

La prima riconosce ai gruppi parlamentari natura privatistica²⁰, evidenziandone il carattere associativo, indipendentemente da loro riconoscimento all'interno dei regolamenti parlamentari, ed assimilandoli, sotto l'aspetto relativo all'esercizio della libertà di associazione, ai partiti. La seconda, invece, attribuisce ad essi natura pubblicistica²¹, derivante dalla loro peculiare posizione all'interno del Parlamento e determinata dalla loro precipua regolamentazione all'interno dei regolamenti parlamentari.

Tuttavia, tale oscillazione di orientamenti sul carattere proprio dei gruppi non contraddistingue soltanto il dibattito dottrinale. Invero, con riferimento ai gruppi consiliari, si sono espressi anche la Corte costituzionale ed i massimi organi di giustizia amministrativa e contabile.

Il Consiglio di Stato, infatti, se inizialmente aveva statuito che tali gruppi fossero delle proiezioni dei partiti politici e che la loro organizzazione interna fosse estranea all'apparato amministrativo del consiglio regionale (sentenza n. 932/1992), successivamente sembra avere aderito alla teoria della natura pubblicistica di questi ultimi. A tal proposito, ne costituisce una prova l'affermazione del massimo organo di giustizia amministrativa secondo cui un gruppo consiliare "non è un'appendice del partito politico di cui è esponenziale ma ha una specifica configurazione istituzionale come articolazione del consiglio regionale, i cui componenti esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato dai partiti e dagli elettori" (sentenza n. 8145/2010).

Sulla stessa posizione sembra allinearsi anche la Corte costituzionale. Il Giudice delle leggi, infatti, ha configurato i gruppi come organi del consiglio e come proiezione dei partiti politici in assemblea regionale (sentenze n.187 del 1990 e n.1130 del 1988)²². Da ciò deriva che, a causa della stretta connessione fra essi ed il consiglio, la lamentata lesione delle loro prerogative "si risolve dunque in una compressione delle competenze proprie dei consigli regionali" (sentenze n. 252 del 2013, n. 195 del 2007 e n. 163 del 1997). D'altronde, come è stato evidenziato dalla Corte dei conti²³, la connotazione pubblica e vincolata dei contributi erogati a favore dei gruppi consiliari, fa sì che si crei un "danno erariale" nel caso in cui la loro attività di spesa non sia coerente con le finalità proprie dei suddetti contributi. In aggiunta a ciò, il massimo organo di giustizia contabile ha altresì rilevato che, sebbene i gruppi mutuino dai partiti politici una natura in parte privatistica, quando essi partecipano all'attività dei Consigli regionali, svolgono

¹⁹ *Ex plurimis* si vedano i contributi di A. TESAURO, *I gruppi parlamentari*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1967; G.U. RESCIGNO, *op.cit.*; G.F. CIAURRO, *op.cit.*; G. NEGRI- G. F. CIAURRO, *op.cit.*; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975; G. SILVESTRI, *op.cit.*; A. CIANCIO, *op.cit.*

²⁰ Secondo A. TESAURO, *op.cit.*, 206, essi possono essere considerati delle associazioni politiche investite di una pubblica funzione di rilevanza costituzionale e secondo G.U. RESCIGNO, *op.cit.*, 796, essi sono delle associazioni non riconosciute.

²¹ Ciò è sostenuto da parte di G. SILVESTRI, *op.cit.*; G.F. CIAURRO, *op.cit.*; L. GIANNITI- N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018.

²² Tale posizione è stata confermata nelle sentenze n. 39 e n. 130 del 2014 e n. 107 del 2015.

²³ Sentenza n. 51/2014 C. Conti, sez. Friuli Venezia Giulia.

una funzione pubblicistica²⁴. Ciononostante, in una successiva sentenza²⁵, a riprova dell'ambivalenza del carattere dei gruppi parlamentari, la stessa Corte dei conti ha statuito come essi abbiano natura giuridica mista (in parte di soggetti privati assimilabili ai partiti politici, di cui sono una proiezione, ed in parte di soggetti pubblici nell'esercizio delle funzioni istituzionali all'interno del consiglio regionale).

Una considerazione a parte, invece, merita la possibilità per un gruppo parlamentare di sollevare un conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato. In occasione del procedimento seguito per l'approvazione della legge di bilancio per il 2019, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi rispetto alla possibilità per i singoli parlamentari, per i gruppi e per le minoranze, di sollevare un conflitto di attribuzione per una lesione delle proprie prerogative²⁶. Con riferimento ad una minoranza qualificata (rappresentata da un decimo dei componenti del Senato), il Giudice delle leggi ha affermato che non fosse rinvenibile una menomazione dei suoi poteri²⁷, dal momento che la quota di attribuzioni che la Costituzione le attribuisce era inconferente con gli ambiti oggetto del conflitto²⁸. Quanto ai gruppi parlamentari, invece, la loro mancata legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione risiede in un motivo procedurale. Nel caso di specie, infatti, il gruppo parlamentare del Partito Democratico, autore del ricorso, non aveva indicato "le modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale"²⁹.

Invero, tale decisione è stata ampiamente criticata³⁰, in quanto si sostiene che, non ritenere sufficiente una sottoscrizione del ricorso da parte della maggioranza dei parlamentari del gruppo e richiedere una delibera, si configuri come un "onere sproporzionato"³¹. Allo stesso tempo, però, oltre a tali criticità, è stato anche evidenziato che, in successive pronunce della Corte costituzionale, è possibile che essa riconosca la legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione anche ai gruppi parlamentari, anche perché "sarebbe paradossale, almeno dal punto di vista di chi è attento alle dinamiche che in Parlamento si verificano, che ciò che è consentito a un singolo parlamentare non fosse consentito ad un gruppo"³².

²⁴ Sentenza n. 163/2014 C. Conti, sez. Lombardia.

²⁵ Sentenza n. 10/2017/EL.

²⁶ Si tratta dell'ordinanza n. 17 del 2019. A commento di tale pronuncia si vedano *ex plurimis* S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte Costituzionale)*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019; A. RUGGERI, *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, fasc. n.4/2019.

²⁷ Essi consistono nella possibilità di presentare una mozione di sfiducia (Art. 94 quinto comma Cost.) e di rimettere all'Assemblea l'approvazione di un disegno di legge deferito alla commissione deliberante (Art. 72 terzo comma Cost.).

²⁸ Punto 3. del considerato in diritto.

²⁹ Punto 3. del considerato in diritto.

³⁰ *Ex plurimis* si veda S. CURRERI, *L'occasione persa*, cit., 4-5; A. MORRONE, *op.cit.*, in *federalismi.it*, fasc. n. 4/2019, 2-4; A. RUGGERI, *op.cit.*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2019, 603 e ss.

³¹ A. MORRONE, *op.cit.*, 4.

³² N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria*, in *federalismi.it*, fasc. n.4/2019, 9. In senso contrario si veda R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge*

In realtà, la Consulta, successivamente alla decisione *de qua*, ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente su tale questione nella recentissima ordinanza n.60/2020. Il caso di specie riguardava, ancora una volta, il procedimento di approvazione della legge di bilancio (questa volta per l'anno finanziario 2020), nel corso del quale, a detta dei ricorrenti, si sarebbe verificata una lesione delle prerogative proprie di singoli deputati e dei loro rispettivi gruppi di appartenenza. Invero, sebbene anche in tale pronuncia il Giudice delle leggi non abbia riconosciuto la legittimazione dei gruppi³³, il motivo su cui si fonda tale decisione non risiede in una loro inidoneità ad essere poteri dello Stato *tout court*³⁴, ma deriva unicamente dal contenuto dei ricorsi presentati. Stando alle parole della Corte, infatti, i ricorrenti, con riferimento ai gruppi, hanno sostenuto che si fosse verificata “la lesione delle stesse prerogative indicate in riferimento ai singoli deputati, senza una specifica e articolata argomentazione, basata sulla Costituzione, sul perché tali prerogative dovrebbero essere riconosciute nella stessa identica declinazione ai gruppi”. Sulla scorta di tale affermazione, pertanto, non sembra potersi dire che la Consulta abbia negato *in toto* la qualità di poteri dello Stato con riferimento ai gruppi, ma, al contrario, si può ritenere che essa abbia implicitamente riconosciuto la loro legittimazione a sollevare un conflitto di attribuzione, purché esso riguardi una lesione delle prerogative proprie di questi ultimi e purché tali prerogative non siano assimilabili a quelle di altri poteri dello Stato.

Sulla scorta delle sue esposte considerazioni, dunque, a parere di chi scrive, sembra preferibile riconoscere la natura di potere dello Stato anche ai gruppi parlamentari soprattutto se, com'è avvenuto per opera dell'ordinanza n.17/2019, tale legittimazione è stata riconosciuta ai singoli parlamentari. Se, infatti, come affermato dalla Corte costituzionale nella pronuncia appena richiamata, i poteri dello Stato sono “tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una quota di attribuzioni costituzionali (*ex plurimis*, sentenze n. 87 e n. 88 del 2012) o sia affidata una funzione costituzionalmente rilevante e garantita (ordinanza n. 17 del 1978)”³⁵, si ritiene che tali peculiarità siano proprie tanto dei parlamentari quanto dei gruppi.

Alla luce di tali considerazioni si può ritenere, pertanto, che la configurazione dei gruppi parlamentari come organi del Parlamento sia la teorizzazione che esprime più propriamente la loro natura giuridica. Non è un caso, infatti, che un parlamentare, entro due o tre giorni dalla prima seduta (a seconda che egli appartenga rispettivamente alla Camera o al Senato), abbia il dovere di dichiarare a quale gruppo parlamentare intende

di bilancio 2019-2021 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato, in *federalismi.it*, fasc. n.4/2019, 10 e ss., il quale sostiene che i gruppi parlamentari non possano essere configurati come poteri dello Stato.

³³ La Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto anche con riferimento ai singoli parlamentari, dal momento che non ha ritenuto che vi fosse quella “violazione manifesta” delle loro prerogative ritenuta, invece, essenziale, a partire dall'ordinanza n. 17/2019, per accogliere il ricorso.

³⁴ Di parere contrario è R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte Cost., ord. 26 marzo 2020, n.60)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.2/2020, secondo il quale la Corte costituzionale afferma “in modo esplicito la mancanza di una qualche base costituzionale che legittimi i gruppi a rappresentare nel giudizio costituzionale i parlamentari ad essi iscritti, per far valere lesioni di loro eventuali specifiche attribuzioni”.

³⁵ Punto 3.2. del considerato in diritto.

appartenere (Art.14 terzo comma del Regolamento della Camera e Art.14 terzo comma del Regolamento del Senato). Non vi è, pertanto, la mera facoltà per un deputato o un senatore di appartenere ad un gruppo, bensì sussiste un vero e proprio obbligo di farvi parte in capo a ciascun parlamentare³⁶ (ad eccezione dei senatori a vita e di quelli nominati da parte del Presidente della Repubblica che possono decidere di non aderire ad alcun gruppo³⁷). Di tale obbligatorietà, ne è ulteriore prova, l'automatica adesione al gruppo misto da parte dei componenti delle Camere nel caso in cui essi non rendano tale dichiarazione.

Tenendo conto, dunque, della indefettibilità dei gruppi all'interno del sistema parlamentare e della loro natura fortemente pubblicistica, sarebbe alquanto singolare configurare tali organi come associazioni non riconosciute. Essi, infatti, sono disciplinati dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari (e non esclusivamente da atti giuridici privati), hanno un obbligo di rendicontazione e, soprattutto, tramite la "Conferenza dei Presidenti dei Gruppi Parlamentari", determinano il programma dei lavori, ossia l'oggetto delle principali attività svolte all'interno del Parlamento.

Tuttavia, quella dei gruppi parlamentari è, ad ogni modo, una natura giuridica peculiare, dal momento che, a parte il contenuto necessario dei loro statuti previsto dai regolamenti parlamentari, residua una componente privatistica rappresentata dalla libertà di ogni gruppo di prevedere delle specifiche disposizioni al proprio interno, in aggiunta a quelle necessarie previste dai regolamenti parlamentari³⁸.

2. La riforma del regolamento del Senato del 2017 inerente alla formazione dei gruppi parlamentari

Il 20 dicembre del 2017 il Senato ha approvato una "riforma organica del regolamento del Senato"³⁹ che ne ha modificato 59 articoli (circa un terzo).

La riforma consta di quattro articoli, ciascuno dei quali corrisponde ad un gruppo di articoli del regolamento⁴⁰. Essi riguardano quattro gruppi tematici inerenti ai gruppi parlamentari, alle commissioni permanenti, alla semplificazione ed alla razionalizzazione dei lavori e, infine, alle disposizioni di coordinamento. La procedura seguita per l'adozione della riforma è la medesima di quella adottata nel 1988, là dove non è stato previsto che la Giunta per il regolamento valutasse le proposte d'iniziativa

³⁶ Ciò è evidenziato da G. SILVESTRI, *op.cit.*, 287.

³⁷ Tale disposizione è stata prevista dalla riforma del regolamento del Senato approvata il 20 dicembre del 2017.

³⁸ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 3335 del 19 febbraio 2004, hanno distinto una componente parlamentare dei gruppi, configurandoli come gli "strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del Parlamento" ed una componente politica, che riguarda il rapporto di un gruppo con un partito politico, che consentirebbe di assimilare il primo al secondo e, conseguentemente, di configurarlo come un soggetto privato.

³⁹ Questo è il titolo della proposta di riforma proveniente dalla Giunta per il Regolamento e comunicata alla Presidenza il 14 novembre del 2017.

Si tratta del Doc. II, n. 38 /XVII, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.15 del 19 gennaio 2018.

⁴⁰ Ciò è evidenziato da parte di A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *federalismi.it*, n.1/2018, 11.

dei singoli senatori, bensì è stato attribuito alla Giunta stessa il compito di redigere una proposta di modifica del regolamento⁴¹. Inoltre, al fine di adottare una riforma che fosse il più possibile condivisa da parte dei partiti politici durante la XVII legislatura, è stato nominato dalla Giunta per il regolamento un Comitato ristretto composto dagli esponenti di quattro differenti forze politiche⁴², cui è stato attribuito il compito di scriverla.

Invero, la modifica del regolamento del Senato si è inserita in un quadro politico estremamente frammentato ed in una legislatura che, per la maggior parte della sua durata, è stata contraddistinta dalla discussione inerente alla riforma costituzionale Renzi-Boschi⁴³. Presumibilmente, dal momento che la riforma costituzionale era incentrata sul superamento del bicameralismo perfetto, incidendo notevolmente sulla configurazione del Senato, si è avvertita la necessità di innovare il suo funzionamento⁴⁴ al fine di renderlo “più efficiente e adeguato alle esigenze del parlamentarismo contemporaneo”⁴⁵.

Fra le più importanti modifiche che sono state apportate al regolamento del Senato, oltre alla disposizione che ha fatto venir meno la disomogeneità fra le due Camere rispetto al calcolo degli astenuti⁴⁶, vi è un’importante innovazione inerente alla formazione dei gruppi parlamentari.

Essa, al fine di evitare il fenomeno del c.d. “transfughismo parlamentare”⁴⁷, ossia il cambiamento da parte dei parlamentari dei gruppi di appartenenza, prevede che un gruppo possa costituirsi non soltanto in presenza di una consistenza numerica (10

⁴¹ Tale peculiarità è messa in rilievo da A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *op. cit.*, 10.

⁴² Esso era composto dai senatori Bernini (FI), Buccarella (M5S), Calderoli (Lega) e Zanda (PD).

⁴³ Per una ricostruzione storica dei tentativi di riforma precedenti al 2017 si vedano i contributi di A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *op.cit.* e P. DE LUCA, *Il nuovo Regolamento del Senato: come si è arrivati a questo punto?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.3/2018.

⁴⁴ Come rilevato da S. CURRERI, *Le nuove regole al Senato: un argine al trasformismo*, in www.lacostituzione.info, 18 dicembre 2017, 1 e da G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del regolamento del Senato. Luci e ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.3/2017.

⁴⁵ Senato della Repubblica, *Disegni di legge e relazioni- documenti*, XVII legislatura, Doc. II, n.38/XVII, 2.

⁴⁶ Fino al 2017, infatti, al Senato gli astenuti erano calcolati non soltanto al fine della determinazione del numero legale (come avviene, tuttora, alla Camera e, dopo il 2017, al Senato) ma anche per concorrere alla determinazione del quorum necessario per approvare una deliberazione.

Sostanzialmente, il voto di un astenuto aveva la stessa incidenza di un voto contrario, con la conseguenza che, al fine di adottare una deliberazione, era necessario che i voti favorevoli fossero superiori sia a quelli degli astenuti sia a quelli dei contrari. Tale aspetto della riforma è stato evidenziato, *ex plurimis*, da A. CARBONI- M. MEGALOTTI, *op.cit.*, 51-52; G. LAURI, *La riforma organica del Regolamento del Senato a (quasi) un anno di applicazione; spunti e prospettive tra non più e non ancora*, in *federalismi.it*, n.3/2019, 96; A.I. ARENA, *Su alcuni aspetti della “riforma organica” del regolamento del Senato (primi interrogativi e impressioni)*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. n.1/2018, 41-42; T.F. GIUPPONI, *La riforma del regolamento del Senato e il travagliato avvio della XVIII legislatura*, in *Lo Stato*, n.10/2018, 7-9.

⁴⁷ Esso è stato un fenomeno molto frequente a partire dall’entrata in vigore delle leggi 4 agosto 1993 n. 276 e 277 (che hanno sancito il passaggio dal sistema elettorale proporzionale a quello maggioritario).

Ad esempio, durante la XVII legislatura, hanno cambiato gruppo (almeno una volta) 207 deputati e 140 senatori.

Tale dato è evidenziato da N. LUPO, *Le nuove regole sui gruppi ma solo al Senato/ 1*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2018, 178.

senatori come numero minimo di componenti) ma, anche, in presenza di una componente politica. Ciascun gruppo parlamentare, infatti, ai sensi dell'Art.14 quarto comma R.S., “deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori”⁴⁸. In forza di tale disposizione, dunque, un gruppo parlamentare, per potere essere formato, necessita di avere un'identità politica cristallizzata al momento delle elezioni e trasposta al momento della costituzione dei gruppi parlamentari, senza poterla, apparentemente, modificare. In aggiunta a ciò, è previsto altresì che nel caso in cui “più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo gruppo” (Art.14 quarto comma R.S.). Pertanto, stando alla lettera di tale disposizione, sembrerebbe che un solo gruppo parlamentare possa rappresentare delle forze politiche presentatesi con il medesimo contrassegno.

Tuttavia, lo stesso Art.14 quarto comma R.S, dopo avere affermato tale principio, ammette altresì la costituzione di gruppi autonomi (rispetto al gruppo unico di cui sopra) purché essi corrispondano a dei partiti politici o a dei movimenti che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. Tale previsione risulta essere per alcuni aspetti contraddittoria. Se, infatti, il principio su cui si fonda la costituzione dei gruppi parlamentari è che essi rappresentino unicamente, cioè, nel senso letterale del termine, con un unico gruppo, dei partiti o dei movimenti che hanno presentato lo stesso contrassegno alle elezioni, non si comprende il motivo per cui sia ammessa la costituzione di gruppi autonomi, che dei primi risultano essere un'eccezione. In altre parole, vi è un paradigma secondo cui l'insieme delle forze politiche aventi il medesimo contrassegno necessita di essere concentrato in un solo gruppo, ma, al contempo, si ammette una deroga a tale principio, consentendo delle spinte centrifughe rispetto al gruppo parlamentare originario.

Inoltre, anche l'espressione “uniti o collegati” sembra essere contraddistinta da un'ambiguità. Secondo una prima interpretazione, la costituzione di un gruppo parlamentare sarebbe consentita alle singole liste che si sono presentate alle elezioni, “indipendentemente dal fatto che sotto il medesimo simbolo si siano unite più forze politiche”⁴⁹. Secondo un'altra interpretazione, invece, un gruppo parlamentare potrebbe essere costituito anche nel caso in cui “due o più forze politiche abbiano presentato delle liste con il medesimo simbolo ma mantenendo ciascuna la propria individualità”⁵⁰.

⁴⁸ Una simile disposizione è presente nell'ordinamento spagnolo: i regolamenti parlamentari del Congresso dei Deputati e del Senato prevedono, infatti, che ciascun gruppo parlamentare debba corrispondere ad un partito presentatosi alle elezioni (Art. 23, secondo comma, R.C.D. e Art. 27, terzo comma, R.S.). Per un raffronto fra la regolamentazione italiana e quella spagnola, con specifico riguardo a tali profili, si veda A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, 78 ss.

⁴⁹ M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura*, in *Nomos*, n.3/2017, 8.

⁵⁰ M. PODETTA, *op.cit.*, 9.

Ad ogni modo, sembra che sia preferibile ritenere che con l'espressione "uniti" ci si riferisca a delle singole liste e che con l'espressione "collegati" ci si riferisca a delle liste collegate in una coalizione⁵¹.

Tuttavia, le innovazioni regolamentari su esposte, inerenti alla formazione dei gruppi, non possono essere considerate isolatamente ma, al contrario, necessitano di essere lette in combinato disposto con l'Art.15 terzo comma R.S. che riguarda specificamente la possibilità di costituire dei gruppi parlamentari nel corso della legislatura e che prevede che essi possano essere costituiti soltanto se derivanti dall'unione di gruppi già costituiti⁵².

L'intento della riforma, dunque, si mostra compiutamente nella disposizione da ultimo riportata, sostanzialmente volta ad evitare che si formino dei gruppi politici all'interno del Parlamento e che, soltanto in un momento successivo, essi assumano la forma di partiti politici al di fuori delle Camere. In altri termini, si tende a far sì che il processo di formazione di un gruppo parlamentare tragga la propria origine dal momento elettorale, con la presentazione dei partiti alle elezioni, e che prosegua in Parlamento, con la nascita dei gruppi ad essi corrispondenti. Ad ogni modo, una deroga all'Art.15 terzo comma R.S. è rappresentata dai gruppi autonomi (derivanti da una scissione) e dai c.d. "gruppi autorizzati", ossia dai gruppi con meno di dieci senatori, cui è riconosciuta la possibilità di costituirsi durante una legislatura. Specificamente, nel secondo caso, è previsto che i gruppi con meno di dieci componenti ma con almeno cinque di essi, possano costituirsi durante una legislatura soltanto se essi operino in rappresentanza delle minoranze linguistiche (Art.14 quinto comma R.S.).

Invero, in tale disposizione, è possibile rinvenire una differenza rispetto alla formazione dei "gruppi autorizzati" alla Camera, dal momento che, l'Art.14 secondo comma R.C., prevede che l'Ufficio di Presidenza possa autorizzare la costituzione di un gruppo con meno di 20 componenti (numero minimo, alla Camera, per la sua costituzione) se esso rappresenta un "partito organizzato nel Paese" che abbia ottenuto uno specifico risultato elettorale⁵³. Essa non è, tuttavia, l'unica disomogeneità che intercorre fra il regolamento della Camera e del Senato derivante dalla riforma. Un elemento fondamentale, infatti, è rappresentato dalla possibilità, riconosciuta alla Camera, di costituire dei gruppi parlamentari nel corso di una legislatura senza la

⁵¹ G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo "Psi-Italia viva" al Senato: le falle della riforma "antiframmentazione" del Regolamento*, in www.jacostituzione.info, 19 settembre 2019, 2.

⁵² Prima della riforma del 2017, l'Art.14 quinto comma R.S. prevedeva che il Consiglio di Presidenza potesse autorizzare la costituzione dei gruppi parlamentari con meno di dieci iscritti a condizione che essi rappresentassero "un partito o un movimento organizzato nel Paese che abbia presentato, con il medesimo contrassegno, in almeno quindici regioni, proprie liste di candidati alle elezioni per il Senato ed abbia ottenuto eletti in almeno tre regioni, e purché ai Gruppi stessi aderiscano almeno cinque Senatori, anche se eletti con diversi contrassegni".

⁵³ Specificamente, l'Art.14 secondo comma R.C. prevede che sia necessario che esso "abbia presentato con il medesimo contrassegno, in almeno venti collegi, proprie liste di candidati, le quali abbiano ottenuto almeno un quoziente in un collegio ed una cifra elettorale nazionale di almeno 300 mila voti di lista validi".

In realtà, tale disposizione si riferisce al sistema elettorale proporzionale che era vigente al momento della sua stesura. Di volta in volta, in seguito alla modifica delle leggi elettorali, essa è stata interpretata in relazione ai nuovi sistemi elettorali vigenti.

necessaria corrispondenza di questi ultimi a dei partiti politici o a dei movimenti presentatisi alle elezioni (come, invece, richiesto dal nuovo regolamento del Senato).

Tale differenza non risulta essere poco rilevante, dal momento che essa incide direttamente sulla fisiologia dei gruppi e sulla loro identità: un'identità cristallizzata al momento delle elezioni, al Senato, ed un'identità mutevole, legata alle dinamiche parlamentari, alla Camera. A tale considerazione si potrebbe obiettare che a ciascuna Camera è riconosciuta un'autonomia normativa ai sensi dell'Art. 64 primo comma Cost. che consente loro di adottare un proprio regolamento, il cui contenuto può differire sotto alcuni aspetti. Tuttavia, se questo è vero, è altresì vero che un'eccessiva disomogeneità fra le due Camere riguardo alla formazione dei gruppi parlamentari potrebbe incidere sullo svolgimento stesso delle loro funzioni. Si pensi, ad esempio, al numero differente di gruppi parlamentari fra Camera e Senato che, se elevato, potrebbe portare ad un pericoloso disallineamento fra queste, incidendo sulla formazione di una maggioranza (presumibilmente non del tutto omogenea). Proprio in ragione di tali rischi, come è stato evidenziato⁵⁴, si ritiene che sia necessario che le modifiche apportate dal regolamento del Senato in relazione alla formazione dei gruppi vengano previste, parimenti, alla Camera.

Nondimeno, a tali disposizioni se ne aggiunge un'ulteriore, parimenti volta ad evitare il fenomeno del c.d. "transfughismo parlamentare" e recante la previsione della decadenza dalla carica di Vice Presidente e di Segretario (Art.13 comma 1-bis R.S.) e dalla carica di Presidente e membro dell'Ufficio di Presidenza delle commissioni parlamentari permanenti (Art.27 comma 3-bis R.S.) nel caso in cui un parlamentare faccia parte di un gruppo differente da quello originario. In realtà, tale disposizione non è esente da eccezioni.

In primo luogo, infatti, essa non può essere applicata nel caso in cui sia avvenuta l'espulsione di un componente o nel caso in cui vi sia stata la scissione o la fusione di un gruppo con altri gruppi parlamentari. In secondo luogo, le sanzioni non trovano applicazione neanche con riferimento al Presidente di Assemblea ed ai Questori. Quanto al primo caso, tale eccezione, secondo una parte della dottrina⁵⁵, troverebbe il suo fondamento nel ruolo di garanzia e di mediazione svolto dal Presidente all'interno dell'Assemblea. Ad avvalorare la ragionevolezza di tale disposizione, secondo tale orientamento, sarebbe la funzione di supplenza del Presidente della Repubblica attribuita al Presidente del Senato ai sensi dell'Art. 86 Cost. in caso di impedimento del primo. Essa, infatti, ha il fine di garantire l'effettività dell'esercizio dei poteri presidenziali⁵⁶ e di salvaguardare la stabilità e la continuità nell'esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica⁵⁷. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale teorizzazione non sembra realmente dimostrare la ragionevolezza dell'eccezione introdotta dalla riforma.

⁵⁴ Si veda N. LUPO, *op.cit.*, 179-180 e ID., *La riforma del (solo)regolamento del Senato alla fine della XVII legislatura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.1/2018, 2; S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del regolamento del Senato*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc.n.3/2017, 648 e T.F. GIUPPONI, *op.cit.*, 12.

⁵⁵ Tale teoria è stata espressa da A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *op.cit.*, 16-17.

⁵⁶ Ciò è evidenziato da A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *Ibidem*, i quali, a loro volta, rimandano a A. BOZZI, *Sulla supplenza del Presidente della Repubblica*, in *Rassegna Parlamentare*, fasc. n.11/1959, 27.

⁵⁷ A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *Ibidem*.

Se è vero, infatti, che al Presidente del Senato è attribuita la funzione di supplenza del Presidente della Repubblica, è altresì vero che, se ci fossero i presupposti per l'esercizio di tali poteri, si potrebbe ricorrere ad una *prorogatio* dei poteri del Presidente del Senato in carica, al fine di evitare che ciò comprometta la funzione di garanzia costituzionale sottesa all'Art. 86 Cost. D'altronde, se la decadenza riguarda altre importanti cariche come quella di Vice Presidente, Segretario e di Presidente e membro dell'Ufficio di Presidenza delle commissioni parlamentari permanenti, non si comprende il motivo per il quale tale disposizione non debba trovare applicazione per la più alta carica di Presidente del Senato. Le stesse considerazioni potrebbero valere per ciò che riguarda la mancata applicazione della decadenza ai Questori⁵⁸. Tale disposizione, secondo la stessa dottrina appena richiamata con riferimento al Presidente del Senato⁵⁹, sarebbe motivata dalla necessità di fare sì che vi sia una continuità nell'amministrazione all'interno del Senato, in cui i Questori svolgono delle rilevanti funzioni. Tuttavia, anche in questo caso, potrebbe essere prevista una *prorogatio* dei loro poteri al fine di evitare che il mancato esercizio delle loro funzioni abbia un'incidenza negativa sull'amministrazione.

A concludere il quadro delle innovazioni apportate dalla riforma, si aggiunge il riconoscimento ai senatori a vita ed a coloro che sono stati nominati senatori da parte del Presidente della Repubblica della possibilità di non aderire ad alcun gruppo (in relazione alla peculiare posizione che essi assumono all'interno del Parlamento).

Numerose, dunque, sono state le innovazioni apportate dalla riforma del regolamento del Senato del 2017 e peculiari sono i loro effetti sul modo di intendere i gruppi parlamentari ed il loro rapporto con i partiti politici. Tuttavia, se la *ratio* ispiratrice della riforma è contraddistinta dal porsi come argine al fenomeno del c.d. "transfughismo parlamentare", è necessario riscontrare se, nella prassi, tale fine possa dirsi raggiunto o se, al contrario, la novella regolamento non sia comunque in grado di impedire il verificarsi di fenomeni distorsivi all'interno delle dinamiche parlamentari.

3. Una prima applicazione della riforma: il caso di Italia Viva

Una prima ed importante applicazione della riforma del regolamento del Senato è avvenuta il 18 settembre 2019, giorno in cui è stato costituito il gruppo Italia Viva-PSI⁶⁰.

Invero, tale vicenda risulta emblematica del modo in cui le forze politiche possano, proprio in forza del regolamento, eludere lo scopo sotteso alla riforma. Specificamente, la costituzione del gruppo Italia Viva-PSI è avvenuta grazie ad un accordo fra alcuni senatori, poi confluiti nell'area di *Italia Viva*, ed il *Partito Socialista*

⁵⁸ In senso critico si veda M. PODETTA, *op.cit.*, 12-13.

⁵⁹ A. CARBONI- M. MAGALOTTI, *Ibidem.*

⁶⁰ In riferimento alla costituzione del gruppo parlamentare Italia Viva-PSI si veda G. MAESTRI, *op.cit.* e M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *costituzionalismo.it*, fasc. n. 1/2020, 197 ss.

*Italiano*⁶¹ (PSI), presentatosi alle elezioni con la lista *Insieme*, di cui facevano parte, oltre al suddetto partito, la *Federazione dei Verdi* ed *Italia Civica*.

In realtà, risulta singolare il modo in cui tale gruppo si sia costituito. Come si è cercato di esporre precedentemente, il nuovo Art.14 R.S. prevede, al quarto comma, che ogni gruppo parlamentare debba rappresentare un partito politico o un movimento presentatosi alle elezioni. Tuttavia, nel caso di specie, alle elezioni del 2018 non esisteva il partito di Italia Viva.

Come fare, dunque, per potere costituire ugualmente un gruppo parlamentare che lo rappresenti?

La soluzione cui si è ricorso risiede, propriamente, nello stesso Art.14 quarto comma R.S. Se, infatti, è necessaria una corrispondenza fra un gruppo ed un partito politico o un movimento presentatosi alle elezioni, ricorrendo ad un partito, nel caso di specie il PSI, ed avvalendosi del suo contrassegno per la costituzione di un gruppo, è possibile formarne comunque uno, avente una nuova identità politica, non cristallizzatasi al momento delle elezioni e senza con ciò violare la suddetta disposizione (questo è propriamente quanto è avvenuto nel caso di Italia Viva). Tale partito, in quanto fondato dopo le elezioni, non poteva formare autonomamente un proprio gruppo e per tale motivo, per superare i limiti imposti dalla riforma, si è avvalso del contrassegno del Partito Socialista Italiano, aggirando, di fatto, il nuovo regolamento del Senato⁶² e formando, in tal modo, un autonomo gruppo⁶³. Formalmente, si potrebbe affermare che quest'ultimo sia rappresentativo di un partito politico presentatosi alle elezioni. Tuttavia, risulta alquanto singolare che di un gruppo parlamentare di 17 componenti soltanto uno, l'esponente del PSI, risulti avere aderito ad un partito esistente al momento delle elezioni, dal momento che, i restanti componenti, afferiscono, di fatto, ad un partito formatosi in un momento successivo⁶⁴. Non solo; appare, se del caso, ancora più singolare la scelta del nome del gruppo: non PSI o *Insieme* (quest'ultimo, come evidenziato⁶⁵, sarebbe stato un nome più neutro che non avrebbe esposto direttamente il partito) ma Italia Viva-PSI⁶⁶. Il nome stesso è emblematico del fine sotteso alla sua costituzione: formare un gruppo parlamentare, nonostante esso, per la maggior parte, non corrisponda ad un'identità politica preesistente alla sua costituzione.

⁶¹ Specificamente l'accordo è avvenuto fra Riccardo Nencini, unico eletto del PSI, e Matteo Renzi. Il primo inizialmente apparteneva al gruppo misto aderendo, nel corso del tempo, a differenti componenti politiche all'interno di esso. Dal 27 marzo 2018 al 3 giugno 2018 ha fatto parte della componente politica PSI-MAIE-USEI (che dal 6 aprile 2018 ha assunto il nome di PSI-MAIE). Il 4 giugno 2018 è stata costituita la componente PSI, cui egli ha aderito, fino al 17 settembre 2019. Le modifiche inerenti alla composizione dei gruppi parlamentari durante la XVIII legislatura sono riportate nel sito <http://www.senato.it/Leg18/4839>.

⁶² Sulla sostanziale violazione delle nuove regole del Senato nella formazione del gruppo Italia Viva-PSI si veda M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi*, cit., 198.

⁶³ Ciò non è avvenuto per la formazione del gruppo di Italia Viva alla Camera. Il suo regolamento, infatti, non prevede per la costituzione di un gruppo parlamentare la sua necessaria rispondenza ad un partito o ad un movimento politico presentatosi alle elezioni.

⁶⁴ Ciò è posto in rilievo da G. MAESTRI, *op.cit.*, 3.

⁶⁵ Si veda G. MAESTRI, *Ibidem*.

⁶⁶ Sulla ambiguità del nome del gruppo Italia Viva-PSI si veda M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi*, cit., 205.

D'altronde, una simile eventualità, a pochi giorni dall'entrata in vigore della riforma, era stata delineata da parte di un'attenta dottrina⁶⁷ che, commentando le modifiche del regolamento del Senato, aveva affermato che “i senatori eletti di un partito o movimento presentatosi in coalizione con il suo simbolo, magari rimasto al di sotto dello sbarramento del 3%, potrebbero comunque costituirsi in gruppo parlamentare autonomo, anche in corso di legislatura, se del caso grazie al “prestito” compiacente di qualche senatore da parte di forze politiche alleate per raggiungere il numero minimo di dieci iscritti”. L'autore, tuttavia, si riferiva al caso di senatori appartenenti ad un partito esistente al momento delle elezioni e non ad un partito formatosi successivamente (come nel caso di Italia Viva)⁶⁸.

Alla luce della vicenda appena richiamata, dunque, si può constatare che l'aver introdotto per via regolamentare una più stringente disciplina per la formazione dei gruppi, non ha per nulla impedito che le forze politiche trovassero il modo di aggirarla e che riuscissero, in tal modo, a costituire un proprio gruppo (sebbene non pienamente contraddistinto da quella identificazione politico-elettorale richiesta dalla riforma). Certo, probabilmente con il nuovo regolamento del Senato la formazione di gruppi in via parlamentare, ossia di gruppi nati all'interno del Parlamento e non rappresentativi di alcun partito esistente al momento delle elezioni, risulterà meno frequente (dal momento che solo l'esistenza di un simbolo ne giustificherebbe la costituzione). Ciononostante, non di minore importanza sembra essere l'influenza che la riforma può avere sull'esercizio del libero mandato parlamentare da parte di ciascun senatore, costretto ad operare in un panorama politico sostanzialmente cristallizzato per un'intera legislatura⁶⁹. D'altronde, che vi sia una forte connessione fra lo svolgimento della funzione parlamentare e le disposizioni contenute all'interno dei regolamenti di ciascuna Camera è indubbio⁷⁰.

Tuttavia, come è stato affermato durante la discussione avvenuta al Senato sulla riforma, è bene ricordare che “non possiamo legiferare la fisiologia, ancorandoci alla patologia che la prassi degli ultimi tempi ci ha rappresentato” e che “possiamo legiferare per contenere la patologia, ma non possiamo nel modo più assoluto comprimere i valori e gli ideali che ciascun senatore intende rappresentare”⁷¹.

⁶⁷ S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura*, cit., 646.

⁶⁸ Tale peculiarità è evidenziata da G. MAESTRI, *Ibidem*.

⁶⁹ Sul rischio che tale cristallizzazione dei gruppi parlamentari determini una violazione del libero esercizio del mandato parlamentare si veda M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi*, cit., 174 ss.

⁷⁰ In questo senso si veda E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, in *costituzionalismo.it*, fasc. n. 2/2017. Si pensi, ad esempio, alla novella regolamentare del 1988 che ha previsto il passaggio dal voto segreto al voto palese per la maggior parte delle votazioni (ad eccezione di quelle inerenti alle persone ed alle elezioni). Invero, tale disposizione, oltre ad essere volta a creare un'omogeneità fra l'orientamento dei gruppi e dei singoli parlamentari, aveva il chiaro intento di porre un freno al fenomeno dell'ostruzionismo (notevolmente frequente in quegli anni). Sulla connessione fra il voto segreto ed il libero mandato parlamentare si vedano A. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1985, 42 ss. e N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991, 259 ss.

⁷¹ Queste le parole di Nitto Francesco Palma (FI-Pdl XVII) durante la discussione avvenuta al Senato il 19 dicembre 2017 sulla “riforma organica del Regolamento del Senato”. Il resoconto stenografico della discussione è riportato nel sito <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01063085.pdf>.

4. Conclusioni

Sulla scorta delle considerazioni appena svolte, è necessario guardare alla riforma del regolamento del Senato, per l'aspetto che riguarda la formazione dei gruppi parlamentari, come al rapporto che vi è fra la forma e la sostanza, fra le disposizioni e la loro concreta attuazione.

Invero, come accennato nel paragrafo precedente, le innovazioni apportate presentano alcuni elementi che, a parere di chi scrive, poco si conciliano con il principio del divieto di mandato imperativo previsto all'interno dell'Art.67 Cost⁷². Nel caso in cui, infatti, un parlamentare non condividesse l'orientamento del proprio gruppo di appartenenza, stando alla riforma, avrebbe due soluzioni: aderire ad un differente gruppo o confluire in quello misto. La prima ipotesi tutela il dissenso di ciascun senatore rispetto al gruppo originario, consentendogli, qualora egli ritenga che vi sia una vicinanza ideologica con un altro gruppo, di esercitare le proprie funzioni al suo interno. La seconda invece, sebbene tuteli il libero esercizio del mandato, rappresenta una via residuale. Soltanto, infatti, nel caso in cui un senatore non condividesse l'ideologia di alcun gruppo parlamentare potrebbe decidere di confluire all'interno del gruppo misto.

Non è un caso, infatti, che le componenti politiche all'interno del gruppo misto siano state istituite, alla Camera, durante la XIII legislatura (1996-2001), ossia quando era da poco stato introdotto un sistema elettorale prevalentemente maggioritario⁷³ e quando vi era una prassi, formatasi alla Camera, volta ad evitare la costituzione dei c.d. "gruppi autorizzati"⁷⁴. Tale prassi fece sì che un numero considerevole di parlamentari, in dissenso con il proprio gruppo, confluisse nel gruppo misto e che al suo interno, per risolvere il problema della sua ingovernabilità determinata dall'elevato numero dei componenti, fossero istituite delle componenti politiche.

Invero, guardando il presente con le lenti del passato, come è stato posto in rilievo⁷⁵, il fenomeno di un'eccessiva congestione del gruppo misto potrebbe verificarsi nuovamente al Senato, proprio a causa delle nuove disposizioni introdotte dalla riforma⁷⁶. Se, infatti, per potere formare un gruppo parlamentare è necessario che esso rappresenti un partito politico o un movimento presentatosi alle elezioni, tutti coloro i quali non condividono l'orientamento del proprio gruppo (perché, ad esempio, rispetto ad alcune questioni, si è espresso in modo differente rispetto alle ideologie proprie di tali senatori in dissenso) non potrebbero liberamente formare un gruppo autonomo che risponda, questo sì, alle proprie idee ma, necessariamente, dovrebbero adeguarsi a quelle proprie di un altro gruppo. Certo, a ciò si potrebbe obiettare che ciascun senatore potrebbe liberamente decidere, in ogni caso, di aderire o meno ad un gruppo. Se questo

⁷² In questo senso anche M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi*, cit., 174 ss.

⁷³ Esso è stato previsto dalle leggi 4 agosto 1993 n. 276 e n. 277 (rispettivamente per l'elezione del Senato e della Camera).

⁷⁴ Come rilevato da S. CURRERI, *Ibidem*; G. PICCIRILLI, *op.cit.*; G. LAURI, *op.cit.*, 92.

⁷⁵ In tal senso si veda S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura*, cit., 646-647 e G. PICCIRILLI, *op.cit.*

⁷⁶ Si pensi, ad esempio, all'adesione al gruppo misto da parte di alcuni componenti del Movimento Cinque Stelle dall'inizio della XVIII legislatura (11 deputati e 7 senatori).

è vero, è altrettanto vero, però, che ogni parlamentare ha diritto a che il proprio mandato sia esercitato in modo coerente con le proprie ideologie e che ciò avvenga all'interno di un gruppo che il più possibile le rispecchi.

Pertanto, concentrare gli orientamenti politici in “macro” gruppi parlamentari può apparire, per certi aspetti, un'eccessiva compressione del libero mandato e non essere il modo migliore per contrastare il fenomeno del transfughismo parlamentare. Non è congestionando il gruppo misto o consentendo la formazione di maggioranze trasversali e poco omogenee politicamente che può essere risolta una patologia che, lungi dal potere essere riferita unicamente al sistema parlamentare, ha un'origine ben più radicata e profonda che risiede nel sistema dei partiti politici e nella loro trasformazione avvenuta negli ultimi anni.

Se, infatti, inizialmente vi erano dei partiti fortemente ideologici e strutturati che fungevano da “ponte”⁷⁷ tra popolo, Camere e Governo, successivamente alla loro profonda trasformazione avvenuta negli anni novanta e all'introduzione di un sistema elettorale principalmente maggioritario⁷⁸, la loro fisionomia è considerevolmente cambiata. Da attenti collettori delle esigenze sociali⁷⁹, i partiti si sono trasformati, il più delle volte, in meri catalizzatori di consenso, sempre più protesi verso la figura di un *leader*⁸⁰ e sempre meno coesi in ideologie e programmi da realizzare. Con la conseguenza che, mentre quando vi era una loro forte ideologizzazione⁸¹, il passaggio da un partito ad un altro comportava un radicale cambiamento, denso di significati non soltanto politici ma anche, e soprattutto sociali, nella realtà attuale lo stesso fenomeno non desta lo stesso stupore ed è avvertito come l'ennesimo mutamento fra le fila dei partiti (ormai all'ordine del giorno). Indubbiamente, a concorrere a tale degenerazione, si aggiungono i sempre più frequenti fenomeni di cooptazione fra i *leaders* del momento e chi, decisamente non animato da forti ideologie, è disposto a cambiare partito senza distinzioni di sorta.

Se tale è, pertanto, la fisionomia assunta dai partiti politici, emerge un elemento fondamentale: una riforma regolamentare, se pur portatrice di innovazioni volte a creare

⁷⁷ L'espressione è di V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, Milano, 1967, 97 ed è a sua volta riportata da parte di E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e Art.67 della Costituzione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2 agosto 2019, 190 a proposito della caratterizzazione ideologica dei partiti e del ruolo di intermediazione da questi svolto.

⁷⁸ Introdotta, come appena ricordato, dalle leggi 4 agosto 1993 n. 276 e 277.

⁷⁹ N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., 238 evidenza, infatti, come inizialmente i partiti politici fossero delle “organizzazioni capaci di operare sintesi di interessi collettivi”.

⁸⁰ In questo senso si veda M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

⁸¹ Sulla progressiva deideologizzazione dei partiti politici e sull'attualità del divieto di mandato imperativo, *ex plurimis*, si vedano G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti: Annuario 2008*, Napoli, 2009; S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004; A. CITRIGNO- G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 settembre 2018; E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo*, cit., e ID., *Partiti politici*, cit.; A. MORELLI, *Rappresentanza politica*, cit. Si vedano, inoltre, i fondamentali contributi sul tema di N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit.; L. CIAURRO, *Commento all'art. 67*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1287 ss e C. BOLOGNA, *Commento all'art. 67*, in S. BARTOLE- R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 617 ss.

una maggiore omogeneità all'interno del Parlamento, non può avere un effetto palinogenetico e, cioè, non può riuscire, isolatamente, ad immettere nuova linfa in un sistema politico debole e sempre più frammentato⁸². Certo, se a tale riforma, si accompagnasse una più stringente disciplina giuridica dei partiti, ad esempio imponendo loro un vincolo di democraticità interna⁸³ e reintroducendo il loro finanziamento pubblico, se pur con moderazione ed adeguati controlli, forse si potrebbe realmente compiere un'opera di eliminazione delle degenerazioni del sistema politico (perlomeno di quelle che possono essere corrette in via giuridica) e dare ad esso una nuova linfa.

Peraltro, pur ammettendo che la novella regolamentare possa porre un argine al transfughismo, sebbene con i limiti appena esposti, se si guarda al caso di Italia Viva, si ha la dimostrazione di come la stessa riforma non abbia comunque impedito il verificarsi di fenomeni degenerativi, portando a fare coesistere due differenti forze politiche al solo fine di aggirare le nuove disposizioni e dimostrando che la forma e la sostanza possano non essere corrispondenti. La forma, cioè il regolamento del Senato, prevede che possa essere formato un gruppo parlamentare se esso rappresenta un partito politico o un movimento presentatosi alle elezioni. La sostanza, tuttavia, evidenzia come, di fatto, si sia formato un gruppo parlamentare (Italia Viva-PSI) principalmente rappresentativo di un partito formatosi dopo le elezioni.

Non solo: se in questo caso si può rinvenire una vicinanza ideologica fra i componenti dello stesso, sebbene distinta in due aree, questo potrebbe non avvenire in altri casi. Si pensi, ad esempio, all'eventualità in cui dei parlamentari, pur di formare un autonomo gruppo, si avvalgano del contrassegno di forze politiche differenti, se non opposte. Non sembra, questo, un aspetto di poco rilievo, se si considera che il fine della riforma è propriamente quello di creare una maggiore omogeneità politica all'interno del Senato.

Se a ciò si aggiunge, come precedentemente evidenziato, che le disposizioni inerenti alla formazione dei gruppi parlamentari sono vigenti soltanto per una delle due Camere, si rinviene come l'esistenza di una disomogeneità fra la Camera ed il Senato possa influenzare significativamente la formazione di una maggioranza più o meno omogenea e l'esercizio stesso della funzione legislativa.

⁸² In questo senso, si vedano le considerazioni di M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi*, cit., 156 ss.

⁸³ Si pensi al primo comma dell'Art.21 della *Grundgesetz* tedesca che, come è noto, prevede che l'ordinamento interno dei partiti debba essere "conforme ai principi fondamentali della democrazia". Sulla necessità che la riforma del regolamento del Senato si coordini con una maggiore disciplina dei partiti si veda ancora M. PODETTA, *La nuova disciplina dei gruppi*, cit., 161. E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e Art.67 della Costituzione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2 agosto 2019, 196, ritiene, inoltre, che la loro democraticità interna sia "indispensabile all'assolvimento di una reale intermediazione tra sfera sociale e sfera istituzionale". Sulla fondamentale connessione fra libero mandato parlamentare e democraticità interna dei partiti si veda A. MORELLI, *Rappresentanza politica*, cit., 93 ss. il quale a sua volta riporta, *ex plurimis*, i contributi di S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, 2009; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2010 e A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 4/2015.

In conclusione, alla luce di tali considerazioni ed a parere di chi scrive, si ritiene che la riforma inerente alla formazione dei gruppi parlamentari al Senato presenti alcuni aspetti poco efficaci.

Essa, pur muovendo dal fine condivisibile di evitare un'eccessiva frammentazione politica, rischia di imbrigliare nelle maglie dei regolamenti un fenomeno per lo più espressivo di un costume politico che, sebbene regolamentato, può in ogni caso continuare a verificarsi e, se del caso, presentare delle ulteriori degenerazioni derivanti da una distorta applicazione delle nuove disposizioni (volta ad aggirarne, di fatto, il contenuto).

Con ciò non si vuole, di certo, dire che qualsiasi fenomeno politico o sociale non possa essere regolamentato: se così fosse verrebbe meno la funzione stessa del diritto. Ciò che si contesta, dunque, non è l'atto del riformare in sé, necessario affinché l'ordinamento giuridico risponda maggiormente alle esigenze proprie della società, ma il contenuto della riforma adottata per il regolamento del Senato che, lungi dall'essere un argine al fenomeno del trasformismo politico può essere, al contrario, inefficace, consentendo che, con forme differenti, questo si manifesti ugualmente e che la sostanza rimanga immutata.

UN NUOVO DIRITTO AL TEMPO DEL COVID-19? ACCESSO A INTERNET E
*DIGITAL DIVIDE**

COSIMO LOTTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accesso a Internet, esercizio dei diritti fondamentali e *digital divide*. – 3. È davvero necessario configurare l'accesso a Internet come diritto autonomo (anche per il tramite di una riforma della Costituzione) o ricondurlo a un diritto sociale? – 4. *Digital divide* e Covid-19: un'accelerazione per garantire l'accesso a Internet.

1. Premessa

L'emergenza sanitaria da Covid-19, manifestatasi in Italia a partire dal mese di febbraio 2020, offre notevoli spunti di riflessione per affrontare la tematica dell'accesso a Internet e del c.d. *digital divide*.

Occorre preliminarmente sottolineare che la pandemia ha messo a dura prova talune libertà fondamentali dell'individuo, poiché il Governo, proprio al fine di preservare la salute dei cittadini, ha adottato misure contenitive del contagio che hanno inciso sulla libertà di circolazione e soggiorno, sulla libertà di riunione, sulla libertà di religione («o meglio [su]la libertà di esercizio del culto pubblico e in forma collettiva»¹), nonché sull'iniziativa economica privata.

Pertanto, a seguito dell'entrata in vigore del D.P.C.M. 9 marzo 2020, attuativo del decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6² (recante disposizioni urgenti applicabili sull'interno territorio nazionale al fine del contenimento della pandemia) e, soprattutto, con il decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18³ la pubblica amministrazione⁴, le scuole⁵, le

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in www.giurcost.org, 1/2020, 229.

² Decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6, convertito con modificazioni dalla Legge 5 marzo 2020 n. 13 e successivamente abrogato con decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35.

³ Decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni dalla Legge 24 aprile 2020 n. 27.

università⁶, nonché i datori di lavoro privati hanno dovuto implementare le modalità di lavoro a distanza (c.d. lavoro agile o *smart working*⁷) al fine di garantire, per quanto possibile, la prosecuzione dell'attività didattica, dell'attività della pubblica amministrazione, nei limiti in cui questa non potesse essere differita, e delle attività economiche private, ove alla loro continuazione fosse applicabile il lavoro agile. Inoltre, tale modalità di lavoro è stata applicata anche all'amministrazione della giustizia: infatti, l'art. 83 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, prevede, nei casi e con le modalità indicate dallo stesso decreto, la prosecuzione delle attività di udienza tramite remoto⁸.

È risultato quindi evidente, forse più di quanto non fosse in passato, che l'accesso a Internet è uno strumento necessario al fine di garantire talune libertà dell'individuo e che la mancanza di strumenti (*smartphone, tablet, notebook, personal computer*), di infrastrutture (c.d. reti) e di conoscenze digitali⁹, nonché l'ineffettività della c.d. *net neutrality*¹⁰, possano davvero impedire l'esercizio di numerosi diritti fondamentali nella realtà *online*.

2. Accesso a Internet, esercizio dei diritti fondamentali e digital divide

⁴ Cfr. decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, art. 87 (Misure straordinarie in materia di lavoro agile e di esenzione dal servizio e di procedure concorsuali), conv. dalla L. n. 27/2020.

⁵ Decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, art. 120 (Piattaforme per la didattica a distanza), conv. dalla L. n. 27/2020.

⁶ Cfr. decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, art. 101 (Misure urgenti per la continuità dell'attività formativa delle Università e delle Istituzioni di alta formazione artistica musicale e coreutica), conv. dalla L. n. 27/2020.

⁷ Sul punto, in particolare, cfr. legge 22 maggio 2017 n. 81 ("Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato"), art. 18 rubricato "Lavoro agile". La norma in esame qualifica il lavoro agile (o *smart working*) e statuisce che «(...) allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, [viene promosso] il lavoro agile quale modalità di esecuzione del lavoro di rapporto subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

⁸ Sul punto cfr. decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, art. 83 (Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare), comma 7, conv. dalla L. 27/2020.

⁹ A riguardo si parla di alfabetizzazione digitale. Di alfabetizzazione digitale tratta l'art. 8 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82: «Lo Stato e i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, promuovono iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini con particolare riguardo ai minori e alle categorie a rischio di esclusione, anche al fine di favorire lo sviluppo di competenze di informatica giuridica e l'utilizzo dei servizi digitali delle pubbliche amministrazioni con azioni specifiche e concrete, avvalendosi di un insieme di mezzi diversi fra i quali il servizio radiotelevisivo».

¹⁰ Per una definizione di neutralità della rete cfr. F. DONATI, voce *Internet (Dir. Cost.)* in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, 536. In particolare, l'A. definisce il principio della neutralità della rete come l'insieme «[del]le condizioni volte a garantire la parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di accedere liberamente a contenuti, servizi e applicazioni di propria scelta».

Per meglio comprendere tale assunto è necessario precisare quanto segue. Internet non è solo lo strumento grazie al quale gli internauti comunicano o manifestano il proprio pensiero (ciò che può avvenire tramite *social network*, *blog* o svariati servizi di messaggistica), ma può costituire uno strumento attraverso cui esercitare diritti civili e politici o sviluppare la propria personalità¹¹.

Internet, oltre ad assolvere alla funzione di mettere in comunicazione più soggetti a fini commerciali e ludici, può infatti «essere utilizzato come strumento di democrazia partecipativa che permette un diverso modo di intendere i diritti politici»¹² e i diritti inviolabili della persona. Altra parte della dottrina, invece, ha posto l'accento sulla sua «realità». In particolare, si è ritenuto che il *cyberspazio* debba essere considerato in termini più ampi come una «struttura sociale»¹³.

Per la molteplicità degli usi cui si presta occorre quindi evidenziare la difficoltà di inquadrare Internet nell'ordinamento costituzionale italiano atteso che esso, per sua natura, è refrattario a logiche regolatrici, in quanto consiste in una infrastruttura che opera in assenza di organizzazione gerarchica: in Internet, infatti, «non esiste alcun punto, né “centrale” né di “vertice”, dal quale si diramano tutti i percorsi, né è possibile individuare una macchina alla quale tutte le altre devono essere collegate per comunicare tra loro [...]»¹⁴.

Ebbene, Internet veniva originariamente considerato alla stregua di un innovativo mezzo di comunicazione funzionale alla interazione di due o più soggetti tra loro e che trovava copertura costituzionale unicamente negli articoli 15 e 21 Cost. In particolare, considerata proprio la peculiarità del mezzo tecnologico, si è sottolineata per Internet la necessità di valutare di volta in volta la tipologia della comunicazione presa in esame per comprendere a quale libertà (di corrispondenza o di manifestazione del pensiero) fare riferimento. A tal proposito la dottrina ha operato una «sintesi interpretativa tra le due norme» per ricondurre la libertà di cui all'art. 15 e quella di cui all'art. 21 Cost. ad una «matrice costituzionale unica, la libertà di comunicazione»¹⁵.

Tuttavia, oggi è riduttivo limitarsi a relegare Internet nell'ambito delle comunicazioni (sia interpersonali che rivolte ad un numero indefinito di soggetti). Parte della dottrina, invero, ha distinto tra i diritti e le libertà classiche – che vanno oltre le libertà di corrispondenza e di manifestazione del pensiero – che possono trovare

¹¹ Sul punto P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in AA.VV., *I diritti sociali: da riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino, G. Scala e G. Verde, Atti del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”. Trapani, 8-9 giugno 2012, Napoli, 2013. Cfr. anche Z. ZENCOVICH, *Access to network as a Fundamental right*, Relazione al Convegno Human rights, Firenze, 15 dicembre 2008.

¹² F. DONATI, *op. cit.*, 534. Sullo stesso punto cfr. anche G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 3/2011, 368 s.

¹³ P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2011, 5.

¹⁴ G.M. RUOTOLO, voce *Internet (Dir. internaz.)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, 547.

¹⁵ F. DONATI, *op. cit.*, 533. L'A. segnala a titolo esemplificativo alcune situazioni in cui risulta complesso distinguere tra una comunicazione ricadente nel perimetro dell'art. 15 Cost. piuttosto che in quello dell'art. 21. In particolare, «questa distinzione [...] però talvolta risulta assai difficile da effettuare in concreto, come nel caso dei *social networks*, delle *chat* e dei *social groups*. Come può inquadrarsi, ad esempio, la richiesta di iscrizione a un gruppo di discussione chiuso, quando la stessa viene accettata in via automatica? O ancora, cosa accade se si partecipa a un *forum* chiuso quando l'amministratore del gruppo ha il potere di ammettere nuovi partecipanti o persino di aprire la conversazione a tutti?»

riconoscimento anche in Internet¹⁶ e quelli che invece possono avere una incidenza esclusivamente nella realtà fisica¹⁷. Nello specifico, si è ritenuto che nel cyberspazio siano rilevanti il diritto all'onore e alla reputazione, il diritto al nome e alla propria identità, il diritto all'immagine, il diritto alla riservatezza, il diritto alla salute, la libertà di insegnamento, il diritto al lavoro, la libertà sindacale, la libertà di iniziativa economica privata e il diritto d'autore. Invece, non possono essere esercitati su Internet, proprio perché richiedono una fisicità opposta alla virtualità del cyberspazio, le libertà di domicilio, di circolazione e di riunione¹⁸. Si tratta comunque di una distinzione che non può essere assunta in termini rigidi, non potendosi escludere che, in un prossimo futuro, anche per questi ultimi diritti possa configurarsi una modalità di esercizio anche su Internet. Infatti – e proprio in ciò sta la difficoltà di un suo inquadramento costituzionale – «nella rete i diritti vengono re-interpretati e trovano una loro base di sviluppo; sia diversi vecchi sia molti nuovi diritti»¹⁹.

Inoltre, non può sottacersi la *forza* di Internet che, abbattendo le barriere fisiche e consentendo agli internauti di navigare *senza confini*, «ha consentito il recupero della nozione di manifestazione del pensiero come libertà individuale, cioè senza filtri, ovvero senza mediazione di sorta, un *open network*. [...] Grazie a Internet oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori»²⁰. Ecco che, allora, proprio per la *pervasività* dello strumento in esame e per la possibilità che esso offre di esercitare diritti nella realtà *online*, si è sostenuto che, accanto alla cittadinanza comunemente intesa, ad essa si affianca la cittadinanza elettronica. In particolare, secondo tale impostazione, la cittadinanza «da *materiale* si è fatta, in un certo senso, virtuale: l'esercizio di molti diritti fondamentali è stato svincolato dal rapporto diretto tra il cittadino e gli apparati istituzionali, divenendo mediato da strumenti informatici che, per loro stessa natura, si collocano al di fuori degli spazi fisici entro cui il rapporto tra il primo e il secondo ha certamente luogo»²¹.

Pertanto, alla luce di quanto sostenuto, sarà ora necessario affrontare il tema dell'accesso alla rete, presupposto necessario per poter operare nel cyberspazio. Se, infatti, non viene garantito l'accesso alla rete ha poca utilità discorrere dei diritti esercitabili in Internet. A tal proposito bisogna anche considerare che le disuguaglianze alla base dell'accesso ai diritti nella realtà materiale (*offline*) si riverberano inevitabilmente nel mondo virtuale (*online*). Anzi, secondo parte della dottrina, è

¹⁶ M. BETZU, *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012, 77 ss.

¹⁷ M. BETZU, *op. cit.*, 83 ss.

¹⁸ A proposito della libertà di riunione, tale dottrina (M. BETZU, *op. cit.*, 85) ritiene che alle c.d. *riunioni virtuali*, attuate ad esempio attraverso *social media* o *chat*, non possa essere applicato l'art. 17 della Costituzione, bensì gli artt. 15 e 21 della stessa, atteso che l'art. 17 Cost. «presuppone (...) un luogo nel quale le persone possano – *rectius*, debbano – ritrovarsi, mentre le c.d. riunioni virtuali sono tali solo per effetto di un'etichetta linguistica che ne maschera la vera natura: sono comunicazioni o manifestazioni del pensiero, non già riunioni».

¹⁹ G. AZZARITI, *op. cit.*, 372.

²⁰ T.E. FROSINI, *Il Diritto costituzionale di accesso ad Internet*, in AA.VV., *Il diritto di accesso ad Internet*, a cura di M. Pietrangelo, Napoli, 2011, 31.

²¹ F. AMORETTI, E. GARGIULO, *Dall'appartenenza materiale all'appartenenza virtuale? La cittadinanza elettronica fra processi di costituzionalizzazione della rete e dinamiche di esclusione*, in *Pol. dir.*, 3/2010, 354.

proprio lo stato di de-regolamentazione che caratterizza Internet il fattore alla base della disuguaglianza digitale²², meglio nota come *digital divide*. Con questa formula lessicale si fa riferimento «al perdurante discrimine (dovuto a fattori culturali, economici e generazionali) tra una parte della popolazione in grado di sfruttare, almeno parzialmente, le potenzialità offerte dalla rete, ed un'altra parte, che rimane priva degli strumenti per accedervi ed ivi esercitare i diritti e le libertà previste dall'ordinamento, nonché adempiere i doveri che – in modo crescente – non possono prescindere dall'utilizzo dello strumento informatico»²³.

Sarà quindi necessario comprendere come l'accesso alla rete debba essere configurato dal punto di vista del diritto costituzionale e quale ne sia il fondamento. In particolare, sarà essenziale verificare se esso vada qualificato in termini di diritto (sociale) per l'esercizio di altri diritti, se esso meriti una collocazione autonoma nel novero dei diritti fondamentali tramite la sua previsione in Costituzione oppure se esso debba essere considerato alla stregua di uno strumento funzionale alla realizzazione di altri diritti.

Ebbene, parte della dottrina ha sostenuto che l'accesso a Internet debba essere configurato come un diritto fondamentale, «espressione di un diverso modo d'essere nella persona nel mondo, dunque come effetto di una nuova distribuzione del potere sociale»²⁴, nonché «[...] momento fondamentale per la partecipazione alla società dell'informazione, riflesso di un'economia basata sulla conoscenza»²⁵.

Secondo altra visione, riconoscere un autonomo diritto di accedere alla rete sarebbe ridondante. In base a questo orientamento, invero, «la possibilità di una interpretazione evolutiva del testo costituzionale [...] non consente di differenziare Internet dalla televisione: se per quest'ultima non vi fu alcuna modificazione costituzionale, non sembra necessario seguire un percorso differente per Internet. In questa prospettiva, infatti, emerge il carattere strumentale dell'accesso per la realizzazione di diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti»²⁶. Sempre secondo questo orientamento, allora, la strada da percorrere è quella di configurare l'accesso a Internet come un diritto sociale. Così operando, infatti, il cittadino-utente potrebbe

²² F. AMORETTI, E. GARGIULO, *op. et loc. ult. cit.*

²³ L. NANNIPIERI, *Costituzione e nuove tecnologie: profili costituzionali dell'accesso a Internet*, in *Rivista dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Secondo seminario annuale del "Gruppo di Pisa" con i dottorandi delle discipline giurispubblicistiche su "Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali", Università di Roma Tre, 20 settembre 2013, 3. Inoltre, sul punto cfr. P. PASSAGLIA, *Diritto di Accesso ad Internet e Giustizia Costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in AA.VV., *Il diritto di accesso ad Internet*, cit., 78: «Ad oggi, una decisione che affronta sia pure implicitamente, il tema del *digital divide* è rintracciabile anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Il riferimento va alla sentenza n. 307 del 2004 [in cui] (...) la Corte, in buona sostanza, ha assegnato all'impegno a favore dell'alfabetizzazione informatica ed alla eliminazione delle barriere (economiche) che si frappongono alla diffusione delle tecnologie informatiche (almeno tra i giovani) un ruolo tanto significativo da giustificare azioni da parte dei pubblici poteri che non siano astrette al rigoroso rispetto del riparto competenziale».

²⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 384.

²⁵ G. CAMERA, O. POLLICINO, *La legge è uguale anche sul web. Dietro le quinte del caso Google – Vivi down*, Milano, 2010, 19.

²⁶ L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Pol. dir.*, 2-3/2012, 283.

vantare nei confronti dei pubblici poteri la pretesa di ottenere sia la alfabetizzazione della popolazione nonché le infrastrutture necessarie per accedere a Internet²⁷. Quindi, il diritto di accesso a Internet dovrebbe essere qualificato come un diritto sociale «o meglio, *una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*, al pari dell'istruzione, della sanità e della previdenza»²⁸.

Altra via intrapresa nella qualificazione dell'accesso a Internet è stata quella di annoverarlo tra i diritti costituzionali tramite il procedimento di revisione previsto dall'art. 138 Cost.

In particolare, è stata avanzata la possibilità di introdurre l'art. 21-*bis* della Costituzione in base al quale «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla Rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale»²⁹.

Inoltre, sempre nella prospettiva di una modifica al dettato costituzionale, con l'A.S. 1317³⁰ è stata proposta l'inserimento del comma II nell'art. 21 della Costituzione, secondo il quale «tutti hanno il diritto di accedere liberamente alla rete Internet. La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale al fine di rendere effettivo questo diritto. La legge promuove e favorisce le condizioni per lo sviluppo della tecnologia informatica».

Ancora, con l'A.S. 1561³¹ è stata proposta la modifica della Costituzione nel senso di inserire nel testo costituzionale l'art. 34-*bis* recante “Disposizioni relative al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet” dal seguente tenore: «Tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete *internet*, in modo neutrale, in condizione di parità e con modalità tecnologicamente adeguate. La Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo l'accesso alla rete *internet* come luogo ove si svolge la personalità umana, si esercitano i diritti e si adempiono i doveri di solidarietà politica, economica e sociale».

Merita altresì di essere menzionata la *Dichiarazione dei diritti in Internet*³², documento composto da 14 articoli elaborato dalla *Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet* (istituita presso la Camera dei deputati) a seguito della consultazione pubblica, delle audizioni svolte e della riunione della stessa Commissione del 14 luglio 2015. Tale Dichiarazione, come si legge nel preambolo, «è uno strumento

²⁷ L. CUOCOLO, *op. cit.*, 284.

²⁸ T. E. FROSINI, *op. cit.*, 32.

²⁹ La proposta di inserimento dell'art. 21-*bis* della Costituzione è stata avanzata da S. Rodotà in occasione dell'Internet governance forum (29 novembre 2010). Tale proposta è stata poi condivisa da un gruppo di Senatori, i quali hanno presentato un disegno di legge costituzionale (A.S. 2485), assegnato alla Prima Commissione Permanente (Affari Costituzionali) in data 1 febbraio 2011 e mai esaminato: <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/36202.htm>.

³⁰ Atto Senato n. 1317, presentato il 17 febbraio 2014, <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/43981.htm>.

³¹ Atto Senato n. 1561, presentato il 10 luglio 2014, <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44665.htm>. Nella sessione n. 343 della Prima Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente del 1° dicembre 2015 è stato disposto l'esame congiunto dell'Atto Senato n. 1561 con l'Atto Senato n. 1317.

³² La dichiarazione è reperibile all'indirizzo: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale». La Dichiarazione in esame – che comunque non è vincolante e non fa quindi sorgere pretese giuridicamente azionabili dinanzi al giudice – all’art. 2 fa espresso riferimento al Diritto di accesso (alla rete) così stabilendo: «L’accesso ad Internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale. Ogni persona ha eguale diritto di accedere a Internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale. Il diritto fondamentale di accesso a Internet deve essere assicurato nei suoi presupposti sostanziali e non solo come possibilità di collegamento alla Rete. L’accesso comprende la libertà di scelta per quanto riguarda dispositivi, sistemi operativi e applicazioni anche distribuite. Le Istituzioni pubbliche garantiscono i necessari interventi per il superamento di ogni forma di divario digitale tra cui quelli determinati dal genere, dalle condizioni economiche oltre che da situazioni di vulnerabilità personale e disabilità».

3. È davvero necessario configurare l’accesso a Internet come diritto autonomo (anche per il tramite di una riforma della Costituzione) o ricondurlo a un diritto sociale?

Così ripercorsi gli orientamenti della dottrina, è necessario adesso dare conto di un’ulteriore tesi proposta che, invece, non considera l’accesso a Internet alla stregua di un diritto sociale o da inserire in Costituzione ma lo configura piuttosto uno strumento funzionale al perseguimento di diritti già garantiti. In particolare, secondo questa impostazione (cui si ritiene di dover aderire) per assicurare l’accesso a Internet e quindi – per il suo tramite – i diritti fondamentali, non è necessario apportare modifiche alla Costituzione ma esso può essere garantito tramite strumenti giuridici già esistenti. In particolare, si ritiene che la previsione in Costituzione di un autonomo diritto all’accesso a Internet non risulterebbe utile. L’accesso alla rete va infatti ricollegato ad un diritto fondamentale di cui è titolare l’individuo e che trova fondamento in Costituzione. E allora, forse, più che di un diritto all’accesso a Internet, bisognerebbe discorrere di diritti fondamentali esercitabili per il tramite di Internet. Da qui la necessità di spostare il baricentro del dibattito dal *diritto allo strumento* alla *effettività del diritto esercitabile tramite lo strumento*. Ecco che, così procedendo, si aggancia il diritto fondamentale allo strumento dell’accesso a Internet e la Repubblica, così come è impegnata a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano i diritti fondamentali che non trovano la loro dimensione (solo) nel cyberspazio, allo stesso modo è impegnata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono all’esercizio dei diritti fondamentali (anche) in Internet.

Come sostenuto, infatti, è più opportuno considerare il diritto di accesso strumentale rispetto ad altre libertà già costituzionalizzate³³. In altre parole, l’accesso a

³³ M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in www.rivistaaic.it, 4/2012, 7.

Internet non deve essere considerato il fine ma il mezzo per perseguire il primo, cioè il soddisfacimento dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti³⁴.

E, invero, come sostenuto da parte della dottrina, «non sembrano [...] sussistere ragioni perché, rispetto ad altri mezzi analoghi, proprio per internet dovrebbe potersi configurare un diritto alla sua libera utilizzazione: ciò che, d'altro canto, colliderebbe con il paradigma, avallato dalla stessa Corte costituzionale, per cui, esemplarmente, alla libertà formale di manifestazione del pensiero non si accompagna un simile diritto sugli strumenti a prescindere dalla loro giuridica disponibilità»³⁵. A quest'ultimo proposito, infatti, occorre rammentare che la Corte costituzionale ha statuito che il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero «non comprende anche quello di disporre di tutti i possibili mezzi»³⁶ e che «in una democrazia pluralista tale libertà si caratterizz[a], essenzialmente, per l'assenza di controlli, preventivi e censori, sugli stampati da parte dei pubblici poteri»³⁷.

Inoltre, avallando la tesi secondo cui l'accesso a Internet costituisce uno strumento per la realizzazione dei diritti fondamentali, prescindendo quindi da un suo riconoscimento in termini di diritto fondamentale, comunque non verrebbe meno il suo collegamento nesso con il c.d. *digital divide*, nel senso che, tramite il primo, deve essere comunque eliminato il secondo.

A tal proposito e a titolo meramente esemplificativo, si consideri che, se la Repubblica garantisce il diritto all'istruzione (art. 34 Cost.) tramite la costruzione dell'infrastruttura (scuola), allo stesso modo dovrà garantire – a maggior ragione in una situazione di emergenza sanitaria – l'effettività del diritto all'istruzione mediante interventi volti ad assicurare la didattica a distanza e ciò prescindendo da una modifica del dettato costituzionale³⁸.

Ancora a titolo di esempio, per ciò che concerne il diritto alle prestazioni sociali (art. 38 Cost.), così come la Repubblica è impegnata a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale per assicurare ai lavoratori adeguati mezzi in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria nella *realtà offline*, allo

³⁴ Sul punto cfr. V. CERF, *Internet Access Is Not A Human Right*, in *New York Times*, 2012. L'articolo è reperibile all'indirizzo: <https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html> «[...] Technology is an enabler of rights, not a right itself. There is a high bar for something to be considered a human right. Loosely put, it must be among the things we as humans need in order to lead healthy, meaningful lives, like freedom from torture or freedom of conscience. It is a mistake to place any particular technology in this exalted category, since over time we will end up valuing the wrong things. For example, at one time if you didn't have a horse it was hard to make a living. But the important right in that case was the right to make a living, not the right to a horse. Today, if I were granted a right to have a horse, I'm not sure where I would put it».

³⁵ P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad Internet*, in *www.giurcost.org*, 2012.

³⁶ C. Cost., sent. 225/1974.

³⁷ T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2017, 595.

³⁸ In questa direzione il Decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, convertito dalla Legge 24 aprile 2020, n. 27, art. 120 (Piattaforme per la didattica a distanza) ha previsto lo stanziamento di risorse economiche. In particolare sono stati stanziati 10 milioni di euro nel 2020, al fine di consentire alle istituzioni scolastiche statali di dotarsi di piattaforme e di strumenti digitali utili per l'apprendimento a distanza; 70 milioni di euro nel 2020 per l'acquisizione, in comodato d'uso, dispositivi digitali individuali per la fruizione di piattaforme per l'insegnamento nonché per la necessaria connettività in rete; 5 milioni di euro nel 2020 al fine di formare il personale scolastico sulle metodologie e le tecniche per la didattica a distanza.

stesso modo essa dovrà garantire mezzi adeguati a rimuovere i predetti ostacoli nella *realità online*.

Ugualmente, per quanto riguarda il diritto alla salute (art. 32 Cost.), la Repubblica deve tutelarla nell'interesse della collettività non solo – ovviamente – nella realtà *offline*, ma anche con l'ausilio di strumenti di telemedicina. Con questa espressione si intende «la modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle Information and Communication Technologies (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località. La Telemedicina comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti»³⁹. Pertanto, la telemedicina si pone rispetto al diritto alla salute come mezzo per conseguire il fine. Né convince la configurabilità dell'accesso a Internet in termini di diritto sociale, in quanto – fin quando l'ordinamento giuridico non configurerà la rete come unica ed esclusiva possibilità di accesso a forme di partecipazione politica, economica e sociale – non si comprende come possa avanzarsi una pretesa giuridica di accedere al mezzo, che trovi il suo fondamento nell'art. 3, comma II, Cost., se il diritto può essere realizzato in altre forme⁴⁰.

Inoltre, la configurazione dell'accesso a Internet in termini di diritto sociale pone dei problemi in merito alla sua effettiva previsione ad opera del legislatore: *quid juris* se questi non provvederà al suo riconoscimento? Come si potrà pretendere che il legislatore qualifichi l'accesso a Internet in termini di diritto sociale se si considera altresì che i diritti sociali stessi, per loro natura, sono condizionati dalle risorse finanziarie disponibili?⁴¹

Ecco che allora, alla luce di quanto sostenuto e come prospettato da parte della dottrina, «più che il richiamo al concetto di “diritto”, sembra allora che possa risultare di una qualche utilità il riferimento alla nozione di “servizio pubblico”: come dire che, più che indugiare sulla qualificabilità dell'accesso alla stregua di un diritto si possono raggiungere approdi concreti fondandosi sulla qualificazione di *internet* come “servizio pubblico”»⁴².

Infatti, sussumere l'accesso a Internet nel servizio pubblico, e in particolare nel servizio universale⁴³, al fine di ridurre il c.d. *digital divide* comporterebbe l'indubbio vantaggio – a Costituzione invariata – di non escludere nessuna fascia della popolazione

³⁹ Ministero della Salute, *Telemedicina. Linee di indirizzo nazionali*. Il documento è reperibile all'indirizzo web: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf

⁴⁰ Sul punto cfr. P. TANZARELLA, *op. cit.*, 24.

⁴¹ Sul punto cfr. L. CUOCOLO, *op. cit.*, 285.

⁴² P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 88.

⁴³ Sul punto cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 377. Secondo l'Autore, «all'interno del perimetro del servizio pubblico, in alcuni settori (per esempio in quello della telefonia o del servizio postale) il regolatore individua un perimetro più ristretto di prestazioni minime che costituiscono il cosiddetto “servizio universale” e che devono essere erogate anche se producono perdite (...)».

dal servizio di internet (sarebbe meglio, dalla banda larga⁴⁴), funzionale all'esercizio di diritti fondamentali.

Invero, l'art. 1, comma 1, lettera *ll*), del Codice delle comunicazioni elettroniche⁴⁵ definisce il servizio universale come «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile».

Con specifico riguardo all'accesso alla rete, già l'art. 54 del Codice in parola ricomprende nel servizio universale anche la trasmissione dei dati che deve essere tale da consentire un efficace accesso a Internet. Tuttavia, si stabilisce che la trasmissione dati deve essere garantita ad una – evidentemente insufficiente – velocità pari a 56 kbps⁴⁶. Sarà pertanto necessario che il regolatore (ovvero il legislatore) includa nel servizio universale, ai fini di una concreta utilità dell'accesso a Internet, la banda larga⁴⁷. A tal proposito – a conforto della tesi qui sostenuta e auspicando l'inclusione dell'accesso alla banda larga nel servizio universale – si consideri la Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo e del Consiglio, istitutiva del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche e attualmente sottoposta all'esame della Commissione Politiche dell'Unione Europea del Senato⁴⁸, che, all'art. 84 (rubricato “Servizio universale a prezzi accessibili”), comma 1, ha così statuito: «Gli Stati membri provvedono affinché tutti i consumatori nei loro territori abbiano accesso a un prezzo abbordabile, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, a un adeguato servizio di accesso a internet a banda larga e a servizi di comunicazione vocale, che siano disponibili, al livello qualitativo specificato nei loro territori, ivi inclusa la connessione sottostante, in postazione fissa».

4. Digital divide e Covid-19: un'accelerazione per garantire l'accesso a Internet

Ora, è proprio il c.d. *digital divide* ad impedire il pieno esercizio dei diritti costituzionali in Internet e tale divario si è acuito proprio nel periodo di emergenza sanitaria causata dal Covid-19, in quanto, come già anticipato in premessa, tramite il collegamento da remoto (e solo tramite esso) è stato possibile esercitare taluni diritti fondamentali.

⁴⁴ Sul punto cfr. G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in AA.VV., *Dalla tecnologia ai diritti. La banda larga e i servizi a rete*, a cura di G. De Minico, Napoli, 2010, 9. L'Autrice, pur ravvisando la necessità di includere la banda larga nel servizio universale, sposa le tesi in base alla quale l'accesso a Internet vada qualificato come diritto sociale.

⁴⁵ Decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, Codice delle Comunicazioni elettroniche.

⁴⁶ Cfr. sito istituzionale dell'AGCOM, <https://www.agcom.it/prestazioni-di-servizio-universale>.

⁴⁷ Sul punto, in merito a cenni tecnici e ai vantaggi offerti dalla banda larga, cfr. G. DE MINICO, *op. cit.*, 4-6.

⁴⁸ A.S. 1721, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2019: recepimento del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (Direttiva 2018/1972). L'A.S. 1721 è reperibile all'indirizzo web: <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52774.htm>.

Atteso che, come evidenziato, il c.d. *digital divide* non è sorto con l'emergenza sanitaria⁴⁹, occorre in questa sede verificarne lo "stato dell'arte" tra il 2019 e il 2020 al fine di comprendere come esso incida sull'esercizio di diritti fondamentali.

Ebbene, secondo quanto riportato dai dati Istat del 2020, una famiglia su tre non ha accesso a Internet e nel sud Italia la percentuale di famiglie senza computer supera il 41%. In particolare, «nel periodo 2018-2019, il 33,8% delle famiglie non ha computer o tablet in casa. La quota scende al 14,3% tra le famiglie con almeno un minore. Solo per il 22,2% delle famiglie ogni componente ha a disposizione un pc o tablet». Inoltre, «nel Mezzogiorno il 41,6% delle famiglie è senza computer in casa (rispetto a una media di circa il 30% nelle altre aree del Paese) e solo 14,1% ha a disposizione almeno un computer per ciascun componente». E, ancora, «il 12,3% dei ragazzi tra i 6 e i 17 anni non ha un computer o un tablet a casa. La quota raggiunge quasi un quinto nel Mezzogiorno (470 mila ragazzi). Solo il 6,1% vive in famiglie dove è disponibile almeno un computer per ogni componente»⁵⁰.

È evidente, pertanto, che l'acuirsi della emergenza sanitaria causata dal Covid-19 ha fatto riemergere con maggior vigore la problematica del c.d. *digital divide* e che si impongono delle azioni imminenti e concrete volte a ridurre la portata. A tal fine l'art. 82 (rubricato "Misure destinate agli operatori che forniscono reti e servizi di comunicazioni elettroniche"), comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, ha previsto che «le imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico sono imprese di pubblica utilità e assicurano interventi di potenziamento e manutenzione della rete nel rispetto delle norme igienico-sanitarie e dei protocolli di sicurezza anti-contagio». L'introduzione di tale norma è volta proprio a «stimolare interventi di potenziamento di infrastrutture e ad assicurare la fornitura di servizi di comunicazione elettronica in grado di supportare la crescita dei consumi e la gestione dei picchi di traffico generati dalla necessità di svolgere attività (*smart working*, *e-learning*) o di passare il proprio tempo in casa (informazione, comunicazione, intrattenimento, acquisti online) utilizzando la rete Internet o i tradizionali servizi voce e dati»⁵¹.

Si ritiene quindi, in via generale e alla luce di quanto evidenziato, che le basi per superare il c.d. divario digitale (dovuto a fattori culturali, economici e legati alle competenze digitali), soprattutto da un punto di vista infrastrutturale, vadano poste attraverso l'inclusione dell'accesso alla banda larga nel servizio universale, ciò anche alla luce della Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo e del Consiglio, istitutiva del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche.

⁴⁹ In Italia, infatti, secondo i dati Istat del 2018, la quota di famiglie che accedono a Internet da casa mediante banda larga sale al 73,7% dal 70,2% del 2017. Cfr. <https://www.istat.it/it/archivio/226240>.

⁵⁰ Sul punto cfr. "Spazi in casa e disponibilità di computer per bambini e ragazzi", 6 aprile 2020, <https://www.istat.it/it/files/2020/04/Spazi-casa-disponibilita-computer-ragazzi.pdf>.

⁵¹ Sul punto cfr. Relazione illustrativa al decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18. Tale relazione è reperibile all'indirizzo web: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/03/18/decreto-cura-italia-un-primo-sguardo-alle-norme-di-procedura-penale-di-ordinamento-penitenziario-e-di-ordinamento-giudiziario/dl-cura-italia-relazione-illustrativa/>.



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

**LA GESTIONE DELL'EMERGENZA COVID CON PARTICOLARE
RIFERIMENTO AI CONTRATTI PUBBLICI ED AL RUOLO DELLA
PROTEZIONE CIVILE***

ANDREA ABBAMONTE**

SOMMARIO: Descrizione degli interventi emergenziali adottati dal Governo, Enti Regionali, ed Enti Locali nella prima fase del COVID-19. - 1. Le ragioni di un'analisi. - 2. Le misure emergenziali: dal sistema della Protezione Civile al sistema dell'emergenza COVID. - 3. Il procedimento di acquisizione dalle forniture in emergenza COVID: dalle ordinanze di Protezione Civile a quelle dei soggetti attuatori. - 4. Soggetti chiamati a gestire l'emergenza COVID -. 5. Le deroghe al T.U. 50/2016, ed alle normative relative agli affidamenti di pubbliche forniture. - 6. Conclusioni.

Descrizione degli interventi emergenziali nella prima fase del covid-19

1. Le ragioni di un'analisi

Le vicende sanitarie, amministrative, e soprattutto umane, di questa drammatica primavera 2020 relative alla cd. “Emergenza COVID” saranno esaminate, con i dovuti approfondimenti - anche statistici - dagli scienziati delle diverse discipline interessate nel corso dei prossimi anni, naturalmente inclusi i tecnici del diritto, che, a loro volta, avranno non poco materiale da esaminare a loro disposizione.

Sin dal primo apparire dell'emergenza, e dei susseguenti provvedimenti emergenziali, è emersa la necessità di approfondire alcuni profili di immediato rilievo, di diritto pubblico – in senso ampio¹.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Cultore di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II – Avvocato.

¹ I commenti sulle misure emergenziali adottate dal Governo e dagli Enti locali sono assai numerosi (vedasi fra gli altri l'Osservatorio Emergenza COVID-19, sulla rivista online www.federalismi.it: fra gli altri si segnalano gli articoli di B. CARAVITA, *Editoriale. L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la*

Il presente lavoro è stato elaborato e definito con riferimento alla data del 4 maggio 2020, termine della fase del *lockdown*.

Le ragioni di un'analisi "a caldo" di tale situazione scaturiscono, però, anche dalla oggettiva necessità di fornire agli attori del processo decisionale eventuali indicazioni, e/o spunti, nello sviluppo della gestione dell'emergenza, auspicabilmente mettendo "a tesoro" alcuni dati emersi in queste prime settimane: come si dirà lo stesso assetto decisionale, la cd. "*catena di comando*", dovrà evidentemente essere sottoposta ad una serena riflessione alla luce delle inevitabili incongruenze dell'azione amministrativa emergenziale, che si sono manifestate in questa prima fase, naturalmente augurandosi di non dover replicare tale esperienza ma, inevitabilmente, preparandosi al meglio per una messa a sistema dell'assetto gestionale di un'emergenza pandemica.

L'analisi che si andrà schematicamente a sviluppare trae spunto, altresì, da alcune doverose riflessioni che ci vengono sottoposte da autorevoli commentatori in ordine agli effetti di tale periodo emergenziale sui futuri assetti del nostro Paese, e a ben vedere, del nostro tessuto economico, ed inevitabilmente normativo.

Si è osservato in questa prospettiva che dall'emergenza COVID emergono, purtroppo, conclamate e rinforzate alcune significative "ineguaglianze" già da tempo evidenti.²

Si è parlato di "ineguaglianza" scolastica, laddove evidentemente l'interruzione dell'anno scolastico e la pubblicizzata "didattica online" lasciano indietro intere fasce della popolazione sia per ragioni oggettive di divario tecnologico tra alcune aree del nostro territorio, sia per ragioni economiche, di immediata percezione, in ordine alla chiara indisponibilità di dotazioni informatiche in capo a fasce di popolazione più disagiate.

Ed ancora viene in rilievo una "ineguaglianza" nella protezione del lavoro, anch'essa riferita evidentemente alle condizioni di minor tutela di interi settori produttivi, tecnologicamente meno avanzati: si pensi alla situazione drammatica che stanno vivendo le attività produttive agricole in ragione di un'economia, anche sommersa, di tali processi più difficilmente tutelabile proprio a causa della non

Costituzione italiana, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in www.biodiritto.org, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 14 marzo 2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in www.biodiritto.org, Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 18 marzo 2020; L.A. MAZZAROLLI, "*Riserva di legge*" e "*principio di legalità*" in tempo di emergenza nazionale. *Di un parlamentarismo che non regge e cede a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente stupore della PP.AA. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16. 70 ss. 777 Cost., per tacer d'altri*, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; M. PERA e A. MALASCHINI, *Evitare che la democrazia si indebolisca*, su *Il Corriere della Sera* del 31 marzo 2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta-online, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, (anche in www.rivistaaic.it, n. 2/2020, 10 aprile 2020); S. STAIANO, *Né modello né sistema, La produzione del diritto al cospetto della Pandemia*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2020.

² E. GALLI DELLA LOGGIA, *Sanità e lavoro l'equità perduta*, su *il Corriere della Sera* del 17 marzo 2020.

ostensibilità dei rapporti di lavoro interessati - non a caso sarebbe in corso nel cd. “Decreto Rilancio” della sanatoria di qualche decina di migliaia di braccianti agricoli utilizzati “*al nero*”.

Ed infine, e da sfondo evidente, ritorna in rilievo “l’ineguaglianza” del sistema sanitario, laddove i continui tagli al comparto, e le stesse procedure di commissariamento delle regioni meno virtuose – la gran parte delle quali collocate al centro/sud della nostra penisola – hanno probabilmente indotto numerosi Presidenti Regionali ad adottare misure restrittive oltremodo rigide, al fine di evitare conseguenze tragiche scaturenti dall’eventuale dilagare dell’epidemia nelle suddette regioni.

Ci sarà tempo per esaminare le cause, e soprattutto gli effetti, di tali macroscopiche “ineguaglianze”, che con la crisi si sono evidentemente aggravate, con conseguenze da non escludersi in tema di possibili tensioni sociali.

In questa sede viene, però, anche in rilievo una notazione di fondo:

“... La verità è, infatti, che in barba ai principi sanciti nella prima parte della Costituzione e invocati ad ogni passo dalla nostra instancabile retorica ufficiale, le modifiche volute dalla sinistra al titolo V della Carta hanno molto contribuito a quell’ineguaglianza.

In due modi: da un lato sottraendo competenze e poteri allo Stato Centrale e dunque limitando assai la portata di una sua eventuale azione perequativa o compensativa, dall’altro consolidando in misura sostanziale il divario Nord-Sud.

In generale – come si è visto in queste settimane – la confusione/sovrapposizione delle competenze tra centro e periferia, la possibilità che un Sindaco o un Governatore – perfino in un’emergenza così grave e generalizzata e senza consultare alcuno – si metta a dettare norme di salute pubblica permessi o divieti nel proprio comune o nella propria regione, costituisce di per sé un concreto fattore d’ineguaglianza tra i cittadini nonché di debolezza per tutto il Paese ...”³.

Su questo tema non si potrà che avviare una riflessione, anche e soprattutto allorquando, trascorsa l’emergenza, nell’agenda politica ed istituzionale di questo Paese torneranno in auge i temi del regionalismo differenziato, e purtroppo anche prima, come è agevole pronosticare, alla luce delle tensioni di questi giorni sulla gestione della cd. “FASE 2”, connessa alla riapertura delle attività produttiva, e della libera circolazione, successive alla riduzione dei contagi⁴.

Per quanto in questa sede rileva, si ritiene di affrontare, in primo luogo, una analisi della gestione dell’emergenza sin qui attuata, con l’individuazione dei profili di “confusione istituzionale” che ne hanno contraddistinto alcuni passaggi, e che ben potrebbero essere evitati nel prossimo futuro.

Superfluo segnalare che la presente analisi non ha alcuna presunzione di completezza per le ragioni sopra tratteggiate e, comunque, per il progressivo e diverso atteggiarsi di un’emergenza che, come i fatti dimostrano, si modifica quasi quotidianamente, e che, per converso, quasi quotidianamente ha richiesto variazioni

³ E. GALLI DELLA LOGGIA, op. ult. cit.

⁴ Vedasi le prime note di G. SALERNO, *Un federalismo malato incapace di assicurare la tenuta dei principi*, in *Guida al Diritto*, n. 14/2020, 8 ss.

nelle misure di risposta dell'apparato amministrativo alla frattura prodotta dal COVID fra i bisogni ordinari e quelli eccezionali della nostra collettività.

2. Le misure emergenziali: dal sistema della Protezione Civile al sistema dell'emergenza COVID

In punto di fatto è bene ribadire che, sotto il profilo amministrativo, l'emergenza COVID si apre con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020 che ha dichiarato lo stato di emergenza su tutto il territorio nazionale sino a tutto il 31.7.2020⁵.

Di seguito si proverà a tratteggiare l'iter normativo/regolamentare/provvedimentale che ha caratterizzato questi primi mesi della gestione dell'emergenza, contraddistinti, almeno in parte, da una iniziale, e ampiamente più che giustificata, "confusione istituzionale", che non ha di certo aiutato l'efficacia delle misure, di volta in volta assunte a tutela della salute pubblica⁶.

L'analisi dei provvedimenti adottati dalle diverse Amministrazioni in questi primi 90 giorni deve operarsi solo per larghe linee, poiché gli interventi posti in essere dalle diverse Autorità coinvolte (Governo/Presidenza del Consiglio/Protezione Civile/Ministeri/Regioni) sono oltre 300 (al netto delle ordinanze dei Comuni), con conseguente oggettiva difficoltà (e forse inutilità) di una ricostruzione analitica di quanto accaduto⁷.

Ad avviso dello scrivente, si possono allo stato distinguere due momenti di tale complessa prima fase emergenziale (cd. "FASE 1").

Nell'ambito di tale FASE 1 si enuclea una prima sub-fase, protrattasi dal 1.2.2020 alla promulgazione del D.L. 19/2020 (24.3.2020), ed una seconda sub-fase, che deve ritenersi estesa dal 24.03.2020 sino alla cd. "FASE 2" - tendenzialmente avviata a far data dal 4.5.2020 e che dovrebbe condurci alla graduale ripresa di tutte le attività in ragione della riduzione dei decessi e contagi giornalieri, a mezzo della individuazione di priorità e percorsi sanitari ottimali per la difficile fase della cd. "riapertura".

La FASE 1 è dunque caratterizzata da un primo novero di interventi costituiti da misure restrittive "mirate" a limitare i primi focolai del virus, ed un secondo novero di provvedimenti caratterizzato dalla espansione a livello "nazionale" dell'emergenza: potremmo definirle, pertanto, FASE 1 LOCALE e FASE 1 NAZIONALE, così da rispettare anche la numerazione di uso comune che ha collegato la FASE 2 alla riapertura post 4.5.2020.

⁵ Delibera Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 in G.U. n. 26 dell'1 febbraio 2020, adottata ai sensi degli artt. 7 e 24 del D.lgs. n. 1/2018.

⁶ In misura chiaramente polemica vedasi le notazioni di M. AINIS, *I fatti e i misfatti dei mille potentati* su *La Repubblica* del 3 febbraio 2020; ed ancora le note critiche di V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del Coronavirus*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2020.

⁷ Una completa rassegna, quotidianamente aggiornata dei provvedimenti emergenziali adottati dalle diverse Autorità competenti è contenuta in Osservatorio Emergenza COVID-19 sulla rivista online *Federalismi.it*; si segnala altresì l'Osservatorio, quotidianamente aggiornato disponibile sul sito della Fondazione Open Polis (*www.openpolis.it*).

A seguito della citata deliberazione/dichiarazione dello stato di emergenza le attività preliminari di gestione dell'emergenza sono state assunte dalla Protezione Civile che, con l'ordinanza n. 630 del 3.2.2020, ha adottato le prime determinazioni per il contenimento del virus, prevedendo da un canto l'istituzione di un Comitato Tecnico Scientifico per il coordinamento di tutti gli interventi, dall'altro l'individuazione delle leggi suscettibili di essere derogate nella successiva attività di gestione dell'emergenza - in coerenza con le previsioni del D.lgs. 1/2018.

Nel febbraio 2020 sono stati posti in essere, soprattutto in attuazione dichiarata del D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020, i primi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri – di seguito DPCM – di adozione delle misure restrittive che hanno interessato, come è noto, una prima fascia di Comuni lombardi e veneti colpiti dalla pandemia e, man mano, i successivi comuni limitrofi, sino ad interessare l'intero territorio nazionale⁸.

La disciplina della gestione dell'emergenza su base locale ha visto la emanazione di una serie di DPCM che hanno "articolato" la gestione dell'emergenza e, soprattutto, applicato alcune tipologie di misure restrittive astrattamente idonee a fronteggiare l'espansione del virus: "a cavallo" di tali DPCM si è avuta, l'emanazione di analoghi provvedimenti, in parte sovrapponibili, da parte dei Presidenti delle Regioni interessate⁹.

Su questi temi si è innescato – con particolare riferimento ai divieti di circolazione prima, e alle restrizioni alle attività produttive poi – un ampio dibattito da parte di commentatori ed operatori¹⁰: la FASE - LOCALE - è stata caratterizzata da un convulso "accavallarsi" di misure restrittive, adottate con ordinanze della Presidenza del Consiglio dei Ministri, della Protezione Civile e dei Presidenti delle Regioni – trascuriamo in questa prima descrizione la disamina delle ordinanze sindacali -, che si sono succedute di giorno in giorno per effetto dell'aggravarsi del contagio, e dell'ampliamento dei territori interessati.

A tale FASE LOCALE ha fatto seguito la promulgazione del D.L. 19/2020 del 24.03.2020 –convertito al momento di chiusura del presente articolo con L. 22.05.2020 n. 33 – che ha definito, in buona parte, il successivo assetto gestionale dell'emergenza,

⁸ Prima dell'emanazione del Decreto Legge n. 6 del 23 febbraio 2020 erano emanate dalla Protezione Civile disposizioni relative alla composizione del Comitato Tecnico Scientifico – decreto Protezione Civile 5 febbraio 2020 n. 271 –, al rientro degli studenti dalle aree a rischio con decreto n. 631 del 6 febbraio 2020, nonché alle disposizioni in tema di appalti pubblici di cui all'ordinanza 638 del 22 febbraio 2020. Il primo atto applicativo del D.L. n. 6/2020, con istituzioni delle cd "zone rosse" è il DPCM 23 febbraio 2020 pubblicato in pari data sulla G.U. relativo alle aree ivi indicate. Con DPCM 4 marzo 2020 pubblicato in pari data, le misure precauzionali adottate per le prime "zone" erano estese a tutto il territorio nazionale.

⁹ Un ampio e ragionato elenco delle misure disposte dalle Regioni e dai Comuni interessati è contenuto nell'Osservatorio Emergenza COVID-19 sulla rivista online www.federalismi.it.

¹⁰ G. Salerno, cit., 8 e ss; cfr. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; M. CLARICH e G. FONDERICO, *Il Legislatore cerca di riportare al "centro" i poteri di ordinanza*, in *Guida al Diritto*, n. 17, 11 aprile 2020; G.M. SALERNO, *Diritto "emergenziale": un opportuno riordino per ristabilire i principi*, in *Guida al Diritto*, n. 17, 11 aprile 2020.

protrattosi con l'espansione del contagio a tutto il territorio nazionale ("FASE - NAZIONALE")¹¹.

Con il D.L. 19/2020 poi convertito in L. 35/2020, di sostanziale superamento e salvaguardia delle disposizioni adottate sino a quel momento, il Governo ha proceduto adottando un articolato novero di interventi.

Si è preliminarmente classificata la tipologia di interventi e, dunque, di restrizioni, che possono essere "ordinate" a tutela del fondamentale diritto alla salute di tutti i cittadini interessati, così dettagliando il potere regolatorio *extra ordinem* di cui all'art. 1 del D.L. 6/2020 – già oggetto di critiche -: contestualmente si è disposta la salvaguardia di tutte le misure poste in essere sino al 25.3.2020 – data di promulgazione del cit. D.L. 19/2020 - ivi incluse quelle di Presidenti delle Regioni.

Si è altresì ulteriormente ribadito il carattere transitorio degli atti autoritativi/ordinanze consentiti dall'art. 1, comma 2, del D.L. cit. a mezzo dei DPCM attuativi.

Sotto il profilo regolatorio si è prevista l'adozione dei DPCM, anche su proposta del Ministero della Salute, con pareri obbligatori degli altri dicasteri (Min. Interno/Difesa/Economia/Agricoltura ecc.), nonché dei Presidenti delle Regioni interessate – per le misure inerenti porzioni definite del territorio nazionale –, nonché del parere "di norma" del Presidente della Conferenza delle Regioni, e di quello del Comitato Tecnico Scientifico di cui all'Ordinanza n. 630 sopra cit.

Ed ancora si è disposto un autonomo potere di ordinanza del Ministero della Salute in casi di estrema necessità ed urgenza, e cioè nelle more della adozione di eventuale DPCM; si è disposto analogo potere concorrente di ordinanza delle Regioni per l'introduzione – in casi estremi di necessità ed urgenza – di misure restrittive ulteriori, sempre nelle more della adozione dei DPCM, che saranno emanati per far fronte a tali importantissime esigenze sanitarie.

Con riferimento agli enti locali il divieto, per i Sindaci, di adottare ordinanze contingibili e urgenti dirette ad operare in contrasto con le misure disposte dai cit. DPCM, anche in senso eccedente ai limiti restrittivi contenuti nelle misure statali (il famoso caso "Messina" sul quale si tornerà infra).

Ed infine si è disposto l'obbligo del Presidente del Consiglio, o del Ministro delegato, di riferire, ogni 15 giorni, alle Camere sulle misure adottate per fronteggiare la pandemia.

Più in generale il D.L. cit. ha collegato in maniera funzionale l'esercizio dei poteri di ordinanza *extra ordinem* all'emergenza COVID, prevedendo il termine finale di tali poteri (31.7.2020 come da dichiarazione di emergenza), la durata limitata di ciascuna ordinanza (30 gg. salvo diversa rivalutazione), ed infine e soprattutto, il collegamento tra le misure restrittive adottabili, ed ivi descritte, e "*l'andamento epidemiologico*" della diffusione del contagio.

Quest'ultimo passaggio consente di affermare che "*l'esercizio del potere regolatorio emergenziale*"¹² è stato attribuito in maniera espressa a mezzo di

¹¹ Misure di contrasto all'espansione su tutto il territorio nazionale sono contenute, in concreto, a partire dal DPCM 4 marzo 2020.

individuazione delle misure astrattamente idonee a fronteggiare il virus, con richiamo ai principi di proporzionalità e adeguatezza che devono caratterizzare l'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*.

Il D.L. 19/2020, così tratteggiato, è stato convertito in legge n. 35/2020 senza significative modifiche apportate dalle Camere.

Superando in questa disamina l'ampio dibattito sviluppatosi sulla FASE - LOCALE di gestione dell'emergenza – 1.2.2020/25.3.2020 –, si può osservare che l'attività di gestione si è avviata ad un assetto "compiuto", proprio con il citto D.L. 19/2020.

A questo proposito, ed ovviamente traendo spunto dai numerosi commenti maturatisi prima, e dopo, la FASE - LOCALE¹³, si possono meglio precisare alcuni elementi di supporto della presente analisi, che trovano conferma nel cit. D.L. 19, e, in parte, nelle disposizioni di cui ai numerosi DPCM emanati in attuazione della stessa: non senza ribadire come, nella specie, si è in presenza di una ipotesi assolutamente peculiare di emergenza, aggravatasi di giorno in giorno, così che la gestione della stessa non ha seguito quelle che sono state le prassi applicative che hanno caratterizzato gli interventi di Protezione Civile, relativamente ai fenomeni tellurici/atmosferici/franosi che hanno interessato il nostro Paese negli ultimi 30 anni¹⁴.

Il Governo è così intervenuto anche sulla "catena di comando", superando le disposizioni e/o le incomprensioni scaturenti dall'attuazione del D.L. 6, e così precisando, anche con tensioni istituzionali e non, le rispettive sfere di intervento delle "Autorità Competenti" - come in prima battuta indicate nel citato D.L. 6/20.

Senza alcuna pretesa di esaustività devono tracciarsi, alcune considerazioni sistematiche che, naturalmente, verranno ulteriormente in rilievo nella gestione attuale dell'emergenza, e, soprattutto, nella gestione di quella "FASE 2", di riapertura, avviatasi con il regredire del virus.

In primo luogo deve rappresentarsi, e ribadirsi, la sussistenza del potere di ordinanza, *extra ordinem*, ed a carattere normativo – e ovviamente derogatorio della disciplina ordinaria di riferimento – in capo alla Protezione Civile, e per essa alla

¹² Tale definizione, unitamente ad una condivisibile critica delle fasi sopra tratteggiate della gestione dell'emergenza, è contenuta in G.M. SALERNO, *Diritto "emergenziale": un opportuno riordino per ristabilire i principi*, in *Guida al Diritto*, n. 17, dell'11 aprile 2020.

¹³ Sul tema della legittimità delle misure emergenziali adottate dal Governo dopo la dichiarazione dello stato di emergenza vedasi A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *www.biodiritto.org*, Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 14 marzo 2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *www.biodiritto.org*, Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 18 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *www.federalismi.it* – Osservatorio Emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; M. LUCIANI, op. cit. 5 ss.

Ci piace, poi, ricordare le parole di G. ZAGREBELSKY, *Se non basta obbedire*, in *La Repubblica*, del 30 aprile 2020, sulla insussistenza di reali pericoli di deriva autoritaria nel Ns. paese, bensì di un eccesso di disciplina "regolamentare" nelle ordinanze emergenziali (sic!).

¹⁴ Sul carattere eccezionale dell'emergenza COVID e sulla necessità che in caso di protrazione della situazione si proceda a mezzo legislazione ordinaria, e non con D.L. in deroga anche ad alcuni precetti costituzionali, vedasi F.S. MARINI, op.cit., 11 ss., cfr. M. LUCIANI, op.cit., 23 ss.

Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁵: tale potere risultava disciplinato a partire dalle disposizioni di cui agli artt. 3 e 5 della L. 225/92, oggi assorbiti nel Codice della Protezione Civile, di cui al D.lgs. n. 1/2018.

Le ordinanze in questione “... rientrano nell’ampio genus delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettare i parametri di legittimità: per cui al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce (tra le varie: Cons. Stato, IV; 29 luglio 2008, n. 3726). ...” (Cons. St. n. 701/2015).

In presenza di una formale, e legittima, dichiarazione di stato di emergenza il potere di ordinanza *extra ordinem* in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri/Protezione Civile, quale potere atipico e a carattere normativo¹⁶, deve dunque intendersi legittimamente attivabile, e in tal senso sono chiari i richiami contenuti nelle premesse dei DPCM adottati anche prima dell’emanazione del D.L. 6/2020.

L’intervento del Legislatore del febbraio 2020 - di cui al citato D.L. 6 - integra le previsioni del Codice della Protezione Civile, e introduce un elenco di interventi/restrizioni “comminabili” per effetto dell’emergenza in corso: si è osservato che “... L’Amministrazione avrebbe potuto continuare a esercitare il potere d’ordinanza in ossequio alle normative in essere, tra l’altro come visto già attivate (su tutti il TU della Protezione Civile e l’art. 32 della legge 833 del 1978), ma l’aggravarsi repentino della situazione necessitava di ampliare (e specificare) ulteriori poteri in capo all’amministrazione. Per tali ragioni si è giunti al D.L. 6 del 2020, poi attuato attraverso i DPCM. ...”¹⁷.

Come sopra osservato la *ratio* dell’intervento apertosi, con il D.L. 6/2020, e poi allo stato “definito” con il D.L. 19/2020, è per l’appunto quella di pervenire alla definizione compiuta del “potere regolatorio *extra ordinem*”¹⁸ per fronteggiare l’emergenza COVID e, nel contempo, conformare l’esercizio di tale potere a mezzo di ordinanze rispettose, oltre che del principio di legalità sostanziale delle medesime, dei principi di proporzionalità, adeguatezza e “transitorietà” delle misure restrittive di volta in volta imposte¹⁹.

¹⁵ Sui poteri di ordinanza *extra ordinem* e della Protezione Civile vedasi E.C. RAFFIOTTA, *Le Ordinanze emergenziali nel diritto comparato*, in *Rivista A&C*, n. 3/2017; più in generale G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze a natura normativa*, *Diritto Amministrativo*, 2016, 3 ss.; ed ancora E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile “per l’attuazione” di decreti-legge (ed altri scostamenti dalla legge n. 225 del 1992)*, in *Giur. cost.*, 2009, 2231 ss.; ID. *Le “fonti” dell’emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *AMMINISTRARE*, 2, 2010, 185 ss.

¹⁶ A. MANGIA, *Il ritorno delle fonti fatto*, in *Lo Stato*, 2, 2019, 475 ss.

¹⁷ In questi termini E.C. RAFFIOTTA, op. cit., ss.; cfr. M. CAVINO, op. cit.

¹⁸ G.M. SALERNO, *Diritto “emergenziale”: un opportuno riordino per ristabilire i principi*, in *Guida al Diritto*, n. 17, 11 aprile 2020.

¹⁹ Sul rapporto tra D.L. e ordinanze emergenziali vedasi A. CARDONE, *Il rapporto tra ordinanze del Governo e D.L. alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem*, in www.osservatotiosullefonti.it, n. 3/2016.

Il D.L. 19/2020 ha altresì, introdotto una disciplina compiuta del procedimento di emanazione delle ordinanze di Protezione Civile, nonché del riparto di competenze nell'emergenza COVID tra Presidenza del Consiglio dei Ministri/Ministero della Salute ed altri Dicasteri, nonché del riparto tra Amministrazione Centrale e Regioni.

In questa prospettiva è da condividersi pertanto la conclusione, già prospettata da autorevoli commentatori²⁰, in ordine alla duplice legittimazione dei DPCM in questione, in quanto fondati sia sull'ordinamento della Protezione Civile, che sui citati D.L., con conseguente e logico corollario per il quale

*“... alla fondazione dei decreti sia sul Codice, sia sui decreti-legge che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge...”*²¹.

Ferme restando la natura di provvedimenti amministrativi dei DPCM cit., non è a dubitarsi che sia il Giudice Amministrativo (o il Giudice Ordinario in via incidentale, o la Consulta, attivata in via incidentale) che si dovrà interessare *principaliter* della legittimità dei suddetti DPCM e, dunque, della rispondenza degli stessi alle disposizioni di cui al Codice della Protezione Civile e a quelle di cui ai cit. D.L., anche sotto il profilo più strettamente procedimentale²²: di tanto si sono avuti primi riscontri, in sede cautelare ovviamente, da parte dei TAR – e dello stesso Consiglio di Stato - aditi proprio con riferimento ad alcune disposizioni in tema di quarantena e di chiusura di attività produttive, riscontri allo stato di sostanziale “tenuta” del sistema così conformato²³.

Si è osservato nelle pagine che precedono come l'intervento del Legislatore operato con il D.L. 19/2020 rispondeva anche all'esigenza, a tutti apparsa evidente, di disciplinare i rapporti fra il Governo e le Regioni, connotati in determinati momenti, soprattutto della FASE LOCALE, da chiari profili di tensione istituzionale, e comunque caratterizzati da una “congerie” di ordinanze di difficile interpretazione sistematica da parte dei comuni cittadini e delle Forze dell'Ordine, che quotidianamente hanno operato sul territorio per garantire il rispetto delle prescrizioni di tutela dal contagio.

E' noto che la materia della Protezione Civile – così come del resto quello inerente la tutela della salute - è stata ritenuta “concorrente”, e per l'effetto le relative attribuzioni devono intendersi ripartite tra l'Amministrazione Centrale e le Regioni: anche di recente la Corte Costituzionale con la sentenza 246 del 2019, ha del resto confermato che “... *in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, «giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della Protezione Civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in*

²⁰ M. LUCIANI, op. cit., 10 ss.; cfr. E.C. RAFFIOTTA, op. cit., 4 ss.

²¹ M. LUCIANI, op. cit., 12.

²² Sulla procedimentalizzazione del potere di ordinanza, per effetto della L. 225/92 e succ. mod., vedasi A. CARDONE, op. cit., 19 ss.

²³ Fra le altre TAR Sardegna, D. Pres. 141 del 20 aprile 2020 sulla legittimità di un'ordinanza regionale di chiusura integrale delle librerie in attuazione ampliativa dell'ord. PCM n. 19 del 13 aprile 2020: più di recente vedasi la sentenza TAR Calabria n. 841 del 9 maggio 2020, sulla quale si tornerà infra.

collaborazione leale e solidaristica» (cfr. sentenza n. 8 del 2016)”, entro un principio di “coinvolgimento delle Regioni [che] è previsto in generale dal Codice della Protezione Civile del 2018. ...” (Corte Cost., sent. 246 cit. ed anche Corte Cost. n. 8/2016.)²⁴.

Nella FASE - LOCALE dell'emergenza, che ha interessato solo alcuni territori, si sono avute numerose ordinanze regionali in contrasto, apparente o sostanziale non viene

²⁴ Proprio in tema di riparto di competenze la decisione 246/2019 cit. ha precisato ulteriormente che :
“... Inoltre, la «protezione civile», proprio perché inevitabilmente tocca competenze diverse, anche regionali, ha altresì assunto un ruolo di competenza statale “trasversale”, seppur concorrente, idonea a condizionare o a limitare l'esercizio di competenze regionali in altri settori, come quello relativo al «governo del territorio» o, più specificamente, agli interventi edilizi in zone sismiche.

A doppio titolo, pertanto, la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato, deve prevedere un idoneo coinvolgimento delle Regioni: da una parte, la chiamata in sussidiarietà a livello centrale di funzioni amministrative in materia di «protezione civile» in caso di emergenza di rilievo nazionale richiede il rispetto del principio di leale collaborazione; dall'altra parte, tale necessario coinvolgimento viene in rilievo anche perché l'avvio della ricostruzione incrocia altresì la competenza concorrente delle Regioni in materia di «governo del territorio».

Ha evidenziato questa Corte (sentenza n. 22 del 2012) che la riforma attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) ha inserito la «protezione civile» tra le materie di potestà legislativa concorrente, riservando allo Stato la sola determinazione dei principi fondamentali, con la conseguenza che i poteri legislativi e amministrativi, già attribuiti allo Stato, possono trovare attuazione esclusivamente in forza della «chiamata in sussidiarietà», e che la gestione degli stessi deve essere improntata al principio di leale collaborazione.

In attuazione di tale principio il coinvolgimento delle Regioni è previsto in generale dal codice della protezione civile del 2018, che, in linea di continuità con la legge n. 225 del 1992, contiene, in plurime disposizioni, ripetuti momenti di collegamento con le Regioni (nonché con le Province autonome di Trento e di Bolzano) e, altresì, è stato adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata.

In particolare, l'art. 3 del codice prevede che fanno parte del Servizio nazionale della protezione civile, articolato in strutture operative nazionali e regionali, anche i presidenti delle Regioni in qualità di autorità territoriali di protezione civile, assegnatarie delle attribuzioni specifiche di cui all'art. 6. In generale, poi, il successivo art. 15 stabilisce che le direttive del Presidente del Consiglio dei ministri, che assicurano l'indirizzo unitario, nel rispetto delle peculiarità dei territori, per l'esercizio della funzione e lo svolgimento delle attività di protezione civile, sono adottate su proposta del capo dipartimento della protezione civile e previa intesa, da sancire in sede di Conferenza unificata ovvero di Conferenza Stato-Regioni.

La stessa tipologia degli eventi calamitosi, che attivano l'intervento della protezione civile, chiama in causa le Regioni per la gestione delle emergenze di estensione e rilevanza intermedia: quelle di cui alla lettera b) dell'art. 7 del codice. Invece le emergenze riconosciute come di rilievo nazionale sono fronteggiate con mezzi e poteri straordinari (con tipica chiamata in sussidiarietà), da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24 del codice, e segnatamente con le ordinanze commissariali di cui all'art. 25. In ogni caso sia la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 24), sia le ordinanze commissariali di protezione civile (art. 25), sono adottate previa intesa con i presidenti delle Regioni interessate.

Il tipico coinvolgimento delle Regioni, in attuazione del principio di leale collaborazione, che governa sia la chiamata in sussidiarietà a livello statale, sia l'intreccio delle materie, nella fattispecie, di competenza concorrente, si colloca quindi a livello di codeterminazione di numerosi atti, specificandosi pertanto nella prescrizione della previa intesa, prevista infatti altresì da numerose ulteriori norme del codice (artt. 8, 9, 15, 17, 29, 37, 38, 42 e 45).

Sono proprio i principi di sussidiarietà e di adeguatezza – ha sottolineato questa Corte (sentenza n. 32 del 2006) – ad aver indotto il legislatore statale a prevedere un'articolazione delle competenze amministrative in maniera tale da conciliare le necessarie esigenze unitarie e il carattere decentrato e diffuso dell'organizzazione della protezione civile...”.

in questa sede in rilievo, con le disposizioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri (caso Marche)²⁵.

Il D.L. 19/2020 ha, pertanto, disciplinato un “eccezionale” riparto di competenze nei termini descritti nel capo che precede, e ha sostanzialmente adottato soluzioni volte ad una gestione unitaria ed accentrata dell'emergenza, nonché ad una concreta semplificazione della “catena di comando”: in caso di provvedimenti a valenza territoriale limitata ha previsto un parere del Presidente della Regione interessata, nel caso di ordinanza a valenza nazionale si è statuito di procedere con il parere del Presidente della Conferenza delle Regioni.

Sulla ammissibilità di interventi volti alla gestione unitaria di situazioni emergenziali, la Consulta si era già espressa ritenendo conformi al dettato costituzionale le ordinanze di Protezione Civile, in quanto espressive di principi fondamentali della materia “... *che assumono una valenza particolarmente pregnante quando sussistono ragioni di urgenza che giustifichino un intervento unitario da parte dello Stato ...*” (Corte Cost. sent. 284/2006).

In sede di approvazione del T.U. n. 1/2018 il Consiglio di Stato, con parere espresso dalla Sezione Consultiva per gli atti normativi (Adunanza del 19/12/2017), rilevava l'esigenza di “misure di semplificazione” del riordino del sistema nazionale della Protezione Civile, segnalando che talora “... *lo strumento dell'intesa, sicuramente rispettoso delle autonomie, potrebbe rischiare di rendere sub-valente l'interesse nazionale rispetto a quello regionale*”, così che l'intesa è stata sostituita in alcuni casi (art. 9 T.U. 1/2018) con il mero “raccordo”. Non di meno, la stessa citata decisione 246/2019 della Consulta ha dichiarato illegittimo in parte qua il D.L. 109/2018 – sul tema della messa in sicurezza della rete nazionale infrastrutture e trasporti – ritenendo che il testo emerso in sede di conversione, laddove escludeva l'intesa con le Regioni interessate, costituisse un ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle amministrazioni regionali in violazione del principio di leale collaborazione e dei parametri di sussidiarietà di cui all'art. 117.3 e 118.1 Cost. laddove, e per la parte in cui, il Legislatore aveva sostituito l'intesa con il “parere”²⁶.

In ordine alla disciplina positiva dei contenuti e limiti delle ordinanze regionali, in entrambi i casi sopra tratteggiati di cui al D.L. 19/2020, appare evidente che si è in presenza di norme di semplificazione volte ad una “*forma di consultazione rafforzata*”²⁷, e non certo ad una intesa in senso forte: maggiori perplessità suscita in questa prospettiva il ruolo attribuito al Presidente della Conferenza delle Regioni ma, anche in questo caso, le previsioni di legge eccezionale di cui al D.L. 19/2020 appaiono

²⁵ Vedasi il provvedimento del TAR Marche, I sez, Decr. Pres. 27 febbraio 2020 che ha sospeso ordinanza del Pres. Reg. Marche che, pur in assenza di casi di contagio conclamati nella Regione Marche alla data del 25 febbraio 2020 (sic!), procedeva ad applicare sul territorio regionale il regime emergenziale già disposto per alcuni Comuni della Lombardia e del Veneto.

²⁶ La tenuta costituzionale dell'intervento emergenziale di cui al D.L. 19/2020 dovrà essere verificata con peculiare rilievo anche, e soprattutto, ai poteri conferiti al Commissario Arcuri dall'art. 122 del D.L. 18/2020, nell'ambito del quale la posizione delle regioni è chiaramente posta in un ruolo di subordinazione rispetto all'attività del Commissario.

²⁷ F. CINTIOLI, op. cit., 4 ss.

inevitabilmente coerenti con gli scopi di semplificazione e accelerazione che hanno caratterizzato gli interventi di Protezione Civile nella attuale FASE 1 dell'emergenza.

Se non siamo in presenza, dunque, di un "intesa forte", così come del resto configurata dall'art. 25 del T.U. della Protezione Civile, è altresì evidente che le ragioni eccezionali del superamento di tale intesa, operata con il D.L. 19/2020 (naturalmente si dovrà verificare il testo della legge di conversione), appaiono di immediato rilievo.

Non di meno lo stesso D.L. 19/2020 contiene alcune ulteriori precisazioni in ordine al contenuto, possibile, delle ordinanze regionali dal carattere assai più stringente e conformativo: se è vero, infatti, che le Regioni, quali soggetti/autorità del sistema della Protezione Civile ex art. 6 del T.U. 1/2018 possono emanare autonome ordinanze in specifiche situazioni di pericolo, ebbene tale potere è stato nella specie limitato solo nelle more dell'adozione di apposito DPCM, così confermando l'accentramento in senso unitario della gestione dell'emergenza COVID in capo al Governo²⁸.

Si è osservato che il rapporto in materia di interventi di Protezione Civile fra i diversi possibili livelli di gestione dell'emergenza, e dunque di tutela della salute, è collegato ad una valutazione complessiva dell'impatto economico e sociale delle misure emergenziali che inevitabilmente, vengono ad incidere sul sistema economico e sui diversi strati sociali che lo compongono²⁹.

Lo stesso D.L. 19/2020 introduce un limite contenutistico ulteriore alle ordinanze regionali disponendo che le stesse non possono contenere misure che incidano su attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia.

Le tensioni con le Regioni maggiormente colpite dal contagio sul tema della limitazioni/restrizioni delle attività produttive sono sotto gli occhi di tutti³⁰ e, nella prospettiva della FASE 2³¹, appare evidente come questo sia uno dei profili di maggiore criticità della gestione dell'emergenza.

E' assolutamente ragionevole l'accentramento in capo al Governo, e per esso alla Protezione Civile, della gestione dell'emergenza in ragione del progressivo evolversi del contagio su scala nazionale, e delle misure precauzionali necessarie a fronteggiarlo, e del loro rilievo economico sociale nei termini sopra esposti. Non di meno la

²⁸ Non è a dubitarsi che la tenuta costituzionale dell'impianto normativo così descritto, sotto il profilo dei rapporti con le Regioni, è inversamente proporzionale ai limiti temporali e funzionali delle norme derogatorie adottate in ragione della ampiezza e durata degli interventi limitativi delle funzioni ordinarie delle Regioni interessate.

²⁹ M. LUCIANI, op. cit., osserva che "...Ogni aumento del tasso di protezione della salute che comporti una compressione delle attività produttive fatalmente si risolve in un pregiudizio per altri primari interessi collettivi, il cui apprezzamento complessivo non può che essere affidato allo Stato. Non si tratta, dunque, soltanto di far valere quella "esigenza di uniformità della tutela di diritti costituzionalmente garantiti, uniformità che risulterebbe compromessa da una frazionamento istituzionale di competenze", di cui parla una risalente pronuncia sempre della Corte Costituzionale, ma di tenere complessivamente conto di tutti gli interessi e diritti in giuoco, necessariamente su scala nazionale..."

³⁰ Il tema dei contrasti sulla FASE 2 è di quotidiana evidenza: le stesse iniziative dei Presidenti della Regione Veneto, della Regione Lombardia e della Regione Campania sulla conformazione delle modalità di ripresa delle attività produttive rendono evidente come tale previsione del D.L. 19/2020 non sia oggettivamente "rispettata".

³¹ Le tensioni sulla cd. "FASE 2" sono agli onori della cronaca anche in relazione ai passi "in avanti" della Regione Calabria sul tema della gestione delle attività di ristorazione all'aperto.

sussistenza di una funzione concorrente delle Regioni, in materia di Protezione Civile rende particolarmente complessa la gestione della fase di riapertura delle attività/servizi, e della stessa circolazione all'interno del nostro Paese.

Su questi temi si è avuto un primo, e più motivato, riscontro giurisprudenziale, con la citata sentenza del TAR Calabria 841 del 9.5.2020 che ha accolto, nel merito, il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso l'ordinanza della Presidente della Regione Calabria ampliativa delle possibilità di ristorazione all'aperto: come era facile prevedere la disciplina della FASE 2 è stata caratterizzata da "spinte regionali" distinte sia in termini di riapertura delle attività produttive, sia in termini di libera circolazione fra Regioni ecc. ecc.

In questa prospettiva la Presidenza del Consiglio ha ritenuto che l'ordinanza "ampliativa" delle possibilità di ristorazione all'aperto, promulgata dalla Presidente della Regione Calabria in data 29.4.2020, se configurasse in aperto contrasto con le previsioni di cui alla Ord. PCM del 26.4.1990 di disciplina (nel periodo 4.5.2020/17.05.2020) della graduale riapertura di alcune attività economiche con limitazione per quelle di ristorazione alla sola attività on line, da asporto.

I Giudice calabresi di prime cure hanno accolto il ricorso del Governo, confermando la giurisdizione amministrativa sulle ordinanze contingibili e urgenti, e recependo, in buona sostanza, le tesi sin qui sviluppate in ordine al carattere di disciplina complessiva dell'emergenza COVID, sotto il profilo procedimentale, assegnato al D.L. 19/2020: lo stesso TAR adito individua nell'art. 117, comma 2, lett. q) il parametro costituzionale "fondativo" dell'intervento statale "accentrato", così come nell'art. 118, comma 1 -principio di sussidiarietà - l'ulteriore base dell'intervento del Legislatore a mezzo del cit. D.L. 19/2020.

Per effetto delle predette considerazioni il TAR adito ha escluso qualsivoglia ipotesi di illegittimità costituzionale dell'assetto/riparto di competenze ex D.L. 19/2020 sin qui descritto, ed inevitabilmente si è accolta la domanda di annullamento della ordinanza del Presidente della Regione Calabria³².

In prospettiva futura la materia dovrebbe essere, a sommosso avviso dello scrivente, oggetto di una disciplina normativa integrativa del Codice della Protezione Civile contenente, per l'appunto, i tratti procedimentali ed il riparto di competenza sopra descritti, per le ipotesi di emergenza nazionale derivanti da contagio che assumono caratteristiche del tutto peculiari.

Nel breve termine una disciplina compiuta potrebbe essere oggetto di una intesa all'interno della Conferenza Stato/Regioni – da recepire se del caso con apposita norma di legge – al fine di superare le cennate criticità: in tal senso, e con riferimento alla FASE 2 è stata attivata una fase di "intesa" sulle riaperture proprio in sede di Conferenza Stato/Regioni, poi culminata nella promulgazione del D.L. 16.05.2020 n. 33, che ha reintrodotto una fase disciplinata dalle Regioni in ordine alle modalità di riapertura delle attività economiche.

³² Su questa vicenda vi è ampia rassegna stampa e i primi commenti appaiono in gran parte adesivi alle tesi del TAR Calabria.

Il potere di ordinanza, contingibile e urgente, preordinato a fronteggiare situazioni di emergenza che mettano in pericolo la pubblica e privata incolumità è, come noto, attribuito nel nostro ordinamento anche agli enti locali, e per esso ai Sindaci (ex artt. 50.5 e 54 del TUEL)³³: tali poteri sono stati significativamente estesi dal D.L. 20.3.2017 n. 14 (conv. in L. 48/17) anche alle ipotesi di incuria, degrado del territorio dell'ambiente e pregiudizio al decoro medesimo e alla vivibilità urbana così ampliando il concetto di contingibilità ed urgenza al settore della "Sicurezza Urbana".

Analoghi poteri sono stati posti in capo agli enti locali anche in materia ambientale e sanitaria: lo stesso art. 32 della L. 833/78 ha previsto che, in materia di sanità pubblica, i poteri di ordinanza fossero distribuiti tra Ministero Sanita, Presidenti delle Regioni e Sindaci in ragione della dimensione dell'emergenza sanitaria che originava l'intervento³⁴.

L'esercizio di siffatti poteri negli ultimi mesi ha dato la "stura" alla emanazione di disposizioni spesso non coerenti con il quadro degli interventi posti in essere dalla Protezione Civile.

In particolare se da un canto, e per effetto di quanto sopra esposto, c'era da ritenersi, inequivocabilmente, la sussistenza di un potere di ordinanza in capo ai Sindaci interessati, è altresì vero che il tenore generico del D.L. 6/2020 -che come già detto parlava di "Autorità competenti" in ordine alla individuazione dei soggetti facoltati all'esercizio di funzioni di Protezione Civile - ha finito per legittimare ulteriormente l'operato dei Sindaci che, ai sensi dell'art. 3.2 del cit. D.L. 6 avrebbero dovuto limitarsi a non adottare ordinanze in contrasto con i già cit. DPCM³⁵.

E' accaduto così che nella cd. FASE - LOCALE di prima gestione dell'emergenza, vi siano state situazioni di evidente confusione a mezzo dell'adozione di ordinanze sindacali, anche in parte sovrapponibili con i cit. DPCM, ma che hanno condotto inevitabilmente ad un accavallarsi di misure precauzionali che hanno confuso cittadini ed operatori.

Per converso non può non segnalarsi come in alcuni casi – vicenda Ischia³⁶ – gli stessi interventi dell'Amministrazione Centrale, ed in particolare dei Prefetti, sono stati centrati ad un "rispetto letterale" delle disposizioni di Protezione Civile nazionale vigenti, "rispetto" che di lì a poco è apparso travolto dall'espandersi del contagio.

Queste vicende hanno, pertanto, originato, come già cennato, l'intervento di cui al D.L. 19/2020 che ha, infine, disciplinato, questa volta con maggiore chiarezza, il ruolo

³³ In generale sul sistema delle ordinanze contingibili ed urgenti degli enti locali vedasi G. MANFREDI, *Potere di ordinanza - Dir. Amm.* -, in Treccani on-line 2019.

³⁴ Sul fondamento dei poteri di ordinanza in base all'art. 32 della L. 833/1978 si sofferma anche la citata sentenza del TAR Calabria 841/2020 al fine di escludere la possibilità di invocare siffatta disposizione in presenza di ordinanze della PCM emanate ex D.L. 19/2020 e sostanzialmente "tipizzate" nella stessa previsione di cui all'art. 1 del D.L. cit. – principio della Lex specialis posteriore.

³⁵ Sul punto vedasi di L. A. MAZZAROLLI, op. cit.

³⁶ La vicenda delle ordinanze sindacali COVID messe per limitare gli accessi all'isola, oggetto di annullamento prefettizio, è descritto da A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del COVID-19*, in www.federalismi.it, Osservatorio Emergenza COVID.

residuale delle ordinanze sindacali contingibili ed urgenti nel senso di limitare le attività di competenza degli enti locali³⁷.

Tale disciplina è stata oggetto di un primo accertamento incidentale di legittimità – e dunque di efficacia – da parte del Consiglio di Stato con il parere di cui all’Adunanza della Sez. I del 7.4.2020³⁸ con riferimento alla illegittimità, e dunque annullabilità, dell’ordinanza del Sindaco di Messina, che ha ritenuto di istituire un sistema di registrazione comunale – e susseguente autorizzazione – al fine di fare ingresso in Sicilia attraverso il porto di Messina.

Su questa vicenda viene in rilievo la lettura delle disposizioni del D.L. 19/2020 da parte del Ministero

Interno, condivisa integralmente dal Consiglio di Stato³⁹, che conferma, in prima battuta, il quadro ricostruttivo di tale primo “bimestre emergenziale” proposto nei capi che precedono.

Anche in ordine al rapporto tra misure di protezione civile adottate dagli enti locali e gestione unitaria ed accentrata dell’emergenza COVID, così come confermata con il D.L. 6/2020, e con il successivo D.L. 19/2020, valgono le più generali considerazioni sopra sviluppate sul carattere di eccezionalità dell’emergenza pandemica e delle misure così adottate.

Non senza ribadire come è evidentemente necessaria una lettura prospettica, costituzionalmente orientata, che consenta di riprendere gli ammonimenti di Corte Cost. 14.4.1995 n. 127 che, pronunciandosi su di un conflitto di attribuzione in tema di emergenza ambientale nel territorio della Regione Puglia, affermava che “... *l'emergenza non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale ... L'esercizio del potere di ordinanza del Presidente del Consiglio deve dunque risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali ...*”, principio questo che naturalmente deve ritenersi estensibile anche alle misure limitative, attualmente in vigore con riferimento ai poteri di ordinanza agli enti locali.

³⁷ M. LUCIANI, op. cit., 22 ss., correttamente precisa che “... *Il significato precettivo e chiaro l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale ...*”.

³⁸ Sull’argomento vedasi il commento di A. Celotto, Emergenza e ordinanze comunali: “*l'isola della regione nel caso delle opinioni*”, (una lettura del parere 7/4/2020 n. 260/2020) in GiustiziaAmministrativa.it, sito istituzionale che si sofferma, per l’appunto, sulla necessità di una riflessione profonda sulle modalità giuridiche di gestione dell’emergenza; ed anche N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il COVID-19 non “chiude” lo stretto di Messina*, in www.dirittiregionali.it.

³⁹ “... *Sussistono dunque i vizi di legittimità, per diretta violazione della normativa statale speciale sopra richiamata, come denunciati sia dal Min. Interno, sia dalla PCM, anche tra l'altro perché l'ordinanza in esame viola i limiti di oggetto di cui al comma 1 dell'art. 3 del D.L. 19/2020, con “incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale” (quale il transito e trasporto di merci sullo stretto di Messina), in violazione del divieto sancito dal comma 1 dell'art. ora cit., e perché non adduce adeguatamente quelle “specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso” che sole avrebbero potuto legittimare l'adozione ...*” (Cons. St. parere cit., capo 8.4) dell’ordinanza del Sindaco di Messina).

3. Il procedimento di acquisizione dalle forniture in emergenza COVID: dalle ordinanze di Protezione Civile a quelle dei soggetti attuatori

Sulla scorta della disciplina “generale” oggetto dei capi che precedono o si deve procedere ad esaminare, più da vicino, i procedimenti di acquisizione dei famigerati “DPI – Dispositivi Protezione Individuale”⁴⁰ che si sono resi immediatamente necessari con lo svilupparsi del virus. E’ apparso, infatti, evidente sin dalle prime settimane dell’emergenza che né le prime Regioni interessate dal contagio (Lombardia, Veneto, Piemonte, Marche ecc.), né le altre, avevano, in concreto, le dotazioni necessarie per fronteggiare l’espansione del virus.

E’ necessario, quindi, descrivere le ordinanze della Protezione Civile che hanno caratterizzato la fase di avvio della gestione dell’emergenza, e, procedere ad un tentativo di individuazione dei soggetti che sono stati chiamati ad attivarsi sul territorio nazionale, anche alla luce dei successivi D.L. che, come si dirà, si sono poi interessati della materia.

Sin d’ora è, purtroppo, agevole segnalare come numerose iniziative sono apparse sostanzialmente “improvvide”, e/o comunque si sono manifestate non utili: nel contempo è, altresì, evidente che nella situazione di emergenza COVID è purtroppo maturato un “sistema” derogatorio generalizzato in materia di affidamento dei contratti pubblici “sistema”, che ha manifestato sin dalla partenza carenze “gestionali” di non scarso rilievo⁴¹.

4. Soggetti chiamati a gestire l’emergenza COVID

Le ordinanze della Protezione Civile che hanno caratterizzato questa prima fase prendono le mosse con l’ordinanza n. 630 del 3.2.2020 e seguenti, con le quali - seguendo uno schema utilizzato anche in altre fattispecie emergenziali, il Dipartimento della Protezione Civile - per effetto della delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020 - dichiarativa dello stato di emergenza (per 6 mesi) -, ha individuato la funzione di coordinamento degli interventi in capo al Dipartimento della Protezione Civile, l’utilizzo di soggetti attuatori, l’istituzione – come già detto – del Comitato Tecnico Scientifico per fronteggiare la pandemia, e, all’art. 3 dell’ordinanza citata, le

⁴⁰ Sui dispositivi necessari per fronteggiare l’emergenza COVID vedasi le indicazioni dell’ISS, nel testo aggiornato sino al 28.3.2020, disponibile sul sito dell’Istituto.

⁴¹ S. Staiano, op. cit., 549 ss. Si è osservato che “... benchè si sia operato, come nell’ordine delle cose nella fase dell’emergenza con modalità in deroga, i problemi strutturali delle amministrazioni pubbliche sono regolarmente riemersi in tutta la loro cruda evidenza ...”.

Nelle ultime settimane le vicende relative all’acquisizione dei DPI da parte delle diverse Amministrazioni sono state agli onori della cronaca (vedasi La Repubblica del 25.4.2020 e Corriere della Sera di pari data): indipendentemente dagli accertamenti penali, che seguiranno il loro corso, le difficoltà operative delle attività di approvvigionamento sono state descritte in modo molto interessante dal prof. M. Comba in una lunga intervista pubbl. su *Italia Oggi* del 25.4.2020, laddove l’interessato, nella qualità di Presidente della S.C.R. Piemonte Spa – Centrale di Acquisti della Regione Piemonte – ha individuato i profili di criticità di tali approvvigionamenti, e più in generale le difficoltà scaturente dall’attuale TUA, anche alla luce di significative esperienze maturate in altri Ordinamenti Europei.

disposizioni normative oggetto di deroga da parte del Dipartimento e dei soggetti attuatori.

Lo schema seguito è, come detto, omogeneo a quello, seguito in altre fattispecie emergenziali sulla scorta delle previsioni dell'art. 5 della L. 225/92, - oggi artt. 5 e 24 del TU 1/2018: al verificarsi di stati di emergenza, dichiarati dal Consiglio dei Ministri, a partire dalla L. 225/92 è stata disciplinata l'adozione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e per essa del Dipartimento della Protezione Civile, di "ordinanze in deroga ad ogni disposizione di legge e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico" (art. 5 cit.): la legge del '92 ha, in buona sostanza, disciplinato il tradizionale potere di ordinanza *extra ordinem* da sempre connaturato alla gestione di eventi emergenziali, così come del resto riconosciuto a partire da Corte Cost. n. 8/1956⁴².

La disciplina di riferimento dell'ordinanza n. 630 citata, è costituita per l'appunto, dal richiamo allo stato di emergenza dichiarato dal Governo e, in tale ambito, ha precisato le disposizioni di legge oggetto di deroga espressa: di lì a breve lo stesso Dipartimento ha proceduto alla individuazione dei soggetti attuatori nella persona dei Presidenti delle Regioni interessate (vedasi ordinanze Prot. Civ. dal 22 febbraio 2020 al 27 febbraio 2020): analoga designazione si è avuta in favore del Segretario Generale del Ministero della Salute (ordinanza del 7.2.2020) e di CONSIP (ordinanza del 5.3.2020), società pubblica designata per l'acquisizione delle forniture al sistema sanitario, nonché di INAIL (vedasi art 10 D.L. 18/2020).

Il "modus procedendi" della Protezione Civile è, come osservato, coerente alle disposizioni del T.U. n. 1/2018 ed alla prassi applicativa seguita in fattispecie simili: su questi temi si è osservato che, pur in presenza delle previsioni di cui alla L. 225/92, il rapporto fra le ordinanze "aperte"⁴³ a carattere normativo della Protezione Civile, ed i decreti legge è sempre stato eterogeneo: se è vero che tali ordinanze costituiscono a tutti gli effetti atti formalmente amministrativi, è altresì evidente che le stesse, proprio per il

⁴² Sui temi generali delle ordinanze emergenziali vi è notevole produzione: fra gli altri si segnalano G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, 33 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Poteri di ordinanza e principio di legalità*, Milano 1990; C. MARZUOLI, *Il Diritto Amministrativo dell'Emergenza*, Milano 2006; M. BROCCA, *L'Altra Amministrazione. Profili strutturali e funzionali del Potere di Ordinanza*, Napoli 2012; G. MANFREDI, *Poteri di Ordinanza – Diritto Amministrativo* - Voce della Treccani -Online, 2019; F. TEDESCHINI, *Emergenza - Diritto Amministrativo* - Voce della Treccani, - Online, 2017.

Sui rapporti tra i poteri di ordinanza del Governo e i Decreti Legge vedasi A. CARDONE, *Il Rapporto tra Ordinanze di Governo e Decreti Legge alla luce della prassi più recente e delle modifiche ordinamentali del potere extra ordinem*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2012, n. 2.

Sull'esercizio dei poteri di ordinanza, e più in generale sul funzionamento della Protezione Civile, vedasi E. ALBANESI e R. ZACCARIA, *Le Ordinanze di Protezione Civile per l'attuazione di decreti legge e altri scostamenti dalla legge n. 625/92*, in *Giur. cost.*, 2009, 2131 ss.; ed ancora E.C. RAFFIOTTA, *Le Ordinanze Emergenziali nel Diritto Comparato*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2017; S. SPUNTARELLI, *Normatività ed Efficienza del Sistema delle Ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visco*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2017.

⁴³ Sul tema delle ordinanze aperte vedasi G. MORBIDELLI, op. cit., 37 ss.; ed ancora vedasi V. CERULLI IRELLI, *Principio di Legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 377 ss.. La stessa Corte Costituzionale parla delle ordinanze di Protezione Civile quali atti amministrativi a contenuto sostanzialmente aperto, ma caratterizzati dalla funzione temporanea di salvaguardare interessi che trascendono da quelli delle singole Comunità Locali (vedasi Cort. Cost. sent. n. 8/2016; cfr. sent. n. 159/2014).

loro carattere *extra ordinem*, non hanno un contenuto tipizzato, poiché né la L. 225/92, né i successivi provvedimenti normativi (di volta in volta emanati in relazione alle singole fattispecie emergenziali), hanno caratterizzato/individuato il contenuto delle successive ordinanze applicative, proprio in ragione della “variegatezza” delle situazioni emergenziali e delle susseguenti soluzioni praticabili⁴⁴.

Si è osservato, nella ricerca del fondamento costituzionale, di tali ordinanze che l’interazione fra D.L. e ordinanze di emergenza nel corso degli anni si è evoluto a partire dalle vicende del terremoto del 23/nov./80. Con la L. 225/92 si è strutturato un sistema di Protezione Civile che ha condotto, almeno in parte, ad una tipizzazione del potere *extra ordinem*⁴⁵, e, più nello specifico di una “procedimentalizzazione del potere di ordinanza”⁴⁶.

Sotto il profilo strutturale dell’esercizio del potere di ordinanza si sono previste con la L. 225/92 ordinanze generali, a carattere normativo, attributive di poteri in deroga, atti attributivi di poteri, di solito connessi alla dichiarazione di emergenza, con onere di motivazione e di istruttoria: sotto quello funzionale devono, invece, essere inquadrati gli adempimenti “pubblicitari” (di cui infra), e quelli in tema di rendicontazione delle contabilità speciali, di volta in volta istituite⁴⁷.

Da tali previsioni è uscito confermato che il carattere “aperto” di tali provvedimenti debba essere verificato sotto il profilo della legalità “procedimentale”; in altri termini in assenza di specifiche disposizioni di legge, la correttezza dei provvedimenti emergenziali – anche quelli a carattere generale come nella specie – deve essere verificata in ragione dei caratteri di adeguatezza, proporzionalità e transitorietà degli effetti dell’intervento emergenziale. In questa ottica la Consulta ha ritenuto che l’esercizio del potere di ordinanza debba essere motivato – indicazione del resto recepita anche dall’art. 5 L. 225/92 -, e che l’esercizio di tali poteri non possa incidere su settori dell’Ordinamento “...con approssimatività senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione...” (Corte Cost. n. 127/1995). La stessa Consulta ha, del resto, individuato nel rispetto del principio di proporzionalità tra il sacrificio imposto ai cittadini/imprese/enti locali ed i fini di interesse pubblico specifico scaturenti dalla situazione di emergenza, un elemento di necessaria valutazione per la verifica della legittimità “procedimentale degli interventi emergenziali”.

L’art. 42 del D.Lgs. 33/2013 ha ulteriormente regolato l’esercizio del potere di ordinanza espressamente prevedendo che: “... i provvedimenti emergenziali debbano contenere l’indicazione espressa delle norme di legge derogate i termini temporali per

⁴⁴ Sul tema della “variegatezza” delle ordinanze, e dunque del loro carattere libero e, più in generale non tipizzato, vedasi le note di S. Spuntarelli, op. cit., 9 ss.; cfr. R. Cavallo Perin, op. cit., 147 ss. In generale sul tema del rispetto del principio di legalità sostanziale, anche in presenza di ordinanze a contenuto libero, vedasi G. MORBIDELLI, op. cit., 35 ss.

⁴⁵ Sull’analisi della “procedimentalizzazione del potere di ordinanza”, e delle sue fasi, vedasi A. Cardone, op. cit., 18 ss.

⁴⁶ A. CARDONE, op. cit., 21 ss.

⁴⁷ Una verifica di tali elementi strutturali e funzionali dei poteri di ordinanza nell’ambito dell’emergenza COVID dovrà essere sviluppata anche alla luce delle deroghe – di cui infra – contenute nei D.L. poi culminati della L. 27/2020.

l'esercizio dei poteri di ordinanza ed il costo previsto per l'attuazione di tali interventi...".

Si può, dunque, affermare che le disposizioni della Protezione Civile nella FASE 1 dell'emergenza COVID appaiono, prima facie, legittime in ragione della sussistenza dichiarata dello stato di emergenza, della transitorietà dello stesso (allo stato previsto in 6 mesi), e del carattere adeguato e proporzionale delle deroghe previste, ab origine, con l'ordinanza n. 630 cit., al regime ordinario degli appalti pubblici.

I successivi D.L. nn. 9/2020, 11/2020, 14/2020 – abrogati dall'art. 1 della L. 27/2020 - hanno inteso descrivere il novero degli interventi azionabili a mezzo DPCM per effetto dell'emergenza COVID, e, più in generale, hanno inteso regolare – o sarebbe il caso di dire “provare a regolare” – la “catena di comando” ed il riparto di competenze per fronteggiare il virus su scala nazionale⁴⁸.

Le deroghe alla normativa ordinaria previste, e di seguito attuate a partire dall'ordinanza n. 630 cit., appaiono, dunque, adeguate e proporzionate, rispetto ad un sistema ordinario di acquisizione delle commesse pubbliche ex T.U. 50/2016 che, come da più parti osservato, non consente, né avrebbe consentito, rapidità ed efficacia nell'azione amministrativa di approvvigionamento delle suddette forniture di DPI.

Il modificarsi del quadro emergenziale, sin dalle prime settimane del febbraio 2020, ha generato la innegabile esigenza di allargare il novero dei soggetti attuatori⁴⁹, sia a livello centrale (Ministero Salute/CONSIP/INAIL, ecc.), sia a livello locale, attribuendo le funzioni relative ex art 25 T.U. 1/2018 ai Presidenti di tutte le Regioni: anche tale previsione appare coerente con il quadro normativo di riferimento dal momento che il T.U. 1/2018 – art. 25.6 -ha individuato nei Presidenti delle Regioni i soggetti corresponsabili degli interventi di Protezione Civile su base locale, seguendo le indicazioni in tal senso provenienti dal T.U. n. 1/2018⁵⁰.

In altri termini si parla di soggetti ai quali è assegnato - ex art. 6 del T.U. 1/2018 -, sotto il coordinamento della Protezione Civile, la gestione degli interventi emergenziali su base locale.

La scelta di avvalersi dei Presidenti delle Regioni operata dalla Protezione Civile a partire dall'ordinanza 630 cit, e messa in esecuzione con le successive designazioni dei Presidenti di tutte le Regioni e Province Autonome quali soggetti attuatori è,

⁴⁸ Sul tema generale delle ordinanze di Protezione Civile in deroga al TUA, vedasi S. SPUNTARELLI, op. cit., 9 ss. Sul tema specifico vedasi U. FRANGIPANE, *Gli Appalti Pubblici al tempo della pandemia*, in www.federalismi.it – Osservatorio Emergenza COVID-19; ed ancora V. SCARPA, *Emergenza Sanitaria COVID-19, possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di pubblici appalti*, in www.biodiritto.org, marzo 2020

⁴⁹ Sul tema dei “soggetti attuatori” deve precisarsi che i Presidenti delle Regioni, unitamente ai Sindaci Metropolitani, sono individuati dall'art. 6 del T.U. 1/2018 quali Autorità Territoriali di Protezione Civile: l'art. 25.6 del medesimo T.U. 1/2018 individua, “di norma”, nei predetti rappresentanti locali i soggetti attuatori delle ordinanze di Protezione Civile.

⁵⁰ Sul tema della “disseminazione” dei poteri in deroga, e più in generale sulle criticità ricostruttive della deroga esercitata dai soggetti attuatori, vedasi S. SPICARELLI, op. cit., 17 ss.: ed ancora M. BROCCA, op. cit. 166 ss., che parla di effetto moltiplicatore dei soggetti, e con essi dell'esercizio dei poteri, in deroga. Ed ancora F.S. SEVERI, *Ordinanze Derogatorie del Sistema delle Fonti*, in, *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2007, 2070 ss.

dunque, coerente, soprattutto nel caso dell'emergenza COVID, con l'esigenza di intervenire con efficacia nei territori interessati dal contagio.

Ferma restando la legittimità di tale opzione procedimentale, sotto un profilo operativo la “disseminazione dei poteri in deroga” deve ritenersi quanto meno anomala⁵¹, se non operata nei limiti della estrema necessità ed urgenza dei singoli interventi.

Se la disciplina di cui alla L. 225/92, e succ. modifiche, ed il potere di ordinanza *extra ordinem* ivi previsti hanno evidentemente una ratio legis condivisibile e costituzionalmente ritenuta legittima, è altresì evidente che la sussistenza di un numero, praticamente indefinito, di soggetti attuatori che operano in deroga, può conformarsi come una profonda incisione al principio di legalità sostanziale dei procedimenti amministrativi, astrattamente ammissibile, solo ove tale delega sia effettivamente conformata, e limitata, alle esigenze scaturenti dalla situazione di emergenza, e nell'ambito di una concreta attività di coordinamento da parte della Protezione Civile.

Naturalmente non è questa la sede per un'analisi della legittimità sul sistema di intervento della Protezione civile, e più in generale in ordine all'individuazione dei soggetti attuatori, ma non può non segnalarsi, ab initio, che ciascuna delle Regioni interessate, in ordine sparso, ha a sua volta “disseminato” le facoltà di deroga conferite ai soggetti attuatori in capo a Agenzie Regionali della Protezione Civile, Società e Aziende Regionali di Committenza Pubblica, Aziende Sanitarie, Aziende Ospedaliere, e chi più ne ha più ne metta.

Su questi temi si ritornerà, infra, poiché, - come si dirà - alla base della cattiva gestione dei procedimenti di acquisizione delle forniture predette, vengono purtroppo in rilievo anche iniziative, molteplici e non coordinate, di tali soggetti/sub attuatori.

Sempre sotto il profilo procedimentale deve altresì precisarsi che con il D.L. 18/2020 – nel testo oggetto di conversione con la 27/2020 - si è proceduto alla individuazione di un ulteriore soggetto “attuatore”: all'art. 122 si è, infatti, prevista la figura del Commissario Straordinario per l'Attuazione ed il Coordinamento delle Misure di Contenimento e Contrasto dell'Emergenza COVID-19 (di seguito solo “Commissario”).

Di lì a qualche giorno il Governo procedeva alla designazione del dott. Domenico Arcuri con DPCM del 18.3.2020.

La disposizione di legge citata – art. 122.1 – prevede che il suddetto Commissario:

“...attua e sovrintende ad ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contrastare l'emergenza stessa o comunque necessario in relazione

⁵¹ Si è già precisato come i Presidenti delle Regioni abbiano, in concreto, sub-delegato le funzioni di acquisti di DPI a soggetti “disparati”: in Piemonte avrebbe operato la S.C.R. Piemonte Spa, ed ancora in Lazio e Lombardia avrebbero operato le Agenzie Regionali di Protezione Civile, ed in Campania avrebbero operato la Società di Acquisti Regionali – SORESA –, e anche le ASL e le strutture ospedaliere interessate: il condizionale è d'obbligo poiché è assai difficile, allo stato degli atti, ricostruire il novero dei soggetti attuatori, e più in generale il novero dei soggetti chiamati a rifornirsi di DPI per le esigenze derivanti dal contagio.

alle misure adottate per contrastarlo, nonché programmando e organizzando ogni attività connessa, individuando e indirizzando il reperimento delle risorse umane e strumentali necessarie individuando i fabbisogni e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale.....”

Il Commissario:

“...provvede inoltre al potenziamento della capienza delle strutture ospedaliere...” (art. 122.1) e:

“...dispone, anche per il tramite del Capo del Dipartimento della Protezione Civile e ove necessario del Prefetto territorialmente competente ai sensi dell'art. 6 del presente decreto la requisizione di beni mobili registrati ed immobili...” (art. 122.1).

Il Commissario:

“...pone in essere ogni intervento utile per preservare e potenziare le filiere produttive dei beni necessarie per il contrasto ed il contenimento dell'emergenza...” (art. 122.1).

per la medesima finalità

“...può provvedere alla costruzione di nuovi stabilimenti e alla riconversione di quelli esistenti per la riproduzione di detti beni tramite il Commissariamento di rami d'azienda...” (art. 122.2).

Lo stesso art. 122, al comma 3, attribuisce al Commissario le attività propedeutiche alla concessione degli aiuti per far fronte alla emergenza sanitaria nonché alla gestione coordinate del Fondo Solidarietà dell'Unione Europea – FESUE – di cui al Reg. CEE 2012/2002, nonché delle risorse del Fondo di sviluppo e coesione destinato all'emergenza.

Sotto il profilo procedimentale l'art. 122, attribuisce, altresì al Commissario, l'esercizio dei poteri *“...in accordo con il Capo di Dipartimento della Protezione Civile”* previa *“collaborazione con le Regioni interessate”*: lo stesso Commissario potrà avvalersi di soggetti attuatori (Quali? Quelli già designati dalla Prot. Civile?) di società *in house* e centrali di acquisto.

Con una disposizione particolarmente *“interessante”* si prevede, altresì, che in ordine alle attività di acquisizione per l'acquisto di beni di cui al co. 1, nonché per ogni altra attività negoziale, il Commissario opera in deroga all'art. 29 del DPCM 22.11.2010 (Disciplina dell'autonomia contabile della Presidenza del Consiglio dei Ministri), e tali atti negoziali sono altresì sottratti al controllo della Corte dei Conti, fatti salvi gli obblighi di rendicontazione.

La disposizione predetta (art. 122.8) continua prevedendo che:

“...per gli stessi atti la responsabilità contabile e amministrativa e comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione”.

Gli atti di cui al presente comma sono immediatamente e definitivamente efficaci, esecutivi ed esecutori non appena posti in essere.

La medesima limitazione di responsabilità vale per gli atti, i pareri e le valutazioni tecnico scientifico rese dal Comitato Tecnico Scientifico ...”.

Il co. 9 prevede altresì:

“la facoltà del Commissario di procedere a mezzo apertura di apposito conto corrente per consentire la celere regolazione delle transazioni che richiedono il pagamento immediato o anticipato delle forniture anche senza garanzia...”.

Un commento a tale previsione normativa, ed ai poteri attribuiti al predetto Commissario non è certamente agevole: è facile richiamare la necessità che su questi temi si debba devolvere *“...ai posteri l'ardua sentenza...”*. Di certo la “tenuta costituzionale” di tale attribuzione di “pieni poteri” privi di qualsivoglia controllo (preventivo e/o successivo) è difficilmente compatibile con i precetti di adeguatezza e proporzionalità, nell'esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*.

Sotto il profilo funzionale alcune osservazioni di prima lettura devono essere però sviluppate.

In primo luogo ci si deve chiedere se vi era necessità di un Commissario/Speciale distinto dal Capo della Protezione Civile? Appare evidente sin dalla prima lettura della previsione di cui all'art. 122 D.L. cit., che i poteri “smisurati” attribuiti al predetto Commissario appaiono in evidente sovrapposizione con molte delle attribuzioni del Dipartimento della Protezione Civile, con il quale, del resto, si dice che il Commissario debba operare in “racordo”.

Sotto distinto profilo è altresì evidente che i poteri attribuiti al predetto Commissario dal Legislatore “Governativo” appaiono esorbitare la stretta gestione della dichiarata emergenza COVID, quanto meno sotto il profilo delle previsioni di *“costruzione di nuovi stabilimenti....”*, e, più in generale, della gestione di fondi europei: anche in questo caso le attività affidate al predetto Commissario si vengono inevitabilmente, a sommare a quelle di strutture e Dicasteri certamente operativi, e comunque si inseriscono in un ambito di attività amministrativa più ampia delle esigenze emergenziali *strictu sensu*.

Le stesse osservazioni sviluppate anche di recente dalla Consulta sul carattere “policentrico” dell'organizzazione della Protezione Civile (sent. n. 246/2017), e sul successivo coordinamento delle attività della Protezione Civile con le Regioni interessate, sono a ben vedere travolte dalle previsioni dell'art. 122 co. 2 che, da un canto prevede a carico del Commissario l'onere di “collaborazione” con le predette Amministrazioni Regionali (e non di intesa), dall'altro descrive tale “collaborazione” in termini di evidente subordinazione dal momento che si limita a prevedere che *“...i provvedimenti del Commissario di natura non normativa...”* - precisazione probabilmente opportuna per quanto si sta illustrando - sono comunicati alla Conferenza Stato/Regioni e/o alle singole Regioni, su cui il provvedimento incide, *“... che possono richiederne il riesame...”* (!?).

Da ultimo deve segnalarsi che le disposizioni in termini di autonomia contabile sopra tratteggiate possono ritenersi coerenti, quanto alla assenza di controllo preventivo contabile, con quelle introdotte dalla D.L. 90/08 per le attività della Protezione Civile: ciò che appare assolutamente “singolare” è la clausola di esonero di responsabilità introdotta, *ab initio*, per l'attività del predetto Commissario. Fermo restando il regime delle deroghe sulle quali si tornerà infra, tale previsione ha provocato, come era

ragionevole attendersi, analoghe disposizioni di esonero di responsabilità in favore del Dipartimento della Protezione Civile, e dei soggetti attuatori come designati, e (di seguito dei soggetti sub attuatori di cui si è detto), come previsti dall'art. 5 quater del D.L. 18/2020 - introdotto in sede di conversione -⁵².

Le distinte perplessità sui poteri del Commissario che precedono hanno trovato una implicita, quanto “singolare”, conferma in alcune delle attività susseguenti poste in essere dal predetto Commissario.

Da un canto non vi è traccia “trasparente”, allo stato, delle attività negoziali svolte dal predetto Commissario che, sino a tutto il 30.4.2020, si è limitato a comunicare il novero di DPI messi a disposizione delle Regioni in termini statistici, dall'altro - con una lettura ulteriormente ampliativa del testo di cui al citato art. 122 del D.L. 18/2020 - con ordinanza n. 11 del 26.4.2020 ha ritenuto di fissare “... *il prezzo finale di vendita al consumo dei prodotti indicati nell'allegato 1) praticato dai rivenditori finali...*” (il prezzo delle mascherine chirurgiche per intenderci).

Quale sia il fondamento costituzionale (in palese deroga ai precetti di cui all'art. 41 Cost.) e normativo di una simile iniziativa non è dato comprendere: il Commissario nello stabilire un prezzo predefinito ha, in buona sostanza, introdotto un regime di prezzo “imposto”, omettendo di considerare l'evolversi del libero mercato nella commercializzazione di DPI – non equiparabili a prodotti farmaceutici – la cui vendita è come noto “libera”, cioè affidata sia alle normali farmacie, che alle cosiddette “parafarmacie”, oltre che ad altri esercizi commerciali.

Sul punto sarebbe stata auspicabile una politica di coordinamento, a monte dell'approvvigionamento dei suddetti DPI, anche a mezzo di requisizione di tali prodotti da parte della Protezione Civile: di certo appare assai difficile sostenere la legittimità di un siffatto intervento “a gamba tesa” nei confronti di tutti gli operatori economici (farmacisti e non) che si sono attivati con mezzi propri per poter commercializzare tali presidi. Con l'ulteriore precisazione che all'atto della definizione del presente scritto l'unico effetto tangibile di tale ordinanza, è stato, come era ragionevole attendersi, la scomparsa di tali dispositivi da tutti i punti di commercio al dettaglio.

Condivisibile è la posizione di ANCI che, in maniera assai più corretta, ha richiesto al Commissario di provvedere a collocare in capo ai Comuni o agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale un congruo numero di mascherine per le famiglie più disagiate.

Trattasi di questione che esula dalla presente nota, ma che viene in rilievo in questa sede proprio in ragione dei poteri “smisurati” – e anche del loro esercizio – affidati al predetto Commissario da un Legislatore quantomeno disattento.

5. Le deroghe al T.U. 50/2016, ed alle normative relative agli affidamenti di pubbliche forniture

⁵² Sul tema del cd. “scudo” vedasi le interessanti, e polemiche, notazioni di F. TEDESCHINI, *Uno scudo per gestire meglio l'emergenza*, in *Sole 24 Ore* del 15 maggio 2020.

All'esito della "generale individuazione" dei soggetti chiamati ad applicare le disposizioni della Protezione Civile per fronteggiare l'emergenza, si deve procedere ad una analisi del quadro di riferimento normativo applicato nel predetto periodo.

Abbiamo disposizioni legislative in deroga alle normali procedure in tema di acquisizione di pubbliche forniture di cui al T.U. 50/2016, di seguito TUA, – contenute nel D.L. 18/2020, nonché nei D.L. n. 9/2020 e n. 14/2020 -poi soppressi dalla L. 17/2020 -, nonché disposizioni derogatorie generali previste dalla già citata ordinanza n. 630/2020 della Protezione Civile – recepita nella L. 17/2020 -, applicata "a cascata" da tutti i soggetti chiamati ad operare.

Preliminarmente si deve precisare che il TUA contiene, a ben vedere, già disposizioni derogatorie rispetto all'iter ordinario, volte a semplificare e velocizzare l'acquisizione delle predette forniture in periodi emergenziali⁵³.

Da un canto, in tal senso depone l'art. 63.2 del TUA che, alla lett. C), prevede l'ipotesi di affidamento di pubbliche forniture senza pubblicazione di un bando di gara, nella misura strettamente necessaria per fronteggiare eventi imprevedibili per l'Amministrazione aggiudicatrice.

Analogamente l'art. 163 del medesimo TUA contiene la disciplina delle procedure di affidamento nei casi di somma urgenza e di protezione civile, disposizione che viene in rilievo soprattutto con riferimento al co. 9) che regola l'esecuzione dei lavori, e le forniture e servizi in circostanze "di somma urgenza" (di importo superiore ad €. 40.000,00, ed inferiore alle soglie comunitarie).

Su questi temi si è soffermata anche la Commissione UE con la Comunicazione pubblicata in CGUE del 1.4.2020, nella quale il Governo Europeo ha condiviso le ragioni dell'urgenza nell'attività negoziale susseguente all'emergenza COVID, e precisato che in relazione alle procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, "*...poiché le Amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal Trattato, la Corte di Giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale....*" (cfr. CGUE causa C-257/2008; C-352/2012)⁵⁴.

Sotto un profilo interpretativo la stessa Comunicazione UE precisa che il richiamo all'urgenza eccezionale non può essere invocato per l'affidamento di appalti la cui durata richieda più tempo di quanto necessario per una procedura ordinaria, fattispecie questa che potrebbe venire in rilievo alla luce di una serie di deroghe normative introdotte dalla L. 27/2020.

L'apertura dell'Esecutivo Europeo è di rilevanza interpretativa assolutamente pregnante. Il Legislatore Italiano ha però seguito, sin dalle prime battute un regime di

⁵³ In argomento vedasi U. FRANGIPANE, op. cit., 6 ss.; più in generale sul funzionamento operativo degli artt. 63 e 163 del TUA, vedasi F. CARINGELLA, T. MANTINI, M. GIUSTINIANI, *Il Nuovo Diritto dei Contratti Pubblici*, Roma 2017. Con tempestività degna di miglior causa in data 30.04.2020 ANAC ha pubblicato un vademecum per gli "affidamenti rapidi" ex T.U. 50/2016.

⁵⁴ E La stessa Comunicazione precisa che: "*... per rispondere alle esigenze immediate degli ospedali e delle istituzioni sanitarie in tempi molto brevi non può essere ragionevolmente messo in dubbio il nesso di causalità con la pandemia COVID-19.... Le procedure negoziate possono dare la possibilità di soddisfare le esigenze immediate... sino a quando non sarà possibile trovare soluzioni più stabili... tramite procedure regolari ...*".

più spiccata deroga con riferimento ai descritti procedimenti del TUA, evidentemente ritenuti non sufficienti a fronteggiare la situazione emergenziale, sia pure a mezzo delle procedure speciali di cui agli artt. 63 e 163 cit.

Con il D.L. 18/2020, nel testo convertito dalla L. 27/2020, si è pertanto ritenuto di procedere a disciplinare in deroga alcune fattispecie che possono essere schematicamente così tratteggiate:

1. Con gli artt. 5 bis e 5 quater sono state recepite in legge le procedure di cui alla citata ordinanza n. 630 della Protezione Civile;

2. Con l'art. 72 si è prevista la possibilità di attivare la procedura di cui all'art. 63 co.6) del TUA per le misure di "*Internalizzazione del sistema paese*", di competenza del Min. Esteri;

3. Con l'art. 75 si sono autorizzate le acquisizioni da parte di Amministrazioni/Stazioni Appaltanti, ivi comprese le Autorità Indipendenti, di sistemi informatici di agevolazione dello *smart working*, ai sensi del già citato art. 63.2 lett. c), anche in deroga ai termini di cui all'art. 32 del TUA sulla stipulazione del contratto;

4. Con l'art. 86 si è attribuita analoga facoltà di deroga al fine di ripristinare le condizioni di agibilità degli Istituti Penitenziari, deroga disposta a mezzo richiamo dell'art. 163 del TUA sopra citato, ed in ulteriore deroga ai limiti di importo ivi previsti;

5. Con l'art. 86 bis – introdotto in sede di conversione - la facoltà di deroga innanzi descritta è stata ampliata anche alla proroga dei progetti di accoglienza degli Enti Locali e del Min. Interno, anche con modifica delle convenzioni già in essere;

6. Con l'art. 87 bis, introdotto in sede di conversione, sono state ampliate a CONSIP SpA le disposizioni in deroga al T.U. 50/2016, anche con riferimento all'ampliamento delle convenzioni quadro in tema di forniture di pc portatili e tablet per le P.A.;

7. Con l'art. 91 si è disposta, in ampliamento delle disposizioni di cui all'art. 35.18 del TUA, l'erogazione dell'anticipazione del corrispettivo, anche in ipotesi di esecuzione anticipata dei servizi;

8. Con l'art. 92 si è data facoltà - alle Regioni ecc., di sospendere le procedure di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale, sino alla conclusione dell'emergenza, con contestuale proroga degli affidamenti attualmente in essere;

9. Con l'art. 99 è stato altresì previsto per tutti gli operatori del S.S.N. di utilizzare, a mezzo affidamento diretto, e quindi senza obbligo di gara di alcuno tipo - nei limiti delle soglie di valore di cui all'art. 35 del TUA - le risorse economiche provenienti da atti di liberalità;

10. Con l'art. 120.3 è stato previsto anche in capo alle istituzioni scolastiche la possibilità di procedere all'acquisto di PC per l'apprendimento a distanza anche in deroga al T.U. 50/2016;

Lo stesso Legislatore ha altresì previsto, a mezzo dell'art. 34 del D.L. n. 9 del 2.3.2020, che il Dipartimento della Protezione Civile, e i soggetti attuatori ex ordinanza 630, sono autorizzati ad acquisire i DPI anche a mezzo pagamenti anticipati dell'intera fornitura - disposizione poi inserita nel citato art. 5 bis della L. 17/2020.

Ed ancora con il D.L. 9.3.2020 n. 14 - art. 12 - si è prevista per CONSIP SpA nella qualità di soggetto attuatore della Protezione Civile, l'autorizzazione ad acquistare con la procedura di cui all'art. 34 D.L. 9/2020, e dunque a mezzo di trattativa privata (senza i limiti di cui all'art. 163 TUA), 5.000 impianti di ventilazione assistita, e relativi materiali di supporto, per una spesa prevista per circa 185/mil./euro - disposizione poi inserita nell'art. 5 quinquies della L. 17/2020.

Superfluo segnalare come le considerazioni sopra sviluppate sulla evidente "confusione" nella individuazione dei soggetti "operativi" per fronteggiare l'emergenza COVID si riverberano, anche, nella riportata disciplina del regime delle deroghe.

Pur in presenza di indicazioni della Commissione Europea nei termini sopra riportati, il Legislatore ha inteso intervenire ulteriormente ampliando le deroghe al TUA nei termini sopra riportati – a tacere di quanto si dirà sul contenuto delle ordinanze derogatorie della Protezione Civile – introducendo un regime autorizzativo generalizzato all'acquisizione dei DPI in capo al Dipartimento della Protezione Civile ed ai nuovi soggetti attuatori, ma senza, nel contempo, precisare contenuti e metodi del coordinamento degli interventi della struttura emergenziale così costituita. Con l'ulteriore precisazione che lo stesso dipartimento della Protezione Civile con ordinanza n. 653 del 25.03.2020 assegnava anche agli enti locali "*... in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza ...*" la facoltà di procedere in deroga a tempi e modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli artt. 60/61/72/73 e 74 del Codice degli Appalti.

Il tema non è di poco momento poiché, nel breve volgere di poche settimane, alle strutture centrali della Protezione Civile in sé considerate (Protezione Civile/ed i soggetti attuatori "centrali", CONSIP/INAIL, ecc.), si sono affiancate le attività negoziali dei soggetti attuatori di rango regionale, quelle delle strutture delle Protezioni Civili Regionali (vedasi le attività della Protezione Civile del Lazio e del Piemonte) e dei soggetti sub/attuatori individuati dalle diverse Regioni: a tali strutture si sono aggiunte le Aziende Ospedaliere, le Aziende Sanitarie Territoriali quelle Universitarie e gli Istituti di Ricerca, ed in Campania e Lombardia anche società di committenza pubblica.

Tale indeterminato numero di soggetti, sostanzialmente non coordinato, ha intrapreso una doverosa, quanto "confusa" attività negoziale "a trattativa privata" con i soggetti più disparati, nel tentativo di acquisire i DPI e le forniture di attrezzatura sanitaria di terapia intensiva e subintensiva necessarie a fronteggiare il virus⁵⁵, finendo in molti casi per attivare un'attività di concorrenza fra soggetti pubblici nel settore, con l'inevitabile effetto di sostanziale incremento indiscriminato dei prezzi relativi.

⁵⁵ Sulle difficoltà di approvvigionamento dei DPI, in questa prima fase di emergenza COVID, vedasi le dichiarazioni di M. Comba nell'intervista citata alla nota sub. 2.).

In assenza di una concreta funzione di coordinamento, la situazione non è venuta a migliorare con l'intervento del Commissario ex art. 122 che, nell'esercizio dei poteri "smisurati" innanzi descritti, avrebbe intrapreso a sua volta un ulteriore intervento di acquisizione, anche a mezzo di requisizioni, di DPI in favore delle medesime strutture sanitarie, con le difficoltà operative, anche di distribuzione, che hanno caratterizzato le prime settimane di attività in questione.

La innegabile eccezionalità dell'emergenza COVID funge da necessario sfondo dell'attività amministrativa così brevemente tratteggiata: non di meno, come è stato fatto notare⁵⁶, appare veramente singolare la previsione dell'art. 67 del D.L. Cura Italia per la parte in cui ha previsto la sospensione dall'8.3.2020 al 31.5.2020 di tutte le disposizioni in tema di attuazione del diritto di accesso sia esso quello specifico di cui agli artt. 22 e ss. L. 241/90, sia esso quello generalizzato/civico di cui al D.Lgs. 33/2013.

Dalla cronaca di questi giorni si evince come momenti di "opacità" degli affidamenti posti in essere sembrano essersi verificati, e, come di consueto, la trasparenza dell'azione amministrativa avrebbe probabilmente agevolato quanto meno una gestione più coordinata delle diverse iniziative contrattuali.

A tacer poi della elementare circostanza che, anche a voler escludere dal novero degli atti pubblicabili nel periodo emergenziale quelli relativi alle intere procedure di affidamento per alleviare il carico degli uffici sul punto – spesso caratterizzate da meri scambi di lettere commerciali di proposta/accettazione –, non di meno la pubblicazione dei dati sui soli affidamenti "contrattualizzati" in corso avrebbe potuto sicuramente evitare il sovrapporsi di iniziative simili, e, comunque, l'evidenziazione di prezzi/tempi/ditte fornitrici con i relativi risultati.

Ancora una volta vi è da rimarcare un grave difetto di coordinamento che mai come in questa fattispecie, sarebbe stato auspicabile dal momento che, in ipotesi di pandemia mondiale, l'accentramento delle attività di approvvigionamento dei DPI avrebbe quanto meno favorito l'unitarietà delle procedure di acquisto, e forse dei prezzi, così evitando l'accavallarsi di iniziative del tutto simili, con innegabile incremento del prezzo di riferimento dei DPI⁵⁷.

Da ultimo, allo stato degli atti, vengono in rilievo le deroghe espresse contenute alle disposizioni in tema di contratti pubblici di cui alla citata ordinanza 630/2020 della Protezione Civile, nel testo poi recepito dalla L. 27/2020).

Si è osservato⁵⁸ come la disposizione predetta contenga un elenco considerevole di disposizioni di legge in tema di affidamenti di contratti pubblici, suscettibili di deroga sulla scorta delle ragioni di estrema urgenza che sono alla base dell'intervento del Dipartimento della Protezione Civile e dei soggetti attuatori.

⁵⁶ Leggasi R. SAVIANO, *La conoscenza negata in tempo di morbo*, in L'ESPRESSO del 26.4.2020 cfr.; vedasi anche la nota redazionale della Fondazione Open Polis, nell'omonimo sito, nella quale si richiede, con fermezza, l'accesso agli atti di fornitura di DPI di cui alla presente nota.

⁵⁷ Si pensi che la sola Regione Lazio, per il tramite dell'Agenzia Regionale di Protezione Civile, nella seconda settimana di marzo 2020 aveva intrapreso oltre 15 procedure negoziali per l'acquisizione di DPI, per un totale di spesa di circa 130 milioni di euro, come ricostruito sul sito del quotidiano "La Verità" di aprile 2020.

⁵⁸ U. FRANGIPANE, op. cit., 6 ss.

In linea generale la previsione delle deroghe in questione è volta all'esigenza, condivisibile, di massimizzare l'efficienza di quei pubblici affidamenti, così da incrementare rapidità ed efficacia dell'azione amministrativa⁵⁹ di contrasto dell'emergenza COVID.

Si è già osservato come il fondamento normativo dell'ordinanza "aperta", e derogatoria, della Protezione Civile risieda nelle ragioni dell'urgenza: la risposta in termini di maggiore tempestività dell'approvvigionamento dei DPI scaturente dalle deroghe innumerevoli disposte con l'ordinanza 630/2020 cit. è chiaramente fondata e condivisibile.

In questa prospettiva, del resto, la sussistenza delle esigenze emergenziali è stata rilevata, e fatta propria dalla stessa Commissione UE nei termini sopra esposti, ed il Legislatore Italiano, come spesso accade in tema di interventi di Protezione Civile con i DD.LL. citati nei capi che precedono, e con la L. 27/2020, ha fatto proprie "normativizzandole" le deroghe predette: queste ultime hanno interessato, quindi, le fasi di pubblicità preventiva di bandi/avvisi ecc. ecc. delle procedure di affidamento, hanno snellito i controlli sul soggetto appaltante, in gran parte posticipandoli alla fornitura, hanno introdotto deroghe anche alle procedure ristrette di scelta del contraente, ridotte come già detto allo scambio di lettere commerciali di proposte e accettazione.

Non di meno si deve chiaramente segnalare come le ordinanze della Protezione Civile, pur essendosi analiticamente soffermate sul novero delle disposizioni di legge derogate – includendo in tale esercizio dei poteri in deroga anche i soggetti attuatori e sub attuatori – non si sono sino ad oggi soffermate nella indicazione di attività di coordinamento delle iniziative poste in campo dal descritto novero di soggetti attivati per il reperimento dei DPI.

Lo stesso Commissario, allo stato degli atti, non risulta - ad oggi - aver posto in essere una disciplina di coordinamento, che avrebbe consentito forse di evitare la confusione gestionale, per molti versi sotto gli occhi dei commentatori.

In altri termini la previsione delle deroghe, come di prassi attivata a partire dall'ordinanza n. 630/2020, non ha poi visto una susseguente e coerente, attività di coordinamento tra i soggetti attuatori della Protezione Civile, di sicura competenza dell'Amministrazione Centrale: su questo tema, ad oggi, lo stesso Legislatore, con la L. 27/2020 si è ben guardato dall'introdurre una qualsivoglia indicazione al novero delle attività di competenza di ciascuno dei soggetti di Protezione Civile.

Sotto il profilo operativo, e proprio in ragione della peculiarità del momento e delle forniture necessarie, si è altresì prevista la possibilità di un regime ampliato delle facoltà di anticipazione del prezzo e della stessa, anticipata esecuzione delle forniture richieste, con abolizione del periodo di stand and still, e posticipazione dei controlli sugli affidatari.

⁵⁹ Su questi temi F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivanti da cause fattori interni all'Amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2005 n. 4; ed ancora E. FREDIANI, *Vigilanza Collaborativa e Funzione Pedagogica dell'ANAC*, in *www.federalismi.it*, 2017.

Le problematiche sopra tratteggiate hanno, dunque, condotto ad un sostanziale sacrificio dei procedimenti ordinari del TUA, in ragione dell'esigenza di tutela della salute pubblica evidenziate, del resto condivise dalla stessa Commissione UE.

Quello che resta sullo sfondo è, evidentemente, la innegabile necessità, sia nell'emergenza COVID, che in quelle che l'hanno tristemente preceduta, di agire in deroga alle disposizioni principali del TUA, così confermando l'inadeguatezza di tale Testo Unico a far fronte alle esigenze "variegate" delle Stazioni Appaltanti, e più in generale agli interessi pubblici sottesi a tali forniture.

Non vi è dubbio che, come da più parti segnalato, potrebbe essere questa l'occasione per procedere ad uno snellimento delle previsioni del TUA, ed in particolare ad un recepimento semplificato delle Direttive Comunitarie di riferimento sulla falsariga di quanto operato in altri Ordinamenti Europei.

Si è correttamente rappresentato, infatti, che in altri paesi, soprattutto con riferimento agli appalti di rilievo comunitari, si è proceduto con una disposizione di estrema semplicità volta al mero recepimento delle indicazioni di cui alle predette direttive⁶⁰.

6. Conclusioni

Le criticità tratteggiate nei capi che precedono sono evidentemente comprensibili alla luce di un contagio che per diffusione e violenza non ha precedenti negli anni della Ns. storia repubblicana.

L'emergenza non è però ancora dietro le Ns. spalle e, soprattutto, gli esperti rappresentano la possibilità che la stessa si possa ripresentare, anche in forma distinta, nei prossimi mesi. Indipendentemente da questa ipotesi nefasta, il tema della gestione di una emergenza pandemica, e dunque dell'approvvigionamento dei dispositivi medici e dei DPI necessari ad affrontare un contagio di tali dimensioni, deve essere comunque oggetto di future riflessioni.

Su questi temi è stato emanato il Regolamento U.E. n. 745/2017 che:

"...mira a garantire il buon funzionamento del mercato interno per quanto riguarda i dispositivi medici, prevedendo come base un livello elevato di protezione della salute dei pazienti... Nel contempo, esso fissa standard elevati di qualità e sicurezza dei dispositivi medici al fine di rispondere alle esigenze comuni di sicurezza relative a tali prodotti. Entrambi gli obiettivi sono perseguiti contemporaneamente e sono indissolubilmente legati, senza che uno sia secondario rispetto all'altro..." (considerando n. 2 del Reg. U.E. cit.).

Tale obiettivo di armonizzazione, volto a garantire il buon funzionamento del mercato interno, scaturisce (considerato punto 101, del Regolamento U.E. 745 cit.) dall'interesse dell'Unione ad intervenire affinché anche in settori non di competenza

⁶⁰ La questione del recepimento semplificato delle direttive UE è cennata da M. Comba nella lunga intervista di cui alla nota 2); con particolare riferimento al recepimento "cavilloso" delle direttive UE in relazione all'art. 63 del TUA vedasi V. MINIERO, *Occorre liberare la procedura negoziata senza bando dai cavilli procedurali previsti dalla normativa nazionale*, in *Appalti&Contratti.it*, aprile 2020.

esclusiva del Governo Europeo, vengano assicurati, in virtù di principi di sussidiarietà, obiettivi di migliore qualità della vita comune certamente perseguibili in maniera ottimale a mezzo di una azione comune a livello comunitario⁶¹.

Tale Regolamento, la cui piena efficacia è stata in buona parte posposta dall'intervenuto Regolamento U.E. 2020/561 (in G.U., del 24.4.2020), costituisce il fondamento di base dello studio elaborato dal Ministero della Salute, sin dal marzo 2019 contenente anche linee strategiche di *governance* dei presidi medici, in buona parte recepito in sede di Conferenza Stato/Regioni a mezzo della Intesa del 18.12.2019, che ha dato luogo al cosiddetto Patto della Salute 2019/2021.

In quella sede si sono individuati obiettivi strategici sulla scorta del documento/proposta del Ministero della Salute volti a ottimizzare le attività di *governance*, e dunque, il Governo della spesa, quello della domanda e quello della sicurezza e vigilanza sui dispositivi medici al fine di pervenire all'individuazione di un unico soggetto che debba operare, in rete con i centri regionali, a cui affidare l'attività complessiva di valutazione delle tecnologie sanitarie (le cosiddette *health technology assessment* - HTA) e connesse attività di acquisizione.

Non vi è dubbio che né l'intervento dell'Unione di cui al Regolamento U.E. 2017/745, né il susseguente Patto per la Salute 2019/2021 siano stati elaborati per fronteggiare l'attuale emergenza COVID-19: in particolare è evidente che l'azione comunitaria, ed il suo preliminare recepimento di cui al citato Patto per la Salute, sono stati indirizzati alla creazione di un percorso unitario di acquisizione di nuovi dispositivi medici, nel rispetto delle doverose misure di sicurezza ed efficienza che caratterizzano, nell'interesse della salute dei cittadini, tali percorsi di approvvigionamento. L'intervento del Regolamento era motivato anche dalla presupposta sussistenza di disfunzioni operative, sia a livello normativo che gestionale, fra i diversi Stati, disfunzioni che avrebbero inciso sugli obiettivi comuni di salute pubblica e di funzionalità del mercato interno. In altri termini il sistema era preordinato a testare, garantire – con indipendenza del processo valutativo medico sanitario – e, dunque, acquisire in maniera adeguata, nel rispetto dei principi di economicità ed efficienza ben noti, i nuovi dispositivi medici che, di volta in volta, la scienza farmaceutica avrebbe sottoposto agli operatori e alle Pubbliche Amministrazioni.

Tale impianto regolamentare sanitario/amministrativo è divenuto, per effetto dell'emergenza COVID, di evidente attualità sia in prospettiva futura per l'acquisizione dei nuovi prodotti (medicine e vaccini) che le aziende farmaceutiche immediatamente introdurranno sul mercato, ma anche in ordine al processo di acquisizione dei DPI, chiaramente non caratterizzati da quei processi di valutazione preventiva medico/sanitaria, di cui si è detto.

Appare oltremodo evidente che le esigenze di approvvigionamento per l'acquisizione dei suddetti DPI manifestarsi in questa emergenza avrebbero dovuto essere trattate con un processo centralizzato di coordinamento delle procedure di

⁶¹ F. CUTTAIA, *La questione dell'emergenza conseguente alla pandemia da COVID-19 con particolare riguardo alle criticità evidenziate nella governance dei dispositivi medici. Profili Giuridici e spunti evolutivi*, in www.federalismi.it, Osservatorio, Emergenza COVID-, 6 ss.

acquisizione che, invece, sino ad oggi è mancato: non vi è altresì dubbio che, in prospettiva di immediato futuro, debba essere attivata una governance complessiva di tali approvvigionamenti, a mezzo di un coordinamento nazionale (in capo alla Protezione Civile in emergenza, e poi ragionevolmente in capo al Ministero della Salute “*a regime*”), processo che in maniera snella funzionalizzi l’attività di approvvigionamento, mettendo in rete i centri regionali di acquisto - che all’uopo saranno individuati - i relativi processi decisionali di acquisizione, e non da ultimo, le procedure di emergenza per le ipotesi di contagio, come quello che ha colpito l’intero Paese.

IL MANCATO ADEGUAMENTO DELLE LEGGI ELETTORALI REGIONALI ALLE PRESCRIZIONI STATALI SULLA PARITÀ DI GENERE*

LE COSTITUZIONALISTE**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge n. 20 del 2016. – 3. Le conseguenze del mancato adeguamento delle regioni alle norme sulla parità di genere. – 4. Le regioni a Statuto ordinario che non hanno previsto una specifica attuazione delle prescrizioni statali. – 4.1. Regione Calabria. – 4.2. Regione Puglia. – 5. Liguria e Piemonte.

1. Premessa

La legge costituzionale n. 1 del 1999, modificando l'art. 122 Cost., ha affidato il sistema di elezione dei Presidenti delle regioni e dei Consigli regionali alla potestà legislativa concorrente tra lo Stato e le regioni, prevedendo che ogni regione possa definire il proprio sistema elettorale «nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica» (art. 122, primo comma, Cost., testo vigente). Tali principi sono stati individuati dalla legge n. 165 del 2004, che vincola le regioni al rispetto di particolari esigenze di unitarietà che richiedono di essere garantite in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Le regioni ordinarie, esercitando l'autonomia che la Costituzione riconosce loro, hanno potuto scegliere se approvare leggi elettorali regionali oppure continuare ad applicare la legislazione statale già in vigore prima della novella costituzionale. Per le regioni a statuto speciale, invece, la materia elettorale è stata rimessa alla competenza della legge statutaria, che incontra i limiti dell'armonia con la costituzione e del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica (legge costituzionale n. 2 del 2001). Quest'ultimo limite almeno in un caso è stato agganciato alla legge n. 165 del 2004, che codifica principi di carattere generale capaci di imporsi anche alle regioni a statuto speciale laddove espressivi di esigenze di indefettibile uniformità (Corte cost. 143 del 2010).

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Gruppo di lavoro sulle leggi elettorali: Antonino Amato; Mia Caielli; Marina Calamo Specchia; Elisabetta Catelani; Eleonora Ceccherini; Ginevra Cerrina Feroni; Marilisa D'Amico; Tania Groppi; Stefania Leone; Arianna Pitino; Francesca Rosa; Carmela Salazar.

2. La legge n. 20 del 2016

La legge costituzionale n. 3 del 2001, nel riformare il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni, ha assegnato a queste ultime il compito di promuovere la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive (art. 117, settimo comma, Cost.).

A fronte della perdurante carenza di donne nelle Assemblee rappresentative regionali, il legislatore statale ha “ribadito” il vincolo attraverso l'innesto di un principio di analogo tenore nella legge n. 165 del 2004 (art. 3 della legge n. 215 del 2012).

Non tutti i legislatori elettorali regionali, tuttavia, hanno saputo cogliere questa ulteriore spinta verso una compiuta attuazione del principio costituzionale di uguaglianza e la realizzazione di una democrazia paritaria.

È in questa chiave che si spiega la decisione del Parlamento di “tornare”, nel 2016, sulla formulazione dell'art. 4 della legge n. 165 del 2004. Al fine di reagire all'inerzia di talune regioni e alla tenue azione di altre, la legge n. 20 del 2016 ha sostituito il principio delineato sulla falsariga dell'art. 117, settimo comma, Cost., con una disposizione più stringente, volta, da una parte, a rendere impellente l'obbligo in sé di provvedere, dall'altro a incanalare le scelte attuative regionali verso soluzioni sostanzialmente predefinite¹, soluzioni peraltro in linea con la giurisprudenza costituzionale in materia².

Opzione, quest'ultima, che si spiega forse anche in altro modo. Vero che siamo in materia di legislazione statale di principio *ex art.* 122, primo comma, Cost., e che, conseguentemente, lo Stato deve lasciare spazio alle diversificate attuazioni regionali. Ma in materia di promozione del principio di uguaglianza (ancor più trattandosi di una “uguaglianza qualificata”, in quanto appositamente disciplinata, oltre che dall'art.3, anche dall'art.51 Cost.), le esigenze di avvicinamento a modelli uniformi non possono non avere rilievo. Già con la sentenza n. 109 del 1993 la Corte costituzionale ebbe a dire che la previsione di azioni positive «non può subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese». Certamente quella decisione era stata resa in un contesto costituzionale antecedente la riforma del Titolo V e alla conseguente valorizzazione delle autonomie territoriali, ma lo Stato può vantare oggi il

¹ L'attuale art. 4, comma 1, lett. *c-bis*, legge 2 luglio 2004, n. 165, come modificato dalla legge n. 20 del 2016, stabilisce:

«*c-bis*) promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive, disponendo che:

1) qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima;

2) qualora siano previste liste senza espressione di preferenze, la legge elettorale disponga l'alternanza tra candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale;

3) qualora siano previsti collegi uninominali, la legge elettorale disponga l'equilibrio tra candidature presentate col medesimo simbolo in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale».

² V. in particolare Corte cost., sentt. nn. 49 del 2003 e 4 del 2010.

potere di intervenire con una legislazione di cornice maggiormente conformativa delle scelte regionali facendo leva sulla propria competenza a fissare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali *ex art. 117, secondo comma, lett. m) Cost.*. Tutto ciò si conferma ancor più alla luce del contenuto dell'art. 51 Cost., ai sensi del quale “la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne”. Lo Stato, dunque, è chiamato ad attivarsi con interventi anche incisivi in assenza di un adeguamento della legislazione elettorale regionale.

Ricordiamo, infine, che in materia di composizione dei Consigli regionali la Corte costituzionale ha dichiarato coerente con la Costituzione, in particolare con gli articoli 3, 48 e 51, l'articolo 14 del decreto-legge 138 del 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni dalla legge 148 del 2011, norma che è arrivata ad imporre misure riguardanti il numero dei consiglieri; e lo ha fatto per garantire il diritto di ciascun cittadino ad essere egualmente rappresentato negli organi legislativi regionali, a prescindere dal territorio in cui risiede. La Corte costituzionale ha ritenuto cioè che criteri nazionali stringenti per la scelta del numero dei consiglieri regionali siano funzionali alla tutela del principio di eguaglianza, in particolare in materia di diritto di voto (C. cost. 198 del 2012).

Le disposizioni contenute nell'art. 4, lett. *c-bis*, della legge n. 165 del 2004 lasciano alle regioni un margine per operare modulazioni attuative/integrative (oltre alla scelta, a monte, del tipo di sistema e di modalità di espressione del voto, si pensi alla circostanza che non è fissato il regime sanzionatorio da applicare a garanzia delle norme antidiscriminatorie; o che nell'ambito di sistemi proporzionali con liste non bloccate le regioni devono prevedere «almeno» due preferenze, con possibilità, dunque, di ampliarle). Allo stesso tempo, però, i principi introdotti assumono la connotazione di vere e proprie “regole”. La disciplina contiene infatti anche previsioni esaustive (come l'entità delle quote di lista o l'obbligo di alternanza per genere tra i candidati), o, come nel caso della preferenza di genere, prescrizioni “minime”: «almeno» due preferenze significa sì che la regione può prevederne tre o più, ma significa anche che sotto la soglia minima di due non si può scendere.

3. Le conseguenze del mancato adeguamento delle regioni alle norme sulla parità di genere

Così configurate le ragioni e la natura dell'intervento normativo statale realizzato con l'approvazione della legge n. 20 del 2016, deve dedursi la inaccettabile ostinazione di talune regioni a ignorarne la vincolatività e, al contempo, a sottovalutare le conseguenze della loro inerzia. D'altra parte, la particolarissima natura di dette disposizioni statali potrebbe fornire lo strumento per “superare” la stasi del legislatore regionale.

Laddove le elezioni regionali si svolgessero ignorando le prescrizioni statali in tema di parità di genere, si aprirebbe infatti la strada per contenziosi aventi ad oggetto i risultati del voto. Il ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria apre la possibilità che le

tornate elettorali siano dichiarate illegittime. Nell'ambito di tali contenziosi, l'autorità giudiziaria potrebbe riscontrare una violazione delle predette prescrizioni o, in subordine, sollevare questione di legittimità costituzionale per omesso adeguamento delle discipline regionali alle norme puntuali dell'art. 4 della legge n. 165 del 2004, oltre che dei più generali obblighi derivanti dagli artt. 3, 51 e 117, settimo comma, Cost.

La Corte costituzionale che fosse chiamata a scrutinare una disciplina regionale elettorale non adeguata, e per questo lesiva dei già richiamati parametri costituzionali e dell'art. 122, primo comma, Cost., potrebbe adottare una decisione di accoglimento attingendo, per il dispositivo, proprio alle norme "già" stabilite all'art. 4, lett. c-*bis* della legge n. 165 del 2004. Non si tratterebbe, quindi, di un'invasione di campo della discrezionalità legislativa, ma di una operazione "automatica", che consentirebbe alla Corte costituzionale di svolgere sino in fondo il proprio ruolo di garanzia dei diritti. Inutile ribadire che le riscontrate illegittimità delle legislazioni elettorali regionali rischierebbero di produrre l'illegittimità delle tornate elettorali.

Inoltre, di fronte all'inerzia delle regioni nell'adeguarsi alle previsioni statali attuative del principio dell'equilibrio di genere si potrebbe anche ipotizzare l'intervento sostitutivo del governo *ex art.* 120 secondo comma, Cost. Benché sia aperto in dottrina il dibattito in ordine alla natura di questo potere (normativo o amministrativo) e all'ambito esatto di applicazione, non si può escludere che vi sia spazio per un ricorso ad esso a tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, tra i quali rientra l'uguaglianza di genere.

4. Le regioni a Statuto ordinario che non hanno previsto una specifica attuazione delle prescrizioni statali

4.1. Regione Calabria

La Regione Calabria non si è adeguata alle disposizioni dettate dalla legge cornice statale. Difatti non è previsto che le liste siano composte in modo che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale; né è stabilito che, qualora sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, una sia riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima (c.d. doppia preferenza di genere).

Al riguardo, la legge elettorale calabrese si limita a disporre che «al fine di assicurare la parità di accesso alle cariche elettive degli uomini e delle donne [...], le liste elettorali devono comprendere, a pena di inammissibilità, candidati di entrambi i sessi» (art. 1, comma 6, della legge n. 1 del 2005). È sufficiente, pertanto, che sia presente anche solo una persona del sesso diverso rispetto a quello dei restanti candidati.

La previsione ha dato luogo a due distinti contenziosi, nei quali è stata eccepita l'incostituzionalità della legge calabrese. Nel primo giudizio, i giudici amministrativi non hanno deciso nel merito il caso loro sottoposto, né hanno investito la Corte

costituzionale della questione di legittimità riguardante la legge elettorale regionale, a causa di un problema processuale (difetto di giurisdizione)³.

Con il secondo ricorso, del quale si hanno notizie solo tramite gli organi di stampa⁴, sono stati aditi nuovamente i giudici amministrativi calabresi per eccepire, tra le altre cose, l'incostituzionalità della legge elettorale regionale per la mancata previsione della doppia preferenza di genere. L'udienza per la discussione del ricorso sarebbe stata fissata, secondo le medesime fonti, a settembre del 2020.

4.2. Regione Puglia

Un comunicato stampa del 9 luglio 2020 della Giunta regionale dà conto dell'avvenuta approvazione da parte della Giunta stessa di uno schema di disegno di legge di modifica della legge elettorale che introduce la doppia preferenza di genere. Se il proposto emendamento fosse approvato l'art. 7, comma 3, della legge regionale n. 2 del 2005, come modificato dall'art. 5 della legge regionale n. 7 del 2015, sarebbe così sostituito: «Ogni elettore dispone di un voto di lista e ha facoltà di attribuire massimo due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento della preferenza successiva alla prima, scrivendo i cognomi su ciascuna riga posta a fianco del contrassegno»⁵.

Il sistema ad oggi vigente rende la Puglia una delle regioni italiane che non si è ancora adeguata alla legge n. 20 del 2016. La legge regionale n. 2 del 2005 stabilisce per la formazione delle liste il tetto massimo dei 2/3 dei candidati dello stesso sesso (art. 3), prevedendo solo una sanzione pecuniaria per i gruppi che non rispettano il limite delle candidature e comunque non prevedendo alcunché in riferimento alla collocazione dei due generi nella lista, né in ordine alla doppia preferenza di genere. Tale legge si avvicina solo parzialmente ad uno dei due requisiti richiesti dalla legge n. 20, secondo la quale «qualora la legge elettorale preveda l'espressione di preferenze, in ciascuna lista i candidati siano presenti in modo tale che quelli dello stesso sesso non eccedano il 60 per cento del totale e sia consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima». Essa, inoltre, fissa a una la preferenza esprimibile (art. 7).

Si auspica, pertanto, che l'iniziativa assunta dal Presidente della Regione abbia l'effetto di adeguare anche la Puglia agli standard normativi nazionali in tema di parità di genere, considerato che detto obiettivo costituisce parte integrante del programma di governo della Giunta Emiliano.

³ T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, Sent., (ud. 18/12/2019) 27-12-2019, n. 2158.

⁴ Per le quali è possibile consultare i seguenti indirizzi web <https://www.catanzaroinforma.it/politica/2020/06/17/il-tar-decidera-sulla-validita-delle-elezioni-regionali-di-gennaio/155237/> e https://www.lacnews24.it/politica/elezioni-regionali-rischio-ricorso-tar_119774 https://www.lacnews24.it/politica/elezioni-regionali-rischio-ricorso-tar_119774.

⁵ Il comunicato è pubblicato sul sito della Regione Puglia al seguente link: <https://press.regione.puglia.it/-/parita-di-genere-nella-legge-elettorale-regionale-giunta-%C2%A0approva-disegno-di-legge?redirect=%2F>

Occorre anche in questo caso ulteriormente ribadire che l'eventuale mancato adeguamento della legislazione regionale e lo svolgimento delle elezioni senza il rispetto del contenuto della legge del 2016 può determinare la possibilità di impugnazione dei risultati elettorali come sta avvenendo per le elezioni calabresi, con conseguente rischio di annullamento delle stesse e relative conseguenze anche economiche per la regione.

5. Liguria e Piemonte

Le regioni Liguria e Piemonte hanno scelto di non adottare una legge elettorale e di continuare ad applicare la legislazione statale in materia di elezione dei Consigli regionali e del Presidente della Giunta. Le fonti che ad oggi disciplinano la materia in tali regioni sono, pertanto:

- Legge n. 108 del 1968 Norme per la elezione dei consigli regionali delle regioni a statuto normale.
- Legge n. 43 del 1995 Nuove norme per la elezione dei consigli delle regioni a statuto ordinario.
- Legge costituzionale n. 1 del 1999 (art. 5) Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni.

In entrambe le regioni una legge regionale disciplina la presentazione delle liste:

- Legge regionale Liguria n. 41 del 2014 Disposizioni relative alla sottoscrizione delle liste per le elezioni regionali
- Legge regionale Piemonte n. 21 del 2009 Disposizioni in materia di presentazione delle liste per le elezioni regionali.

Il quadro normativo così delineato è del tutto privo di norme a tutela della parità di genere e si pone pertanto in contrasto con gli articoli 3, 51, primo comma, e 117, settimo comma, della costituzione. Per rimediare a questo *vulnus* sembrano percorribili tre strade.

La prima è che il legislatore statale intervenga per modificare la legge n. 43 del 1995 al fine di adeguarla ai contenuti della legge n. 20 del 2016. È da ritenere che la competenza del legislatore statale permanga in presenza di regioni che hanno scelto di continuare ad applicare la legislazione nazionale. Ricordiamo inoltre che la legge del 1995 inizialmente prevedeva una disposizione a tutela dell'equilibrio di genere nella rappresentanza regionale (art. 1, comma 6). Si trattava però di una previsione che precedeva le revisioni costituzionali degli articoli 51 e 117 della Costituzione, e la Corte costituzionale l'ha dichiarata illegittima con la sentenza n. 422 del 1995.

La seconda possibilità è che i legislatori regionali si attivino, esercitando la potestà legislativa che l'articolo 122, primo comma, Cost. attribuisce loro in materia elettorale, anche solo con l'obiettivo di adeguarsi ai vincoli sulla parità di genere dettati dal legislatore statale.

In questa direzione sembra voler procedere la Liguria, visto che un comunicato della Giunta regionale del 6 luglio 2020 riferisce l'avvenuta approvazione da parte dell'esecutivo regionale di un disegno di legge che introduce l'equilibrio di genere delle candidature, prevedendo che in ciascuna lista provinciale nessun genere possa eccedere la quota del 60% e la doppia preferenza di genere. Mentre nel cosiddetto "listino" sarebbe prevista l'alternanza dei candidati in base al genere⁶.

La terza ipotesi si fonda sulla particolare natura della legge 20 del 2016. Quest'ultima, come abbiamo visto, detta vincoli stringenti per il legislatore regionale in forza della necessaria uniformità delle azioni positive sul territorio nazionale e della competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali *ex art. 117, secondo comma, lett. m) cost.* Si potrebbe pertanto ipotizzare la sua idoneità a integrare, senza alcuna intermediazione legislativa (statale o regionale), ma attraverso il provvedimento di indizione delle elezioni da parte del Presidente della Regione, anche il sistema di elezione delle regioni in esame, con la conseguenza che l'art. 4, c. 1, lett. *c-bis* della legge n. 165 del 2004 andrebbe a integrare l'art. 10 della legge n. 108 del 1968 e le discipline regionali sulla presentazione delle liste elettorali. Queste ultime dovrebbero essere così composte:

- Liste provinciali (in cui oggi è ammessa la preferenza): in ciascuna lista i candidati dello stesso sesso non devono eccedere il 60 per cento del totale ed è consentita l'espressione di almeno due preferenze, di cui una riservata a un candidato di sesso diverso, pena l'annullamento delle preferenze successive alla prima.
- Lista regionale (c.d. "listino" del Presidente, senza preferenze): alternanza tra i candidati di sesso diverso, in modo tale che i candidati di un sesso non eccedano il 60 per cento del totale.

Il mancato adeguamento ai vincoli della legge n. 20 del 2016 potrebbe essere eccepito al momento del vaglio sulla ammissibilità delle liste ovvero in sede giudiziaria all'indomani del voto.

⁶ Il comunicato è disponibile sul sito della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome <http://www.regioni.it/dalleregioni/2020/07/06/liguria-legge-elettorale-regione-liguria-presidente-toti-approvata-in-giunta-la-doppia-preferenza-di-genere-si-tratta-di-un-obiettivo-di-civilta-ora-al-via-iter-consiliare-615493/>.

LA NUOVA TECNICA DECISORIA SUL “CASO CAPPATO”
TRA DIRITTO PROCESSUALE E SOSTANZIALE*

GIULIO BATTISTELLA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giustificazione della diversità sostanziale tra desistenza terapeutica e aiuto al suicidio. – 3. Le soluzioni che si prospettavano alla Corte per decidere il “caso Cappato”. – 4. La valenza della nuova tecnica decisoria nella dinamica dei rapporti tra poteri dello Stato. La «leale e dialettica collaborazione» tra Corte Costituzionale e Parlamento. – 5. La legge sul consenso informato e le DAT (l. n. 219/2017) quale «punto di riferimento» già presente nel sistema per la disciplina del suicidio assistito: ovvero, di un rapporto di genere a specie. L’aggiunta della Corte Costituzionale. – 6. Tra diritto processuale e diritto sostanziale: l’opportunità della nuova tecnica decisoria. – 7. Il problema della natura e del valore giuridico della ordinanza n. 207 del 2018. – 8. Conclusioni. Prospettive della nuova tecnica decisoria.

1. Premessa

Con la sentenza n. 242 del 2019, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 580, co. 1 c.p., *«nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 [...], agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»*¹.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottorando in *Studi Giuridici Comparati ed Europei*, Università degli Studi di Trento. L’autore ringrazia i *referee* per i preziosi consigli nella revisione del lavoro.

¹ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, in dispositivo.

La decisione è stata presa all'esito di una parabola processuale inedita, che ha spezzato l'iter decisorio in due momenti, l'uno avente un esito formalmente interlocutorio, scaturito nella ordinanza n. 207 del 2018² (che ha rinviato al 24 settembre 2019 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale con monito al Parlamento per introdurre una regolamentazione legislativa dell'aiuto medico a morire³), l'altro culminato nella sentenza n. 242 del 2019⁴, che ha definitivamente chiuso il giudizio di costituzionalità.

² Anche solo considerando la letteratura a commento dei profili processuali dell'ordinanza di rimessione della Corte milanese, si possono ricordare: M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in www.giurisprudenzapenale.com, 14 novembre 2017; M.E. DE TURA, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire?*, in *Oss. AIC*, 2017, 3, 463 ss.; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in www.federalismi.it, 21/2017; E. CANALE, *La Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi sull'eventuale sussistenza del diritto a morire*, in *Oss. AIC*, 2018, 2, 185 ss.; S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *Forum di quad. cost.*, 28 luglio 2018; AA.VV., *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, a cura di A. Morrone, in *Forum di quad. cost.*, ottobre 2018. Tra i primi commenti all'ordinanza n. 207/2018 si veda U. ADAMO, *La Corte è "attendista"...* «facendo leva sui poteri di gestione del processo costituzionale». *Nota a Corte cost.*, ord. n. 207 del 2018, in *Forum di quad. cost.*, 1 dicembre 2018; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it; 19 novembre 2018; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, in www.giurcost.org, 2018, 3, 571 ss.; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in www.giurcost.org, 2018, 3, 568 ss.; U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in www.diritticomparati.it, 23 novembre 2018; E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2019, 3, 138 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2019, 2, 644 ss.

³ Una precisazione definitiva si impone. In questo scritto utilizzo il lemma «aiuto medico a morire» come sinonimo di «suicidio assistito», per cui l'uno e l'altro si riferiscono indifferentemente allo stesso concetto. La formula è presa dal documento finale del GRUPPO DI LAVORO IN MATERIA DI AIUTO MEDICO AL MORIRE, *Aiuto medico a morire e diritto: per la costruzione di un dibattito pubblico, plurale e consapevole*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 3, 159 ss. La proposta terminologica muove, essenzialmente, da un duplice ordine di ragioni: da un lato, le fattispecie nelle quali il medico è richiesto di agevolare la morte di un paziente gravemente malato dovrebbero essere escluse dall'ambito concettuale del «suicidio», essendo piuttosto una forma di accompagnamento alla morte come esito inevitabile del decorso patologico; dall'altro, l'espressione «aiuto medico a morire» vuole essere una formula di compendio comprendente tutte le situazioni – inerenti a contesti esclusivamente medicalizzati – in cui un professionista sanitario dà seguito alla richiesta di morte di un paziente affetto da una patologia grave ed irreversibile, sia nella forma del suicidio assistito, che dell'eutanasia attiva.

⁴ Tra i primi commenti v. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 27 novembre 2019; B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", tra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in www.diritticomparati.it, d.d. 09.12.2019; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte risponde a se stessa*, in *Sistema penale*, 2019, 12, 33 ss.; M. D'AMICO, *Il fine vita davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1, 286 ss.; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, *ivi*, 303 ss.; G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, *ivi*, 317 ss.; R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo decisorio*, *ivi*, 343 ss.; L. POLI, *La sent. n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, *ivi*, 363 ss.; O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242*

Questa sequenza ha giustamente attirato l'attenzione della dottrina specialistica, non solo perché evidenzia un uso anomalo dello strumento del rinvio dell'udienza ("a data fissa"), ma anche perché l'ordinanza n. 207 è subito parsa ai commentatori un provvedimento a valenza non meramente interlocutoria, per il fatto che, oltre a disporre («*facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale*»⁵) sulle tempistiche per la continuazione del processo costituzionale, anticipava nella parte motiva le ragioni per cui la normativa impugnata presentasse una «*circoscritta area di non conformità costituzionale*»⁶, ciò che preludeva *ante tempus* ad una pronuncia di accoglimento nel caso in cui il Parlamento non fosse intervenuto a legiferare *in subiecta materia*⁷.

Si tratta, in effetti, di un tipo di provvedimento che non ha precedenti nella storia della Corte Costituzionale italiana: esso presenta la struttura interna tipica di una sentenza, con la classica partizione tra un «ritenuto in fatto» e un «considerato in diritto», ed è provvisto di una motivazione ragionata e puntuale (mentre l'art. 18, co. 4 della L. 11 marzo 1953, n. 87 prevede che esse siano solo «succintamente motivate»). Ma è, soprattutto, l'ampio spazio riservato alla trattazione dei profili di merito a dare l'impressione che si tratti di una sentenza non definitiva⁸ piuttosto che di una ordinanza di rinvio, atteso che il *nomen iuris* non giustifica il rilevante scostamento tra forma e sostanza del provvedimento adottato⁹.

Tutti questi profili di forma sono già stati variamente discussi in dottrina, e non saranno ulteriormente oggetto di trattazione in questo scritto, a parte una rapida divagazione sul vincolo prescrittivo esercitato dall'ordinanza n. 207 verso il Parlamento (e verso i giudici). Piuttosto, scopo del presente contributo è di analizzare la funzionalità della nuova tecnica decisoria nell'ottica dell'implementazione del seguito legislativo in conformità al mandato contenuto nell'ordinanza. A mezzo di questa, la Corte da un lato premeva affinché l'intervento del Parlamento fosse sollecito nel dar seguito alle prescrizioni da essa formulate (secondo «leale e dialettica collaborazione»), dall'altro si

del 2019), ivi, 373 ss.; C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 2, 1 ss.; A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *Dirittifondamenti.it*, 2020, 1, 746 ss.; F. POLITI, *La sentenza 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e la fine delle "rime obbligate"?* Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile, ivi, 661 ss.; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama terapia l'aiuto al suicidio*, ivi, 640 ss.; F. RINALDI, *Un totenrecht o diritto di non soffrire?*, ivi, 222 ss.; inoltre i contributi tematici pubblicati in *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto* nel fascicolo n. 1/2020.

⁵ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 11 *cons. in dir.*, IV° cpv.

⁶ Espressione testualmente impiegata in Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 2.3 *cons. in dir.*

⁷ Cfr. U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., 2; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta*, cit., 569.

⁸ Cfr. U. COREA, *La pronuncia interlocutoria della Corte costituzionale sul caso Cappato, tra "forma" (di ordinanza) e "sostanza" (di sentenza)*, in AA.VV., *Il caso Cappato, Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019, 66 ss. In questo senso anche R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1912.

⁹ Cfr. C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di quad. cost.*, 7 giugno 2019, 3, il quale utilizza la nuova categoria dell'«ordinanza non definitiva», perché rinviene una «singolare discrasia tra veste formale e contenuto sostanziale del provvedimento adottato»; A. RUGGERI, *Venuto alla luce l'ircocervo costituzionale*, cit., 571.

riservava un inedito sindacato in via preventiva sulla «normativa di risulta», che le avrebbe consentito (salva la restituzione degli atti al giudice *a quo*) di vagliare la rispondenza *prima facie* della nuova disciplina ai principi da essa affermati¹⁰.

La tesi avanzata in questo scritto – che intende giustificare appieno la strategia congegnata dalla Corte – è che la nuova tecnica decisoria¹¹ sia l'esito di una composizione armonica tra istanze contrapposte, vuoi di natura etico-sociale vuoi di natura politica, ma soprattutto una valida opzione per rispondere alla «domanda di giustizia costituzionale». La Corte Costituzionale, infatti, aveva riscontrato un profilo di illegittimità dell'art. 580 c.p. che, da un lato, richiedeva un'azione *pro parte* demolitoria (finalizzata non a eliminare la fattispecie di aiuto al suicidio, ma ad escluderne la punibilità in alcune circoscritte ipotesi), ma dall'altro era insuscettibile d'essere sanato a mezzo dell'interposizione pura e semplice di un principio (il diritto di una certa categoria di malati di decidere in autonomia come e quando morire), dovendo l'aggiunta necessariamente accompagnarsi ad una legislazione complementare che prevedesse alcune cautele a difesa, in particolare, delle «persone deboli e vulnerabili».

L'aggiunta doveva, in sostanza, trovar seguito in una congrua disciplina che regolamentasse l'intera materia dell'aiuto medico a morire, per quel che attiene ad aspetti come l'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere assistenza al suicidio (elencando le condizioni oggettive e soggettive che il singolo deve soddisfare per avervi accesso), alla predisposizione delle procedure funzionali a verificare l'autenticità della volontà del richiedente, fino all'individuazione delle strutture abilitate a offrire quel tipo di servizi.

Il problema tecnico-giuridico atteneva alla mancanza di uno strumento capace di sollecitare la pluralità di interventi legislativi necessari a conseguire il risultato ottimale sul fronte tanto degli interessi pubblici che dei diritti dei malati. L'assenza, nel nostro ordinamento, di strumenti di “ottemperanza”¹² nei confronti degli organi legislativi da

¹⁰ Su questi aspetti v. *infra* §§ 6 e 7.

¹¹ La novità della tecnica decisoria è riconosciuta dalla stessa Corte Costituzionale (Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 4 cons. in dir., III° cpv), che però la riconduce al «*collaudato meccanismo della doppia pronuncia*» (sentenza di inammissibilità “con monito” seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità).

¹² Sul punto v., però, la recente prospettiva aperta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 57 del 2019, con nota di F. DAL CANTO, *Conflitto di attribuzione in ottemperanza al giudicato costituzionale*, in *Forum di quad. cost.*, 17 giugno 2019, con la quale è stato accolto il ricorso della Regione Umbria per conflitto d'attribuzione tra enti, promosso nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze e del Dipartimento per le politiche di coesione, avverso il silenzio serbato dagli enti convenuti rispetto alla richiesta della Regione di «*immediato ripristino delle disponibilità economico-finanziarie per il programma parallelo della Regione Umbria per l'importo di euro 18.148.556,00*», somma che era stata distratta dalla originaria destinazione regionale a causa di atti amministrativi attuativi della disposizione di legge dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 13 del 2017. Il conflitto atteneva, comunque, ad una prassi amministrativa violativa del giudicato costituzionale, che inequivocabilmente si poneva in contrasto con i residui margini di esercizio discrezionale delle funzioni ministeriali riconosciuti dalla stessa Corte nella pronuncia *de qua* (visto che l'appagamento delle pretese regionali poteva avvenire anche con mezzi diversi rispetto alla semplice restituzione delle somme sottratte). Il caso trattato in questo contributo è, in ogni caso, sensibilmente diverso, da un lato perché attiene al mancato esercizio *tout court* della funzione legislativa, dall'altro perché il margine di discrezionalità di cui godeva il legislatore nel normare il fine vita avrebbe in ogni caso impedito un effettivo rimedio avverso il prolungato silenzio legislativo, in ottemperanza ai principi espressi nella ordinanza n. 207 del 2018. Sul punto si ritornerà nei §§ 6 e 7.

un lato, e la ristrettezza dei poteri giurisdizionali della Corte Costituzionale dall'altro, impedivano di raggiungere in tempi certi un esito soddisfacente nel bilanciamento di tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti. Non potendo, però, ammettersi il silenzio del Parlamento in un ambito così delicato dell'azione umana, la Corte lo ha "costretto" a parlare o, meglio, ha deciso di parlare al posto suo.

2. Giustificazione della diversità sostanziale tra desistenza terapeutica e aiuto al suicidio

Nell'ordinanza n. 207, la Corte individua un *corpus* di norme astrattamente idoneo a prestarsi ad una manipolazione da parte sua, cioè la L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante «*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*». Questa rappresenta l'esito di un lungo processo di confronto e discussione sul fine-vita, attesa da molto tempo, dopo che alcune importanti vicende giudiziarie (delle quali le principali sono i casi di Piergiorgio Welby¹³ ed Eluana Englaro¹⁴), avevano reso palese la necessità di una legge che regolasse compiutamente la materia. Ebbene, è necessario chiarire sul punto che la l. n. 219/2017, se certamente contiene un elemento di novità nell'introduzione delle DAT (art. 4), sancendone la obbligatorietà per il personale sanitario che ha in cura il malato, nondimeno contempla quale unica modalità di anticipazione della morte il rifiuto o la sospensione delle terapie, non anche la somministrazione di un farmaco mortale idoneo a cagionare immediatamente la morte del richiedente.

Si tratta, come è intuibile, di una scelta politicamente strategica, quella di tacere sulle forme di contrazione artificiale della vita mediante suicidio assistito ed eutanasia, sulle quali il legislatore ha preferito non esprimersi onde evitare il prevedibile ostruzionismo nella fase di voto. Sotto altro profilo, mentre il rifiuto o la sospensione delle cure hanno sicuro fondamento costituzionale (art. 32, co. 2 Cost.) – sicché la legislazione in materia costituisce, più che altro, una (necessaria) forma di attuazione del principio là esposto –, l'introduzione di ipotesi di suicidio assistito ed eutanasia rappresenta una libera scelta del legislatore, sul quale non incombono, in linea di principio, vincoli di natura costituzionale (risultando, semmai, dalla Costituzione obblighi positivi a tutela della vita e dell'integrità fisica della persona)¹⁵.

Ciò, peraltro, non vale ad escludere che soluzioni più stringenti possano imporsi su impulso di vicende esemplari, per ragioni di ragionevolezza nel trattamento di situazioni che, pur differenti, presentano un elemento di comune rilievo, che per circostanze del tutto accidentali riceve or tutta or nulla considerazione dal diritto. Nel caso dell'aiuto al suicidio e della desistenza terapeutica il minimo comun denominatore

¹³ G.U.P. presso il Trib. Roma, sent. 17.10.2007, n. 2049.

¹⁴ Cass., Sez. I Civ., sent. 16.10.2007, n. 21748.

¹⁵ C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018, 3, 145 ss.

è dato dalla volontà di morire del malato, che nell'un caso è ragione necessaria e sufficiente per rifiutare le cure, nell'altro non rileva affatto.

Questa disparità di trattamento rappresenta una incongruenza secondo la Corte Costituzionale, in particolare quando si tratti di soggetti a) affetti da una patologia irreversibile; b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trovano assolutamente intollerabili; c) tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma restino d) capaci di prendere decisioni libere e consapevoli¹⁶, cioè per coloro che si trovino a vivere una esistenza irrimediabilmente pregiudicata, come era quella di Dj Fabo. Questi soggetti hanno diritto, ai sensi dell'art. 1, co. 5 della l. n. 219/2017, ad anticipare la morte per desistenza terapeutica, cioè privandosi dei trattamenti che assicuravano la loro permanenza in vita, mentre l'assistenza al suicidio è severamente punita per coloro che vi consentano, in qualunque modalità offerta. Dal momento, però, che la legge n. 219 ha già previsto una deroga al principio di assoluta indisponibilità della vita, sancendo non solo il diritto di «lasciarsi morire», ma anche l'obbligo per il medico curante di rispettare la volontà del paziente (art. 1, co. 6), che evidentemente viene elevata per legge ad elemento determinante della scelta di fine vita, conclude la Corte che «*non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato*»¹⁷.

La decisione della Corte è, dunque, principalmente mossa da un problema di ragionevolezza, dovuto al fatto che ad un medesimo elemento distintivo (la volontà del malato la cui condizione sia, dal punto di vista clinico, irreversibilmente compromessa) viene accordato un peso molto diverso in due fattispecie simili sul piano valoriale, entrambe finalizzate a conciliare la morte. Per questa ragione, la mancanza di coordinamento tra la l. n. 219/2017 e l'art. 580 c.p. nel trattamento giuridico delle due fattispecie è, per la Corte, palesemente irragionevole *ex art. 3, co. 1 Cost.*, e merita d'essere rimediata rendendo lecito, in alcune ipotesi, l'aiuto al suicidio.

La rilevanza accordata all'elemento distintivo comune non vale, peraltro, ad affermare che le due fattispecie si equivalgono, giacché la Corte avrebbe altrimenti potuto estendere *tout court* le previsioni di legge alla fattispecie irragionevolmente esclusa. Se ciò non è avvenuto, è perché la Corte ha inteso preservare la diversità di regime tra due ipotesi ontologicamente diverse, meritevoli d'essere trattate in maniera giuridicamente differente: non solo sono diverse le modalità nelle quali la desistenza terapeutica e il suicidio assistito rispettivamente si realizzano, ma diversa è fondamentalmente la portata di disvalore delle due fattispecie alla luce dei valori costituzionali in gioco.

Mentre, infatti, la desistenza terapeutica è un diritto che trova il proprio fondamento in Costituzione, e che la l. n. 219 va semplicemente a disciplinare nelle modalità d'esercizio (precisandone il contenuto pretensivo ed il valore obbligatorio della richiesta nei confronti del personale medico), l'assistenza al suicidio, oltre a non godere di espresso fondamento costituzionale, rappresenta, in sé, un comportamento aberrante, che «*fuoriesce dalla sfera personale di chi la compie, innescando una relatio*

¹⁶ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 8 cons. in dir., III° cpv.

¹⁷ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 9 cons. in dir., V° cpv.

ad alteros di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza, l'esigenza di rispetto del bene della vita»¹⁸. L'aiuto al suicidio, in sostanza, mette in pericolo beni giuridici che l'ordinamento è piuttosto tenuto a difendere, poiché «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»¹⁹. Alla stregua di ciò, deve ritenersi pienamente legittima una norma generale come l'art. 580 c.p. che punisce l'aiuto al suicidio, mentre al contrario la sua caducazione avrebbe rischiato di creare vuoti di tutela ancora meno giustificabili sul piano costituzionale.

La disciplina giuridica del suicidio assistito, se sul piano dei principi si presta ad innestarsi nel contesto legislativo relativo al rifiuto o interruzione delle cure²⁰, richiede pertanto procedure ulteriori e, in parte, diverse rispetto a quelle là previste. La medicalizzazione del suicidio, del resto, non è che l'eterogenesi dei fini dell'arte medica nell'età della techno-scienza²¹, capace di “cambiare volto” ad una pratica che, nonostante venga in circoscritte ipotesi (e per fini essenzialmente pietosi) considerata un gesto di solidarietà, rimane in generale – e legittimamente – punita dalla legge penale, e sanzionata come illecito disciplinare dall'ordinamento deontologico²².

La diversità tra le due ipotesi è anche confermata dalle disposizioni date dalla Corte in via sostitutiva nella sentenza n. 242/2019 per rendere provvisoriamente auto-applicativa la decisione. A questo scopo, la Consulta ha previsto, da un lato, che l'assistenza alla morte possa essere praticata esclusivamente presso strutture pubbliche, dall'altro che la richiesta debba essere preceduta dal parere del comitato etico territorialmente competente; inoltre, in chiusura, ha anche previsto il diritto per il personale medico di obiettare alla richiesta del malato. Tutti elementi estranei all'impianto della l. n. 219, che sono stati evidentemente integrati sul presupposto della non totale sovrapposizione tra l'oggetto della legge e l'aiuto al suicidio²³: la l. n. 219 rappresentava un elemento di paragone (un «punto di riferimento»²⁴ già presente nel sistema) sul quale fondare un test di ragionevolezza alquanto incerto, come fonte normativa di rango primario che funge da parametro interposto nel giudizio di

¹⁸ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 6 cons. in dir., V° cpv.

¹⁹ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 5 cons. in dir., II° cpv.

²⁰ S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazioni tra poteri*, in *Forum di quad. cost.*, 30 giugno 2019, 2-3.

²¹ Esclude che il suicidio assistito rientri nell'ambito funzionale della medicina B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018: ancora nel solco dell'autodeterminazione in materia di salute?*, in *Forum di quad. cost.*, 22 giugno 2019.

²² In tema, per lo stato dell'arte successivo alla modifica degli indirizzi applicativi dell'art. 17 del codice di deontologia medica, E. PULICE, *Riflessioni sulle dimensioni della normatività: etica, deontologia e diritto. Il ruolo della deontologia in prospettiva comparata*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 173 ss. e A. RIMEDIO, *“Eccezione” di aiuto al suicidio? Osservazioni critiche sulla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, ivi, 75 ss.

²³ Si tratta, in ogni caso – come sarà meglio precisato *ultra* – di una disciplina cedevole, che lascia impregiudicata la possibilità per il Parlamento di disporre diversamente in una futura legge sul fine-vita. Cfr. R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit. 360.

²⁴ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 5 cons. in dir., IV cpv.

costituzionalità di un'altra norma di legge (l'art. 580 c.p., per l'appunto), riferite a oggetti tra di loro non omogenei.

È, quindi, immediatamente percepibile l'inedita creatività della sentenza, che reagisce al silenzio del legislatore disponendo una disciplina provvisoria dell'assistenza al suicidio, pur in assenza di alcun'altra norma di diritto positivo potenzialmente estensibile alla materia *de qua* (come ordinariamente si sarebbe dovuto procedere²⁵), secondo un modello decisorio che rispecchia in larga parte la *Unvereinbarkeitserklärung* del Tribunale Costituzionale Federale tedesco²⁶.

Lo stratagemma tecnico prescelto dalla Corte è stato accolto in dottrina con reazioni – in prevalenza – sospettose, in alcuni casi eccessivamente critiche verso una soluzione giudicata abnormemente creativa e politicamente sconveniente. L'effetto utile dell'ordinanza n. 207/2018 sarebbe stato, infatti, di «mettere in mora» il Parlamento²⁷,

²⁵ Su questo meccanismo, che consente alla Corte di dichiarare la incostituzionalità di una disposizione illegittima, rimediando contestualmente alla lacuna a mezzo dell'estensione di un'altra norma già presente nell'ordinamento (seppur riferita ad altra materia e/o fattispecie), si veda la recentissima sent. n. 113/2020, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 30-ter, co. 7, della l. 26 luglio 1975, n. 354 («*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*») «nella parte in cui prevede, mediante rinvio al precedente art. 30-bis, che il provvedimento relativo ai permessi premio è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza entro ventiquattro ore dalla sua comunicazione, anziché prevedere a tal fine il termine di quindici giorni». La legge prevedeva, per proporre reclamo sia contro i provvedimenti sui permessi di necessità sia contro i provvedimenti sui permessi premio, un identico termine di 24 ore. Già in una risalente sentenza (n. 235/1996), la Corte Costituzionale aveva rilevato l'irragionevolezza di un termine così breve, ma si era arrestata a dichiarare l'inammissibilità della questione per mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata nell'ordinamento positivo, non senza però rivolgere un accorato invito al Parlamento perché intervenisse a modificare quel termine. A distanza di 24 anni da quella pronuncia, la Consulta si è pronunciata nuovamente su sollecitazione della Corte di Cassazione, e vi ha posto rimedio dichiarando la incostituzionalità della disposizione censurata, sostituendo il termine delle 24 ore per proporre reclamo con quello di 15 giorni previsto dall'art. 35-bis, co. 4 della legge sull'ordinamento penitenziario, introdotto dal D. L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, nella L. 21 febbraio 2014, n. 10, per il reclamo innanzi al Tribunale di Sorveglianza delle decisioni delle autorità penitenziarie che riguardano il detenuto.

²⁶ Per la somiglianza tra la tecnica della «dichiarazione di incompatibilità» tedesca e la nuova tecnica decisoria inaugurata dalla Corte Costituzionale v. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi considerazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 3, 3 ss.; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di quad. cost.*, 25 ottobre 2018; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora...*, cit.; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda*, cit., 108, che conia l'espressione «*vacatio sententiae*», in particolare perché la portata normativa della ordinanza 207 l'avvicina alle sentenze tedesche di *Unvereinbarkeit* che, oltre a lasciare uno spazio di tempo al Parlamento, dettano anche una disciplina provvisoria; N. FIANO, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le unvereinbarkeitserklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 286 ss. Più dubbioso sull'accostamento, invece, R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata del giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *Consulta online*, 2020, 5-6, che rileva come la somiglianza è solo apparente, in quanto l'effetto di incostituzionalità è comunque riconducibile alla sent. 242 del 2019, mentre l'ord. 207 del 2018 potrebbe qualificarsi come di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata».

²⁷ Così E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 3, 539. Critico R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1913, che ritiene problematico il fatto che la Corte sia intervenuta non all'esito di un processo politico già concluso, bensì per sollecitarlo *tout court*.

impartendo a questo tempi e modalità per la legalizzazione dell'aiuto al suicidio. V'è, peraltro, da chiedersi quali e quante alternative avrebbero obiettivamente potuto sortire la stessa efficacia in termini sia di rispetto per la discrezionalità del legislatore che di garanzia dell'effettività dei diritti, atteso che da un lato è corretto ritenere che le tecniche di decisione già collaudate in passato dalla Corte non potessero avere effetti altrettanto soddisfacenti (per ragioni che si esporranno nel prossimo paragrafo), dall'altro che la giustizia costituzionale non è un sistema geometrico perfettamente quadrato (mentre, se lo fosse, i suoi angoli dovrebbero essere continuamente "smussati" per far fronte alle nuove esigenze di giustizia).

3. Le soluzioni che si prospettavano alla Corte per decidere il "caso Cappato"

Come noto, l'invito (o, meglio, l'intimazione²⁸) della Corte non è stato colto dal Parlamento, all'interno del quale la frammentazione delle forze politiche impediva comunque che si potesse raggiungere una maggioranza per approvare una legge sul fine-vita. Desta però sorpresa il coro di voci critiche che si è levato contro quella che viene ritenuta una intromissione della Corte nel terreno della politica²⁹, sulla pretesa che il Parlamento ha assoluta (ed esclusiva) competenza a porre rimedio alle omissioni legislative³⁰.

Seguendo una linea di ragionamento basata su premesse tradizionali si rischia, tuttavia, di creare "bolle" nel sistema dei rapporti tra poteri dello Stato, perpetuando «vuoti di tutela costituzionale»³¹ nella garanzia dei diritti fondamentali: in situazioni di questo tipo, per garantire la tenuta dell'ordinamento in armonia con i principi e i valori che lo informano, è necessario che si creino forme di dialogo tra poteri secondo «leale e dialettica collaborazione», come fisiologicamente dovrebbe avvenire tra Corte Costituzionale e Parlamento³².

Al di là del formale riparto di attribuzioni definito in Costituzione, bisogna prendere atto che questo non è un complesso staticamente immobile o asetticamente estraneo alle dinamiche della contingenza politica, essendo normale che i rapporti tra organi costituzionali subiscano condizionamenti per effetto di decisioni spinte dall'urto

²⁸ Cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di quad. cost.*, 5 giugno 2019, 5, per il quale l'invito con cui si è sollecitato il Parlamento ad approvare una legge che regolasse il tema del fine-vita con assistenza di terze persone è, in realtà, una falsa manifestazione di deferenza verso il legislatore, come dimostra, oltre al breve lasso di tempo lasciato al Parlamento per intervenire, la puntuale elencazione di condizioni che consentono, già di per sé, l'individuazione dei soggetti titolari al diritto in questione. Se di deferenza si fosse veramente trattato, il Parlamento sarebbe rimasto il *dominus* del seguito legislativo.

²⁹ Si vedano, per es., le feroci critiche mosse alla Corte da A. RUGGERI, *Venuto alla luce*, cit.; ID., *Pilato alla Consulta*, cit., *passim*; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 531 ss.

³⁰ Su cui, di recente, AA. VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. Casseti e A. S. Bruno, Torino, 2019.

³¹ L'espressione è utilizzata dall'UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, nel comunicato stampa d.d. 24 ottobre 2018 con cui è stata resa pubblica la decisione di rinviare di un anno l'udienza.

³² Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 11 cons. in dir., VII cpv.

del caso singolo³³, quale prodotto dell'interazione tra fatti e norme che configura sotto altra luce lo scontro tra valori confliggenti, sulla scorta di circostanze politiche, economiche e sociali che alimentano la dinamica costituzionale. L'assetto delle funzioni dei singoli organi definito nella Carta tollera – almeno in una certa misura – intrusioni, assestamenti e supplenze, laddove la disfunzionalità e/o inattività di un organo sia suscettibile di ripercuotersi sulla coerenza del complesso ordinamentale³⁴.

Non mi sembra che la vicenda sottesa al c.d. “caso Cappato” sfugga alla descritta dinamica, sebbene con modalità assolutamente inedite³⁵. Alla Corte Costituzionale spetta, in generale, il compito di salvaguardare la «legalità costituzionale» provvedendo ad accertare la illegittimità di tutte le disposizioni (o norme) di legge che, complessivamente interpretate alla luce dei comuni canoni ermeneutici, si pongano in contrasto con la fonte di rango superiore, espungendole dall'ordinamento dopo averne dichiarato la non conformità a Costituzione. Di questo schema consacrato nell'art. 136 Cost. (c.d. ablatorio-demolitorio)³⁶ la Corte ha progressivamente avvertito l'insufficienza, così spingendosi a perfezionare nuove tecniche di giudizio maggiormente creative ed elaborate, ma pur sempre al pregevole fine di restaurare la legalità violata.

In questo modo hanno visto la luce prima le sentenze interpretative (di rigetto e di accoglimento), che rispondono all'esigenza di salvare dall'incostituzionalità “classica” (anche parziale) i disposti di legge, promuovendo una cultura dell'«interpretazione conforme a Costituzione» che avesse come collaboratore d'elezione i giudici comuni. Ad una medesima linea germinale appartengono le sentenze variamente manipolative e le sentenze sostitutive, con le quali più ardita si fa la tecnica di “incisione” della legislazione ad opera del suo Giudice, oramai non più relegato ad una funzione meramente ablativa, ma direttamente impegnato nell'opera di «manutenzione costituzionale». Infine, a completamento delle tecniche di giudizio collaudate in via pretoria, la Corte giunge ad elaborare le sentenze additive («di principio», «di procedura», «di meccanismo»)³⁷.

³³ Sull'impatto dei “casi” nella lettura della “norma” v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007.

³⁴ Siffatta dinamica costituisce una costante del gioco politico inter-istituzionale, come ad esempio nei rapporti tra Presidente della Repubblica e altri poteri dello Stato, compendiata icasticamente nella figura dei «poteri a fisarmonica», che ad alterni periodi e in presenza di determinate variabili politico-istituzionali si ampliano o contraggono, compensando mancanze o vuoti di funzione. Cfr. A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, 287, evocata già da G. SORRENTI, *Intervento al Seminario 2019 di “Quaderni costituzionali”*, in *Forum di quad. cost.*, 8 giugno 2019, 1. Che questo sia il deludente quadro in cui versano da alcuni anni il Parlamento e il Governo italiani è fuor di dubbio, tant'è che è stato giustamente scritto che «il mutismo di Parlamento e Governo non è il silenzio degli innocenti»: così A. PUGIOTTO, *L'altra quaestio del “caso Cappato”*, cit., 5.

³⁵ Conformemente anche C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, cit., 1.

³⁶ Nella vicenda relativa al “caso Cappato” il ruolo assunto dalla Corte Costituzionale è senz'altro distante dal modello delineato all'art. 136 Cost., non più a stampo meramente ablativo-demolitorio, ma oramai capace di rimediare ad una omissione legislativa. Sul punto E. ROSSI, *L'ord. n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di quad. cost.*, 5 luglio 2019, 1.

³⁷ Una chiara e puntuale ricostruzione storica della elaborazione delle diverse tecniche decisorie, in parallelo con lo sviluppo delle funzioni della Corte, è svolta in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare*,

In questa evoluzione, il tipo di sindacato operato dalla Corte raggiunge un grado di pervasività rispetto alle scelte del potere politico non indifferente: in particolare, le additive di principio infrangono prepotentemente le soglie della discrezionalità politica, per la loro capacità di imprimere all'azione governativa una precisa scelta d'indirizzo, rimanendo riservata al Parlamento la sola scelta dei mezzi idonei ad implementarli. Il potere delle additive, peraltro, sta nella loro tendenziale bidirezionalità, per la loro attitudine cioè a rivolgersi tanto al legislatore quanto (se non soprattutto) ai giudici, facendo quasi scontare al Parlamento il peso dei ritardi fisiologicamente connessi alla sua attivazione. Con lo strumento dell'additiva, la Corte richiama da un lato il Parlamento alla sua primaria funzione *de lege ferenda*, mentre dall'altro soprassiede alle lunghe tempistiche dei suoi lavori permettendo ai giudici di attuare in concreto il principio da essa espresso, evitando in un certo qual modo la paralisi del sistema di protezione dei diritti.

Lontani anni luce dal dogma che descrive(va) la Corte Costituzionale come un mero «legislatore negativo»³⁸, gli sviluppi che la giustizia costituzionale ha subito negli ultimi decenni atualizzano il dibattito intorno alla sua anima creatrice di diritto, se non addirittura politica, formalmente negata ma sostanzialmente latente³⁹ nei «casi tragici» che le giungono su sollecitazione dei giudici comuni nelle più controverse questioni, soprattutto bioetiche.

Rispetto all'evoluzione che le tecniche di decisione della Corte hanno storicamente conosciuto, sulla scorta anche dell'esperienza di omologhi Tribunali costituzionali di altri Paesi, come deve essere valutato l'inedito stratagemma ingegnato per risolvere il “caso Cappato”? La Corte Costituzionale si è sentita in dovere di spiegare la sua scelta negli ultimi paragrafi dell'ordinanza n. 207⁴⁰, avendo in particolare cura di motivare sulle ragioni che l'hanno indotta ad scartare il meccanismo della «doppia pronuncia», in base al quale la Corte preferiva arrestarsi, in passato, davanti al limite della discrezionalità politica del legislatore con una sentenza di inammissibilità, accompagnata da un monito al Parlamento per invitarlo ad attivarsi onde colmare i profili critici da essa riscontrati⁴¹.

La Corte, in simili ipotesi, constatava la necessità di un puntuale intervento legislativo piuttosto che di una pronuncia demolitoria o variamente manipolativa, e demandava al Parlamento le determinazioni in merito al c.d. «seguito legislativo». Una

combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale, Napoli, 2013, 86 ss.

³⁸ Tale concezione, come noto, è ascrivibile a H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 174.

³⁹ Su cui, di recente, il bel lavoro di C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, in particolare 410 ss. Scrive l'Autrice (p. 417): «*conciliare politica e giurisdizione è attività complessa e problematica, innanzitutto perché la Consulta è investita del potere di incidere sulla legge, potere, questo, che delinea un tipo di controllo giurisdizionale solo nella forma (in quanto esercitato nella forma del processo, che si svolge davanti ad un giudice imparziale), mentre nella sostanza si tratta di un controllo connotato da un'intrinseca componente di politicità, essendo spesso diretto ad eliminare atti del potere politico, quali sono le leggi*».

⁴⁰ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 11 cons. in dir., I° cpv.

⁴¹ Sulle pronunce monitorie della Corte, e per una analisi del loro seguito in Parlamento, v. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislative*, Padova, 1987, 24 ss. e 115 ss.

pronuncia di inammissibilità, in questi casi, era essenzialmente motivata dal fatto che la Corte reputava sconveniente o, comunque, non risolutiva la propria opera (vuoi perché si trattava di questione politica, da definire nelle opportune sedi; vuoi perché solo l'azione parlamentare era assolutamente indispensabile per costruire una disciplina del tutto mancante). Laddove, tuttavia, il Parlamento si fosse mostrato sordo alle sollecitazioni ricevute, e la stessa q.l.c. prima dichiarata inammissibile fosse stata nel frattempo (anche a distanza di anni) nuovamente riproposta, la Corte provvedeva in seconda battuta a dichiarare la illegittimità della disposizione impugnata a mezzo di una sentenza additiva di principio, soprassedendo a quel limite che in un primo momento l'avevano frenata⁴².

Il meccanismo della «doppia pronuncia» (una prima di inammissibilità con monito al legislatore, a seguire una additiva di principio) ha senz'altro il pregio di consentire al Parlamento di porre rimedio ad una «situazione normativa»⁴³ non conforme a Costituzione, dispensando la Corte dall'alternativa di esercitare funzioni non proprie. L'eventuale successiva pronuncia di accoglimento, accompagnata dall'affermazione del principio applicabile, avrebbe avuto l'effetto d'indirizzare l'attuazione immediata della pronuncia ad opera dei giudici comuni⁴⁴, senza con ciò precludere al Parlamento la potestà di normare in futuro la materia, anche in maniera diversa da come risultante, ad esempio, da un diritto vivente nel frattempo formatosi.

Questa tecnica si presenta, sotto certi aspetti, come un favorevole compromesso tra l'esigenza di garantire i diritti fondamentali della persona e il rispetto dello spazio politico-discrezionale del Parlamento, ed è la soluzione che meglio si presta a favorire graduali avanzamenti nella tutela dei diritti, aprendo ad una qualche funzione «normo-compulsiva» della Corte Costituzionale⁴⁵. Non può nascondersi, peraltro, lo stacco chiaramente non logico con cui si passa da un primo deferente riconoscimento per il primato del Parlamento, ad una improvvisa “invasione di campo” occasionata da una seconda ordinanza di rimessione: il trascorrere del tempo non fa, infatti, usucapire alla Corte una funzione che, per suo stesso riconoscimento, la Costituzione riserva al Parlamento.

È altrettanto vero che i ritardi nel dar seguito ai moniti formulati nelle pronunce costituzionali (che siano di inammissibilità, o di rigetto o di accoglimento) comportano dei costi in termini di sistema che non possono passare inosservati alla Corte, spingendola in certi casi a “forzare la mano” piuttosto che attendere impassibile una

⁴² Sulle sentenze additive di principio v. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996.

⁴³ L'espressione è di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, pp. 94-95, che definiscono la situazione normativa come «il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamento comporre la “questione” ed a confluire nel giudizio di costituzionalità».

⁴⁴ Sulla «delega di bilanciamento in concreto» v. R. BIN, *Giudizio “in astratto” e delega di bilanciamento “in concreto”*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574 ss., ma anche R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 126 ss.

⁴⁵ Scrive R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., 350, che «Il monito, interpretato come elemento contenutistico autonomo, è infatti da intendersi come ontologicamente diretto a formalizzare istanze di legalità costituzionale, che per mezzo di esso sollecitano un impegno oltre che l'interesse del Parlamento».

risposta politica che, forse, non arriverà mai. Ogni scelta politica (anche la mera astensione) si presta ad essere valutata in termini di adeguatezza sul piano costituzionale da parte del Giudice delle leggi, il quale è pur sempre chiamato a porvi rimedio qualora lo stato presente rischi di compromettere il complesso delle rispettive funzioni e garanzie⁴⁶. Un sistema costituzionale può dirsi funzionante solo allorché ciascuno degli organi che presiedono alle funzioni fondamentali esercita la propria conformemente a quanto gli spetta fare, nella consapevolezza che se ciascuno “fa il suo” agevola anche l’opera degli altri. E, tuttavia, qualora la funzionalità di taluno di quegli organi rischi di compromettere la piena efficacia dell’azione di un altro organo, non si vede per quale soverchio principio dovrebbero escludersi *a priori* meccanismi di compensazione che permettano di ovviare, *quodammodo*, all’*impasse*⁴⁷.

Nel “caso Cappato” la Consulta si è trovata ad affrontare uno di questi dilemmi: sulla base di un giudizio prognostico che poi si è rivelato fondato (e che la dottrina aveva a sua volta reputato verosimile), la Corte si era da subito prefigurata il problema dell’eventuale inerzia del Parlamento, ritenendo di non potersi tirare indietro con una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, vista la specificità della questione giuridica che si trovava ad affrontare. Si trattava, in altre parole, o di far prevalere il principio della riserva parlamentare in materia legislativa, oppure di dare la precedenza alla garanzia dei diritti: sul piano dei principi, entrambe le soluzioni ponevano dei problemi in relazione al riparto di poteri, per cui si trattava di optare per la soluzione più equa e compatibile con il complesso del sistema, bilanciando ragionevolmente tutti gli interessi e le istanze in gioco.

Nell’arco di tempo tra l’ordinanza 207 e la sentenza 242, il confronto tra studiosi non ha mancato di evidenziare profonde (interessantissime) divergenze di opinioni, che li hanno portati a ritenere utili per la decisione del presente caso praticamente tutte le tecniche poco sopra richiamate: così una nutrita parte della dottrina proponeva di attenersi al meccanismo della «doppia pronuncia»⁴⁸; altra preferiva che la questione

⁴⁶ Cfr. F. BIONDI, *L’ord. n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 2. Su questi aspetti v., inoltre, anche R. PINARDI, *Brevi note sull’«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia legislativa*, in AA.VV., *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 327 ss.

⁴⁷ È del resto carattere quasi fisiologico delle democrazie contemporanee la tendenza a trasferire sul piano giudiziario i conflitti sociali che non vengono composti in Parlamento, ciò che conferma la «necessità di strategie giudiziarie che accompagnino o sostituiscano battaglie politiche vere e proprie», così M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 288. Esprime giudizio positivo sulla nuova tecnica della Corte anche I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: pars destruens e pars construens delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ratio decidendi del caso Cappato*, in *Forum di quad. cost.*, 2020, 2, 473.

⁴⁸ Così, ad esempio, G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, cit., 6, per il quale la soluzione migliore sarebbe stata «una additiva di principio che colpisca l’art. 580 c.p. nella parte in cui non prevede che vadano esenti da responsabilità penale coloro i quali aiutano a morire i soggetti identificati dalle quattro caratteristiche sopra richiamate, se la condotta si svolge nel rispetto di alcune indicazioni operative di massima, atte a scongiurare i rischi paventati nell’ordinanza». Lo stesso Autore, peraltro, si mostra consapevole della non piena satisfattività della soluzione proposta, e tuttavia ritenuta più conveniente alla luce della funzione svolta dalla Corte, alla quale è certo consentito di demandare ai giudici comuni la soluzione dei casi loro prospettati, in attesa di un intervento legislativo, in luogo di una sostituzione *tout court* al legislatore nell’opera legislativa. Nello stesso scritto l’Autore non

venisse definita con una sentenza interpretativa di rigetto⁴⁹; infine non è mancato chi ravvisava gli estremi per una pronuncia interpretativa di accoglimento⁵⁰. Tutte queste proposte scaturivano dalla preoccupazione di preservare la formale apoliticità della Corte, tanto più in un caso che richiedeva una manipolazione eccessivamente creativa da parte sua⁵¹.

Ed effettivamente si trattava – nel caso sollevato dalla Corte d’assise di Milano – di una questione che, in relazione al «verso» della pronuncia, condivideva una discreta carica di politicITÀ⁵², atteso che ciò che concretamente si chiedeva alla Consulta era di sancire l’esistenza di un «diritto a morire con dignità»⁵³ come specificazione del più generale diritto all’autodeterminazione terapeutica. L’effetto pratico che il giudice rimettente chiedeva era l’eliminazione *tout court* del divieto penale di aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.*⁵⁴, sostituendo una propria opzione ideologica alla valutazione svolta *illo tempore* dal legislatore penale, e ribadita di recente in sede di discussione della proposta di legge scaturita nella l. n. 219/2017.

disdegna nemmeno i benefici che deriverebbero dall’adozione di una sentenza interpretativa di accoglimento (cit., 7). V. anche C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 3, 582. *Contra* G. SORRENTI, *Intervento al Seminario*, cit., 4, per la quale nel “caso Cappato” mancherebbero i presupposti per adottare una additiva di principio, dal momento che – almeno nella lettura proposta dall’Autrice – in questo caso non difettavano le “rime obbligate”, almeno nella materia penale, mentre la sollecitazione rivolta al legislatore avrebbe ad oggetto un altro settore dell’ordinamento, quello civile, che comunque esula dall’oggetto principale della questione deferita alla Corte Costituzionale.

⁴⁹ Così, ad esempio, P. CARNEVALE, *Sull’esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale*, in *Forum di quad. cost.*, 28 giugno 2019, 3, nonché M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 660.

⁵⁰ In questo senso G. SORRENTI, *Intervento al Seminario*, cit., 1, secondo la quale questa tecnica consentiva di tenere indenni da responsabilità penale casi simili a quello di Cappato (ma a questo punto non sarebbe stato necessario rinviare a nuova udienza) e allo stesso tempo avrebbe evitato il rischio di una generalizzazione del diritto a morire con dignità. Nello stesso senso anche G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 2, 27 ss. e 45 ss., il quale proponeva di risolvere il “caso Cappato” con una sentenza interpretativa di accoglimento, accompagnata da una «*réserve d’interprétation transitoire*» alla francese, in modo da orientare i giudici verso una interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione impugnata e, allo stesso tempo, conferire alla pronuncia la tipica efficacia *erga omnes*.

⁵¹ Per questa esigenza si mostrava favorevole tanto ad una additiva di principio quanto ad una interpretativa di rigetto R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di quad. cost.*, 23 giugno 2019, *passim*.

⁵² Il che alimenta un *trend* costante sull’aumentato ruolo politico della Corte. Sul punto A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quad. cost.*, 27 maggio 2019, 2.

⁵³ Secondo G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, cit., 4, non si tratterebbe di un diritto in senso proprio, quanto piuttosto di un «*obbligo di protezione*» verso il malato che, a causa della gravità della propria patologia, si appresta a morire in condizioni non degne.

⁵⁴ Il “verso” della decisione formulato nel *petitum* della ordinanza di rimessione della Corte d’assise milanese mirava a conseguire un effetto molto simile a quello che, di lì a poco, sarebbe stato affermato dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco nella sentenza BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020, - 2 BvR 2347/15 -. Per un commento alla decisione in ottica comparata con il “caso Cappato” mi sia consentito rinviare a G. BATTISTELLA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 2, 319 ss.

Anche astraendo dalla vicenda storica che aveva dato corso agli eventi, la q.l.c. involgeva profili tecnici difficilmente risolvibili alla luce dei consueti canoni rimediali, in particolare per il tipo di manipolazione che la Consulta avrebbe dovuto operare per permettere al giudice rimettente di fare giustizia⁵⁵. La Corte era chiamata, infatti, a giudicare della conformità a Costituzione di una (isolata) disposizione del codice penale che puniva indifferentemente tutte le forme di istigazione e aiuto al suicidio, mentre il «verso» della decisione auspicabile era, secondo la Consulta, nel senso di una caducazione parziale del divieto d'aiuto al suicidio (con l'effetto di renderne legittime alcune ipotesi), abbinata ad una disciplina di dettaglio sulla procedura da seguire per certificare, con i crismi della pubblicità e professionalità di un organo tecnico istituito *ad hoc*, la sussistenza delle condizioni che legittimano il malato ad ottenere aiuto a morire.

La Corte conferma quindi la persistente validità, nel quadro dell'attuale sistema costituzionale, della scelta di incriminare (anche) l'aiuto al suicidio, salvo dichiarare la non conformità parziale della disposizione nella parte in cui costringe, nella sua assolutezza, i malati che potrebbero già morire per desistenza terapeutica a morire in una modalità da essi reputata non degna⁵⁶. Il risultato ambito dalla Corte non poteva, tuttavia, conseguire puramente e semplicemente dalla caducazione parziale della disposizione censurata⁵⁷, poiché il riconoscimento del nuovo diritto⁵⁸ doveva necessariamente accompagnarsi ad una regolamentazione di legge che impedisse abusi da parte degli operatori. Ragione per cui la parola non poteva che essere lasciata, in prima battuta, al Parlamento, come ineccepibilmente ha fatto la Corte⁵⁹.

⁵⁵ Conformemente anche P. CARNEVALE, *Incappare... in Cappato*, in *Consulta online*, 2019, 2, 373. V. anche G. P. DOLSO, *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 3, il quale scrive: «Il punto dolente sta nell'azione di regolazione dei confini. In questa complessa opera la Corte si muove tra due poli: da una parte insiste sulle specifiche caratteristiche della situazione da cui muove il giudizio, evocate a più riprese in motivazione. [...] Dall'altra parte insistiti sono i riferimenti al quadro legislativo, a quello vigente, e a quello che dovrà essere composto, attraverso una interlocuzione con il legislatore che, prima di essere "sistematizzata" in chiusura dell'ordinanza, viene "praticata" nel corso della motivazione».

⁵⁶ Cfr. C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018, e L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire "rapidamente"? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (Ord.) n. 207/2018*, in *disCrimen*, 19 dicembre 2018. V. anche P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato": cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum di quad. cost.*, 12 giugno 2019, 2, il quale parla di «incostituzionalità sopravvenuta» della norma di cui all'art. 580 c.p., dal momento che la sopravvenienza di innovazioni scientifiche e tecnologiche capaci di strappare alla morte pazienti in situazioni estremamente compromesse avrebbe reso possibili situazioni in cui la protezione dei beni fondamentali risulta eccessivamente sbilanciata a tutela della vita meramente biologica, nonostante il venir meno della voglia di vivere in capo al soggetto interessato.

⁵⁷ Cfr. Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 10 cons. in dir.

⁵⁸ I parametri costituzionali rilevanti (artt. 2, 3, 13, 32 Cost.) sono norme assai labili, interpretabili estensivamente, e dunque terreno fertile per i «nuovi diritti», tanto che C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire"*, in *Forum di quad. cost.*, 14 giugno 2019, 2, le ha definite «norme voraci» per la loro attitudine ad accogliere tutte le fattispecie sconosciute e che si vorrebbero elevare alla dignità di diritti fondamentali.

⁵⁹ Una parte della dottrina (F. DAL CANTO, *op. cit.*, 4) ritiene che la Corte, a fronte delle ampie premesse concettuali sul diritto all'autodeterminazione terapeutica e sulla fondatezza, in principio, della scelta legislativa di criminalizzare l'aiuto al suicidio, avrebbe potuto da subito procedere ad una

A dispetto della prassi passata, questa volta la Consulta ha ritenuto di dover «rimodulare» il meccanismo della «doppia pronuncia», fissando un «termine all'adempimento» al Parlamento, in modo da evitare le lungaggini di un processo politico inconcludente, assicurando che il diritto al suicidio assistito non rimanesse sospeso *ad libitum Parlamenti*. Il nuovo «modulo decisorio»⁶⁰ rappresenta una riedizione della tecnica della doppia pronuncia, con il pregio però di riunire i due momenti (l'inammissibilità con monito e l'addizione del principio) nell'ambito di un medesimo incidente di costituzionalità.

4. La valenza della nuova tecnica decisoria nella dinamica dei rapporti tra poteri dello Stato. La «leale e dialettica collaborazione» tra Corte Costituzionale e Parlamento

È dunque nell'ottica di non relegare quel diritto al rischio della sua inattuazione che ha spinto la Consulta ad aggiungere, al suo taccuino, una tecnica decisoria non ancora collaudata, più funzionale e maggiormente efficace a bilanciare i beni che di volta in volta vengono a collidere. Per altro verso, appare giustificato il timore di quella dottrina che contesta che un modo così imprevedibile di operare offusca vieppiù la dimensione oggettiva del sindacato costituzionale, formalmente di mera legittimità ma, nei fatti, portato a debordare – anche se per ragioni contingenti – nel merito “politico” delle problematiche ad esso connesse.

Vero è anche che la specificità del caso concreto non permetteva – a mio parere – alla Corte di decidere diversamente, nemmeno nelle modalità auspiccate dalla dottrina⁶¹. Ciò, in particolare, perché nel caso alla mano esisteva una inestricabile connessione tra i profili sostanziali del diritto rivendicato e i profili di diritto processuale⁶², in quanto il potere di accertamento – e il connesso potere di sanzione – della Corte Costituzionale è funzionalmente vincolato ai limiti che incontra questo tipo di giurisdizione: essa, infatti,

declaratoria parziale di illegittimità costituzionale «nella parte in cui essa contemplava la punibilità della condotta di aiuto al suicidio anche in presenza di quelle peculiari condizioni indicate dalla Corte e illuminate dal caso». L'effetto pratico di questa soluzione decisoria sarebbe stato di scaricare sui giudici comuni l'onere di accertare *ex post factum* se il caso sottoposto alla loro giurisdizione si fosse integrato alle condizioni indicate *sub a) b) c) d)* dell'ord. n. 207/2018. Per ragioni meglio esposte nel prosieguo del presente contributo ritengo, nondimeno, che la soluzione escogitata dalla Corte meglio si prestasse a dare tutela effettiva ai malati nelle stesse condizioni di Antoniani e allo stesso tempo dare al Parlamento la possibilità di adempiere a quanto richiesto/dovuto. Similmente P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore*, cit., 4. Di «delega giurisprudenziale» deferita sul modello dell'art. 76 Cost. parla A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di quad. cost.*, 27 maggio 2019, 1.

⁶⁰ L'espressione è di R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit.

⁶¹ Cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 542. Sostiene l'Autore che la scelta di discostarsi dalle comuni regole processuali fosse dovuta alle specifiche (straordinarie) circostanze del caso concreto, e che si tratterebbe di una eccezione elevabile a nuova regola processuale.

⁶² In termini sostanzialmente analoghi M. D'AMICO, *Il “caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 1; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità*, cit. 476. Credo che si riferisca a questo aspetto, laddove invita a rifiutare una «lettura panprocessualistica della vicenda», anche P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato*, cit., 2.

se gode di “pieni poteri” quanto alla *pars destruens*, non è altrettanto libera di intervenire sulla *pars construens*, che rientra in larga parte nell’attività politica del Parlamento, e rispetto alla quale la Corte ha un limitato potere d’intervento.

La posizione della Corte nell’ambito della giustizia costituzionale si connota, in effetti, per la sua funzione rimediabile, quale giudice che interpola la sua decisione in un contesto normativo generalmente già definito dal legislatore, operando essa come operatore di secondo grado che agisce in via successiva – su ricorso o eccezione di parte – perfezionando un prodotto frutto della concertazione politica⁶³. Rispetto a questo assetto di lavoro, il Giudice costituzionale incontra un duplice ordine di limitazioni allo scrutinio delle leggi: da un lato il vincolo al *petitum* per come formulato dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rimessione; dall’altro la ristrettezza degli strumenti manipolativi di cui dispone per intervenire sul testo di legge (c.d. «significante»), che deve già esistere *in tabulis*⁶⁴. Una legge, in altre parole, è necessario che già esista nell’ordinamento oggettivo affinché il suo «giudice naturale» possa manipolarla al fine di ristabilire la legalità costituzionale, poiché esso non gode della legittimazione politica per farsi *conditor legis* al pari del Parlamento.

L’assetto formale delle funzioni degli organi costituzionali definito nella Carta non esclude, peraltro, che vi possano essere evoluzioni nella maniera in cui rispettivamente si coadiuvano: il binomio Corte Costituzionale-Parlamento designa un rapporto non di reciproca commutabilità, ma di «sussidiarietà funzionale», nel senso che la prima è, di regola, tenuta ad intervenire allorché le dinamiche che affliggono il secondo si ripercuotono in maniera patologica nella gestione del conflitto tra contrapposte istanze che legittimamente auspicano riconoscimento. Appartiene alla fisiologia della democrazia costituzionale che ciascun conflitto sociale trovi composizione nell’ambito della concertazione politica (dunque, in Parlamento)⁶⁵, e tuttavia la dinamica costituzionale degli ultimi anni non fa che confermare che quel meccanismo di contrattazione non sembra più funzionare, con la conseguenza che il conflitto si è spostato dalla sede politica al fronte giudiziario, importando un sempre maggior coinvolgimento della Consulta in questioni politicamente connotate.

La posizione della Corte nello scacchiere istituzionale muta perciò a seconda del modo in cui essa si rapporta agli altri attori dell’ordinamento, in un gioco di ruoli nel quale l’elemento dirimente (e variabile) è come la Corte interpreta la propria funzione di garanzia quando si fa portatrice di determinate istanze. Le sue sollecitazioni non possono rimanere indifferenti agli altri attori dell’ordinamento, poiché il tono e la direzione impressa all’azione politica da ciascuna pronuncia fanno sì che la decisione sia percepita vuoi come forma di correzione/collaborazione, vuoi come forma di

⁶³ Sulla differenza tra il riconoscimento dei diritti per via politica e per via giurisprudenziale insiste, da ultimo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, e anche in R. BIN, *Il giudice*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, Special Issue n. 2, 187 ss.

⁶⁴ Deve, del resto, ricordarsi che, a dispetto dei tentativi che alcuni autori hanno fatto per cercare un rimedio alle omissioni del legislatore, nell’ordinamento italiano non esistono dei veri e propri strumenti tramite i quali dare “esecuzione” alle sentenze nelle quali la Corte Costituzionale individua una carenza di legislazione. Lo ricorda anche, da ultimo, R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 22.

⁶⁵ R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 1, 19 ss.

concorrenza e/o invasione nell'esercizio di prerogative altrui⁶⁶. Ciascuna tipologia di decisione è capace di veicolare messaggi di natura ottativa che implicitamente sollecitano, da parte dell'interlocutore, una risposta ad un bisogno socio-culturale e politico-istituzionale.

L'apporto creativo della Corte nell'opera di epurazione della legislazione incostituzionale è, dunque, una verità che non dovrebbe destare scalpore, da un lato perché – come già ricordato – il modello kelseniano del «legislatore negativo» è un prototipo ideato in un momento storico che precede le democrazie mature di età post-bellica; dall'altro, perché le esperienze europee di giustizia costituzionale confermano la tendenza normo-creativa della loro giurisprudenza. In simili casi, la decisione della Corte non si risolve in un intervento meramente annullatorio del dispositivo di legge, ma si impreziosisce di un apporto ulteriore che orienta verso precise scelte di principio, quantunque estranee all'agenda politica della maggioranza di governo⁶⁷. Ragione per cui è sempre opportuno che il Giudice delle leggi faccia un uso prudente delle proprie tecniche di decisione⁶⁸, non rinunciando a quella *modesty* che si addice ad un organo giurisdizionale.

Cionondimeno, bisogna considerare le alternative che oggettivamente si prospettano alla Corte nella sua duplice veste di giudice dei diritti e dei conflitti: decidendo di propendere per l'una o per l'altra istanza, la Corte esprime un ordine di priorità tra valori costituzionali concorrenti, bilanciandoli in modo che nessuno di essi risulti interamente soddisfatto o frustrato. Nel “caso Cappato”, la Corte ha ritenuto di dover “calcare la mano” ed assumersi la responsabilità di rispondere alla domanda di giustizia, nella consapevolezza che una risposta politica non sarebbe (presumibilmente) arrivata. E lo ha fatto dando seguito alle aspettative che aveva nel frattempo fatto insorgere nella società civile, dichiarando *in parte qua* la illegittimità dell'art. 580 c.p.⁶⁹

Ma qual era l'aspettativa che gravava sul Parlamento? Come risaputo, l'incostituzionalità della disposizione era già stata prospettata⁷⁰, e le condizioni elencate nell'ordinanza n. 207/2018 sono state definitivamente recepite nella sentenza n. 242/2019. La *quaestio* sul diritto al suicidio assistito era già stata ampiamente risolta

⁶⁶ Nel caso di specie la Corte si è, infatti, riservata di approntare essa stessa un «seguito giurisprudenziale» per il caso in cui non vi avesse provveduto per via legislativa il Parlamento. Cfr. R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., 348.

⁶⁷ Cfr. L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 194 (nt. 9-10) e 211 ss.

⁶⁸ In ottica comparata, il dialogo ricercato dal nostro Giudice costituzionale col Parlamento si ispira (per sua stessa ammissione) alla tecnica che, pochi anni prima, la *Supreme Court* canadese aveva impiegato per sollecitare una disciplina sull'assistenza medica a morire. Sul punto v. C. CASONATO-M. TOMASI, *Constitutional dialogues in Canada*, in AA.VV., *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 191 e ss.

⁶⁹ La Corte, infatti, si è fin da subito premurata di confermare la legittimità della scelta politico-criminale di sanzionare penalmente l'istigazione e l'aiuto al suicidio, pur inscrivendo la norma di cui all'art. 580 c.p. entro una nuova cornice valoriale, “depurata” dagli scopi di regime che essa assolveva ai tempi in cui era nata (1930). Sul *pattern* della “riabilitazione” di norme criminali di epoca fascista nella vigenza della Costituzione repubblicana v. M. D'AMICO, *Il “caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, cit., 3.

⁷⁰ Espressione impiegata dal Presidente della Corte G. LATTANZI, *Relazione del Presidente*, in www.cortecostituzionale.it, 21 marzo 2019, 12.

nella prima pronuncia: ho in altra sede sostenuto⁷¹ che la Corte nella ordinanza n. 207 ha ricavato il «minimo costituzionale» del diritto all'aiuto a morire, nel senso che le quattro condizioni là individuate definiscono i requisiti minimi in presenza dei quali quel diritto è sicuramente garantito nel nostro ordinamento. Le quattro condizioni sono state, in effetti, estrapolate *de deducto* dal caso concreto (non a caso i commentatori sono rimasti spiazzati dalla estrema «concretezza» del giudizio costituzionale⁷²), che presentava connotati estremamente emblematici rispetto ai casi e alle ipotesi in cui il suicidio assistito avrebbe dovuto essere legalizzato, ma solo per quel che concerne il suo «nucleo duro». Per questa ragione – a parere di chi scrive – le quattro condizioni hanno carattere esemplificativo, essendo tarate sul caso di specie, e non possono valere come “limite massimale”, valevole per tutti i casi astrattamente ipotizzabili.

La vicenda che aveva originato il processo principale esponeva plasticamente la profonda ingiustizia cui conduceva una applicazione irremovibile dell'art. 580 c.p.⁷³ La circostanza che la legge, di fatto, imponesse a Dj Fabo di vivere una vita non più voluta e a lui diventata irricognoscibile non poteva lasciare indifferente nessun giudice, e infatti la Corte è stata ben generosa a soprassedere rispetto alle (numerose) anomalie dell'ordinanza di rimessione⁷⁴: essa ha, infatti, prima “convertito” il parametro dell'art. 3 nell'art. 2 Cost.⁷⁵, poi ha aggiunto ai parametri di giudizio l'art. 32 Cost. (non evocato nell'ordinanza del giudice *a quo*)⁷⁶, ed infine ha “chiuso un occhio” dinanzi a un *petitum* che a rigore era *incipite*⁷⁷.

Il meccanismo della «sospensione condizionale del processo costituzionale con messa alla prova del Parlamento» mirava, se non altro, a stimolare una discussione seria sul fine-vita in seno a quest'ultimo. All'esito di questo tentativo di mediazione non andato a buon fine, la Corte Costituzionale si trovava di fronte al bivio di retrocedere rispetto al limite della discrezionalità del legislatore oppure di surrogarsi, per quanto di necessità, a questo. E la Corte ha ritenuto che, tra il valore dell'effettività dei diritti e quello del rispetto delle prerogative del legislatore, il primo prevale e merita la

⁷¹ Cfr. GIULIO BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento*, cit., 330.

⁷² Cfr. G. RIVOSECCHI, *Osserzioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile “seguito”: una doppia pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in *Forum di quad. cost.*, 22 giugno 2019, 3, per il quale la soluzione della Corte è mossa dall'esigenza di «contemperare caso e questione», al fine di «minimizzare l'impatto ordinamentale rispetto ad una caducatoria secca».

⁷³ Del resto, come afferma A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 257, «proprio quelli *limite* sono i *casi decisivi*» (corsivi testuali).

⁷⁴ Sul “ruolo tutorio” della Corte Costituzionale nel rimediare alle imperfezioni della questione di legittimità costituzionale per come in origine formulata dal giudice rimettente v. C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla mortecit.*, 568.

⁷⁵ Cfr. Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, § 1 *rit. in fatto*, II° cpv.

⁷⁶ Cfr. M. PICCHI, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte Costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Oss. sulle fonti*, 2018, 3, 6

⁷⁷ Cfr. P. ZICCHITTO, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, cit., 11; A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, cit., 9.

precedenza⁷⁸. Ciò però non sottende tanto una gerarchizzazione tra valori concorrenti, quanto un bilanciamento in termini di “costi” da parte della Corte: comunque questa avesse deciso, uno dei due valori avrebbe subito necessariamente una “perdita” o un “allentamento” nella sua cogenza, ma in definitiva si è ritenuto che il costo sarebbe stato maggiore, in termini di giustizia costituzionale, se la Corte avesse abdicato alla giurisdizione piena sui diritti a favore della discrezionalità del legislatore⁷⁹ (che questi non ha voluto, o non ha potuto, esercitare⁸⁰).

Ciò, comunque, non fa che confermare l’assunto poco sopra esposto: che, cioè, la Corte ha sentito la necessità di bilanciare tra il rispetto rigoroso delle regole processuali e le istanze di giustizia del caso concreto che, altrimenti, sarebbero state sicuramente disattese dal legislatore, a conferma che nell’ambito della giurisdizione di legittimità costituzionale le tipologie decisorie sono insuscettibili d’essere incasellate nel dualismo rigetto-accoglimento, dovendosi addivenire a soluzioni intermedie che meglio si prestino a dare una risposta equilibrata a tutte le istanze coinvolte, dando ascolto tanto alle ragioni dell’autorità quanto a quelle dell’individuo.

5. La legge sul consenso informato e le DAT (l. n. 219/2017) quale «punto di riferimento» già presente nel sistema per la disciplina del suicidio assistito: ovvero, di un rapporto di genere a specie. L’addizione della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale ritiene che l’ordinamento non sia totalmente sprovvisto di referenti logici ai quali richiamarsi per disciplinare il suicidio assistito, e ravvisa tale antecedente nella recente l. n. 219/2017, qualificata come «punto di riferimento»⁸¹ già presente nel sistema normativo.

A differenza della gran parte della dottrina che ha commentato le due pronunce Cappato, che vede nella l. n. 219/2017 nientemeno che il *tertium comparationis* sul quale appuntare il giudizio di ragionevolezza, si ritiene di dover meglio valorizzare le sfumature concettuali che la Corte si premura di fare. La Corte Costituzionale si è mostrata consapevole della non perfetta sovrapposibilità tra la desistenza terapeutica e l’aiuto al suicidio, e infatti ha dovuto introdurre dei correttivi specificamente riferiti alla seconda fattispecie (di cui, più avanti, sarà dato conto).

⁷⁸ Del medesimo avviso, nel senso cioè che il limite della discrezionalità del Parlamento vada sdrammatizzato rispetto all’enfasi che la stessa Corte ne dava in passato, anche M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 664.

⁷⁹ Critico invece R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 35, per il quale non sarebbe consentito alla Corte di bilanciare interessi di natura processuale con diritti/interessi di natura sostanziale, anche perché una operazione di questo genere comporta inevitabilmente un allentamento del vincolo al *petitum*, che è, tra l’altro, garanzia della «giurisdizionalità» dei criteri di decisione della Corte Costituzionale. Simile critica era già stata formulata in R. PINARDI, *La Corte e il suo processo*, cit., 1901.

⁸⁰ L’argomento del «mancato esercizio delle proprie funzioni» per impossibilità politica o volontaria mancanza di iniziativa riecheggia, come noto, l’accusa con cui la Corte Costituzionale aveva seccamente respinto il ricorso per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato nel “caso Englaro” (ordinanza n. 334 del 2008).

⁸¹ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 5 *cons. in dir.*, IV° cpv.

Se la legge 219 fosse stata un vero e proprio *tertium*, la Corte non avrebbe avuto problemi ad estendere *tout court* il regime ivi previsto alla fattispecie irragionevolmente esclusa dalla legge, come pianamente accade nei giudizi parametrati sull'art. 3, co. 1 Cost. Al contrario, il *quid pluris* aggiunto dalla Corte conferma che la disciplina della l. n. 219 funge da «punto di riferimento» in quanto depositaria dei principi applicabili alle fattispecie di fine-vita in senso lato, nonostante la diversità ontologica che le separa⁸². Del resto, i profili oggetto di accertamento ed esecuzione nella procedura di suicidio assistito sono in parte diversi e ulteriori rispetto a quelli disciplinati dalla legge di paragone, dacché in caso contrario non si sarebbe resa necessaria la sospensione del processo costituzionale con delega *illico et immediate* al legislatore⁸³.

Nella sent. n. 236/2016 (nella quale si trattava della discrezionalità del legislatore nel modulare la dosimetria sanzionatoria tra fattispecie simili⁸⁴) – evocata dalla Corte quale precedente cui rifarsi rispetto al *pattern* decisorio – si legge che «*obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze*»⁸⁵, e che tale controllo è possibile a mezzo di una «valutazione relazionale» con altre norme o fattispecie che compongono il sistema. Per quanto due fattispecie incriminatrici non siano del tutto coincidenti (come era il caso trattato nella sentenza n. 236), e per quanto diverse siano le modalità nelle quali si realizzano, la Corte ritiene nondimeno che esse siano raffrontabili sulla base degli elementi che le accomunano, che meritano d'essere valorizzati alla stregua di un medesimo metro di valutazione: mirando entrambe a tutelare uno stesso bene giuridico, è consentito alla Corte di uniformare la metrologia sanzionatoria uniformando il grado di afflittività connesso alla sua violazione.

⁸² La mancanza di omogeneità tra due termini di paragone precludeva alla Corte, in passato, di procedere con il giudizio di ragionevolezza, in quanto contravveniva al dogma delle «rime obbligate», che aveva il pregio di definire in maniera abbastanza sicura il perimetro oggettivo del sindacato della Corte. Questa teoria è stata progressivamente superata dalla Consulta, ma continuava a resistere in un ambito nel quale il principio di legalità rappresenta la garanzia principe dei diritti: la materia penale. Con le «pronunce Cappato», la Corte Costituzionale ha incrinato il dogma delle «rime obbligate» anche in materia penale, con ciò sbandierando una nuova stagione di attivismo in cui la discrezionalità del legislatore non rappresenta più un limite invalicabile, (auto)legittimando future decisioni «ad alto grado di additività» pur in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata: così P. VERONESI, «*Ogni promessa è debito*», cit., 7; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza "rime obbligate"*, in *Oss. AIC*, 2020, 288 ss.

⁸³ Sul peculiare meccanismo della «delega giurisprudenziale» al legislatore v. A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di quad. cost.*, 27 maggio 2019, 1.

⁸⁴ Sul nuovo corso aperto dalla sentenza n. 236/2016 e sugli ultimi sviluppi, in relazione al problema delle rime obbligate in materia penale, v. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, ma anche R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2570 ss.

⁸⁵ Corte Cost., sent. 10.11.2016, n. 236, cons. in dir., § 4.4.

Il caso richiamato si riferisce ad un contrasto realizzatosi all'interno di uno stesso contesto normativo⁸⁶ (la legislazione penale), ma le risultanze raggiunte in quella sede valgono anche per il caso in cui il contrasto si verifichi tra valori positivizzati in diversi ambiti dell'ordinamento (come tra la legislazione civile e quella penale). Nel caso che qua si va discutendo, si trattava di sciogliere l'incongruenza esistente tra la l. n. 219/2017 e l'art. 580 c.p., che riservavano un trattamento giuridico completamente diverso alla volontà di morire del malato⁸⁷: essa è l'elemento che accomuna le due fattispecie, che riceve molta considerazione nell'una, nessuna invece nell'altra, senza una effettiva ragione che giustifichi tale disparità di trattamento⁸⁸.

A questo punto, dunque, l'opera della Corte appare necessaria e legittima. Ciò, peraltro, non vale a negare che le due fattispecie non si sovrappongono perfettamente. L'aiuto medico a morire è, infatti, cosa ben più problematica sul piano dei valori costituzionali. Sotto un primo profilo, si tratta di una pretesa al cui esercizio sono titolate solo alcune categorie di malati, quelli che versano nelle quattro condizioni elencate nell'ordinanza n. 207⁸⁹, mentre al contrario la l. n. 219/2017 ipostatizza principi che si applicano, in generale, a tutti i pazienti che entrano in relazione col medico, indifferentemente dalla loro condizione clinica. Sotto altro aspetto, la complessità della valutazione tecnica sottesa alla decisione di ammettere un malato al suicidio assistito presuppone oneri di accertamento e procedure di garanzia non previsti – o non sufficientemente disciplinati – nella legge n. 219⁹⁰.

La decisione di prestare assistenza professionale alla morte merita di essere presidiata da una procedura informata a valori pubblicistici, in quanto atto dalle

⁸⁶ In questo caso, addirittura, si applica il principio di ragionevolezza all'interno di una medesima fattispecie di reato. Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 267.

⁸⁷ In sostanza, l'intervento additivo sposta il centro di gravità della questione dall'autista (colui che è stato incriminato per il reato di cui all'art. 580 c.p.) all'aspirante suicida (colui che legittimamente ha esercitato il diritto a morire con dignità, anche nelle forme dell'aiuto prestato da terzi). Cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 4; G. BATTAGLIA, *Forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018)*, in *attesa della pronuncia che verrà*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2019, 1, 161; B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018*, cit., 4; G. CAMPANELLI, *Quali le possibili motivazioni di una sentenza sul merito della Corte, a fronte di un legislatore silente*, in *Forum di quad. cost.*, 29 giugno 2019, 4.

⁸⁸ Ne è conferma il fatto che il percorso argomentativo seguito dalla Corte per legalizzare, a certe condizioni, il suicidio assistito parte dal presupposto che questo sia un riflesso del principio di autodeterminazione terapeutica ex art. 32, co. 2 Cost. (cfr. M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte Costituzionale e Parlamento*, cit.).

⁸⁹ Non si tratta, quindi, di una indiscriminata liberalizzazione dell'aiuto al suicidio, ma una limitatissima eccezione per i malati che versano in «specifici contesti biomedicali di fine-vita», così F. G. PIZZETTI, *L'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, pronunciata nel corso del "caso Cappato", e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita a evitare un'agonia lenta e non dignitosa*, in *BioLaw Journal*, 2019, 3, 159.

⁹⁰ Non è nemmeno chiaro il ruolo effettivamente svolto dalla l. n. 219/2017 nel processo dinanzi alla Corte. Ma mentre in alcuni passaggi dell'argomentazione della Corte la legge sembra assurgere a *tertium comparationis* per la regolamentazione del suicidio medicalmente assistito, in altri la stessa legge sembra diventare oggetto effettivo del sindacato di legittimità costituzionale (accanto all'art. 580 c.p.), la cui disciplina «realizza una disarmonia irragionevole, o meglio una disparità di trattamento tra malati in condizioni analoghe»: così F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato"*, cit., 3. Che la l. n. 219/2017 non possa fungere da *tertium comparationis* rispetto alle vicende omologhe a quelle di Dj Fabo si veda pure P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore*, cit., 6, per il quale è più corretto parlare di un «apparentamento tra situazioni che presentano un significativo vallo di separazione».

implicazioni irriducibili ad una mera «questione privata». Sul piano delle categorie civilistiche, la fattispecie del diritto a ricevere aiuto medico a morire potrebbe definirsi «a formazione progressiva», e si perfeziona grazie al concorso di plurimi fattori, alcuni di natura oggettiva (la irreversibilità, allo stato delle conoscenze scientifiche, della patologia fisica o psicologica; la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale), altri di natura soggettiva (l'incapacità personale a tollerare il male fisico o psicologico cagionato dalla malattia; la persistente capacità di prendere decisioni libere e consapevoli), ciascuno dei quali deve essere asseverato da un organo certificatore terzo e imparziale, provvisoriamente individuato dalla Corte nei comitati etici territorialmente competenti⁹¹.

Alle quattro condizioni espressamente enunciate in motivazione sembra debba aggiungersene un'altra, implicitamente già presupposta nelle maglie della motivazione dell'ord. n. 207/2018⁹², ma che fa una comparsa “a piede teso” nella sent. n. 242/2019 quando si dispone sul «pregresso»⁹³: la Corte, infatti, precisa che la non punibilità delle condotte poste in essere prima della pubblicazione della sentenza si estende ai fatti anteriori, nei quali «*l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti*»⁹⁴. Tra queste si indica anche la condizione «*che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime [alle sue condizioni di salute, ndr], sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione palliativa profonda*»⁹⁵. Pertanto, un ulteriore requisito necessario⁹⁶ affinché il medico sia tenuto esente da responsabilità penale è che abbia esposto al richiedente l'alternativa di una morte per desistenza accompagnata da sedazione continua del dolore, modalità che potrebbe essere già ritenuta dal malato conforme alla propria concezione di dignità. La

⁹¹ Sul problema della “competenza” dei Comitati etici a rendere tale parere v. M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. AIC*, 2020, 1, 294 ss.

⁹² La Corte Costituzionale, nella ordinanza n. 207 del 2018, al § 10 del cons. in dir., VIII° cpv., ammoniva il legislatore che «*Dovrebbe essere valutata, infine, l'esigenza di adottare opportune cautele affinché – anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza – in accordo con l'impegno assunto dallo Stato con la citata legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza. Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative dovrebbe costituire, infatti, un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente*».

⁹³ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, § 7 cons. in dir.

⁹⁴ *Ibidem*, § 7 cons. in dir., IV° cpv.

⁹⁵ *Ibidem*, § 7 cons. in dir., V° cpv.

⁹⁶ Non è invece chiaro nella sentenza se il percorso di cure palliative debba immancabilmente essere praticato al malato, salvo poi permettere a questi di accedere al suicidio medicalmente assistito, oppure debba essergli solo prospettato in via di ipotesi. Sul punto P. VERONESI, “*Ogni promessa è debito*”: la sentenza costituzionale sul “caso Cappato”, in *www.giustiziansieme.it*, 11 dicembre 2019.

morte per suicidio assistito deve, in definitiva, essere l'*extrema ratio* da praticarsi solo qualora il malato abbia espressamente scartato le altre strade ammesse dalla legge⁹⁷.

Ai profili strettamente procedurali si aggiungevano, inoltre, altre connesse questioni rispetto alle quali la Corte aveva riconosciuto un margine di discrezionalità per il legislatore. Mi riferisco, in particolare, alla individuazione delle strutture sanitarie legittimate a prestare il servizio suicidiario e alla possibilità di riconoscere al personale sanitario il diritto all'obiezione di coscienza.

Sotto il primo profilo, la Corte ha ritenuto che in assenza di una previsione espressa di legge il suicidio medicalmente assistito debba rimanere un servizio prestato esclusivamente dalle strutture sanitarie appartenenti al Servizio Sanitario Nazionale, sull'assunto che le strutture pubbliche sono – in assenza di procedure di garanzia nella

⁹⁷ Questa gradazione di tecniche è, a mio parere, espressiva di un ordine di preferenza tra modalità d'esercizio della libertà d'autodeterminazione terapeutica che si impone in base alla definizione di dignità in senso oggettivo. Le questioni di legittimità costituzionale che la Corte si trovava a dover affrontare ruotavano, in fin dei conti, attorno al ruolo da riconoscersi alla dignità nel contesto dei diritti e delle libertà personalissime, che pongono l'uomo in rapporto all'opinione che esso ha di se stesso. La Costituzione italiana non dà una definizione di «dignità», e utilizza questa categoria per assegnare contenuto assiologico al valore «persona», che certamente ha primazia assoluta tra i beni di rango costituzionale. In generale, il «sistema nervoso» della nostra Costituzione è programmato in modo tale da ritagliare al singolo una sfera di immunità dall'intrusione dello Stato e di altri poteri estranei alla sua volontà nel processo di autodeterminazione. Apparentemente, dunque, la Carta Costituzionale sembra accogliere una definizione di dignità in senso soggettivo (così anche G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in *Forum di quad. cost.*, 28 giugno 2019, 1 ss.; P. VERONESI, «Ogni promessa è debito», cit., 3), quasi fosse un contenitore che viene poi di volta in volta riempito mediante l'apporto del patrimonio biografico e culturale del singolo individuo. Questa concezione è stata tuttavia rigettata, nella sua radicalità, dalla Corte Costituzionale, la quale ha ribadito nella ordinanza n. 207/2018 che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è, in principio, giustificata dalla legittima finalità di perseguire tutte le condotte che attentano alla vita della persona umana, considerata un «valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi» (Corte Cost., ord. n. 207/2018, § 6 cons. in dir., III° cpv.). La Corte Costituzionale ha, quindi, ragionevolmente ripudiato la prospettiva proposta dalla Corte rimettente, che deduceva *tout court* la illegittimità dell'art. 580 c.p. perché, asseritamente, impediva l'esercizio incontrastato del diritto all'autodeterminazione individuale; al contrario, la Corte Costituzionale ribadisce che l'art. 580 c.p. è «funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento» (*ibidem*, § 6 cons. in dir., II° cpv.): la realtà dimostra che in numerose occasioni e circostanze l'individuo è, in concreto, incapace di autodeterminarsi perseguendo il proprio bene, e sono proprio quei casi per i quali la Costituzione prevede il presidio solidaristico del sostegno della pubblica autorità, «anche, se non soprattutto, nei confronti delle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita» (*ibidem*, § 6 cons. in dir., VI° cpv.). Casi ed esperienze che mettono in dubbio il paradigma libertario basato su una «concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (*ibidem*), e che, se ignorate dalla legge, spingerebbero agevolmente la Corte Costituzionale a dichiararne la illegittimità per irragionevolezza ex art. 3, co. 1 Cost. (se non addirittura perché quel «velo d'ignoranza» impedirebbe alla legge di attuare il fine ex art. 3, co. 2 Cost., di rimuovere gli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona umana). Se, allora, la gradazione tra tecniche volte a conciliare la morte è funzionale a trovare un punto di raccordo tra la dignità in senso soggettivo (intesa come libertà di autodeterminarsi) e la dignità in senso oggettivo (intesa come preservazione del contenuto minimo intangibile di cui giammai la persona può spogliarsi, o essere spogliata) è dato supporre che, nell'inflessibile indeterminatezza delle disposizioni costituzionali, la Corte abbia voluto ribadire che non incombe sullo Stato alcun dovere d'azione che comporti la morte di un uomo, a meno che la morte per suicidio assistito non rappresenti l'*extrema ratio* cui il malato sia giunto dopo aver vagliato ogni altro percorso alternativo. Secondo C. TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, in *BioLaw Journal, Special Issue* 2019, 2, 413, il ruolo da riconoscersi alla dignità viene in qualche modo bypassato nella sent. n. 242/2019, a differenza della ord. n. 207/2018 nella quale era invece centrale.

selezione di strutture private, come ad es. meccanismi di autorizzazione – quelle più indicate a fornire il relativo servizio in maniera avulsa da interessi di ordine (prevalentemente) economico⁹⁸. Ciò, comunque, non osta a che il Parlamento in futuro possa disporre diversamente.

Quanto, invece, alla questione inerente alla possibilità, per il personale medico, di fare obiezione, nella sentenza n. 242 la Corte la prevede esplicitamente, in ciò innovando rispetto alla disciplina della l. n. 219/2017. Se è vero, come nota autorevole dottrina⁹⁹, che il diritto di obiettare del personale sanitario condiziona la prestazione dell'assistenza al suicidio alla libera disponibilità del professionista, non mi sembra tuttavia che la Corte (e, a mio parere, nemmeno il legislatore) avrebbe potuto fare diversamente. Essendo il diritto ad obiettare un diritto fondamentale in capo a coloro che si trovano a dover svolgere – in ragione della propria professione o rapporto di servizio – prestazioni contrarie alle proprie convinzioni personali di ordine morale o religioso, non è a mio parere ammissibile che non si riconosca il diritto all'obiezione quando si tratta di una pratica tanto controversa come il suicidio procurato¹⁰⁰, dal momento che il diritto all'autodeterminazione del malato incontra un naturale limite nel diritto del prestatore a mantenere l'integrità della propria coscienza.

Su questo aspetto, quindi, l'innovazione era d'obbligo, perché l'orizzonte avuto di mira dalla l. n. 219/2017 è ontologicamente e strutturalmente diverso rispetto all'oggetto della pronuncia della Corte. La legge disciplina infatti il rapporto medico-paziente nell'ottica di consolidare la concezione della relazione di cura come «alleanza terapeutica», in cui la prestazione del medico è mirata a curare la malattia, con lo scopo di riportare la persona ad una condizione di completa salute fisica e psichica. Anche nel caso in cui il decorso della malattia sia inarrestabile, e l'esito fatale inevitabile, la relazione definita nella l. n. 219 è pur sempre finalizzata alla cura della vita, contribuendo a far sì che anche nell'approssimarsi della morte la persona viva gli ultimi momenti della propria esistenza in maniera dignitosa, magari servendosi delle cure palliative e della terapia del dolore *ex* L. n. 38/2010¹⁰¹. La legge, però, non autorizza il

⁹⁸ Analogamente a quanto aveva già stabilito in passato quando aveva ammesso la diagnosi genetica preimpianto. Cfr. I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità*, cit., 480.

⁹⁹ Critica sul punto M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale*, cit., 301, per la quale si tratterebbe, così ragionando, di un «diritto fondamentale subordinato alla "coscienza" del medico», di una «coscienza che avrà potere sul diritto di una persona, che, oltretutto, si trova in una condizione di estrema fragilità». Del medesimo avviso anche P. VERONESI, «Ogni promessa è debito», cit., 9.

¹⁰⁰ Che l'obiezione di coscienza fosse un elemento solo eventuale della disciplina normativa del suicidio medicalmente assistito è l'opinione invece di E. ROSSI, *L'ord. n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, cit., 6.

¹⁰¹ Mentre le «cure palliative» sono definite come «l'insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici» (art. 2 lett. a) della l. n. 38/2010) e sono specificamente previste per il malato in condizione terminale, la «terapia del dolore» è «l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare alle forme morbose croniche idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore» (art. 2, lett b) della l. n. 38/2010). La l. n. 38/2010 e la l. n. 219/2017 avrebbero, dunque, introdotto un preciso obbligo per il medico di «difendere» il malato dal dolore provocato dalla patologia da cui è affetto, obbligo che se disatteso comporta la sua chiamata in responsabilità per

medico a porre in essere azioni che, in via diretta o indiretta, siano causa (co)efficiente della morte del paziente¹⁰².

Nell'ammettere il suicidio assistito si finisce per anettere al rapporto terapeutico una prestazione estranea alla cura, che ha di mira non il mantenimento in vita ma l'induzione della morte¹⁰³. Si tratta di una differenza essenziale per quanto concerne i risvolti della coscienza, a nulla rilevando che ciò avvenga per scopi pietosi o nell'interesse del paziente: il diritto all'obiezione deve misurarsi, infatti, non secondo la teleologia finale dell'azione in relazione alla quale si rivendica l'astensione (e, quindi, nell'ottica di fare il bene del paziente e di rispettare la sua volontà), ma alla stregua del sistema di valori che il professionista accoglie e fa proprio.

6. Tra diritto processuale e diritto sostanziale: l'opportunità della nuova tecnica decisoria

Risulta ora chiaro lo stretto collegamento tra profili processuali e di merito cui poco sopra facevo riferimento, in una combinazione che nel presente caso vede le ragioni sostanziali antecedere (e prevalere) sugli ostacoli di ordine processuale, che avrebbero altrimenti condotto la Corte a dover dichiarare la questione inammissibile¹⁰⁴.

I Giudici costituzionali si sono trovati ad un guado difficilmente superabile, perché la «situazione normativa» sulla quale erano chiamati ad intervenire abbisognava di una manipolazione altamente creativa, tale per cui la perimetrazione della fattispecie penale avrebbe dovuto accompagnarsi alla creazione *ex nihilo* di una nuova fattispecie civilistica, una nuova figura di diritto (una specie di diritto potestativo, ma limitato nel suo contenuto facoltizzante da circostanze di ordine oggettivo) che legittimasse il malato a ricevere aiuto medico al suicidio. Tale nuovo diritto, facendo la sua comparsa come una creazione pretoria della Corte Costituzionale, necessita(va) di una compiuta

«procurato danno da sofferenza». Su questi profili cfr. C. TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, cit., 408.

¹⁰² *Contra* G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 12, per la quale la l. n. 219/2017 si presterebbe già ad applicazioni eutanasiche.

¹⁰³ Per tale ragione, secondo B. PEZZINI, *Oltre il perimetro della rilevanza della questione affrontata dall'ordinanza n. 207/2018*, cit., 6, la previsione della clausola di coscienza conferma la bontà della tesi secondo cui la prestazione in questione si porrebbe comunque al di fuori del rapporto di cura tra il medico e il paziente, e non sarebbe pertanto da qualificare come «pratica terapeutica». Nello stesso senso, ma con toni assai più critici verso la soluzione della Corte, G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, in *Forum di quad. cost.*, 9 giugno 2019, 1. Sotto altro profilo, è stato sostenuto da C. TRIPODINA, *Diritto alla fine della vita e costituzione*, cit., 417 che la possibilità di obiettare conferma che la richiesta di aiuto al suicidio non assurge a un vero e proprio diritto assoluto, appunto perché ad esso non corrisponde un correlato dovere di prestazione in capo a terzi. Personalmente ritengo – anche se non mi è possibile approfondire la questione in questa sede – che questo argomento sia errato, perché la qualificazione di una situazione giuridica soggettiva non dipende tanto dall'assenza o meno di un opposto diritto/dovere in capo a terzi, quanto piuttosto dalla formulazione della disposizione normativa e dal contenuto che alla norma venga riconosciuto sulla base dell'indirizzo politico attuato dal legislatore nel momento in cui si è determinato a riconoscerla.

¹⁰⁴ Sulla rivisitazione parziale della q.l.c. per come formulata dal Collegio milanese v. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e nuovi diritti: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2019, 6, 4.

regolamentazione da parte del legislatore ordinario, che fosse in grado di mediare adeguatamente – bilanciandole – le diverse (e potenzialmente confliggenti) istanze di tutti i soggetti coinvolti: il diritto del malato ad ottenere l'aiuto richiesto, la garanzia per il professionista di rimanere impunito in caso di prestata collaborazione, il diritto del personale sanitario a rifiutare la prestazione se contraria alle proprie convinzioni etiche, la pretesa dello Stato ad una attuazione rigorosa e sorvegliata del diritto *de quo*, conformemente alle prescrizioni di legge.

La regolamentazione che la Corte si attendeva con il rinvio alla nuova udienza del 24 settembre 2019 avrebbe dovuto investire un duplice aspetto: da un lato, la determinazione dei presupposti e delle condizioni in presenza delle quali la richiesta suicidiaria potesse essere accolta; dall'altro, la predisposizione di una procedura per *step* progressivi diretta all'attuazione dell'intento suicidiario¹⁰⁵.

Le quattro condizioni elencate nell'ordinanza n. 207/2018, secondo l'opinione più corretta, sono da intendersi vincolanti solo per quel che attiene al «contenuto minimo» del diritto a ricevere assistenza al suicidio (sebbene in una maniera che si presta a far insorgere altre controversie innanzi la Corte, visto che le condizioni elencate creano meccanismi di inclusione/esclusione questionabili sotto il profilo dell'uguaglianza¹⁰⁶), mentre lasciano libero il legislatore di modularle diversamente secondo propri apprezzamenti politici¹⁰⁷. L'intervento legislativo, sotto questo aspetto, non era dunque di per sé urgente, perché il varco aperto dai giudici costituzionali era sufficiente a condizionare nella maniera auspicata il processo principale da cui era partita la q.l.c.

Il rinvio a nuova udienza con monito al Parlamento è stato, allora, disposto soprattutto perché venisse sollecitamente approvata una legge che introducesse presidi e cautele nell'interesse degli aspiranti suicidi, affinché l'aiuto al suicidio fosse prestato esclusivamente ai soggetti realmente intenzionati a morire, e non anche a coloro che vi si fossero determinati per ragioni di difficoltà, minorità o isolamento risolvibili con interventi di assistenza sociale. Esigenza ribadita dalla Corte in conclusione alla sent. n. 242/2019¹⁰⁸, e che nell'ord. n. 207/2018 aveva richiamato precisando che «è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili

¹⁰⁵ Cfr. P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. "Caso Cappato"*, cit., 3; nello stesso senso anche U. ADAMO, *La Corte costituzionale apre (ma non troppo) al suicidio medicalmente assistito mediante una inedita doppia pronuncia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, 1, 43-44.

¹⁰⁶ Il problema è dato, in specie, dal requisito dei «trattamenti di sostegno vitale», che la Corte ha espressamente sancito sulla base delle condizioni cliniche di Dj Fabo ma che, *re melius perpensa*, potrebbe dar luogo a intollerabili disparità di trattamento tra persone affette da patologie diversamente invalidanti. Non si dimentichi che la pronuncia della Consulta ha reso legittimo il solo suicidio assistito, sicché il malato che richieda assistenza deve essere in grado di attivare da sé il meccanismo di iniezione letale. Questo comporta una discriminazione verso coloro i quali, a causa della propria invalidità, non sono nemmeno in grado di muovere la bocca o le dita, avendo bisogno di ricevere assistenza sotto forma di eutanasia attiva. Cfr. C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2018, 1, 18.

¹⁰⁷ Sembra aderire a questa interpretazione anche E. ROSSI, *L'ord. n. 207 del 2018*, cit., 6. Nello stesso senso, confrontando alcune proposte di legge depositate alla Camera dei Deputati, anche O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Oss. AIC*, 2020, 1, 385.

¹⁰⁸ Corte Cost., sent. 25.09.2019, n. 242, cons. in dir., § 9.

situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.)»¹⁰⁹.

A fronte di queste difficoltà, e avendo già tenuto in conto di rimanere inascoltata (*repetita iuvant!*), la Corte ha cercato di rimediare a monte sperimentando una nuova tecnica di decisione. Grazie ad essa la Consulta, da un lato, abbandona – o quantomeno affievolisce – il dogma della discrezionalità del legislatore, stabilendo che i diritti della persona hanno precedenza rispetto ad essa; dall'altro, “concede” in via preferenziale al Parlamento di esercitare la sua funzione, pur nell'arco di un limitato spazio di tempo (undici mesi). La Corte affida all'ordinanza le statuizioni sul merito della q.l.c., accertando ma non dichiarando il *vulnus* provocato dalla normativa indubbiata, mentre alla sentenza riserva (oltre alla dichiarazione formale di incostituzionalità, con tutti gli effetti *ex art. 136 Cost.*) un ruolo di supplenza dell'auspicato intervento parlamentare, allo scopo di rendere il diritto immediatamente esercitabile. La funzione suppletiva viene assicurata provvedendo un «seguito giurisprudenziale» in luogo del classico «seguito legislativo», ad efficacia cedevole ed – eventualmente – provvisoria¹¹⁰.

Convincentemente, quindi, è stato affermato¹¹¹ (prima della seconda udienza) che l'ordinanza n. 207 assomiglia, per la sua peculiare struttura e per la valenza sostanzialmente decisoria, alle «sentenze di condanna generiche» *ex art. 278 c.p.c.*, che possono venir impiegate «quando è già accertata la sussistenza di un diritto, ma è ancora controversa la prestazione dovuta» (cit. testuale). La Corte, in effetti, aveva già riconosciuto «in via provvisoria» la fondatezza costituzionale di quella pretesa e il contenuto minimo di essa, senza escludere che possano ammettersi previsioni di maggior favore rispetto a chi, come e quando può esservi titolato. In questo caso, il *quantum* di cui all'art. 278 c.p.c. non si riferisce, evidentemente, ad una prestazione di natura patrimoniale, ma alla latitudine di coloro che sono titolati a quel diritto e alle sue caratteristiche strutturali, che permettono in astratto di “quantificare” le occasioni e le circostanze nelle quali il diritto può venir esercitato.

Trasposta tale tipologia di decisione nel contesto della giustizia costituzionale, il suo impiego non può che avvenire nell'ambito di una contesa di accertamento sui diritti fondamentali, in particolare in tema di «nuovi diritti»¹¹², rispetto ai quali sia necessario un intervento legislativo di attuazione e – visto lo specifico ambito al quale ineriscono e nel quale si realizzano – una disciplina di bilanciamento sia assolutamente necessaria. L'evoluzione sociale e tecnologica comporta, del resto, l'emersione di nuove istanze e rivendicazioni, che se non trovano riconoscimento per via politica, sovente emergono per via giurisprudenziale: si pensi al diritto all'aborto¹¹³, all'obiezione di coscienza¹¹⁴, all'identità di genere¹¹⁵, per citarne solo i più noti. Ma un riconoscimento occasionale ad opera della giurisprudenza non è in grado di soddisfare l'esigenza che sia introdotta una

¹⁰⁹ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, cons. in dir., § 6, VI° cpv.

¹¹⁰ Come correttamente affermato da R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit.

¹¹¹ Cfr. J. LUTHER, *Corte “incappata”?*, in *Forum di quad. cost.*, 3 luglio 2019, 3.

¹¹² Su cui sono ancora attuali le pagine di F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 13 ss.

¹¹³ Corte Cost., sent. 18.02.1975, n. 27.

¹¹⁴ Corte Cost., sent. 24.05.1985, n. 164.

¹¹⁵ Corte Cost., sent. 06.05.1985, n. 161.

disciplina che definisca come e quando quei diritti possono essere esercitati, sicché l'intervento del legislatore è un completamento necessario per bilanciare la pluralità di interessi che vicendevolmente si interfacciano in ambiti così innovativi dell'azione umana.

Questa spiegazione ha il pregio di valorizzare la stretta interconnessione tra profili processuali e di merito cui accennavo poc'anzi, che discende in poche parole dal fatto che la Consulta è istituzionalmente chiamata a svolgere un ruolo di garanzia della legalità costituzionale nel suo complesso, ma è funzionalmente limitata negli strumenti di cui può servirsi per rimediare ai vizi o alle lacune della legislazione sottoposta al suo scrutinio.

7. Il problema della natura e del valore giuridico della ordinanza n. 207 del 2018

Veniamo adesso al profilo della natura giuridica dell'ordinanza. È stata giustamente evidenziata in dottrina la anomalia di un atto formalmente interlocutorio, che veste la forma di ordinanza ma si presenta nella sostanza (e anche nella strutturazione interna¹¹⁶) come una sentenza¹¹⁷, che accerta l'incostituzionalità di una norma di legge senza però dichiararla¹¹⁸, che rimette la questione controversa in prima battuta al Parlamento, ma si rivolge nell'immediato anche ai giudici, e che sebbene non abbia carattere definitivo (né formalmente cogente per i soggetti istituzionali chiamati ad applicare la legge) ha già di fatto fortemente impattato sul diritto oggettivo, imponendo di sospendere l'applicazione della disposizione penale, ricorrendo le condizioni di cui all'ordinanza¹¹⁹. A ragione della sua inedita natura, il regime giuridico dell'ordinanza n. 207 deve essere determinato tenendo conto, complessivamente, della tecnica decisoria nella quale si iscrive: essa non è un provvedimento meramente interlocutorio, ma una specie di sentenza di accoglimento parziale, non rappresenta un momento isolato della dinamica endo-processuale, bensì un nucleo decisorio «allo stato dello sviluppo processuale» che prelude ad un successivo provvedimento a definizione dell'incidente di costituzionalità.

L'ordinanza n. 207 potrebbe, sotto certi aspetti, ascrivere a quelle che Claudio Panzera definisce «sentenze miste», cioè a quelle «*pronunce nel cui dispositivo sono*

¹¹⁶ Cfr. U. ADAMO, *La Corte è "attendista"*, cit., 3.

¹¹⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere*, cit.

¹¹⁸ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte Costituzionale*, cit.; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., 3; P. VERONESI, *Un'incostituzionalità solo "di fatto" del reato di aiuto al suicidio: in attesa del seguito del "caso Cappato"*, in *Studium Iuris*, 2019, 3, 277-278; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e nuovi diritti: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 4.

¹¹⁹ Per una critica di questo irrituale dispositivo di «non applicazione» pur in assenza di dichiarazione di incostituzionalità v. G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 4 e ss. Critico anche R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 13, il quale rimarca che l'ord. 207, al di là delle sue peculiarità, rimane una ordinanza, provvedimento che come tale è inidoneo a creare vincoli "disapplicativi" sui giudici comuni.

impiegate in modo congiunto plurime tecniche decisorie: additive e riduttive, manipolative del testo e degli effetti temporali, interpretative e additive di principio, e così via»¹²⁰, con l'unica differenza che si tratta di una ordinanza, e quindi di un provvedimento (formalmente) non decisorio. L'intuizione dell'Autore mostra, nel nostro caso, tutta la sua perspicacia: l'ordinanza in commento ha a) un effetto riduttivo, in quanto ridimensiona lo spettro applicativo della fattispecie penale; b) un effetto additivo, che vorrebbe essere di principio ma, di fatto, è sia di regola che di procedura, e suscettibile d'essere immediatamente applicato; c) un effetto interpretativo, in quanto fornisce ai giudici comuni una "bussola" per il caso in cui si trovassero – nelle more del rinvio a nuova udienza – a giudicare di vicende simili a quelle di Cappato; infine d) un effetto manipolativo degli effetti temporali, in quanto accerta ma non dichiara la incostituzionalità dell'art. 580 c.p., differendo l'effetto annullatorio tipico delle pronunce di accoglimento ad un momento successivo alla seconda udienza, nella speranza che fosse sopravvenuta una innovazione legislativa. L'effetto manipolativo riferito alle vicende pregresse deve ricondursi formalmente alla sentenza n. 242, e ciò è dovuto non tanto alla tecnica decisoria in sé e per sé, quanto al fatto che la decisione definitiva dispone a mo' di "seguito" giurisprudenziale quanto il Parlamento avrebbe dovuto prevedere in via legislativa.

Potrebbe parlarsi di una decisione *lato sensu* «additiva di principio»: da essa deriva, in effetti, «*un potere interinale per i giudici di riparare all'omissione nel caso concreto e un obbligo costituzionale per il legislatore di intervenire nella materia nonché la possibilità per la Corte di controllare l'adempimento, una volta che questo sia intervenuto*»¹²¹. Anche per quanto riguarda il vincolo al *decisum* l'effetto è simile a quanto accade nelle additive, in quanto «*per il Parlamento la portata additiva della sentenza risulta caratterizzata da un'efficacia eventuale ed in ogni caso differita*»¹²².

Ma questa spiegazione è, almeno in parte, fuorviante, in quanto descrive pianamente la situazione che si verifica nelle classiche additive, e trascura lo specifico «vincolo all'adempimento» che incombeva sul Parlamento a seguito dell'ordinanza n. 207: in questo caso la prescrizione additiva è anticipata fin dal momento monitorio per dettare i principi cui dovrà ispirarsi il successivo momento di elaborazione parlamentare, che perde il carattere della «eventualità» per assumere quello della «doverosità», ed è differito – si è detto – al solo scopo di consentire che si svolgesse il procedimento legislativo¹²³, per normare un ambito nel quale non possono ammettersi vuoti di disciplina. Non può dunque parlarsi di un semplice «monito», poiché si trattava

¹²⁰ C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Napoli, 2013, 217.

¹²¹ La citazione è di R. GRANATA, citato in L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, cit., 96.

¹²² L. A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi*, cit., 109, il quale accosta le sentenze additive di principio alle «sentenze interpretative di accoglimento a valenza multipla», la cui efficacia è non già di dichiarare la interpretazione da ritenere costituzionalmente illegittima, bensì di escludere tutte le soluzioni interpretative incompatibili con l'applicazione del principio costituzionale espresso in motivazione.

¹²³ Simile alla prospettazione da me proposta l'opinione di F. S. MARINI, *L'ordinanza "Cappato": la decisione di accoglimento parziale nella forma dell'ordinanza di rinvio*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini e C. Cupelli, Napoli, 2019, 213, per il quale si tratterebbe di una decisione «ad incostituzionalità immediata e ad annullamento differito».

piuttosto di un «imperativo»¹²⁴, tanto morale quanto politico-costituzionale, al quale il Parlamento non poteva sottrarsi (se non al costo di vedersi surrogare nella funzione legislativa dalla Corte stessa)¹²⁵.

A rigore non può nemmeno parlarsi di «mero principio», perché il sèguito viene a tratti già puntualmente disegnato dalla Consulta. I principi da essa affermati erano praticamente già suscettibili di applicazione diretta da parte dei giudici comuni¹²⁶, ma ciò, se da un lato conferiva alla decisione la capacità di rimediare di per sé all'eventuale inerzia parlamentare, dall'altro scontava la possibilità che se ne dessero applicazioni differenziate, circostanza che la stessa Corte Costituzionale ha cercato di scongiurare fissando un termine al Parlamento per l'approvazione di una legge. Il legislatore era infatti mandato non solo ad assicurare l'effettività del diritto affermato, ma soprattutto a riscrivere la disposizione incriminatrice chiarendo i contorni della fattispecie a sèguito dell'intervento manipolativo della Corte¹²⁷.

Quand'anche il Parlamento fosse intervenuto a modificare l'art. 580 c.p. conformemente alle indicazioni della Corte, l'esito sarebbe stato nei fatti simile, e cioè sostanzialmente caducatorio, a parte il fatto che nell'un caso sarebbe conseguito ad una declaratoria di incostituzionalità ad effetto annullatorio, nell'altro al sopraggiungere di una nuova normativa che, in quanto *lex mitior*, avrebbe retroagito rispetto alle fattispecie verificatesi in passato¹²⁸. Sta di fatto, comunque, che l'effetto parzialmente abrogativo sarebbe stato solo formalmente tale, poiché in verità recepiva il *decisum* dell'ordinanza, che in nessun caso avrebbe potuto essere eluso. Era dunque prevedibile che, in caso di mancato riscontro da parte del Parlamento, all'esito dell'udienza del 24 settembre 2019 la Consulta pronunciasse una sentenza ad effetto additivo-manipolativo¹²⁹.

¹²⁴ R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio*, cit., 3, parla di un «monito dalla idoneità intimidatoria».

¹²⁵ A differenza di quanto sarebbe potuto avvenire ad es. nel sistema inglese, ove la *Supreme Court* ha il potere di dichiarare la difformità di una legge alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, senza tuttavia produrre effetti di natura ablativo-manipolativa sul diritto oggettivo, in omaggio al principio della *Parliamentary Sovereignty*. Sul punto v. M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di quad. cost.*, 1 dicembre 2018, 9.

¹²⁶ Cfr. P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte Costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, 35. Nello stesso senso anche L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 3, 6.

¹²⁷ Perplessa sul «verso» della decisione G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., 7.

¹²⁸ Ciò, peraltro, non necessariamente avrebbe escluso la punibilità di Cappato, nel caso in cui la nuova legge si fosse limitata a modificare il disposto di legge senza introdurre un regime di intertemporalità per il passato che tenesse indenni da responsabilità penale coloro i quali avessero violato l'(abrogato) art. 580 c.p., ma non soddisfacessero le condizioni di esenzione di cui al nuovo art. 580 c.p. Con la conseguenza che il giudice *a quo* avrebbe dovuto sollevare nuova q.l.c. con riferimento alla mancata previsione di una disciplina *pro praeterito*.

¹²⁹ Come suggerito da P. VERONESI, *Un'incostituzionalità solo "di fatto" del reato di aiuto al suicidio*, cit., 277, a detta del quale l'ordinanza contiene «un'autorevole promessa di incostituzionalità del reato di aiuto al suicidio». L'Autore, nel successivo scritto a commento della sentenza n. 242/2019, scrive che l'accoglimento della questione era dovuta *in primis* per la Corte, poiché «ogni promessa è debito». Secondo R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 18 ss., una pronuncia di accoglimento non poteva dirsi scontata, da un lato perché un'ordinanza non crea alcun vincolo rispetto al giudice che la emette, dall'altro perché – secondo l'Autore – alla Corte era concesso anche di fare un passo indietro, e

La prescrizione *in iure* contenuta nell'ordinanza era inoltre, a parere di chi scrive, immediatamente vincolante anche per i giudici comuni, dovendo questi applicare *medio tempore* l'art. 580 c.p. «ai sensi di cui in motivazione» dell'ordinanza, tenendo esenti da responsabilità penale tutti coloro i quali avessero agito alle condizioni là individuate¹³⁰, e se del caso avrebbero dovuto, a loro volta, sollevare q.l.c. dell'art. 580 c.p.¹³¹ Anche senza sapere quale tipo di decisione la Corte avrebbe adottato all'esito della seconda udienza, le diffuse argomentazioni di diritto dell'ordinanza 207 non potevano considerarsi indifferenti per i giudici che affrontavano casi simili, e se anche si volesse negare l'efficacia vincolante dell'ordinanza (o, comunque, ritenerla solo *inter partes*), non mi sembra scorretto affermare che questa avesse quantomeno efficacia interpretativa, capace di indirizzare i giudici verso un'interpretazione riduttiva dell'art. 580 c.p., come aveva fatto nel recente passato la giurisprudenza di merito¹³². Il fatto che la Consulta non abbia subito optato per una sentenza interpretativa dimostra, comunque, che lo scopo perseguito andava oltre il caso di specie, ma questa circostanza nulla toglie alla efficacia ermeneutica immediatamente riconducibile all'ordinanza n. 207.

È vero che una simile spiegazione sembra artificialmente costruita, e crea una cesura illogica tra il tipo provvedimentale e la sua efficacia vincolante, ma è anche vero che le caratteristiche del processo costituzionale sono irriducibili ai compartimenti stagni delle categorie tradizionali: la giustizia costituzionale si pone al limine tra il diritto e la politica, e i suoi canoni di decisione sono insuscettibili di ridursi ad un fatto meramente giurisdizionale. Mentre, del resto, le vicende processuali dei giudizi comuni (civili, penali, amministrativi) hanno una rilevanza limitata allo specifico contesto oggettivo e soggettivo che li originano (art. 2909 c.c.), il processo costituzionale è naturalmente portato ad avere un sèguito in sede politica (soprattutto nel caso di

optare per una sentenza interpretativa (di rigetto o di accoglimento), o anche per una additiva pura e semplice, salvo poi la difficoltà a giustificare il rinvio a nuova udienza per la trattazione delle questioni (lo stesso Autore critica la dicitura «rinvio della trattazione», impiegato dalla Corte, dal momento che la trattazione nel merito c'era già stata). Sempre PINARDI ritiene, poi, condivisibilmente, che la Corte avrebbe potuto anche concedere, se del caso al Parlamento un nuovo termine per approvare l'agognata legge, disponendo un ulteriore rinvio dell'udienza, ma solo qualora un progetto di legge fosse stato in procinto di essere approvato, mentre in caso contrario (pur a fronte di un *iter* di discussione già avviato) sarebbe stato comunque corretto decidere definitivamente con sentenza sulla originaria q.l.c.

¹³⁰ A me sembra che un dovere di intervenire sia stato espresso a chiare lettere dalla Corte, altrimenti non avrebbe avuto senso che si lasciasse una cornice temporalmente limitata al Parlamento perché intervenisse. *Contra* G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte Costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 2, 3; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., 573.

¹³¹ Nell'ordinanza n. 207 del 2018, al § 11, IV° cpv., scrive la Corte che «negli altri giudizi spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua». Qualunque fosse il dispositivo formale dell'ordinanza, risulta, secondo me, una precisa volontà del Giudice delle leggi di sospendere l'applicazione dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità» alle condizioni da essa elencate. Si tratta, in sostanza, di una delega ai giudici a comportarsi «come se» la parte sovrabbondante della fattispecie penale fosse già stata messa fuori gioco. Diversa la lettura di R. PINARDI, *Le pronunce Cappato*, cit., 12, che in considerazione del comportamento prudente della Corte ritiene che l'unica soluzione per i giudici comuni fosse di sospendere i processi e sollevare q.l.c.

¹³² App. Venezia, sent. 10.05.2017 (caso Tedde).

pronunce di accoglimento, ma non solo), come è dimostrato dal fatto che le sue decisioni devono essere comunicate alle Camere per le opportune attività consequenziali, essendo ciascuna decisione da apprezzarsi alla luce del dialogo che instaura con il potere politico.

Come si vede, le difficoltà dell'interprete a cogliere la reale natura dell'ordinanza n. 207 del 2018 sono sia di ordine formale che operativo, essendo impossibile cogliere l'innovatività di questa decisione se non si comprende il meccanismo di raccordo che la tecnica decisoria complessivamente instaura con gli organi politici. La sua valenza giuridico-istituzionale si apprezza alla luce del suo impatto sulla forma di governo¹³³, della «leale e dialettica collaborazione» tra Corte Costituzionale e Parlamento, che segna il passaggio dal momento dell'accertamento a quello dell'attuazione e/o esecuzione. Ciò è a maggior ragione vero se si considera che prima di questo momento non erano mai state elaborate forme così raffinate di dialogo e collaborazione.

Nel recente passato si era, in verità, già assistito ad un importante precedente nel quale la Corte Costituzionale si era sostituita al legislatore nell'apprestare un rimedio *ad hoc* onde far fronte ad una falla nella garanzia dei diritti: ci si riferisce alla sentenza n. 113/2011, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»¹³⁴.

La questione atteneva alla mancanza, nel codice di procedura penale italiano, di un rimedio effettivo che consentisse di riaprire la trattazione di un processo già definito con sentenza di condanna passata in giudicato, che la Corte EDU avesse in seguito giudicato «non equo». La Corte Costituzionale, adita in prima battuta, aveva dichiarato la questione non fondata (sent. n. 129/2008), ma aveva rivolto al legislatore un forte monito sottolineando la «improrogabile necessità di predisporre adeguate misure», volte a riparare le violazioni ai principi in tema di «equo processo», accertate dalla Corte EDU, conformemente a quanto richiesto dall'art. 46 CEDU (nella versione modificata dal Protocollo n. 14). Una volta che una nuova questione era stata sollevata, la Corte dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., prevedendo che tra le ipotesi

¹³³ L'attitudine della giurisprudenza costituzionale a sviluppare la forma di governo era già stata oggetto di discussione nel volume collettaneo AA.VV., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna, 1982, in particolare nei contributi di F. Modugno e G. Zagrebelsky. Con riguardo al caso che ci interessa v. A. CELOTTO, *Il caso Cappato "in controluce": la Corte costituzionale nella forma di governo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 2, che parla della Corte come di un «potere costituente permanente».

¹³⁴ Corte Cost., sent. 04.04.2011, n. 113, in dispositivo. Sul punto v. G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1542 ss.; G. REPETTO, *Corte Costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistematici*, in *ivi*, 2011, 2, 1548 ss.; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in *ivi*, 2011, 2, 1557 ss. Sul punto si vedano anche i contributi di G. CANZIO-R. E. KOSTORIS-A. RUGGERI, *Gli effetti dei "giudicati europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2011, 2, *passim*; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3308 e ss.

di revisione vi fosse il caso di condanna della Corte EDU per violazione del principio del giusto processo (c.d. «revisione europea»).

Di tal guisa, però, è evidente che la Corte non solo rimediava ad una mancanza della legge, ma individuava da sé una sede normativa ove inserire l'aggiunta: tale operazione, da un punto di vista giuridico, non era indifferente, in quanto implicitamente significava optare per un istituto (avente un suo regime giuridico) tra i tanti che astrattamente si prospettavano al Parlamento (ferma restando la discrezionalità del legislatore di intervenire in qualunque momento per introdurre un altro istituto che meglio si prestasse ad adeguare la legislazione italiana agli obblighi internazionali). In quell'occasione si trattava per la Corte di trovare un punto della legislazione vigente che si prestasse ad una addizione pura e semplice da parte sua, e che è stata, tutto sommato, innocua, atteso che la soluzione tecnica adottata dalla Consulta era «cedevole» e lasciava il legislatore libero di disporre diversamente (si noti che, ad oggi, la situazione è rimasta immutata).

Giova comunque rimarcare che, nel caso appena richiamato, la Corte non ha creato *ex nihilo* una nuova disciplina di legge. Nel “caso Cappato” il livello di creatività non ha precedenti ed è, senza mezzi termini, qualificabile come para-legislativo, o finanche co-legislativo¹³⁵: l'operato della Corte non si è, infatti, limitato ad un «aggiustamento» della legislazione vigente, ma ha per la prima volta previsto un «obbligo di legiferare» che spiana la strada ad una tecnica di legislazione co-prodotta, grazie alla combinazione sinergica dell'elemento normativo-additivo aggiunto dalla Corte e, per quanto «di spettanza», delle determinazioni discrezionali del Parlamento¹³⁶.

Un altro elemento inedito è che la nuova tecnica decisoria riserva alla Corte la possibilità di svolgere un controllo immediato astratto sulla legge eventualmente sopraggiunta. In simili ipotesi, la regola giustamente consolidatasi in passato era la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, affinché valutasse l'applicabilità della legislazione sopravvenuta al caso concreto, e quindi svolgesse una nuova valutazione della rilevanza. Si ritiene, tuttavia, che nell'ambito del nuovo modulo decisorio la regola della restituzione degli atti possa essere derogata, quantomeno nel caso in cui la legge eventualmente approvata avesse un contenuto prescrittivo immediatamente contrastante con le statuizioni di principio/regola elencate nell'ordinanza di rinvio dell'udienza: in tal caso, si tratterebbe di una violazione grave ed evidente dei «principi di diritto» espressi dalla Consulta, che si palesano tali al suo giudice anche a prescindere da una valutazione sulla rilevanza svolta dal giudice *a quo* (si tratterebbe, in sostanza, di una q.l.c. che la Corte Costituzionale solleva *omisso medio* davanti a sé stessa per «manifesta fondatezza», che non necessita di una valutazione in concreto della «rilevanza»). Così non sarebbe, invece, nel caso in cui la

¹³⁵ M. PANEBIANCO, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos*, 2020, 1, 9 ss.

¹³⁶ Questa tecnica di decisione si potrebbe definire «costituzional-transattiva», nel senso che rappresenta un metodo di spartizione delle attribuzioni tra organi che condividono – ciascuno a suo modo – potestà normativa. Tema che era già stato indagato da G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss. e, più di recente, da C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di Governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, 497 ss.

violazione non fosse «manifesta», nel qual caso s'impone la rimessione degli atti al giudice *a quo*.

La stessa Corte Costituzionale ha rinviato l'udienza per valutare «*l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela*»¹³⁷, dando ad intendere che le regole da essa elaborate sono vincolanti nei confronti del potere politico¹³⁸, e che nel caso di effettiva sopravvenienza della legge la questione originariamente prospettata sarebbe stata “trasferita” sulla «normativa di risulta». Questa, pertanto, non può essere frutto di una scelta politica puramente discrezionale, ma deve muovere dalle statuizioni dell'ordinanza n. 207, che funge da parametro interposto, al pari di una legge di delegazione, anche per qualsiasi futura legge che dovesse innovare sul fine-vita, sicché una legge che se ne discostasse sarebbe pianamente incostituzionale (si potrebbe dire, per violazione del «giudicato parziale»).

Inoltre, è noto che la Corte, in passato, ha già avallato ipotesi di scrutinio costituzionale in via astratta, rispetto a leggi non ancora applicate, e tuttavia palesemente in contrasto con principi già precisati in una precedente pronuncia¹³⁹, a dimostrazione che la strategia decisoria nel “caso Cappato” non sorge dal nulla, ma si inserisce in una linea d'evoluzione della giustizia costituzionale già da tempo in atto, quale reazione ad un fenomeno oramai evidente come la crisi del sistema parlamentare.

8. Conclusioni. Prospettive della nuova tecnica decisoria

Le considerazioni svolte in questo contributo non hanno la pretesa di divinare il futuro, ma muovono dalla convinzione che la nuova tecnica elaborata dalla Corte

¹³⁷ Corte Cost., ord. 24.10.2018, n. 207, cons. in dir., § 11, IV° cpv.

¹³⁸ Quanto al problema della forza (auto)vincolante dei precetti dell'ordinanza verso la Corte, se una parte della dottrina si è espressa per la libertà della Corte Costituzionale, all'esito dell'udienza del 24.09.2019, di cambiare idea o di fare un passo indietro alla luce di nuove evenienze istruttorie, mi sembra invece preferibile la soluzione che considera l'ordinanza *de qua* un atto pienamente vincolante anche verso sé stessa. Così anche G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato”*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 2.

¹³⁹ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza n. 35 del 2017, con la quale, per la prima volta nella sua storia, la Consulta ha accolto una questione di legittimità costituzionale su una legge (sul c.d. *Italicum*, ovvero la l. 6 maggio 2015, n. 52 di riforma del sistema di elezione della Camera dei Deputati, approvata a seguito della sentenza n. 1 del 2014) in assenza del requisito della «concretezza» (quindi attenuando il meccanismo dell'incidentalità), poiché si trattava di legge impugnata davanti ad una giurisdizione ordinaria prima che trovasse applicazione. Il tribunale di Messina era, in effetti, stato adito con ricorso ex art. 702-*bis* c.p.c. prima che venissero indette le elezioni politiche per la Camera dei Deputati, e quindi in assenza di un interesse diretto, concreto e attuale alla contestazione di una lesione provocata dall'applicazione della legge *de qua* (che ordinariamente sarebbe avvenuta innanzi al giudice amministrativo). Il tribunale messinese, tuttavia, respingeva l'eccezione sollevata dall'Avvocatura dello Stato, accogliendo l'orientamento della Corte di Cassazione secondo cui il diritto di voto «*rappresenta l'oggetto di un diritto inviolabile e “permanente”, il cui esercizio da parte dei cittadini può avvenire in qualunque momento*» (Corte di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 17 maggio 2013, n. 12060), e citando l'autorevole *obiter dictum* espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014, secondo cui «*già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante*». Senza addentrarci nei particolari di quella vicenda giudiziaria, basti notare che lo stratagemma ideato dalla Corte per superare il divieto di c.d. *fictio litis* le ha consentito di pronunciarsi di una normativa che non era ancora stata applicata, operando un sindacato in via meramente astratta.

Costituzionale sia frutto di un percorso storico ed istituzionale inscindibilmente connesso alle difficoltà che essa sempre più di frequente riscontra nel rapportarsi con il Parlamento. Questa tecnica era, in qualche modo, una soluzione “necessitata” da uno stato di cose che alimentava la diffidenza tra istituzioni, ed è alla luce di questa premessa che ci si dovrebbe interrogare se la tecnica decisoria inaugurata con le “pronunce Cappato” sia destinata a rimanere un’eccezione, o preluda ad una stagione di rinnovato attivismo della Corte. La risposta che traspare dalle pagine che precedono va in quest’ultima direzione, ma si tratta di una conclusione nient’affatto scontata né pacifica tra gli studiosi, che per ragioni di merito o di opportunità avrebbero preferito che si scongiurasse una così rilevante politicizzazione della Corte.

Una parte della dottrina, ad esempio, ritiene che non sia corretto parlare di «nuova tecnica decisoria» o «nuova regola di giudizio», poiché «*non qualsiasi condotta processuale è idonea ad assurgere a (nuova) regola processuale*»¹⁴⁰. La stessa dottrina auspica, semmai, che il “caso Cappato” rimanga un episodio isolato, nel quale la Corte avrebbe in via del tutto eccezionale derogato agli ordinari canoni processuali al solo scopo di rispondere alla «domanda di giustizia». Al di là dell’opinione fortemente diffidente verso il maggiore attivismo della Corte Costituzionale, v’è da notare che lo stratagemma del rinvio dell’udienza a data fissa suscita(va) in generale forti perplessità tra gli studiosi del processo costituzionale, i quali per la gran parte avrebbero preferito che la Corte decidesse, nonostante il rinvio dell’udienza, con uno degli strumenti già collaudati in passato (sentenza interpretativa o additiva-manipolativa)¹⁴¹. Sennonché tale esito avrebbe contraddetto in pieno la logica del rinvio dell’udienza, rivelandone la inutilità. Il disagio era dovuto essenzialmente alla difficoltà di accettare una Corte tanto interventista e “legiferante” da porsi in termini concorrenziali rispetto al Parlamento, né era immaginabile che la Consulta dettasse *ope eiusdem* regole tanto puntuali sul suicidio assistito in sostituzione del (mancato) seguito legislativo.

A fronte di queste perplessità, non sono da trascurare le ragioni che, al contrario, militano a favore della «routinarizzazione» della nuova tecnica¹⁴² nelle controversie aventi ad oggetto i diritti fondamentali, al fine di scongiurare in futuro “l’ambiguo malanno” di diritti che esistono ma non possono essere esercitati. Il nuovo modulo congegnato permette, infatti, di assicurare tutela ai diritti (soprattutto di nuovissima generazione) in un sistema in cui l’accesso alla giustizia costituzionale è, per il privato cittadino, astretto al vincolo della «incidentalità» e della «rilevanza» delle questioni sollevate, introducendo una deviazione alla normale dinamica processuale, e così acquisendo, grazie al meccanismo di “trattenimento” della q.l.c., l’utilità che in altri

¹⁴⁰ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ord. n. 207/2018*, cit., 533.

¹⁴¹ Cfr. *infra* § 3, ntt. 46, 47, 48, 49.

¹⁴² Così M. D’AMICO; più dubbioso G. P. DOLSO, *Profili processuali dell’ord. n. 207 del 2018*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 5-6. Secondo C. PANZERA, *L’ordinanza “una e trina”*, cit., 5, la stessa Corte Costituzionale darebbe ad intendere negli ultimi passaggi della motivazione in diritto dell’ordinanza n. 207 che la nuova tecnica congegnata potrebbe trovare un utilizzo sistematico in futuri consimili casi, laddove medesime fossero le esigenze di bilanciamento tra valori costituzionali concorrenti. Nello stesso senso anche R. PESCATORE, *Caso Cappato-Antoniani*, cit. 345, laddove conclude, a proposito del nuovo modulo monitorio, che «*possa realisticamente trattarsi più che di un’operazione episodica, dettata dall’eccezionalità della questione prospettata, di un cambio di rotta interno alla sistematica delle pronunce monitorie del giudice costituzionale*».

ordinamenti è data dalla coesistenza, accanto al controllo concreto e indiretto, di un controllo sulle leggi preventivo e astratto¹⁴³.

La possibilità che la nuova tecnica decisoria entri a far parte degli strumenti ordinari con cui la Corte si rapporta con il Parlamento per porre rimedio a situazioni di incostituzionalità difficilmente rimediabili, se non attraverso una riforma organica dell'intero ambito normativo interessato, sembra trovare apparentemente conferma in una recentissima decisione della Corte, la ordinanza n. 132 del 2020, con la quale è stato disposto il rinvio dell'udienza al 22 giugno 2021 per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Salerno e Bari in merito alla disciplina vigente per la diffamazione a mezzo stampa da parte dei giornalisti, che prevede il cumulo della pena detentiva (da uno a sei anni) con la pena pecuniaria¹⁴⁴.

Bisogna premettere che questo caso non è pienamente sovrapponibile alla vicenda Cappato, dal momento che una legge avente ad oggetto la materia *de qua* esiste né, in ogni caso, alcun nuovo diritto viene riconosciuto dalla Corte. Mentre infatti nel caso della ordinanza n. 207 del 2018 la problematica riscontrata era duplice, poiché duplice era l'operazione che la pronuncia avrebbe importato (riconoscimento di un nuovo diritto e bilanciamento delle posizioni in conflitto), con l'ordinanza n. 132 del 2020 viene chiesto al legislatore di modificare la legislazione vigente per renderla più conforme al quadro assiologico emergente dalle norme costituzionali e convenzionali, per come interpretate alla luce della più recente giurisprudenza. Nella specie, si tratta di un problema di bilanciamento tra più beni costituzionali in conflitto, tale per cui «*appare necessaria e urgente una complessiva rimediazione del bilanciamento, attualmente cristallizzato nella normativa oggetto delle odierne censure, tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica*»¹⁴⁵.

In una professione, come quella giornalistica, in cui si intrecciano diversi diritti aventi fondamento costituzionale (diritto alla libertà di manifestazione del pensiero; diritto all'informazione; diritto al rispetto della propria reputazione; diritto all'oblio;

¹⁴³ Cfr. J. LUTHER, *Corte "incappata"?*, cit., 1.

¹⁴⁴ Si tratta del combinato disposto dell'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 («*Disposizioni sulla stampa*»), e dell'art. 595, co. 3 c.p. Il problema è dato, in questo caso, non tanto dalla "rigidità", quanto dalla "poca flessibilità" della norma penale, che impone – in caso di accertamento della colpevolezza dell'imputato – la comminazione tanto della pena detentiva (con un minimo di un anno) quanto della pena pecuniaria, precludendo al giudice di calibrare la sanzione penale in virtù dell'effettiva gravità della condotta del giornalista, nonché di valutare se l'inflizione della pena detentiva sia, in concreto, inappropriata perché suscettibile di dissuadere i giornalisti da un esercizio "scomodo" della loro professione. La questione poteva essere risolta dalla Corte semplicemente a mezzo di una manipolazione sostitutiva del testo di legge, dichiarando l'art. 13 incostituzionale «nella parte in cui prevede che il giornalista imputato per diffamazione a mezzo stampa sia condannato in via cumulativa anziché alternativa alla pena della reclusione e al pagamento di una somma di denaro». Tuttavia, v'è un altro elemento della normativa indubbiamente suscettibile d'essere caducato con una pronuncia di accoglimento, e cioè la previsione di un minimo edittale di un anno in riferimento alla sanzione detentiva: in tal caso la Corte avrebbe potuto far cadere il limite minimo annuale, lasciando al giudice la discrezionalità di giudicare in concreto il *quantum* di pena detentiva da irrogare, a seconda delle circostanze del caso di specie e della gravità della condotta perpetrata. Il rinvio dell'udienza è stato probabilmente disposto per sollecitare il Parlamento, oltre che a modificare l'intera disciplina della materia, a precisare alcuni principi orientativi per i giudici.

¹⁴⁵ Corte Cost., ord. 09.06.2020, n. 132, § 7 *cons. in dir.*

diritto all'esercizio indipendente della propria professione) spetta al legislatore, *in primis*, apprestare una disciplina affinché ciascuna istanza trovi riscontro e protezione da parte dell'ordinamento, in un giusto bilanciamento che non determini il sacrificio di nessuno di essi. La problematica del conflitto tra valori nella disciplina della professione giornalistica è infatti aggravata, da un lato, dal rischio che un sistema di sanzioni troppo afflittivo possa dissuadere i professionisti dall'esercitare la loro fondamentale funzione di controllo dei pubblici poteri, dovendo la legge necessariamente lasciare al giornalista uno spazio di immunità dalla responsabilità penale; dall'altro, dal fatto che lo specifico settore dell'informazione risente del rapido progresso tecnologico dei mezzi di diffusione. Di talché «*il punto di equilibrio tra la libertà di "informare" e di "formare" la pubblica opinione svolto dalla stampa e dai media, da un lato, e la tutela della reputazione individuale, dall'altro, non può però essere pensato come fisso e immutabile, essendo soggetto a necessari assestamenti*»¹⁴⁶.

Si può inoltre notare una evidente differenza¹⁴⁷ rispetto alla ordinanza n. 207, perché la ordinanza n. 132 si limita a segnalare al legislatore la inadeguatezza della disciplina vigente in materia di responsabilità giornalistica, precisando per principi latenti e generali il modo in cui i beni in conflitto dovrebbero essere bilanciati, senza addentrarsi troppo nei particolari. Il ricorso alla "tecnica decisoria Cappato" in un caso di questo tipo dimostra da un lato che la Corte intende progressivamente abbandonare il meccanismo della «doppia pronuncia» in favore di una più efficace tecnica di interlocuzione con il Parlamento; dall'altro che la nuova tecnica può validamente essere impiegata non solo per rimediare a pure omissioni legislative, ma anche per intervenire su discipline di legge già esistenti che, a causa di una «incostituzionalità sopravvenuta», non possono più ritenersi adeguate all'attuale contesto storico e fattuale nel modo in cui bilanciano i beni giuridici in conflitto, e necessitano, quindi, di una complessiva rivisitazione.

La nuova tecnica decisoria potrebbe – se la proposta non è avventata – diventare la regola in tutti quei casi nei quali si pongono problemi di bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti: ipotesi che tendenzialmente hanno copertura nelle c.d. leggi «costituzionalmente necessarie» anche se non a «contenuto costituzionalmente vincolato», la cui indispensabilità risiede nel fatto di essere funzionalmente tese alla mediazione di conflitti che, inevitabilmente, si verificano in quegli specifici settori dell'ordinamento. È in particolare in quegli orizzonti dell'azione umana ove più prossima si fa l'interazione/scontro tra plurime sfere di interesse che il Parlamento è tenuto a legiferare, senza ritrarsi dietro un astensionismo che causa difficoltà agli operatori del diritto e potenziali disparità di trattamento tra i soggetti coinvolti.

Il diritto dell'inizio e del fine vita (ed, in particolare, il diritto delle tecniche di riproduzione artificiale), il diritto sanitario, il diritto dell'informazione, il diritto della sperimentazione tecnico-scientifica, il diritto delle nuove tecnologie, il diritto della filiazione e vari altri ambiti dell'agire umano (soprattutto quelli aventi riflessi bio-etici e

¹⁴⁶ Corte Cost., ord. 09.06.2020, n. 132, § 7.3 *cons. in dir.*

¹⁴⁷ A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 2020, 2, 406.

bio-giuridici) danno luogo ad intrecci inestricabili di rapporti, diritti e doveri che abbisognano d'essere governati secondo criteri certi, che solo la legge è in grado di garantire, grazie ai suoi caratteri di astrattezza e generalità che tradizionalmente sono garanzia di certezza dei rapporti giuridici e di uguaglianza tra i cittadini. Ambiti sui quali le Corti Supreme e Costituzionali vengono sempre con maggiore frequenza chiamate a pronunciarsi, e – ma questo è un prognostico di chi scrive – con riferimento ai quali la nuova tecnica decisoria potrebbe essere un utile strumento per contemperare l'aspirazione di giustizia del caso singolo con le prerogative di ciascun organo costituzionale.

In questi casi il bilanciamento è l'unica formula di mediazione che consente di pervenire a decisioni costituzionalmente sostenibili, ma la questione che sta sullo sfondo del problema è: chi è titolato per Costituzione a bilanciare, qual è l'organo responsabile della mediazione sociale e politica, chi è meglio attrezzato per garantire il pluralismo e la pari dignità di parola, che sono gli “arnesi” della pacificazione tra schieramenti opposti? In un sistema democratico la risposta dovrebbe essere: le istituzioni rappresentative e di governo. La circostanza che esse, nei fatti, si astengano dall'assumersi tale responsabilità comporta, inevitabilmente, che l'onere del bilanciamento si scarichi sui giudici, i quali sono al contrario soggetti al «divieto di *non liquet*», essendo tenuti a decidere «secondo scienza e coscienza» nell'interesse della collettività. Ma un simile “passaggio di consegne” acuisce il problema piuttosto che risolverlo, poiché la irriducibile diversità tra diritto politico e diritto giurisprudenziale è un fattore ineliminabile anche nei sistemi democratici contemporanei, nei quali se da un lato il principio della separazione dei poteri viene interpretato non per compartimenti stagni quanto piuttosto come reciproco contemperamento, dall'altro permangono importanti differenze di legittimazione e di efficacia tra il diritto prodotto dal Parlamento e quello prodotto dai giudici.

Il giudizio di legittimità costituzionale, pur formalmente disancorato dal merito delle questioni politiche, finisce poi per forza di cose per lambirlo, in quei casi – e alla presenza di quelle condizioni – che fanno sfumare i contorni tra legittimità e merito del sindacato sulle leggi. Ciò vale, a maggior ragione, laddove il “costo” politico delle decisioni della Corte sia compensato dal “guadagno” in termini di una migliore garanzia dei diritti e delle libertà costituzionali.

In conclusione, a me pare che con questo nuovo modo di decidere la Corte abbia fatto progredire il nostro ordinamento verso una nuova stagione di attuazione della Costituzione¹⁴⁸, e abbia così svelato una potenzialità intrinseca del costituzionalismo contemporaneo, mettendo fine ad un'epoca in cui i diritti della persona erano “tenuti in ostaggio” dai perduranti ritardi (quando non precisa volontà di inattuazione) del legislatore ordinario¹⁴⁹. Lunghi dall'essere indice di uno «straripamento di potere» da

¹⁴⁸ Conformemente anche S. PENASA, *Il “seguito” dell'ordinanza 207*, cit., 4.

¹⁴⁹ M. D'AMICO, *Il “fine vita davanti alla Corte costituzionale*, cit., 287, per la quale fin troppo spesso il coordinamento tra poteri dello Stato vien meno a causa di una insanabile distanza che avvelena il dialogo tra Istituzioni.

parte della Corte¹⁵⁰, il nuovo espediente decisorio crea le condizioni per un migliore raccordo tra istituzioni aventi «pari dignità costituzionale» nel comune mandato di attuare la Carta Fondamentale, ed è conferma del fatto che la democrazia italiana è un apparato funzionante¹⁵¹, dotato di componenti strutturali che fisiologicamente compensano le patologie dell'attuale dinamica costituzionale¹⁵².

¹⁵⁰ Non ci sono indifferenti, tuttavia, le critiche mosse da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss., il quale comunque parte dal presupposto che sia un fenomeno “naturale” l’espansione dell’attività del giudice costituzionale.

¹⁵¹ Come ricorda A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul “caso Cappato”*, in AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., il cittadino non è “disarmato” quando si trova ad affrontare le conseguenze di una legge incostituzionale, e proprio un utilizzo “combattivo” dell’incidente di costituzionalità permette di «veicolare battaglie di scopo miranti al superamento di una legge ingiusta e il ripristino della legalità costituzionale».

¹⁵² In adesione al predetto orientamento v. F. BIONDI, *L’ord. n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di quad. cost.*, 24 giugno 2019, 3.



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

**SULLA SCELTA DI ESPERIRE SIMULTANEAMENTE LA QUESTIONE DI
LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E IL RINVIO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
NELLE IPOTESI DI DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ***

PAOLO GAMBATESA**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una doppia pregiudizialità in divenire. – 3. Le due ordinanze di rinvio della Corte d’Appello di Napoli e la loro parziale (ma non ancora definitiva) risoluzione. – 4. Sull’inopportunità di procedere al duplice e contestuale rinvio. – 4.1. Le ragioni della scelta della Corte d’Appello di Napoli. – 4.2. È ammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata nella contestuale pendenza di un rinvio pregiudiziale? – 4.3. Sui possibili scenari.

1. Introduzione

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea si è di recente pronunciata¹ sul rinvio pregiudiziale attivato dalla Corte d’Appello di Napoli, la quale aveva posto questioni interpretative che sottendevano il possibile contrasto tra le norme nazionali sul trattamento sanzionatorio dei licenziamenti collettivi illegittimi e diverse norme della Carta dei diritti fondamentali dell’UE. L’ordinanza del 4 giugno 2020 della Corte di Lussemburgo ha definito il rinvio del giudice *a quo* statuendone l’irricevibilità, per via dell’inapplicabilità della Carta dei diritti alla specifica situazione giuridica. La decisione non ha, tuttavia, del tutto chiuso la questione. Il giudice nazionale aveva, infatti, optato per il contestuale coinvolgimento della Corte costituzionale, avendo prospettato la violazione, da parte della disciplina legislativa, di diritti *simmetricamente* protetti anche dalla Costituzione italiana. Di qui la decisione di adire in simultanea le due Corti². Più

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Cultore della materia in Diritto Costituzionale presso l’Università degli Studi di Milano.

¹ Corte di Giust., ordinanza del 4 giugno, C-32/20, *Tj c. Balga Srl*, ECLI:EU:C:2020:441.

² Corte d’Appello di Napoli, ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del 18 settembre 2019, causa C-32/20, *Balga Srl*; ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, reg. ord. n. 39/2020, pubblicata in GU n. 20 del 13/05/2020. Con i primi commenti di v. A. RUGGERI, *Sliding doors per la “doppia*

precisamente, la Corte d'Appello, da un lato, sollevava questione di legittimità costituzionale al fine di ottenere l'espunzione, con effetti *erga omnes*, di alcune norme del d.lgs. n. 23/2015, ritenute lesive sia di parametri *interni* sia di parametri *esterni* (per lo più, come detto, norme della CDFUE); dall'altro, invece, con il rinvio pregiudiziale, sollecitava l'interpretazione del Giudice dell'UE di alcune disposizioni della Carta di Nizza, con la prospettiva di poterne poi far derivare la non applicazione al caso concreto delle previsioni nazionali³.

Ora, *chiuso* il rinvio operato in ambito europeo, resta *aperto* quello instaurato dinnanzi al Giudice delle Leggi, che ora evidentemente dovrà valutare la questione con riferimento ai soli parametri *nazionali*.

La parziale definizione delle duplici rimessioni della Corte d'Appello non determina, ad ogni modo, una perdita di interesse a commentare la scelta in sé del giudice comune di procedere ad un doppio rinvio. Ciò in quanto, nel panorama della doppia pregiudizialità, la scelta di rivolgersi ad entrambe le Corti costituisce una soluzione rimasta, fino ad ora, inesplorata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità e non vi è ragione di escludere che tale *modus procedendi* possa essere riprodotto in futuro, in ipotesi in cui non vi siano dubbi circa l'applicabilità della Carta di Nizza.

Le note che seguono intendono proprio fornire un'analisi critica circa l'opportunità di investire, allo stesso tempo, la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia, anziché scegliere quale delle due adire prioritariamente. Prima, però, di riflettere su queste questioni, si deve fare un passo indietro, partendo dal contesto – ovverosia il nuovo orientamento della Corte costituzionale sulla c.d. doppia pregiudizialità – entro cui si situa la scelta del giudice di operare un simultaneo rinvio.

2. Una doppia pregiudizialità in divenire

Come noto, con l'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, la Corte costituzionale ha inaugurato una nuova stagione della sua giurisprudenza, introducendo una *procedura* per l'accertamento delle violazioni dei diritti fondamentali che sono parimenti protetti a livello nazionale dalla Carta costituzionale e a livello eurounitario dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'ipotesi che si apra la strada ad una *doppia tutela* deriva, come ricordato nella pronuncia, dalla *trattattizzazione* della Carta di Nizza sancita dal Trattato di Lisbona⁴, che ha prodotto come conseguenza l'estensione del potere di non applicazione del

pregiudizialità” (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784, XY c. Balga), in *giustiziainsieme.it*; e, sul merito della vicenda, F. ROSELLI, *Nota all'ordinanza App. Napoli 18 sett. 2019, r.g. 2784/2018*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2020, 2 ss.

³ Così pt. 19, ord. di rinvio Corte d'Appello Napoli (Corte Giust.), cit. Il giudice *a quo* si determinava «a rimettere da un lato alla Corte costituzionale la valutazione delle possibili violazioni dell'assetto normativo (...), in relazione alle norme costituzionali proprie dell'ordinamento costituzionale al fine della loro espunzione e, sotto altro profilo, a sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea l'interpretazione delle norme sovranazionali primarie, al fine di consentire al Giudice remittente l'esercizio delle facoltà che l'adesione al Trattato consente».

⁴ Sul tema, per tutti, v. M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e “tono costituzionale”*, in M. D'AMICO – P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2009, 70.

giudice comune anche laddove la norma nazionale contrasti con una della Carta dei diritti dotata di effetti diretti.

In tali casi – come intuito da autorevole dottrina⁵ già prima della sentenza n. 269 – si può verificare una situazione di *intercambiabilità* fra i diritti e i principi tutelati da entrambe le Carte, che pone nelle mani del giudice comune la possibilità di scegliere in maniera sostanzialmente libera a quale delle due fare riferimento per accertare, o far accertare, l'incompatibilità della norma interna.

Dunque, è proprio nella circostanza che il giudice comune, potendo optare indifferentemente per uno dei due *concorrenti* rimedi giurisdizionali, scelga di prediligere la strada offerta dal diritto europeo, che la Corte ha rintracciato il pericolo che lo strumento della «non applicazione trasmoda[sse] in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge»⁶.

Per questo motivo la Corte è intervenuta ponendo una *deroga*⁷ al consolidato schema *Simmenthal-Granital*⁸, una deroga che sul piano processuale si è tradotta nella scelta di ammettere parte delle questioni di legittimità costituzionale in cui si dubita della compatibilità tra norma nazionale e norma europea (non più solo sprovvista di effetti diretti)⁹.

In questo modo, il Giudice costituzionale auspica di poter esprimere la *prima parola*¹⁰, e, in generale, di rivitalizzare il suo ruolo nel complesso circuito della tutela multilivello dei diritti fondamentali, in parte emarginato da prassi giudiziarie *traboccanti*¹¹ tendenti alla disapplicazione.

Va però aggiunto che, come precisato negli sviluppi successivi alla pronuncia n. 269, risulta immutato il potere del giudice comune di procedere, in qualsiasi momento, al rinvio pregiudiziale. In particolare, nella sentenza n. 20 del 2019 il Giudice delle Leggi ha affermato che «[r]esta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie

⁵ V. ONIDA, *A cinquant'anni dalla sentenza «Costa/ENEL»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, 2015, 50 ss.

⁶ Corte cost., sentenza del 7 novembre 2017, n. 269, *Cons. in dir.*, n. 5.3., primo cpv.

⁷ R. ROMBOLI, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it.*, n. 7, 8/2018, 2231.

⁸ Da ultimo, D. TEGA, *Il superamento del "modello Granital". Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *ConsultaOnline*, 2020.

⁹ Come noto, la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale sull'ordine delle due pregiudiziali era orientata nel senso che «la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata e pertanto la rilevanza di detta ultima questione» (Corte cost., sentenza 4 luglio 2007, n. 284, *Cons. in dir.*, n. 3, ottavo cpv). Sul tema si v. A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, 2899 ss.; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 2950 ss.

¹⁰ Corte cost., sentenza del 23 gennaio 2019, n. 20, *Cons. in dir.*, n. 2.3., primo cpv.

¹¹ A. BARBERA, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 3 ss.

approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, *arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali* e, per definizione, esclude ogni preclusione»¹².

Si ritiene, tuttavia, importante precisare che tale *arricchimento* non è dato solo dal fatto che la Corte costituzionale non intende ostacolare la facoltà del giudice comune, che per quello di ultima istanza diventa un obbligo, di esperire il rinvio pregiudiziale, ma anche dall'aver ribadito di poter essere essa stessa a sottoporre all'attenzione della Corte di Giustizia quesiti interpretativi e/o di validità¹³.

Se visto in questa prospettiva, il *dialogo* fra Corte costituzionale e Corte di Giustizia potrebbe iniziare ad intensificarsi, e così le occasioni di reciproca influenza¹⁴. Da ultimo, va in tale direzione il rinvio pregiudiziale promosso dal Giudice delle Leggi sull'interpretazione del principio europeo di egual trattamento alla luce delle norme nazionali in tema di *bonus bebè*, la cui concessione agli stranieri extracomunitari è subordinata al possesso di un permesso di soggiorno di lungo periodo¹⁵.

Quella sino ad ora descritta è la prospettiva in cui si è posto il Giudice costituzionale per le ipotesi di doppia pregiudizialità. Con le correzioni apportate dalle decisioni successive alla sentenza n. 269, le coordinate essenziali di questo nuovo orientamento, su un piano teorico, sembrano tracciate con un buon grado di definitività.

Al contrario, sono ancora in corso di definizione le *repliche* degli altri due attori giurisdizionali coinvolti: giudici comuni e Corte di Giustizia.

Da parte di quest'ultima, eccezion fatta per qualche presunta *stoccata*¹⁶, non è ancora seguita una vera e propria reazione *ufficiale*. Tuttavia, vi è motivo di credere che

¹² Sent. n. 20 del 2019, cit., *Cons. in dir.*, n. 2.3., secondo e terzo cpv, corsivo aggiunto.

¹³ L'aspetto cui ci si sta riferendo viene affrontato dalla Corte costituzionale sia nella sentenza n. 269 del 2017, cit. (*Cons. in dir.*, n. 5.2., quarto cpv) che nella sentenza del 20 febbraio 2019, n. 63 (*Cons. in dir.* n. 4.3, quarto cpv). In quest'ultima pronuncia si legge: «[I]addove però sia lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta con gli strumenti che le sono propri [...]».

¹⁴ Sul tema si v. le riflessioni di B. RANDAZZO, *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Il primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, 2018, 293 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019.

¹⁵ Corte cost., ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia, 8 luglio 2020, n. 182. Questo secondo rinvio pregiudiziale in un caso di doppia pregiudizialità trae origine da plurime rimessioni della Corte di Cassazione (sez. Lav.) in materia di c.d. *bonus bebè*, emesse in data 17 giugno 2019 (nn. 177, 178, 179, 180, 181, 182 in GU n. 44 del 2019, 188, 189 e 190 in GU n. 45 del 2019).

¹⁶ Espressione di G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *Federalismi.it*, n. 24/2018, 34 ss. In particolare, il riferimento è alle sentenze della Corte di Giustizia del 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma dei Monopoli*, ECLI:EU:C:2017:985 (pt. 23) e del 24 ottobre 2018, C-234/17, *XC, YB e ZA*, C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853 (pt. 44). Inoltre, si rammenta che il Giudice eurounitario ha già chiarito la compatibilità con il diritto dell'Unione dei sistemi nazionali di giustizia costituzionale che impongono il vaglio prioritario di costituzionalità, sia pure precisando il rispetto di alcune specifiche condizioni. Cfr., con riguardo all'ordinamento francese, Corte Giust., sentenza 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, mentre relativamente a quello austriaco, sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A contro B e altri*, ECLI:EU:C:2014:2195, a commento delle quali si v., rispettivamente, D. U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra i giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 223 ss. e R. MASTROIANNI,

questa non tarderà ancora molto ad arrivare, avendo la Corte costituzionale già esperito i suoi primi rinvii al Giudice europeo in ipotesi di doppia pregiudizialità¹⁷, non senza però prima aver modificato alcuni tratti dell'originaria formulazione della *regola 269*, che potevano risultare poco *rassicuranti* per la stessa Corte di Giustizia¹⁸.

Con riferimento alle risposte della giurisdizione comune¹⁹, si può affermare come esse non si siano ancora tradotte in *trend* giurisprudenziali consolidati. Infatti, alcuni giudici hanno deciso di *esplorare* prioritariamente la (nuova) via del giudizio di costituzionalità, anziché quella pregiudiziale europea; altri, di converso, procedendo in prima battuta alla immediata disapplicazione o all'attivazione del rinvio pregiudiziale, hanno rispettato il precedente *ordine*.

La soluzione di adire contestualmente le due Corti è, invece, una scelta inedita della Corte d'Appello di Napoli²⁰. Una scelta che interroga e che, come si dirà, denota una lettura singolare della stessa giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità.

La Corte di Giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4089 ss.

¹⁷ Cfr. Corte cost., ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del 6 marzo 2019, n. 117, con il commento di S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2019, 157 ss.; si v. altresì ord. di rinvio *bonus bebè* (*supra* nt. 15).

¹⁸ Su tali sviluppi della giurisprudenza costituzionale, v. M. D'AMICO, *L'Europa dei diritti: tra "aperture" e chiusure*, in A. PÉREZ MIRAS – G. M. TERUEL LOZANO – E. RAFFIOTTA – M. P. IADICICCO (a cura di), *Setenta años ae constitución italiana y cuarenta años de constitución española*, boe, 2020; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei Diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, 317 ss.; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019; S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela?*, in corso di pubblicazione; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile su *ConsultaOnline*, 2020.

¹⁹ A titolo d'esempio, tra le primissime *reazioni* della giurisprudenza si considerino alcune pronunce della Corte di Cassazione: in talune di queste è stato avallato, seppur con notazioni critiche, il nuovo orientamento del Giudice costituzionale (cfr. Cass., sez. II civ., ord. di rimessione 16 febbraio 2018, n. 3831); mentre in altre l'*obiter* è stato interpretato come una mera *proposta metodologica* rivolta ai giudici comuni, di cui non si imponeva il rispetto (Cass., sez. Lav., sent. 17 maggio 2018, n. 12108, cfr. pt. 13 della parte in diritto). Successivamente, sempre dalla Cassazione, sono state fornite letture maggiormente adesive: si pensi, ad esempio, alle plurime ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale sul *bonus bebè* (cfr. *supra* nt. 15). Non sono mancati neanche recenti ricorsi a Lussemburgo, tra cui Tribunale di Milano, ordinanza di rinvio del 5 agosto 2019, causa C-652/19, *Fallimento Consulmarketing* (cfr. *infra* § 3, nt. 30).

²⁰ Mentre in dottrina l'ipotesi del rinvio duplice e contestuale è stata già vagliata: in ottica favorevole si v. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 25 ss.; ID, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, 312; R. G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *giudicedonna.it*, n. 4/2017, 27 ss. Maggiori perplessità sono espresse da I. M. PINTO, *Il giudizio di incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2020, 77; S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza*, op. cit., in corso di pubblicazione.

3. Le due ordinanze di rinvio della Corte d'Appello di Napoli e la loro parziale (ma non ancora definitiva) risoluzione

Le ordinanze di rinvio originano da un giudizio di appello, promosso per la riforma della sentenza di primo grado che ha rigettato l'impugnativa del licenziamento collettivo²¹ disposto, ai sensi dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, dal datore di lavoro a carico della ricorrente ed altri colleghi, per motivi di *riduzione del personale*²². La ricorrente, ritenendo illegittima la cessazione del rapporto di lavoro per violazione sia dei criteri di scelta di cui all'art. 5 comma 1 della legge n. 223/91 che, più in generale, della procedura di mobilità descritta all'articolo precedente, chiedeva in sede giurisdizionale la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno, prescritti al comma 3 dell'art. 5 della medesima legge. L'impresa resistente, al contrario, oltre a domandare in prima istanza il rigetto dell'appello, evidenziava che la disciplina sanzionatoria applicabile al licenziamento illegittimo in oggetto non fosse più quella invocata dalla ricorrente, bensì, *ratione temporis*, quella prevista dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 recante "disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183". Ciò in quanto, il contratto di lavoro era stato stipulato in data successiva all'entrata in vigore del d.lgs. in questione (7 marzo 2015), che all'art. 10, comma 1, sotto la rubrica "licenziamenti collettivi", statuisce che «[...] in caso di violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'art. 3, comma 1», in cui si prevede, per queste ipotesi specifiche di illegittimità, una tutela indennitaria, in luogo di quella reale. Quest'ultima, però, resta in vigore per i rapporti di lavoro sorti prima del 7 marzo 2015, cui non si applica la nuova disciplina del *jobs act* (cfr. art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 23/2015). D'altra parte, la scelta del cambio di regime di tutela trova il suo fondamento in una disposizione del legislatore delegante del 2014 che all'art. 1 comma 7, lett. c) della legge n. 183/14, esclude che si possa procedere alla reintegrazione per i casi di licenziamenti economici intimati ai nuovi assunti con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, configurandosi in tali ipotesi solo «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio»²³.

²¹ Per i profili di merito della disciplina sui licenziamenti collettivi, *ex plurimis*, M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M. T. CARINCI – A. TURSI (a cura di), *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015, 101 ss.

²² Per un ulteriore esame del merito dei due rinvii si v. M. MAZZETTI, *La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, in *Questione Giustizia*, 12 febbraio 2020; M. TURRIN, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act investiti da doppia pregiudiziale, comunitaria e costituzionale*, online in *LABOR – Il lavoro nel diritto*, 27 dicembre 2019.

²³ Il criterio dell'anzianità, posto dalla legge delega per la commisurazione dell'indennità, poi riprodotto all'art. 3 d.lgs. n. 23/2015, è stato vagliato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 26 settembre 2018, n. 194, che ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità, in quanto costituiva l'unico criterio di calcolo, rimanendo esclusi altri criteri come, ad esempio, il numero di occupati nell'impresa o le dimensioni della stessa (cfr. *Cons. in dir.* n. 11, quinto cpv). Da ultimo si v. F. LAUS, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, in *Rivista Aic*, n. 2/2020, 80 ss.

Questa è la cornice normativa che fa da sfondo ad entrambe le ordinanze della Corte d'Appello di Napoli. Per quanto concerne, invece, i molteplici motivi di merito di questa doppia rimessione, per esigenza di sintesi, se ne illustrano qui di seguito i tre principali.

a) *In primis*, con riferimento alla nuova tutela di tipo indennitario, che va a coesistere con la precedente, si paleserebbe una disparità di trattamento dovuta alla presenza di più regimi sanzionatori applicabili alla medesima violazione di legge (nel caso di specie quella risultante all'art. 5 comma 1 della legge n. 223/1991). Infatti, in queste ultime situazioni la tutela obbligatoria si applica solo alle controversie aventi ad oggetto rapporti di lavoro instaurati in data successiva all'entrata in vigore della novella legislativa (7 marzo 2015), mentre per quelli sorti in data precedente resta in vigore la tutela reale, ai sensi dell'art. 18 comma 7 dello Statuto dei Lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300).

b) Inoltre, ad opinione del giudice rimettente, la suddetta tutela indennitaria risulta «irragionevolmente inadeguata per efficacia deterrente e capacità di ristorare il danno effettivo subito dal lavoratore a fronte della illegittima risoluzione del contratto di lavoro, anche sotto il profilo previdenziale»²⁴.

c) Da ultimo, si denuncia un eccesso di delega in quanto all'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 il legislatore delegato avrebbe esteso la sanzione *indennitaria* ai licenziamenti collettivi, prevista dalla legge quadro per i soli “licenziamenti economici” (cfr. art. 1 comma 7 lett. c) della legge n. 183/2014).

In relazione alle prime due doglianze segnalate, il giudice avanza il dubbio di lesioni *duplici*, ovverosia di diritti protetti, allo stesso tempo, dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza, ed è per tale ragione che opta per la contestuale attivazione delle pregiudiziali costituzionale ed europea.

Più precisamente, nell'ordinanza rivolta alla Corte costituzionale si prospetta la lesione degli artt. 3, 4, 10, 24, 35, 38, 41, 76 e 111 Cost. Inoltre, il giudice invoca la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., come vettore per l'ingresso di parametri *esterni*, tra i quali disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 20, 21, 30, 47) e della Carta Sociale Europea (art. 24)²⁵.

²⁴ Così pt. 32, ord. di rimessione Corte d'Appello Napoli (Corte cost.), cit.

²⁵ Questa norma della Carta sociale europea è stata oggetto di esame anche nella sentenza n. 194 del 2018, cit., in cui la Corte costituzionale ha confermato la valenza di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale, per mezzo dell'art. 117 Cost. Sul tema si rinvia a S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della corte costituzionale*, op. cit., 647 ss; G. E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, 2 ss. Si segnala per inciso che di recente il Comitato Europeo per i Diritti Sociali ha condannato l'Italia nel Reclamo collettivo n. 158/2017, *CGIL contro Italia*. L'organo del Consiglio d'Europa ha giudicato improduttivo di adeguata efficacia dissuasiva il fatto che si preveda un tetto massimo (c.d. *plafond*) alla sanzione indennitaria per i licenziamenti collettivi illegittimi (cfr. ppt. 101 ss.). Tra i primi commenti si v. P. TOMMASETTI, *Il Jobs Act viola l'art. 24 della Carta sociale europea anche dopo il c.d. decreto dignità e la sentenza n. 194/2018. Prime note sulla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul ricorso Cgil c. Italia*, in *Rivista delle relazioni industriali*, n. 1/2020, 209 ss.

Gli stessi parametri della CDFUE e della CSE, sotto diversa veste, costituiscono poi l'oggetto dei quattro quesiti sottoposti al vaglio della Corte di Giustizia per il tramite della seconda ordinanza della Corte d'Appello di Napoli.

In estrema sintesi sui quesiti pregiudiziali. I primi tre quesiti concernono l'interpretazione dell'art. 30 CDFUE, che tutela ogni lavoratore «*contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*». Per la precisione, con il primo quesito si domanda se dalla suddetta disposizione sia possibile desumere, in un'ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo, «*un diritto ad una tutela qualificata da parametri di effettività, efficacia, adeguatezza e deterrenza*», dimodoché il rispetto di tali criteri possa essere vagliato dal giudice comune, nei casi in cui questi si trovi a dover applicare le norme nazionali sul regime sanzionatorio previste per i licenziamenti collettivi illegittimi. Inoltre, sempre con riguardo all'art. 30 CDFUE, si chiede di chiarire se il giudice debba interpretare tale disposizione anche in forza dell'art. 24 CSE (e della relativa produzione ermeneutica proveniente dal competente organismo del Consiglio d'Europa), posto che in tal senso sono orientate le Spiegazioni adottate dal *Praesidium* (secondo e terzo quesito).

Infine, nell'ultimo quesito viene sollecitata l'interpretazione degli artt. 20 (principio di uguaglianza), 21 (principio di non discriminazione), 34 (diritto all'accesso alle prestazioni previdenziali) e 47 (diritto ad un rimedio sanzionatorio effettivo) della CDFUE, nei cui confronti potrebbe palesarsi una violazione da parte della normativa italiana, questa consentendo l'applicazione di differenti regimi sanzionatori ad identiche fattispecie.

Come anticipato nelle note introduttive, il rinvio pregiudiziale è stato risolto dalla VII Sezione della Corte di giustizia con l'ordinanza dello scorso 4 giugno. Il Giudice eurounitario si è pronunciato nel senso dell'irricevibilità del rinvio della Corte d'Appello, in quanto ha ravvisato, preliminarmente, la sua incompetenza a giudicare le questioni pregiudiziali avanzate.

In particolare, l'incompetenza è dovuta al fatto che «la situazione giuridica della ricorrente nel procedimento principale non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» e, pertanto, le disposizioni della CDFUE invocate dal rimettente «non ha[nno] alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale»²⁶.

In altri termini, la Corte di Giustizia ha censurato l'apodittica valutazione compiuta dal giudice *a quo* in ordine alla stessa applicabilità della Carta dei diritti, da quest'ultimo motivata sulla base della considerazione che la disciplina generale dei licenziamenti collettivi, che si rinviene agli artt. 4 e 24 della legge n. 223/91, «deve ritenersi ormai *attratta* nelle competenze concretamente attuate dall'Unione Europea per effetto del concreto esercizio di atti di normazione derivata ed in particolare della direttiva 98/59/CE»²⁷.

Pur vero che la direttiva 98/59/CE del Consiglio (concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi) renderebbe evidente la *traccia* europea della disciplina nazionale in tema di licenziamenti collettivi,

²⁶ Ord. *Tj c. Balga Srl*, C-32/20, cit., par. 23.

²⁷ Così pt. 70, ord. di rimessione Corte d'Appello Napoli (Corte cost.), cit.

tuttavia – come ha evidenziato la Corte di Giustizia – ciò non implica che l'intera normativa in questione tragga la sua derivazione dalla direttiva 98/59/CE. Vi sono, infatti, disposizioni di legge che, sebbene collocate nel medesimo testo legislativo (l. n. 223/91) emanato in attuazione della suddetta direttiva, sono state introdotte a seguito di una scelta discrezionale del legislatore del '91. Per la precisione, le uniche norme nazionali che si possono considerare emanate in *attuazione* del diritto UE sono gli artt. 4 e 24 della legge n. 223/91, più volte emendati nel tempo per effetto della direttiva 98/59/CE (e delle sue precedenti versioni)²⁸.

Al contrario, le disposizioni normative che vengono in rilievo nel giudizio *a quo*, ovverosia quelle sul regime sanzionatorio (dettate *in primis* all'art. 5 comma 3 della legge n. 223/91 e successivamente modificato dagli artt. 10 e 3 del d.lgs. n. 23/2015), non sono state previste al fine di adempiere ad obblighi europei, nello specifico quelli derivanti dalla trasposizione della direttiva 98/59/CE nell'ordinamento nazionale. Ed infatti, la Corte di Giustizia ha precisato che tale direttiva, sebbene miri a rafforzare la tutela dei lavoratori nell'ipotesi di licenziamenti collettivi, «non impone alcun *obbligo specifico* in una situazione come quella della ricorrente nel procedimento principale»²⁹.

Naturalmente, questa pronuncia europea segnerà, in parte, anche le sorti di quella che verrà assunta dal Giudice costituzionale, il quale si troverà nell'impossibilità di vagliare le questioni incidentali proposte dalla Corte d'Appello con riguardo ai parametri interposti della Carta dei diritti, per via della presumibile *estraneità* degli stessi al giudizio *a quo*.

Tuttavia, la sorte della disciplina italiana, sotto il profilo del rapporto con il diritto dell'Unione potrebbe non essere stata definitivamente segnata dalla decisione del 4 giugno. A tal proposito si consideri che, in caso analogo a quello sottoposto all'attenzione della Corte d'Appello di Napoli, il Tribunale di Milano³⁰ ha ritenuto opportuno investire della questione esclusivamente il Giudice europolitano, motivando tale decisione nel senso della non obbligatorietà delle indicazioni date dalla Corte

²⁸ In verità, le citate norme della legge n. 223 del 1991 sono precedenti alla direttiva 98/59/CE ed infatti alcune disposizioni della legge del 1991 sono state emanate in attuazione della direttiva 75/129/CE, che costituisce la prima direttiva in materia di licenziamenti collettivi. Quest'ultima, è stata emendata una prima volta nel 1992, cui ha fatto seguito la direttiva 98/59/CE, invocata dalla Corte d'Appello di Napoli. L'obiettivo fondo della direttiva del 1975, mantenuto anche nelle successive versioni, era quello di stabilire alcune norme procedurali "comuni" da applicare in caso di licenziamenti collettivi. Ciò in quanto si riteneva che eccessive disparità nel trattamento nell'ambito dei licenziamenti collettivi da parte degli Stati Membri avrebbero potuto comportare dei malfunzionamenti del mercato interno (cfr. 3° considerando della direttiva 75/129/CE). Tuttavia, si segnala che per effetto di queste direttive non si è mai richiesto ai Paesi Membri di adottare delle specifiche sanzioni in caso di licenziamento collettivo illegittimo. A testimonianza di ciò, si veda come l'art. 5 comma 3 della legge n. 223/91, in cui si introduceva una disciplina sul regime sanzionatorio reintegratorio in caso di illegittimità del licenziamento, non è mai stato emendato per effetto dei decreti legislativi emanati in attuazione delle direttive in materia degli anni '90 (cfr. d.lgs. 26 maggio 1997, n. 151 e d.lgs. 8 aprile 2004).

²⁹ Ord. Tj c. Balga Srl, C-32/20, cit., par. 29, corsivo aggiunto.

³⁰ Tribunale di Milano, ordinanza di rinvio, 5 agosto 2019, causa C-652/19, *Fallimento Consulmarketing*, con i commenti di G. BURRAGATO, *Licenziamenti collettivi e tutele crescenti: il Tribunale di Milano rinvia alla Corte di giustizia* in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2/2019, 533 ss.; R. COSIO, *Le ordinanze di Milano e Napoli sul jobs act. Il problema della doppia pregiudizialità*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2020, 2 ss.

costituzionale nella sua giurisprudenza sulla doppia pregiudizialità³¹. I quesiti interpretativi di questo ulteriore rinvio a Lussemburgo coincidono in larga parte con quelli avanzati dalla Corte d'Appello di Napoli, con un'unica significativa differenza: nel primo quesito si dubita della lesione dei principi di parità di trattamento e non discriminazione così come tutelati dall'Accordo quadro in materia di lavoro a tempo determinato introdotto dalla direttiva 1999/70/CE³². Mentre nel secondo, il contrasto dei suddetti principi si manifesta con esclusivo riferimento alle norme della Carta di Nizza, che anche in questo caso risulteranno inapplicabili.

Si può ipotizzare che il primo quesito avrà esito diverso, per lo meno in punto di ricevibilità, rispetto a quelli decisi nell'ordinanza del 4 giugno scorso. Infatti, non è da escludere che la Corte di Giustizia potrà comunque vagliare nel merito la censura mossa dal Tribunale di Milano per la sospetta violazione del principio di non discriminazione, situato in una fonte diversa dalla CDFUE.

Una conferma può aversi se si considera il fatto che il Giudice eurounitario non ha proceduto – forse volutamente – alla riunione delle cause del Tribunale di Milano e della Corte d'Appello di Napoli che, come si è già evidenziato, avanzano dubbi di comunitarietà nei confronti delle medesime disposizioni nazionali.

In conclusione, sebbene vi sia stata una pronuncia di irricevibilità da parte della Corte di Giustizia, pare che la disciplina nazionale non possa ancora considerarsi del tutto priva di elementi di contrasto con il diritto dell'Unione. Tuttavia, si consideri che la clausola 4 dell'Accordo quadro non è stata invocata nell'atto di rimessione rivolto alla Corte costituzionale. Pertanto, questa non potrà non solo assumere la funzione di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale, ma neanche essere l'oggetto di un eventuale ed ulteriore rinvio pregiudiziale interpretativo ad opera della Corte costituzionale.

4. *Sull'inopportunità di procedere al duplice e contestuale rinvio*

Prescindendo per ora da una disamina dei possibili futuri sviluppi nel merito della specifica questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Napoli, ci si concentrerà qui piuttosto sulla scelta in sé di utilizzare congiuntamente gli strumenti giurisdizionali astrattamente a disposizione, non potendosi escludere che, in futuro, altri giudici decidano di ricorrere a questo *modus procedendi*. Si anticipa che tale

³¹ In particolare, il Tribunale di Milano ha ritenuto di non essere vincolato dal preventivo esperimento dell'incidente di costituzionalità, in quanto nell'*obiter* della sentenza n. 269 la Corte ha precisato che nelle ipotesi di *doppia tutela* «debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, *fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale* per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE» (*Cons. in dir.* n. 5.2., sesto cpv, corsivo aggiunto).

³² Con il quesito in questione il Tribunale di Milano mira a sollecitare l'interpretazione della clausola 4 dell'Accordo quadro in relazione alla disciplina nazionale in tema di licenziamenti collettivi, nella misura in cui questa consenta l'applicazione di un duplice regime sanzionatorio differenziato, creando così una disparità di tutela tra i lavoratori il cui contratto a termine si trasforma in contratto a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015 e quelli che, invece, ottengono la stabilizzazione del rapporto di lavoro in data successiva al marzo 2015. Solo a quest'ultimi si applicherebbe la tutela indennitaria, prescritta dal *jobs act*, mentre ai primi si continuerebbe a garantire la tutela reale.

possibilità, ancorché non giuridicamente preclusa, è da ritenersi sconsigliabile. A tal fine si cercherà di indirizzare l'analisi critica vagliando tre distinti profili: a) anzitutto, quali vantaggi spera(va) di ottenere la Corte d'Appello di Napoli decidendo di avvalersi della doppia rimessione; b) se sia ammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata contestualmente all'attivazione di una pregiudiziale europea; c) ed infine, discostandosi dalle sorti della concreta vicenda, quali possibili scenari si aprono in simili ipotesi di doppio rinvio.

4.1. Le ragioni della scelta della Corte d'Appello di Napoli

La decisione di adottare ad un tempo due ordinanze, di rinvio e di rimessione, deve essere valutata alla luce del nuovo orientamento sulla doppia pregiudizialità, inaugurato dalla Corte costituzionale nel dicembre 2017.

Come è noto, i recenti approdi di questa giurisprudenza si sono consolidati nel senso della non vincolatività del rinvio prioritario alla Corte costituzionale. Ciò premesso, non deve disorientare il fatto che i giudici comuni, avendone avuto la possibilità, abbiano esperito entrambi i rimedi giurisdizionali, decidendo di volta in volta quale Corte adire per prima³³. Mentre, come già detto, nessuna delle autorità rimettenti aveva, sino ad ora, ritenuto opportuno investire della medesima questione simultaneamente le due Corti in ipotesi di doppia pregiudizialità. La Corte d'Appello di Napoli ha fondato questa scelta sull'assunto secondo cui il recente orientamento costituzionale, non potendo impedire «al giudice a quo di adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in qualsiasi stato e fase del procedimento», risulta compatibile anche con il contestuale esperimento degli strumenti giurisdizionali³⁴.

Conferma ne sarebbe che, con la sentenza n. 20/2019, la Corte avrebbe eliminato ogni dubbio circa l'intenzione di imporre *preclusioni* nel composito sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali (punto n. 2.3., terzo cpv, del *Cons. in dir.*)³⁵.

Tuttavia, si nutrono alcune perplessità su questa lettura della sentenza n. 20 fornita dalla Corte d'Appello, dubitandosi che in quel frammento della decisione la Corte costituzionale abbia inteso auspicare l'attivazione simultanea di entrambi i meccanismi giurisdizionali da parte del giudice comune. Infatti, la Corte esclude *ogni preclusione* con riferimento al *concorso dei rimedi giurisdizionali* che generano le due Carte, dato che questi costituiscono un arricchimento delle tutele poste a protezione dei diritti fondamentali. La Corte, in altre parole, sta qui (semplicemente) chiarendo che l'obiettivo del nuovo orientamento giurisprudenziale non è di inibire al giudice il ricorso al rinvio pregiudiziale³⁶. Essa, dunque, pur non avendolo formalmente escluso, non ha di contro mai avallato espressamente la tecnica dell'attivazione simultanea delle pregiudiziali.

³³ Si v. *supra* nt. 19.

³⁴ Così pt. 25-26, ord. di rimessione (Corte cost.), cit.

³⁵ Si v. *supra* nt. 12.

³⁶ In senso contrario si v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale*, op. cit., 312.

Un altro aspetto di particolare interesse è costituito dall'ottica in cui si pone il rimettente operando questa scelta. A suo dire, infatti, la stessa costituisce «una diversa interpretazione del “dialogo tra le Corti”», interpretazione che si sarebbe resa necessaria proprio alla luce della nuova giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità. Per il giudice d'appello quest'ultima potrebbe essere intesa nel senso di aver consentito l'uso dello strumento pregiudiziale solo *a valle* del giudizio di costituzionalità, con l'effetto di esautorare però così «il ruolo del giudice del merito dal meccanismo dinamico di arricchimento delle tutele tra diritto nazionale e diritto eurounitario»³⁷.

La Corte d'appello di Napoli, in chiave evidentemente critica (se non addirittura polemica) rispetto al nuovo orientamento della Corte costituzionale sulla doppia pregiudizialità, si propone allora di fornire una *rilettura* di questa giurisprudenza costituzionale «sulla base di un'interpretazione conforme con le norme dei Trattati dell'Unione della prassi costituzionale che, al contempo, consenta di rimettere al Giudice delle Leggi la valutazione della persistenza giuridica, con valore *erga omnes*, di una norma interna contraria a principi fondamentali in una prospettiva anche multilivello»³⁸.

In altri termini, sembra che dietro questa duplice azione della Corte d'Appello possa celarsi l'intento di proporre una nuova *versione* della (già *temperata*³⁹) *regola 269* cui sembrerebbe sotteso l'obiettivo di voler limitare le occasioni per il Giudice costituzionale di pronunciare la *prima parola*, vincolando questi ad esprimere solo l'*ultima*. Infatti, dalla lettura dell'ordinanza indirizzata al Giudice delle Leggi sembra che il giudice *a quo* dia quasi per certo che la Corte costituzionale deciderà di pronunciarsi successivamente alla decisione della Corte di Giustizia (cfr. *infra* § 4.3 ipotesi *a*). A tal riguardo il giudice ordinario afferma che «[q]uesta Corte, considera d'altra parte che l'esigenza di assicurare una tutela sostanzialmente uniforme ed *erga omnes* (cfr. C. Cost. 20/2019 e C. Cost. ord. 117/19) in tema di diritti fondamentali, comunque, non osti al potere del Giudice del merito, in presenza di una doppia pregiudizialità, di adire autonomamente la Corte di Giustizia, sottoponendo contemporaneamente la questione interpretativa, *rilevante ai fini del giudizio di costituzionalità*. L'assenza di un vincolo ostativo in capo al giudice remittente a proporre autonomamente la questione interpretativa che la Corte costituzionale è *tenuta a vagliare in quanto strumentale ai fini del giudizio che le è proprio*, trova in effetti conferma nelle successive decisioni, e da ultimo, nell'ordinanza n. 117/19»⁴⁰.

Pertanto, in questo schema logico il duplice rinvio assolve ad un fine *strumentale* all'esatta definizione del giudizio di costituzionalità, in particolare per lo scrutinio dei parametri interposti.

Peraltro, *anticipando* il rinvio pregiudiziale – che la Corte costituzionale potrebbe a sua volta esperire *successivamente* nell'ambito del suo scrutinio – il giudice si mette al riparo dal rischio che ciò non avvenga, e che la Corte costituzionale possa cioè decidere senza *beneficiare* dell'interpretazione fornita dal Giudice eurounitario.

³⁷ Così pt. 29, ord. di rimessione Corte d'Appello Napoli (Corte cost.), cit..

³⁸ *Ivi*, pt. 28.

³⁹ C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, op. cit., 14 ss.

⁴⁰ Così pt. 25-26, ord. di rimessione (Corte cost.), cit., enfasi aggiunta.

Un'ulteriore conferma si ha prendendo in considerazione l'oggetto dei rinvii, cioè il regime sanzionatorio di tipo indennitario dei licenziamenti collettivi illegittimi: tematica in parte già affrontata di recente dalla Corte costituzionale, ancorché con esclusivo riferimento ai licenziamenti individuali. Più precisamente, con la sentenza n. 194 del 2018, per la prima volta in un giudizio incidentale⁴¹, è stata vagliata dal Giudice delle Leggi la tutela indennitaria prescritta all'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 come rimedio per i licenziamenti illegittimi individuali (norma quest'ultima applicabile anche per i licenziamenti collettivi). La decisione del 2018 – per altro, da ultimo, confermata con la sentenza n. 150 del 2020⁴² – si concludeva nel senso della illegittimità costituzionale parziale dell'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui prevedeva che l'indennizzo doveva essere esclusivamente calcolato sulla base del criterio dell'anzianità di servizio; mentre risultava compatibile con il dettato costituzionale il nuovo regime sanzionatorio indennitario sia in quanto la scelta di sostituire la tutela reale con quella di tipo indennitario era da ritenersi rientrante nella sfera discrezionale del legislatore, sia per quel che concerneva il profilo del diverso trattamento sanzionatorio, che si verificava per via del fatto che alla medesima fattispecie potevano (e possono tutt'oggi) applicarsi più regimi sanzionatori, differenti tra loro.

L'impressione, in altre parole, è che la Corte d'Appello di Napoli, sapendo che la Corte costituzionale ha di recente deciso una questione che potrebbe avere un peso decisivo ai fini della soluzione di quella odierna, ha preferito attivare una simultanea rimessione, al fine di evitare di veder non accolta la questione in coerenza con quel precedente. Non è forse un caso se un altro giudice (*supra* § 3), che si è trovato a decidere un'identica controversia concernente un licenziamento collettivo illegittimo, abbia preferito optare per il ricorso esclusivo alla Corte di Giustizia⁴³.

In conclusione, appare non del tutto implausibile che il giudice *a quo* abbia operato questa precisa scelta per *timore* che la Corte non procedesse al rinvio, nel caso in cui fosse stata investita in esclusiva, dichiarando immediatamente infondate le questioni di legittimità costituzionale.

4.2. È ammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata nella contestuale pendenza di un rinvio pregiudiziale?

⁴¹ La prima occasione che la Corte ha avuto per esaminare il d.lgs. n. 23 del 2015 si presentava in un giudizio di ammissibilità del referendum, proposto al fine di ottenerne la completa abrogazione. Con la sentenza n. 26 del 2017 il Giudice delle Leggi ha dichiarato inammissibile il quesito referendario.

⁴² Corte cost., sentenza del 24 giugno 2020, n. 150. La Corte riafferma l'impossibilità di adottare unicamente il requisito dell'anzianità come criterio per il calcolo dell'indennità dovuta al lavoratore licenziato ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015, ovverosia licenziamento affetto da vizio formale o procedurale.

⁴³ Con riguardo alla ordinanza del Tribunale di Milano è stato infatti osservato – V. FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine "stabilizzato": il Jobs Act viene rinviato alla Corte di Giustizia*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4/XXIX-2019, 3 – che il rimettente nutreva un *evidente spirito critico* nei confronti di quanto statuito dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 194 del 2018 cit., che porta lo stesso a sollecitare il solo scrutinio del Giudice Europeo.

Occorre, ora, interrogarsi sulla astratta ammissibilità, alla luce della recente giurisprudenza sulla doppia pregiudizialità, di una questione di legittimità costituzionale che sia stata proposta contestualmente ad un rinvio pregiudiziale. La scelta operata dalla Corte d'Appello di Napoli può definirsi, infatti, *inedita* solo con riferimento alla casistica giurisprudenziale successiva alla sentenza n. 269 del 2017, dato che se si prende in esame la precedente giurisprudenza si possono rinvenire alcuni casi di duplice e contestuale rimessione alle due Corti.

Primo fra tutti, si pensi al noto caso *Costa c. Enel*, considerato il primo caso di doppia pregiudizialità⁴⁴, che nasceva dal rinvio operato nel gennaio 1964 dal Giudice Conciliatore di Milano, il quale decideva, persino con la medesima ordinanza⁴⁵, di sollevare sia censure di legittimità costituzionale sia quesiti pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo.

Come noto, il giudice *a quo* riteneva che la disciplina interna che nazionalizzava l'energia elettrica fosse viziata sotto più profili, ciascuno dei quali da far accertare nella sede giurisdizionale competente. Infatti, da un lato, attraverso un secondo incidente di costituzionalità⁴⁶, si proponevano dubbi circa la lesione di norme costituzionali poste agli artt. 5, 25, 47, 76, 81, 102 e 113, dall'altro, in sede di giudizio europeo si sollecitava l'esatta interpretazione degli artt. 102, 93, 53 e 37 del Trattato CEE.

Dalla scelta del Giudice Conciliatore emerge con chiarezza, però, un aspetto che certamente differenzia quel caso da quello odierno, ovverosia l'aspetto della *autonomia* delle due pregiudiziali, che non risultavano in alcun modo collegate. Una conferma può rintracciarsi nel fatto che, nonostante gli esiti opposti dei due rinvii, non si è verificato un contrasto tra i giudicati delle due Corti. Più precisamente, la Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza *Costa c. Enel* (C-6/64), ritenendo che la legge italiana fosse d'ostacolo alla corretta applicazione di alcune norme del Trattato CEE dotate di effetti diretti; mentre, successivamente a quest'ultima pronuncia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 66 del 1965, deciderà (comunque) nel senso dell'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale. Pertanto, le due pregiudizialità erano autonome, dal momento che l'esito della prima era improduttivo di effetti vincolanti per la risoluzione della seconda, che non era stata ancora scrutinata.

Un secondo caso degno di menzione è quello che ha dato luogo all'ordinanza del Giudice delle Leggi n. 85 del 2002. Anche in questo caso il giudice rimettente (il Tribunale di Ascoli Piceno), con stessa ordinanza, aveva deciso di interpellare allo stesso tempo la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia⁴⁷.

⁴⁴ M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità"*, in *il Foro it.*, 1997, VI, 222 ss.

⁴⁵ Giudice Conciliatore di Milano, ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 16 gennaio 1964, n. 122 (giud. avv. Fabbri).

⁴⁶ La Corte costituzionale era stata già investita della medesima questione, anche se con riferimento a parametri costituzionali differenti (cfr. Giudice Conciliatore di Milano, ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del 10 settembre 1963, n. 192, giud. avv. Carones). Il primo verdetto di infondatezza si rinviene nella sentenza del 24 febbraio 1964, n. 14. Per una ricostruzione della vicenda si v. B. GABALDI VANNOLI, *La «storia» della causa*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffè, 2015, 81 ss.

⁴⁷ Il rinvio occasionerà anche la sentenza della Corte di Giust., 6 novembre 2003, causa C-243/01, *Gambelli e a.*, ECLI:EU:C:2003:597. Le similitudini con il caso *Costa* sono evidenti. Tuttavia si noti che

In virtù di questa doppia pendenza la Corte costituzionale rilevava la *manifesta contraddittorietà*⁴⁸ dell'ordinanza di rimessione e per questo concludeva il suo giudizio dichiarando la questione *manifestamente inammissibile* per difetto di rilevanza⁴⁹.

La pronuncia del 2002 si inserisce nel – già ricordato – filone della giurisprudenza costituzionale consolidatasi dopo la sentenza *Granital* (n. 170 del 1984), in cui al riconoscimento del binomio primato-disapplicazione la Corte costituzionale faceva seguire l'accertamento del difetto di rilevanza di questioni sollevate dal giudice comune che non avesse provveduto a risolvere, in coerenza con quello schema, un'antinomia tra una norma interna ed una comunitaria ad effetto diretto. A ciò si deve aggiungere che la Corte non si riconosceva *giurisdizione nazionale* ai sensi dell'art. 234 TCE (ora, art. 267 TFUE); ragion per cui la stessa richiedeva in *ogni caso* al rimettente di adire in prima istanza la Corte di Giustizia, cui competeva accertare la presenza degli effetti diretti della norma comunitaria che si presumeva violata nel giudizio principale.

Pertanto, la motivazione principale a fondamento della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale era data dal fatto che la stessa risultava, nella prospettiva della Corte, *prematura*⁵⁰, poiché sollevata quando non erano ancora ben definiti gli eventuali effetti diretti della norma comunitaria.

la questione sollevata dal Tribunale di Ascoli Piceno presentava alcuni caratteri di ambiguità, che impediscono di poter accertare la presenza del carattere *autonomo* delle duplici rimessioni.

⁴⁸ Per la precisione, la manifesta contraddittorietà dell'atto di rimessione emergeva «in quanto il giudice solleva contemporaneamente “questione pregiudiziale” interpretativa dei principi del trattato CE avanti alla Corte di giustizia, al fine di accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario e, quindi, applicabile nell'ordinamento italiano, e questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, così presupponendo che la norma, di cui egli stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile» (ord. n. 85/2002).

⁴⁹ Nel testo si è fatto esplicito riferimento al caso di duplice e contestuale rinvio, ma all'inammissibilità per difetto di rilevanza erano destinate anche le questioni sorte a seguito di un rinvio ad entrambe le Corti, ma non simultaneo. Più precisamente, in alcuni casi il giudice *a quo*, sempre nell'ambito dello stesso giudizio, optava *in primis* per il rinvio alla Corte di Giustizia e successivamente, prima che quest'ultima si pronunciasse, anche per la rimessione degli atti alla Corte costituzionale (cfr. ord. n. 391 del 1992 e nn. 38 e 244 del 1994). Mentre ad un esito parzialmente differente erano destinate le ipotesi in cui la duplice rimessione provenisse da giudici diversi. In tali ipotesi la Corte costituzionale ha rinviato le cause a nuovo ruolo, in attesa che fosse definito il già pendente giudizio comunitario (cfr. Corte cost., ord. n. 165 del 2004, con notazioni critiche di A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze fra giudizio di costituzionalità e «comunitarietà»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 1732 ss., e M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, 2006, 112 ss; più di recente sull'ordinanza S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza*, op. cit., in corso di pubblicazione).

⁵⁰ F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il «doppio rinvio»?», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, 781 ss. L'A. in particolare non escludeva che potessero esserci delle situazioni in cui il duplice e contestuale rinvio fosse da ritenersi ammissibile, posto che in quel periodo la Corte costituzionale si era *auto-imposta* di non ricorrere allo strumento pregiudiziale comunitario. A tal proposito, si segnalano le tre ipotesi di duplice e contestuale rinvio individuate dal Sorrentino. a) Nella controversia principale sono individuabili due o più questioni pregiudiziali autonome, sicché alcune possono essere sottoposte al vaglio della Corte costituzionale ed altre a quello della Corte di Giustizia. In tale ipotesi il giudice, separando i giudizi, può adire entrambe le Corti. b) Nel giudizio *a quo* sono configurabili «due (o più) questioni pregiudiziali, che devono essere rimesse ad altri giudici; ma in tal caso esse non potranno avere il medesimo grado di pregiudizialità, onde la soluzione della prima questione non potrà non influenzare la soluzione della seconda, la cui pregiudizialità, quindi, potrebbe venir meno dopo la decisione della prima. In tal caso la vera questione pregiudiziale è una sola, onde non si giustificerebbe un doppio e contestuale rinvio». c) «...[L]a medesima questione pregiudiziale presenti profili che appartengono alla competenza di*

Tuttavia, non si può non osservare come alcuni dei presupposti descritti⁵¹, che hanno motivato questa pronuncia del Giudice costituzionale dei primi anni 2000, risultano superati, sicché ad oggi si può sostenere che in caso di contestuale rinvio pregiudiziale l'ostacolo della ammissibilità della questione sia facilmente rimovibile. Infatti, se è vero che il nuovo orientamento della Corte costituzionale ha lasciato al giudice la piena facoltà di adire la Corte di Giustizia, sarebbe difficilmente argomentabile su un piano logico che la questione di legittimità costituzionale incappi in un vizio di inammissibilità nel caso in cui tale facoltà venga da questi concretizzata in un duplice rinvio.

4.3. Sui possibili scenari

L'ultimo profilo da prendere in considerazione riguarda il vaglio dei possibili scenari che potrebbero prospettarsi a seconda di quale delle due Corti, congiuntamente adite, dovesse esprimere la *prima parola*.

Si considerino queste possibili tre situazioni.

a) Interviene per prima la Corte di Giustizia pronunciandosi *a1)* fornendo un'interpretazione della Carta tale per cui si abilita il giudice a procedere alla disapplicazione oppure, di converso, *a2)* nel senso dell'irricevibilità o della mancata violazione della CDFUE da parte delle norme interne impugnate.

b) Il Giudice eurounitario viene *anticipato* da una sentenza di *b1)* accoglimento o di *b2)* rigetto della Corte costituzionale.

c) La Corte costituzionale opera un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *c1)* prima, o *c2)* eventualmente dopo, che quest'ultima si pronunci sui quesiti proposti dal giudice comune.

Nel primo scenario il prioritario intervento della Corte di Giustizia sarebbe in grado di influire sulla questione di legittimità costituzionale solo nell'ipotesi *a1)*. In tale evenienza la Corte costituzionale, avendo *atteso*⁵² la decisione europea, risulterebbe

diversi giudici, ond'essa non possa essere decisa se non dopo che siano stati entrambi interpellati, senza che possa dirsi che un profilo sia pregiudiziale all'altro; ciò che giustificherebbe, anche per ragioni di economia processuale, il doppio contestuale rinvio». Il discrimine tra le situazioni *sub b)* e *sub c)* è da individuarsi nel *petitum* del rinvio pregiudiziale: se questo è formulato con l'intento di capire se il rimettente può procedere alla disapplicazione (*sub b)*) oppure se «l'interpretazione del Trattato costitui[sce] il passaggio logico necessario per la formulazione della questione di costituzionalità delle norme interne» (*sub c)*). In quest'ultima ipotesi il doppio e contestuale rinvio potrebbe essere ammissibile, in quanto la pregiudiziale comunitaria è finalizzata ad *approfondire* il giudizio sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

⁵¹ Si consideri, in particolare, che la Corte costituzionale – a partire dal 2008 con riferimento ai giudizi in via principale (ord. n. 103) e dal 2013 a quelli in via incidentale (ord. n. 207) – può rivolgere quesiti interpretativi e/o di validità alla Corte di Giustizia. Dunque, un vantaggio derivante dall'aver instaurato un canale di comunicazione con il Giudice di Lussemburgo, può rintracciarsi nel fatto che, ora, viene meno per il giudice comune la necessità di adire sempre in prima istanza il Giudice europeo, in quanto questi può, se del caso, essere interpellato dalla stessa Corte costituzionale.

⁵² L'idea che la Corte costituzionale attenda un giudizio *esterno* non è infrequente se si prendono in esame alcune pronunce costituzionali che sono state rese a seguito di una sentenza della Corte Europea

parzialmente *incatenata ex post* a questa. Ciò in quanto, il Giudice delle Leggi, quand'anche volesse dichiarare la questione infondata rispetto ai parametri *interni*, si troverebbe vincolato a pronunciarsi nel senso dell'accoglimento della stessa con riguardo ai parametri *esterni*, a meno che non ritenga più idoneo procedere ad un ulteriore rinvio a Lussemburgo (c2), perché ravvisa la possibilità di far scattare i controlimiti⁵³. Al contrario, se in prima battuta dovesse sopraggiungere una decisione della Corte di Giustizia di irricevibilità o che accerti il mancato contrasto tra le norme della Carta e quelle nazionali in rilievo, il successivo giudizio del Giudice delle Leggi risulterebbe *libero* da *vincoli europei* e le censure mosse in relazione ai parametri interposti verrebbero definite, rispettivamente, inammissibili o infondate. In questa casistica rientrano le duplici rimessioni operate dalla Corte d'Appello di Napoli, che – come si è detto *supra* §3 – sono state già parzialmente risolte in sede di giudizio europeo. Infatti, l'irricevibilità deliberata dal Giudice europeo dovrebbe determinare l'inammissibilità della questione incidentale promossa in riferimento ai parametri *esterni*, invocati nell'ordinanza di rimessione indirizzata alla Corte costituzionale.

Il secondo scenario, al contrario, si verificherebbe qualora sia la Corte costituzionale ad intervenire per prima decidendo o di accogliere le questioni avanzate per la sospetta lesione di uno o più parametri interni⁵⁴ (b1), cosicché quelli eurounitari resterebbero assorbiti. Inoltre, in tale eventualità pare non si possa escludere che alla decisione di accoglimento potrebbe seguire il ritiro dell'ordinanza che ha occasionato il rinvio pregiudiziale, ciò determinando la cessata materia del contendere nel giudizio instaurato dinnanzi alla Corte di Giustizia (art. 100 par. 1 del regolamento di procedura Corte Giust.)⁵⁵. Un esito parzialmente diverso si potrebbe avere sempre nel caso in cui

dei Diritti dell'Uomo. Sul punto *amplius* M. E. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, n. 3/2017, 11.

⁵³ R. CONTI, *An, quomodo e quando*, op. cit., 27. L'A. ritiene che in caso di contestuale rinvio alle due Corti «non si avrebbe difficoltà a rilevare che la pronuncia della Corte UE risulterebbe emessa all'interno del medesimo giudizio, come tale ancor di più destinata a produrre effetti vincolanti non soltanto il giudice comune, ma anche nei confronti della Corte costituzionale [...]. Tale vincolo, ovviamente, non operare ove la Corte costituzionale dovesse riscontrare l'esistenza di un controlimite non preso in considerazione della Corte UE [...]». Tuttavia, l'A. non esclude neanche che possa concretizzarsi il terzo scenario, per via della «situazione di incertezza che verrebbe a prodursi per la 'disapplicazione' della pronuncia della Corte UE».

⁵⁴ S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza*, op. cit., in corso di pubblicazione. Inoltre, questa ipotesi è ritenuta di "più frequente riscontro" da A. RUGGERI, *Sliding doors per la "doppia pregiudizialità"*, op. cit., 8, ove dovesse intervenire per prima la pronuncia costituzionale. Inoltre, l'A. ha osservato che «[l']invalidazione della norma interna, poi, potrebbe concretarsi in un annullamento "secco" ovvero in uno di tipo manipolativo e, segnatamente, additivo (di principio ovvero di regola). Quest'ultima evenienza presenta uno speciale interesse, dal momento che preclude poi ai giudici in genere di esercitare eventuali rinvii alla Corte dell'Unione aventi per specifico oggetto il testo di legge così come riscritto dalla Consulta (e, dunque, in buona sostanza, la norma da questa aggiunta o, come che sia, variamente corretta), ostandovi l'impenetrabile scudo protettivo a sua difesa eretto dall'art. 137, ult. c., cost.».

⁵⁵ Ai sensi della stessa disposizione regolamentare (par. 2), non è da escludere che sia la stessa Corte di Giustizia a rilevare "la sopravvenuta mancanza dei presupposti della sua competenza", determinando così la fine del suo giudizio per cessata materia del contendere. In aggiunta, però, si osservi una peculiarità della pronuncia interpretativa resa dalla Corte dell'Unione. «Tale sentenza – come autorevolmente sostenuto da G. TESAURO – deve essere considerata anche al di fuori del contesto processuale che l'ha provocata, proprio perché si pronuncia su punti di diritto» (ID, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, VII Ed., 324). Sebbene l'A. non si riferisca specificatamente all'eventualità che il

giunga prioritariamente la sentenza del Giudice delle Leggi, ma con questa vengano dichiarate infondate tutte le questioni incidentali (dunque, anche quelle prospettate in relazione ai parametri interposti). In tale evenienza il giudice del rinvio si troverebbe, poi, a dover attendere la decisione della Corte di Lussemburgo, che potrebbe o statuire il mancato contrasto tra le norme della Carta di Nizza e le norme nazionali censurate, oppure fornire un'interpretazione delle prime tale per cui ne derivi la non applicazione delle seconde nel giudizio *a quo*.

Da ultimo, secondo la terza previsione presa in considerazione (*c1*), pare non possa neanche escludersi che, prima della definizione della pregiudiziale europea, il Giudice costituzionale possa far *uso* del potere di cui anch'esso gode ai sensi dell'art. 267 del TFUE. Così, il rinvio pregiudiziale operato dalla Corte andrebbe a cumularsi al precedente attivato dal giudice comune, e questi (verosimilmente) verrebbero decisi congiuntamente in sede di giudizio europeo⁵⁶.

Per tutte le ipotesi descritte possono, però, individuarsi degli *inconvenienti*, che, nello specifico, potrebbero venire in rilievo qualora ognuna di queste situazioni dovesse consolidarsi nella prassi dei due *attori giurisdizionali* cui spetta la decisione.

Il primo scenario – come si è detto *supra* §4.1 – relegherebbe la Corte costituzionale ad un ruolo *diminuito* nella tutela *integrata* dei diritti fondamentali, in quanto ad essa spetterebbe non più la *prima parola*, ma solo *l'ultima*. Così l'effetto che si otterrebbe sarebbe quello di un drastico calo delle occasioni di *dialogo* tra le due Corti, il quale verrebbe verosimilmente attivato unicamente allorquando si renda necessario *disinnescare* i controlimiti⁵⁷.

Di converso, se la Corte costituzionale si pronunciasse sempre prima della Corte europea con una sentenza di accoglimento, il Giudice eurounitario finirebbe per non pronunciarsi mai sui casi in cui si fa questione di un diritto fondamentale *a doppia tutela*; dunque, in tal caso sarebbe la Corte dell'Unione ad avere un ruolo non paritario

giudice comune ritiri l'ordinanza di rinvio, si può comunque sostenere che, per la ragione illustrata dall'A., il Giudice dell'Unione potrebbe difficilmente rilevare la sua carenza a *giurisdicere* un rinvio interpretativo, anche laddove fosse intervenuta una pronuncia nazionale atta a definire il giudizio principale. In altri termini, si crede che nei casi di rinvio interpretativo la cessazione del giudizio eurounitario possa aversi, con maggiori probabilità, a seguito del ritiro dell'ordinanza da parte del giudice rimettente.

⁵⁶ Circostanza verificatasi nel caso Mascolo – Napolitano. Più precisamente, la Corte costituzionale, adita dal Tribunale di Roma e di Lamezia Terme, realizzava il suo primo rinvio pregiudiziale su una questione già sollevata precedentemente dal Tribunale di Napoli. La Corte di Giustizia ha riunito i due rinvii nella causa *Mascolo* (C-418/13), cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, op. cit., 19, si v. nt. 55. La Corte costituzionale in quella occasione avrebbe potuto rinviare la causa al ruolo, confermando il precedente del 2004 (si v. *supra* nt. 49), ma invece ha deciso di invertire rotta rinviando a Lussemburgo.

⁵⁷ Inoltre, rimane ancora incerto se il giudice possa immediatamente procedere alla non applicazione, qualora la Corte di Giustizia dovesse pronunciarsi per prima e con verdetto favorevole. Una parte della dottrina ritiene che il giudice possa procedere immediatamente alla non applicazione e in tale evenienza non può escludersi con certezza che la Corte costituzionale continui il suo giudizio nella consapevolezza che il giudizio di principale sia stato già definito (cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors per la "doppia pregiudizialità"*, op. cit., 12). Mentre, R. CONTI è dell'avviso che in tale situazione il giudice rimettente, prima di procedere alla disapplicazione, debba aspettare anche la conclusione del giudizio di legittimità costituzionale, all'esito del quale, qualunque sia la decisione del Giudice delle Leggi, il giudice *a quo* potrà non applicare la norma nazionale (ID, *An, quomodo e quando*, op. cit., 27, cfr. nt. 54).

nel *dialogo* con la Corte costituzionale⁵⁸. Ed inoltre, tale interlocuzione sarebbe preclusa nell'ipotesi *b2*, giacché si riscontrerebbe che la Carta dei diritti appresta una tutela maggiore di quella offerta dalla Costituzione italiana, ma ciò condurrebbe alla sola disapplicazione della disposizione nazionale, essendosi il Giudice costituzionale già pronunciato nel senso dell'infondatezza delle questioni. Tuttavia, laddove si dovesse verificare questa situazione, si concorda con quella parte di dottrina⁵⁹ che ritiene che il giudice non potrebbe immediatamente procedere alla non applicazione, poiché sarebbe maggiormente opportuno che questi sollevi un secondo incidente di costituzionalità per consentire al Giudice delle Leggi, alternativamente, o di trasformare l'originaria pronuncia di infondatezza in una di accoglimento, oppure, di escludere che il maggior grado di tutela garantito al livello comunitario non contrasti con un controlimite. Pertanto, anche relativamente all'ultima casistica analizzata si rintracciano degli elementi negativi circa l'immediato coinvolgimento di entrambe le Corti: da un lato, ove il giudice dovesse disapplicare senza rimettere la questione alla Corte costituzionale, verrebbero *preclusi* i necessari effetti *erga omnes*, mentre dall'altra, se il Giudice delle Leggi fosse investito una seconda volta, i tempi del processo *a quo* si dilaterrebbero notevolmente.

La terza ed ultima situazione possibile concerne l'eventualità che venga esperito un secondo rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia. Tale scenario, a parere di chi scrive, è forse il meno problematico, dal momento che non depotenzia i rapporti tra le Corti e tra le reciproche giurisprudenze; tuttavia non si può non sottolineare che potrebbe emergere, anche in questa eventualità, l'incognita legata all'eccessiva durata dei tempi di sospensione del processo principale⁶⁰.

Inoltre, l'inopportunità di adire congiuntamente le due Corti può individuarsi anche con riferimento alle circostanze che hanno parzialmente chiuso questa prima vicenda di simultaneo rinvio, ovverosia l'accertamento preliminare dell'applicabilità della Carta di Nizza. In tale ipotesi sarebbe più corretto investire della questione il Giudice dell'Unione e non entrambe le Corti perché non si può essere certi che si pronunci per prima quella di Lussemburgo (cfr. ipotesi *b*). Giova, per altro, aggiungere che tale incertezza, nel caso in questione, non è stata avanzata dalla Corte rimettente, che, invece, aveva dato per certa l'applicabilità della CDFUE.

⁵⁸ Cfr. M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. n. 3/2019, 756. L'A. prende astrattamente in esame il caso in cui il giudice formuli i quesiti pregiudiziali ad incidente di costituzionalità già sollevato (ma non ancora deciso). A tal proposito osserva che, da una parte, «un giudicato costituzionale di rigetto non precluderebbe eventuali (questioni pregiudiziali e) disapplicazioni; dall'altra parte, l'accoglimento toglierebbe comunque dal tappeto la norma sospetta di incompatibilità con la CDF (anche se, proprio per questo, impedirebbe ulteriori approfondimenti sui profili europei)». Tuttavia, per l'A. ciò che assume una centralità è «la possibilità processuale per la Corte costituzionale di prendere subito parte attiva alle discussioni sulla compatibilità tra leggi nazionali e Carta di Nizza, e di impostarne i termini».

⁵⁹ S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, fasc. n. 10/2019, 32.

⁶⁰ Cfr. A. RUGGERI, *Sliding doors per la "doppia pregiudizialità"*, op. cit., 11. L'A. evidenzia che solo in apparenza il simultaneo rinvio può accorciare i tempi di sospensione del giudizio, in quanto questi potrebbero dilatarsi ulteriormente per effetto degli ulteriori rinvii che possono essere esperiti.

In conclusione, constatando che «la simultaneità è solo “in entrata”, non pure “in uscita”»⁶¹, e che ciò implica l'impossibilità di individuare *ex ante* la Corte che si esprimerà per prima, si è dell'avviso che la duplice e contestuale rimessione alle due Corti in ipotesi di doppia pregiudizialità impedisca sia il rafforzamento dei *legami* tra le Corti sia il tentativo di accorciare i tempi processuali. Aspetti, quest'ultimi, che verrebbero maggiormente valorizzati allorquando fosse il Giudice delle Leggi a «prendere subito parte attiva alle discussioni [con la Corte di Giustizia] sulla compatibilità tra leggi nazionali e Carta di Nizza»⁶². Pertanto, ostacolare questo non ancora ben collaudato dialogo, attraverso una *diversa interpretazione* dello stesso⁶³, rischia di introdurre incertezze e ritardi alla sempre più complessa tutela dei diritti fondamentali.

⁶¹ A. RUGGERI, *Sliding doors per la “doppia pregiudizialità*, op. cit., 7.

⁶² M. MASSA, *La prima parola e l'ultima*, op. cit., 756.

⁶³ Cfr. pt. 29, ord. di rimessione Corte d'Appello Napoli (Corte cost.), cit.



**GRUPPO
di PISA**

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

OTTAVO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
19 SETTEMBRE 2019

**LE OPINIONI DISSENZIENTI DELLA CORTE DI STRASBURGO E LA TUTELA
DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA: UN CAPOVOLGIMENTO DI PROSPETTIVA***

MILENA DURANTE**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La dimensione “giurisprudenziale” della tutela dei diritti fondamentali nel sistema del Consiglio d’Europa - 3. La valenza delle opinioni dissenzienti nelle decisioni della Corte di Strasburgo - 4. L’evoluzione degli orientamenti di maggioranza della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa - 5. La rilevanza del dissenso ai fini dell’evoluzione interpretativa del diritto - 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La geopolitica contemporanea non è pienamente comprensibile se non si prende in considerazione la dimensione religiosa. Negli ultimi decenni stiamo assistendo ad un processo di evoluzione attraverso il quale si sta passando da una società secolarizzata ad una de-secolarizzata che prelude ad un nuovo protagonismo delle religioni (e di alcune chiese in particolare) nello spazio politico delle relazioni internazionali¹.

La caduta del muro di Berlino, nel novembre del 1989, segna uno spartiacque simbolico fra un prima e un dopo; tale evento, infatti, insieme al disfacimento dei regimi comunisti, ha scatenato una corsa a una ricerca di senso e di identità religiosa che

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottoranda in Sociologia e teoria e storia delle istituzioni presso l’Università degli studi di Salerno.

¹ Sul tema del nuovo protagonismo delle religioni si rinvia, tra i tanti, a U. DESSI, *Religioni e globalizzazione. Un’introduzione*, Roma 2019; A. ALDRIDGE, *La religione nel mondo contemporaneo*, Bologna 2005, 15 ss.

ha intensificato il fenomeno delle c.d. *cultural wars*², nonché l'ascesa di movimenti nazionalisti che si appropriano dei simboli e delle narrazioni religiose per avvalorare le loro tesi identitarie³. La retorica religiosa, insomma, si offre alla politica come strumento malleabile per ottenere consenso e mobilitare le masse a scopi di potere⁴. La caduta del muro, pertanto, può essere convenzionalmente assunta come punto di partenza per comprendere questa “nuova centralità” che la dimensione religiosa è venuta assumendo all'interno dello scenario geopolitico e multiculturale attuale.

Prima di questo importante avvenimento il mondo era diviso in due blocchi assestati su fondamenta ideologiche e politiche di potenza profondamente diverse: libero mercato ed economia pianificata, spirito del capitalismo e spirito del comunismo, libertà religiosa ed “espulsione” della religione dalla sfera pubblica. Un antagonismo, insomma, apparentemente senza possibili soluzioni di continuità; ma, causa l'elevato livello di interculturalità prodotto dalla globalizzazione⁵ e il timore da parte delle istanze religiose maggioritarie di perdere il consenso faticosamente costruito all'interno degli spazi nazionali – che spesso si è tradotto in atteggiamenti e prese di posizione contro le istituzioni sovranazionali (per esempio l'ostilità della Chiesa cattolica nei confronti del progetto politico euro-unitario⁶) – si è progressivamente assistito ad una evoluzione dei rapporti di potere tra ordine religioso e ordine civile che ha determinato la formazione di “alleanze” non più basate su comuni interessi materiali, ma su condivise visioni morali e religiose⁷.

Con la modernizzazione, dunque, anziché proiettarci verso una crescita del pluralismo religioso e dei principi di neutralità e tolleranza – che avrebbero dovuto escludere (o quanto meno “contenere”) la religione all'interno della scena pubblica, “privatizzandola” – si è assistito, piuttosto, ad un inasprimento identitario delle posizioni religiose e ad un generalizzato ritorno della fede nello spazio sociale⁸, da cui il

² Sul tema delle *cultural wars* v. S. MANCINI, M. ROSENFELD, *The conscience wars. Rethinking the balance between religion, identity and equality*, Cambridge 2018.

³ Di recente si rinvia a G. MACRÌ, *Mercificazione e strumentalizzazione dei simboli religiosi nello stato laico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 2/2020, 89 ss.

⁴ P. HATZOPOULOS, F. PETITO (a cura di), *Religion in International Relations: The Return from Exile*, New York 2003.

⁵ C. GALLI, *L'umanità interculturale*, Bologna 2008, 42 ss.

⁶ G. MACRÌ, *Europa, Lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino 2004, 143 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida (a cura di), *Religioni e sistemi giuridici*, Bologna 2000, 87 ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Valori religiosi e costruzione comunitaria*, in *Dossier Europa*, 39, 2007, 31-35; M. PARISI, *La dimensione religiosa nel modello democratico di integrazione sovranazionale europea*, in AA.VV., *Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 3/2019, 295-305.

⁷ P. ANNICCHINO, *La fonte della fede russa*, in *Il Foglio Quotidiano*, 2 agosto 2019;

⁸ J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000, 77 ss.

noto fenomeno definito in ambito sociologico come “deprivatizzazione della religione”⁹.

Questa nuova centralità della questione religiosa, ovviamente, si riflette anche nelle dinamiche giuridiche e giurisprudenziali. La tutela dei diritti fondamentali, infatti, rappresenta una sfida per il costituzionalismo europeo, che si contraddistingue per il suo approccio “multilivello” orientato a mettere in luce la sovrapposizione di diversi regimi delle libertà in Europa, e a valorizzarne la pluralità di fonti di riconoscimento e di estensione dei relativi ambiti di tutela, grazie, appunto, alla creatività dei differenti organi giurisdizionali che ne prendono parte (Corti costituzionali, Corte di Strasburgo e Corte del Lussemburgo). Quello “multilivello”, è un approccio del quale difficilmente oggi può farsi a meno considerato il contesto storico-istituzionale dominato non più da una identità nazionale monolitica ma da una identità proteiforme di cui il cittadino europeo è portatore, derivante dalla pluralità di ordinamenti cui contemporaneamente appartiene. Ed è in questo contesto che le due Corti sovranazionali di riferimento, quella di Strasburgo e quella del Lussemburgo, geneticamente differenti e poste a presidio di due ordinamenti formalmente distinti ma accomunati da una più o meno corrispondente sfera soggettiva (gli Stati membri della Unione sono al contempo membri della CEDU), hanno intrapreso un produttivo rapporto dialogico in materia di tutela delle libertà fondamentali.

Nello specifico, il presente lavoro si occuperà di analizzare le dinamiche giurisprudenziali della Corte Europea dei diritti dell’uomo, organo giurisdizionale preposto alla tutela di quei diritti consacrati nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU). La giurisprudenza della Corte EDU, infatti, rappresenta una “lente” attraverso cui poter osservare diverse modalità di estrinsecazione pratiche della libertà religiosa in Europa, le cui forme di protezione rilevano qui – stante la menzionata difficoltà a individuare categorie unitarie di “libertà religiosa” e “laicità” di matrice sovranazionale – soprattutto in ragione del persistere di forti resistenze da parte degli Stati a riconsiderare le modalità interne di governo dei rapporti tra apparati confessionali e apparati pubblici alla luce della normativa europea¹⁰.

Dagli anni ’80 del secolo scorso ad oggi, infatti, i giudici di Strasburgo hanno intrapreso il compito di assicurare la più ampia tutela possibile del diritto in oggetto,

⁹ Sul tema, svolge alcune riflessioni anche C. MCCRUDDEN, *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna 2019, 31-32; O. ROY, *L’Europa è ancora cristiana? Cosa resta delle nostre radici religiose*, Milano, 2019.

¹⁰ In materia di tutela della libertà religiosa nel sistema CEDU, tra gli altri, si segnala G. CASUSCELLI, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un’opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiase.it), settembre 2011, 13 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiase.it), gennaio 2011, 9 ss.; F. ALICINO, *Libertà religiosa*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., 458-467; V. TOZZI, *La libertà religiosa in Italia e nella prospettiva Europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiase.it), 10 novembre 2014, 24 ss.; si rinvia, in generale, anche ai volumi L. MUSSELLI, *Diritto e religione in Italia ed in Europa. Dai concordati alla problematica islamica*, Torino 2017; I.C. IBÁN, *Europa, diritto, religione*, Bologna 2010.

assumendosi la responsabilità di provare ad enucleare un'idea-principio di laicità da estendere all'interno di tutti i paesi membri del Consiglio d'Europa¹¹.

Le stesse pronunce della Corte di Strasburgo, se da una parte hanno favorito (tra alti e bassi) la progressiva strutturazione di un sistema giuridico di matrice giurisprudenziale in grado di individuare “*soglie minime*” di tutela a cui gli Stati sono obbligati a uniformarsi¹², dall'altra, però, le maglie della *policy* europea dei diritti fondamentali risultano ancora oggi troppo ampie stante l'assenza di un esplicito “progetto europeo” in materia. Infatti, proprio in virtù del citato sistema costituzionale multilivello, l'Europa, sia a livello normativo che giurisprudenziale, in materia di libertà religiosa, ha assunto un costante moto oscillatorio fra la necessità di instaurare una tutela incrementale dei diritti fondamentali delle persone e quella di rispettare le differenti tradizioni costituzionali dei singoli Stati¹³.

¹¹ Ancora oggi su scala europea si riscontrano oggettive difficoltà a pervenire ad una visione unitaria del diritto di libertà religiosa e del principio di laicità. Non bisogna dimenticare che il giudice della Corte di Strasburgo opera in un contesto internazionale estremamente eterogeneo dal punto di vista delle tradizioni sociali, culturali e giuridiche; differenze, che si accentuano alla luce delle questioni riguardanti i profili pratici della libertà religiosa e che, specie per la delicatezza della materia, suscitano una particolare attenzione da parte delle diverse confessioni religiose chiamate in gioco. Queste circostanze non fanno altro che alimentare nella Corte EDU (la cui funzione si sostanzia principalmente in interventi sussidiari di tutela dei diritti su singoli casi), quella tensione fra la necessità di garantire, da un lato, la sussidiarietà europea e, dall'altro, l'universalità dei diritti umani, che non permette, appunto, di elaborare un progetto organico sulla tutela della libertà religiosa ma pure sugli altri diritti consacrati nella CEDU. Per una ricognizione generale sulla Corte di Strasburgo e sulla CEDU si rinvia a E. BATES, *The Evolution of the European Convention*, Oxford (NY), 2010, 319 ss.; P. VAN DIJK, G.J.K. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Boston, 1990, 25-29; PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, 90 ss.; M.E. GENNUSA, *La CEDU e l'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007, 91-144; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova 2016; M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2000; M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli 2001; V. SCARABBA, *Il giudicato e la CEDU: profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2013; O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2010, 1-32.; G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 marzo 2018; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2008; A. BULTRINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg. IV, (2000), 149-151; V.A. DE GAETANO, *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Gli Speciali di Questione Giustizia*, Aprile 2019, 17- 22.

¹² M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 13 ss.

¹³ Sulla tutela incrementale dei diritti in Europa v. M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Torino 2001, 136 ss.; G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Vol. 1: Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Torino 2017; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e «integrazione» costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino 2018, 351 ss.; O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., 67 ss.; M. PARISI, *La dimensione religiosa nel modello democratico di integrazione sovranazionale europea*, in AA.VV., *Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*, cit., 295 ss.. Si rinvia, inoltre ai lavori di N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello stato costituzionale*, Bologna 2012; E. STRADELLA, *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della*

L'obiettivo, perciò, sarà quello di analizzare il ruolo della Corte di Strasburgo in relazione alla promozione e tutela della libertà di religione nello spazio europeo alla luce del modello politico instaurato dal Consiglio d'Europa. Si tratta di un'analisi certamente non sconosciuta in dottrina. Alla luce di ciò, si è pensato di introdurre un elemento di novità rispetto all'approccio tradizionale seguito sino ad ora. Si opererà cioè un capovolgimento di prospettiva in base al quale l'analisi sul grado di tutela riconosciuto alle libertà ex art. 9 CEDU verrà condotta non sull'osservazione dell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali di maggioranza, ma su quella degli indirizzi di quei giudici che si sono espressi contro la sentenza del collegio.

L'attenzione, insomma, verrà posta sulle sole sentenze ex art. 9 CEDU che presentano in allegato delle opinioni dissenzienti, al fine di individuare una tendenza che possa considerarsi "parallela" a quella che si desume dagli orientamenti delle sentenze maggioritarie e, che sia utile a determinare un andamento più omogeneo in materia, così da consentire agli Stati membri di rimuovere tutte quelle resistenze (politiche e) giuridiche che spesso impediscono un incremento delle tutele garantite dal combinato disposto dell'art. 9 CEDU con le norme costituzionali interne.

2. La dimensione "giurisprudenziale" dei diritti fondamentali nel sistema del Consiglio d'Europa

Il consolidamento dei diritti fondamentali nella dimensione politica e giuridica europea rappresenta il frutto di un processo tardivo quanto elaborato. Dopo la tragedia della seconda guerra mondiale, gli Stati decisero di convergere su un modello di coesione destinato ad assicurare da un lato lo sviluppo economico e il progresso sociale, attraverso la messa in comune delle risorse economiche, dall'altro a garantire a tutte le persone la più ampia protezione delle proprie libertà, grazie alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che rappresenta il punto di partenza per la creazione di uno spazio politico ampio, funzionale al contenimento di nuove istanze nazionalistiche e alla determinazione giuridico-normativa di principi in grado di assicurare i diritti e le libertà¹⁴.

La novità di maggior pregio che questo sistema ha offerto ai popoli europei è stata la previsione di un organo giurisdizionale avente lo scopo di garantire la rimozione dei più vari e complessi attentati contro i diritti fondamentali e la produzione di soluzioni giudiziarie dirette agli Stati al fine di consentire ai singoli cittadini e ai gruppi ampi margini di tutela. Infatti, il "sistema CEDU" si presta sia a preservare le varie identità culturali dei numerosi ordinamenti che ne fanno parte, sia, allo stesso tempo, a garantire uno standard minimo di tutela delle libertà che tutti gli Stati membri sono tenuti ad osservare. Il valore di "minimo comune denominatore" che svolge la Convenzione rispetto alle costituzioni nazionali, la natura sussidiaria dei rimedi giurisdizionali

"fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016; G. MACRÌ, *L'Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Soveria Mannelli 2017.

¹⁴ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2019, 35 ss.

davanti alla Corte di Strasburgo rispetto a quelli interni e soprattutto la c.d. “dottrina del margine di apprezzamento”, hanno consentito al sistema CEDU di destreggiarsi (non senza difficoltà) nella ricerca di un equilibrio soddisfacente a cavallo tra universalità, pluralismo (e particolarismo) dei diritti fondamentali¹⁵.

I giudici della Corte sono chiamati a sciogliere il rapporto di forza fra due fronti politico-normativi opposti: il diritto convenzionale, di ispirazione universalistica, e i singoli diritti interni a trazione particolaristica, su cui insistono molto le pressioni esercitate dalle confessioni religiose storicamente maggioritarie. Questi giudici dovranno decidere quanto margine di apprezzamento¹⁶ riconoscere agli Stati in materia di libertà religiosa. Un ruolo di strumento di garanzia “minima” dei diritti umani che ha subito un profondo mutamento di prospettiva a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, caratterizzandosi, tra alterne vicende, in senso progressivo.

Ad avere determinato questo cambiamento è stato il (già citato) crollo del blocco comunista e il conseguente ingresso nel Consiglio d’Europa dei Paesi che ne facevano parte, i quali, oltre ad aver mutato l’assetto geo-politico dello stesso Consiglio – triplicando il numero dei suoi membri – hanno introdotto questioni politiche (anche a rilevanza culturale, etnica e religiosa) profondamente diverse da quelle precedentemente affrontate, che hanno progressivamente inciso sulle questioni giuridiche più spinose sottoposte all’esame della Corte EDU¹⁷. E proprio al fine di colmare questo *gap*, che le funzioni della Corte hanno subito un mutamento. La Corte di Strasburgo, cioè, è passata dall’aver una mera funzione interpretativa e implementativa di standard già preesistenti e ampiamente condivisi, a quella diretta a definire *ex novo* percorsi in grado di fungere da punto di riferimento anche per una platea più vasta per i paesi di recente ingresso nel sistema CEDU¹⁸.

¹⁵ A. RINELLA, *Diritti e libertà fondamentali*, in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato (Quinta edizione)*, Torino 2016, 348 ss.

¹⁶ Sulla questione si rinvia a P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit., 148 ss.; F. BUFFA, *La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., 188-189. O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., 13-16; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa. Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino 2003, 70 ss.

¹⁷ Si consideri, infatti, che se fino agli inizi degli anni ‘90 gli Stati contraenti erano accomunati da un background culturale e politico più o meno omogeneo, con l’allargamento ad est sono entrati nel Consiglio d’Europa Stati le cui esperienze totalitarie precedenti rimarcavano un profondo divario soprattutto nel campo della tutela dei diritti fondamentali rispetto ai Paesi di più lunga data del sistema CEDU. Sul punto S. FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l’articolo 9 della Convenzione europea. Un’analisi quantitativa della giurisprudenza*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna 2012, 27-29.

¹⁸ Considerato che gli Stati di nuovo ingresso nel Consiglio d’Europa presentavano dei livelli di protezione dei diritti umani non del tutto soddisfacenti o comunque non in linea con un’applicazione rigorosa della Convenzione EDU, alla Corte di Strasburgo è stato richiesto un impegno supplementare al fine di mantenere alto il precedente standard qualitativo della protezione dei diritti fondamentali. La Corte, cioè, ha dovuto affiancare al suo ruolo originario di custode della Convenzione, anche quello di “esportatore” di principi democratici all’interno di quei Paesi che si stavano adattando per la prima volta ad nuovo un regime di tutela e garanzia delle libertà fondamentali. Sul punto M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa 2018, 194;

Nella materia inerente il contenzioso religioso, se in precedenza la Corte di Strasburgo aveva quasi sempre assunto un atteggiamento di *self-restraint*¹⁹, è solo nel 1993 che ha emesso la prima sentenza accertativa della violazione dell'art. 9 CEDU, condannando la Grecia a risarcire i danni causati da un'applicazione restrittiva del principio fondamentale di pluralismo culturale e religioso sancito nella Convenzione. Si tratta del noto caso *Kokkinakis v. Grecia*²⁰, che offre ai giudici di Strasburgo la possibilità di iniziare a fornire anche ai nuovi membri del Consiglio, linee-guida cui attenersi nel cammino verso una garanzia sempre più ampia della libertà religiosa, specie in materia di proselitismo religioso²¹.

Da questo caso in avanti il tema della violazione della libertà religiosa assumerà sfaccettature sempre più diverse, stante appunto l'ingresso di nuovi Paesi nel Consiglio d'Europa. E su queste basi i giudici di Strasburgo saranno chiamati a valutare con maggiore attenzione il peso politico delle Chiese all'interno di molti Paesi.

Con l'avvento degli anni '90, la Corte EDU mostra un inedito "attivismo giudiziario", rendendo una mole di pronunciamenti che consente di esaminare un campione giurisprudenziale molto ampio, da cui è stato possibile individuare orientamenti sempre più originali²². Da qui l'ulteriore utilità di analisi delle pronunce rese dalla Corte per misurare il livello di "tensione democratica" nei singoli Stati, specie laddove si riscontrano difficoltà per la scrittura di un modello razionale dei diritti fondamentali allineato allo standard europeo²³.

O. POLLICINO, V. SCJARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, cit., 17-19; G. CIMBALO, *Confessioni e comunità religiose nell'Europa dell'Est. Pluralismo religioso e politiche legislative degli stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 8/2019, 5-10.

¹⁹ Sulla questione della libertà religiosa la Corte ha sempre riconosciuto agli Stati un ampio margine di autonomia, soprattutto per quanto riguarda la regolamentazione dei rapporti tra Stato e organizzazioni religiose. È infatti evidente che il principio del "margine di apprezzamento", se applicato generosamente, finisce per vanificare lo scopo stesso della supervisione internazionale riducendola ad una "inutile" adesione alle scelte nazionali. Un problema delicato, quest'ultimo, emerso soprattutto alla luce della sentenza della *Grande Chambre*, che si è espressa sul caso Lautsi nel 2011 (Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 18 marzo 2011, *Caso Lautsi e altri c. Italia*, ricorso n° 30814/06), con la quale l'assioma adottato fino al 2009 (Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 3 novembre 2009, *Caso Lautsi e altri c. Italia*, ricorso n° 30814/06), in forza del quale la Corte non avrebbe alcuna competenza nel definire un modello uniforme di relazioni fra ordinamenti statuali e organizzazioni religiose, è stato messo in discussione, e se è pur vero che la sentenza della Grande Camera risulta fedele al tradizionale schema interpretativo fondato sulla estesa applicazione del margine di apprezzamento, bisognerà verificare, nei prossimi anni, se la Corte avrà la forza politica di imporre ai singoli Stati membri un proprio uniforme modello di politica ecclesiastica.

²⁰ Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 25 Maggio 1993, *Caso Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n° 14307/88.

²¹ Quando la Corte affronta il caso greco, altre situazioni più o meno analoghe risultano pendenti davanti ai giudici di Strasburgo. Così la Corte utilizza l'esperienza greca per inviare ai Paesi di nuovo ingresso nel Consiglio d'Europa, suggerimenti finalizzati a migliorare la qualità dei diritti e delle libertà così come tutelate dalle rispettive Costituzioni. Nel 2000 la Grecia "esce dal mirino della Corte EDU" e il suo posto viene preso da uno Stato di nuova accessione che è la Bulgaria (v. caso *Hasan e Chausch v. Bulgaria* del 2000). Si rinvia ancora a S. FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, cit., 42.

²² M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, cit., 195.

²³ Per un approfondimento sul tema della giurisprudenza di Strasburgo in materia di libertà religiosa si rinvia tra i lavori esplorativi sull'argomento a J. MARTINÉZ-TORRÓN, *La giurisprudenza degli organi di*

A tal fine si rivela di particolare utilità la *dissenting opinion*, ovvero quello strumento finalizzato a formalizzare e a rendere pubblica la posizione di chi, all'interno di un organo giurisdizionale di natura collegiale (com'è la Corte di Strasburgo), intende esprimere la propria contrarietà rispetto alla posizione della maggioranza, finanche a favorirne l'eventuale superamento (*overruling*²⁴). E, visto che dagli studi condotti sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è manifestato un alto livello di approvazione nei confronti dell'utilizzo delle opinioni dissenzienti, sarà questo il tema intorno al quale si svilupperà il presente saggio, cercando di porre l'attenzione, in particolare, sugli orientamenti giurisprudenziali ricavabili dalle opinioni minoritarie prodotte in materia di libertà religiosa ex art. 9 CEDU²⁵.

3. Le opinioni dissenzienti nelle decisioni della Corte di Strasburgo

La scelta di focalizzare questo lavoro sulla *dissenting opinion* nasce dal fatto che, secondo alcuni, questo strumento potrebbe rivelarsi utile a non assolutizzare la decisione maggioritaria e a considerarla potenzialmente oggetto di revisione. Mentre l'opinione maggioritaria si presenta come quella che "impone" i valori del comune sentire, quella dissenziente, invece, rappresenta un'opzione di "scoperta", di "frontiera", vocata ai principi della democrazia liberale e al rispetto del pluralismo. Si vuole,

Strasburgo sulla libertà religiosa, in *Rivista internazionale dei diritti dell'Uomo*, 2, 1993, 341 ss.; S. LARICCIA, *A cinquant'anni dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'art. 9*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, Padova 2000, 1069 ss. Diffusamente a M. PARISI, *Orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Annali dell'Università del Molise*, 4, 2002, 273 ss.; M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, cit.; C. MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, Bari 2018; L. GIANNUZZO, *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiose: ipotesi ricostruttive*, Tricase 2018; G. BLANDO, *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*, Napoli 2019, 157 ss.

²⁴ Il fenomeno del cd. *overruling* ricorre quando si registra una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte. Elementi costitutivi sono quindi: l'aver a oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. Per un inquadramento generale sulla tecnica di *overruling*, cfr. E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 67, n. 3/2013, 899; R. CONTI, *Overruling giurisprudenziale e tutela della certezza del diritto*, in AA. VV., *Dialogando sui diritti – Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Napoli 2016, 187 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 437- 445.

²⁵ Per un approfondimento sul tema dell'utilizzo dell'opinione dissenziente nella Corte di Strasburgo si rinvia a C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano 1964; F. NOVARESE, "Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo", in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma nei giorni 5-6 Novembre 1993, Palazzo della Consulta*, Milano 1995 367 ss.; S. PETITTI, *Le opinioni separate, dissenzienti e concordanti dei giudici della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'Uomo*, 416 ss.; S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni di diritto costituzionale*, n. 4/2009; K. KELEMEN, *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal perspective*, Oxfordshire-New York 2018, 102 ss.; A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli 2016; D. GALLIANI (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva Europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino 2016, Prefazione; D. CARDAMONE, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Efficacia della dissenting opinion*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., 148-155.

insomma, dimostrare che il *dissenso* più che a svolgere la funzione di strumento per controbilanciare l'opinione maggioritaria, possa fungere da fattore utile a migliorare l'approccio culturale al problema oggetto della causa²⁶. Fra l'altro, gli studi che di recente sono stati condotti sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo mostrano che il ricorso alle opinioni dissenzienti è molto frequente, tanto da poter affermare che questa pratica costituisce più una prassi che non l'eccezione²⁷. Ciò dipende innanzitutto dalla varietà della provenienza geografica e professionale dei singoli giudici e dalle diverse tradizioni dei paesi di origine degli stessi. Non è raro infatti che le opinioni dissenzienti o concorrenti vengano spesso redatte o espresse da componenti della Corte appartenenti tutti alla medesima area culturale. Ma la frequente adozione delle opinioni dissenzienti si spiega anche considerando il fatto che queste vengono utilizzate, nella maggior parte dei casi, per far fronte alla eccessiva complessità della fattispecie sottoposta all'esame della Corte nonché per la novità della questione e dunque per l'incertezza circa la soluzione da fornire²⁸.

Nello sviluppo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la *dissenting opinion* ha assunto un'importanza centrale, non solo perché mette insieme voci individuali che qualificano e arricchiscono il dibattito nella Corte, ma anche perché corregge lo stile a volte eccessivamente burocratico delle decisioni; un aspetto che si è particolarmente accentuato da un po' di tempo a questa parte specie a seguito dell'impressionante incremento dei casi da decidere. Per tali ragioni, dunque, le opinioni dissenzienti costituiscono spesso un elemento *necessario* per la migliore comprensione delle sentenze della Corte di Strasburgo²⁹.

Sebbene la Corte nel citare i propri precedenti non fa esplicito riferimento alle opinioni dissenzienti³⁰, queste vengono spesso utilizzate per migliorare l'attività interpretativa della Corte, ed essere assunte, talvolta, come basi logiche per gli sviluppi successivi della sua giurisprudenza o essere utilizzate per chiarire determinati

²⁶ S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino 1998, 69-80; C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma 2012, 275-276; S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 12-16; D.W. DOUGLAS, *Il "dissent": una salvaguardia per la democrazia*, in C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 105-112; A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 113-160; S. FOIS, *Le opinioni dissenzienti: problemi e prospettive di soluzione*, in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 30-40; A. ANZON, *Per l'introduzione delle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, in ID. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 433-436; K. KELEMEN, *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal perspective*, cit., 158-180.

²⁷ E. CALZOLAIO, *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, relazione presentata in occasione del Convegno "Diritti fondamentali e diritti sociali" organizzato nell'Università di Macerata il 22 e 23 novembre, in www.unimc.it, 6-7.

²⁸ F. NOVARESE, *"Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo"*, in A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., 368-372; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, 103.

²⁹ E. CALZOLAIO, *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, cit., 8.

³⁰ B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 1586.

ragionamenti definibili come "alternativi", dunque, non immediatamente perseguibili³¹. Tutto questo fa sì che la CEDU si dimostri, attraverso le sentenze maggioritarie o minoritarie emesse dalla Corte, un vero e proprio "living instrument"³².

La possibilità di esprimere opinioni dissenzienti, insomma, permette di sviluppare una pluralità di voci intorno ad un medesimo caso e di mettere in campo "saperi" differenti che contribuiscono a meglio specificare la portata e il contenuto di ogni singolo diritto previsto dalla CEDU: l'esternazione di un'idea diversa rispetto a quella della maggioranza del collegio, quindi, può favorire una maggiore democraticità del dibattito interno alla Corte e contribuire a migliorare l'indipendenza dell'organo nel suo complesso, oltre che tutelare l'imparzialità dei giudici stessi³³. Le opinioni separate rappresentano, perciò, la c.d. garanzia funzionale dell'indipendenza del giudice nello svolgimento della sua funzione. Questa garanzia può esplicarsi sia verso "l'interno" che verso "l'esterno". Verso l'interno - nella prospettiva dell'indipendenza del singolo giudice rispetto al collegio - l'opinione dissenziente può costituire un presidio dell'indipendenza del singolo giudice, oltre che garantire la pubblicità e la trasparenza della stessa decisione; verso l'esterno, invece, il dissenso può contribuire ad offrire elementi ulteriori sul modo come il singolo giudice si posiziona rispetto al contesto culturale di provenienza.

Inoltre, le opinioni dissenzienti si rivelano uno strumento prezioso sia per i giudici della maggioranza del collegio, che si trovano ancora più stimolati nel motivare le loro ragioni con chiarezza e precisione, sia per i giudici che rendono la loro motivazione a parte e forniscono ulteriori elementi di argomentazione e spunti fecondi da cui far germinare possibili soluzioni nuove in casi futuri³⁴. Assumono, cioè, differenti connotati, giacché a volte servono a stimolare o a frenare un indirizzo evolutivo della giurisprudenza, altre volte si prestano a delimitare e precisare meglio la portata delle singole decisioni nonché a sviluppare un potenziale argomentativo da porre a disposizione delle decisioni future³⁵.

A sostegno di questo ragionamento, si rinvia a Costantino Mortati, che già negli anni '60 del secolo scorso promuoveva l'introduzione della *dissenting opinion* anche nel nostro sistema di giustizia costituzionale, osservando che alcuni degli storici cambiamenti di rotta della giurisprudenza americana affondavano le loro radici in

³¹ A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., 119-122

³² L'idea che l'interpretazione convenzionale debba svolgersi in chiave evolutiva è alla base della dottrina del c.d. *living instrument*, secondo la quale, come stabilito dalla stessa Corte nelle due sentenze *Bayatan v. Armenia* rispettivamente del 2009 e del 2011, «la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali e delle idee prevalenti negli Stati democratici di oggi [...]. La Corte deve avere riguardo delle condizioni mutevoli nei suoi Stati contraenti e rispondere, ad esempio, a qualsiasi consenso emergente in merito agli standard da raggiungere». (Traduzione mia n.d.r.) Cfr. P. BILANCIA, *The Dynamic of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After The Lisbon Treaties*, Milano 2012, 141 ss.

³³ AA.VV., *L'indipendenza dei giudici della Corte*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., 53-55.

³⁴ A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli 2019, 119-127.

³⁵ Cfr. C. L'HEREUX-DUBÉ, *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?*, In Garlicki et Al., *Global Constitutionalism*, Yale Law School, 2008, I-40; e in generale G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

sentenze precedenti, e nello specifico proprio in alcune opinioni dissenzienti di carattere più progressista rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato³⁶. Un *trend* questo che è stato rinvenuto anche nell'esperienza giurisprudenziale più recente della CEDU. Il “*leading case*” è rappresentato da *Christine Goodwin v. Regno Unito* (2002)³⁷ – definito come il caso più eclatante di utilità del dissenso in termini di mutamento della giurisprudenza della Corte – che ha rovesciato una consolidata giurisprudenza in materia di trattamento dei transessuali nel Regno Unito³⁸. In un primo momento la Corte EDU, stabilendo che nel caso in esame il regime legislativo britannico non costituiva una lesione del diritto al rispetto della vita privata (uniformandosi, così, a quanto affermato anche nelle precedenti decisioni nella medesima materia), non aveva preso in considerazione tutte quelle opinioni dissenzienti di grande rilievo che contrastavano le decisioni maggioritarie precedenti.

In un secondo momento, invece, la pratica costante del dissenso ha contribuito a determinare un cambio di rotta della Corte, la quale, pur ammettendo che le regole della certezza del diritto, della prevedibilità delle proprie decisioni e della necessità di assicurare l'uguaglianza dinanzi alla legge non le avrebbero consentito di discostarsi, senza validi motivi, dai propri precedenti (sebbene essa non è formalmente vincolata dalla regola dello *stare decisis*), comprende che una efficace e concreta tutela dei diritti può essere attuata solo tenendo presenti tutti quei cambiamenti che si producono in una società moderna (dottrina del c.d. *living instrument*). Ed è sulla base di queste considerazioni che essa ha rivalutato l'interpretazione precedente della Convenzione ribaltando gli orientamenti giurisprudenziali fino ad allora seguiti in materia di trattamento dei transessuali³⁹.

Quanto appena descritto avvalorava perciò la tesi secondo la quale dalle opinioni dissenzienti possono trarsi spunti utili sulla evoluzione giurisprudenziale della Corte, in quanto, favorendo una maggiore interazione tra le maggioranze e le minoranze che si formano di volta in volta all'interno del collegio, questi permettono una maggiore presa in carico delle trasformazioni che si producono nella società⁴⁰.

4. L'evoluzione degli orientamenti di maggioranza della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa

³⁶ Se da una parte Mortati espone chiaramente le ragioni di opportunità circa l'eventuale introduzione della opinione dissenziente all'interno del nostro sistema di giustizia costituzionale (maggiore approfondimento delle questioni sottoposte a decisione, maggiore compiutezza e organicità della motivazione, spunti fecondi per la redazione di future decisioni, maggiore adeguamento della giurisprudenza all'evolversi dei rapporti sociali, maggiore dinamismo dell'organo), Panizza, invece, analizza alcune difficoltà sull'uso di questo strumento nel nostro sistema di giustizia costituzionale (indebolimento dell'autorità della Corte, aumento del carico di lavoro, maggiore tasso di politicità nelle funzioni, affievolimento della collegialità). C. MORTATI, *Prefazione*, in Id. (a cura di), cit. III - XI; S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, cit., 80-85.

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 11 Luglio 2001, *Caso Christine Goodwin c. Regno Unito*, ricorso n° 28957/95.

³⁸ Cfr. A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, cit., 123-128.

³⁹ C. ASPRELLA, *L'opinione dissenziente del giudice*, cit., 278 ss.

⁴⁰ I. BOUSIAKOU, R.C.A. WHITE, *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, 57.

La dottrina che si è occupata dell'analisi giurisprudenziale del diritto di cui all'art. 9 CEDU ha potuto osservare quanto sia complesso individuare un orientamento lineare ed uniforme in materia di "libertà di pensiero, di coscienza e di religione", nonché stabilire delle periodizzazioni utili a facilitare l'interpretazione giuridica delle questioni legate alla manifestazione pubblica del sentimento religioso, il quale, investendo la sfera della soggettività in tutte le sue declinazioni, si rivela una materia tanto complessa quanto delicata.

Quella di Strasburgo è una giurisprudenza per lo più casistica, che si fonda sul caso concreto, e pertanto poco incline a fornire principi di portata generale, capaci di delineare perimetri argomentativi efficaci sotto il profilo prescrittivo⁴¹. Tuttavia, seppure a ritmo altalenante, è possibile rilevare, in relazione ad alcune questioni specifiche, una più definita traiettoria, i cui principi cardine spiccano abbastanza nitidamente. Pertanto, tenendo in debito conto che si tratta di un percorso in continua evoluzione e mai definitivo, si possono comunque trarre dall'analisi di questa giurisprudenza alcuni punti fermi espressi dalla Corte EDU sulle differenti manifestazioni del fenomeno religioso.

Prima ancora, però, di fare una veloce rassegna sulla giurisprudenza maggioritaria relativa all'art. 9 della CEDU, è bene fare alcune specificazioni. Fino al 1993, infatti, la giurisprudenza della Corte EDU è stata caratterizzata da pronunce di inammissibilità rispetto ai casi sollevati ex art. 9; circostanza che non ha favorito il formarsi di una giurisprudenza più o meno coerente sul diritto in parola. Questa tendenza dei giudici di Strasburgo sembrerebbe essere stata indotta sia dalla naturale complessità del diritto in questione, sia dal fatto che, sebbene la Corte abbia il compito precipuo di espandere la portata giuridica dei diritti di cui all'art. 9 CEDU (come di ogni altro diritto fondamentale), questa sua funzione spesso viene ostacolata da resistenze interne ad alcuni sistemi nazionali che hanno fatto sì che la Corte optasse per un bilanciamento dei diritti in gioco teso (nella maggior parte dei casi) ad accettare modalità e strumenti di regolamentazione delle relazioni con confessioni, comunità e gruppi religiosi non conformi alle disposizioni convenzionali, con un conseguente restringimento dei margini di tutela per il diritto di libertà religiosa⁴².

Il mutamento di prospettiva ha inizio a partire dal 1993, quando le religioni, come segnalato in premessa, mostrano nello spazio pubblico inaspettati segni di vitalità ed una maggiore visibilità sul fronte politico-confessionale che generano facilmente tensioni e conflitti. Di conseguenza, ignorare la problematica connessa al fenomeno religioso diventa per la Corte sempre meno agevole⁴³. Da qui una fase di maggiore

⁴¹ M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 191.

⁴² M. PARISI, *Il fenomeno religioso di fronte agli organi giurisdizionali europei*, in G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi (a cura di), *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari 2006, 163. Ad incidere negativamente su una evoluzione di matrice europea del diritto fondamentale di libertà religiosa insistono, ove presenti, le c.d. dinamiche concordatarie tra Stati e confessioni religiose. Si tratta di un lascito di quella fase storica caratterizzata in senso nazionalistico che per trascinamento ritroviamo anche in alcune Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra (art. 7 c. 2 Costituzione italiana).

⁴³ Con l'espandersi del fenomeno della globalizzazione, infatti, cresce in maniera esponenziale la mobilità delle persone e con essa la mobilità delle credenze religiose. Questa circostanza, se da un lato ha

attivismo della Corte sul diritto di libertà religiosa le cui pronunce appaiono caratterizzate in senso cautelare, in quanto la Corte esprime un certo gradimento nei confronti della dottrina del margine di apprezzamento, il cui riconoscimento si legittima stante la sopravvenuta eterogeneità della composizione del Consiglio d'Europa.

Nel determinare l'ampiezza da riconoscere alla discrezionalità statale, la Corte ha più volte fatto riferimento alla nozione di "consenso pubblico" che si giustifica in ragione dei quadri politici e giuridici all'interno dei singoli Paesi e della prevalenza di alcune confessioni rispetto ad altre. Tutto ciò ha consentito ad alcuni Stati di abusare del proprio margine di apprezzamento, costringendo la Corte a trovare soluzioni più di natura accomodante che di vera e propria integrazione dei diritti fondamentali consacrati nella CEDU. Avallando le scelte poste in essere dalle autorità statali, in quanto ritenute più rispondenti ai bisogni della società e degli interessi in essa prevalenti, il ruolo della Corte non sempre è stato proporzionato rispetto alle violazioni lamentate dai ricorrenti⁴⁴. Da qui l'utilità dell'opinione dissenziente quale strumento per ulteriori futuri sviluppi di una giurisprudenza ancora dipendente dagli equilibri politici interni agli Stati.

Nei casi che coinvolgono la libertà di coscienza per esempio, o quelli concernenti la religione o il ruolo dei gruppi religiosi nello spazio pubblico, la Corte, probabilmente consapevole della sua scarsa legittimazione presso buona parte delle opinioni pubbliche europee, ha preferito tenere un atteggiamento di *self-restraint*. Infatti, in casi che hanno riguardato vicende sensibili dal punto di vista religioso o etico-morale, la Corte ha sempre deciso in maniera del tutto contingente e imprevedibile applicando, o meno, la dottrina del consenso, oppure restringendo o allargando la sfera di discrezionalità decisionale riservata agli Stati membri. Da qui un andamento alquanto schizofrenico⁴⁵, essendo l'obiettivo ultimo della sua azione quello di dare vita ad un sistema di criteri e di principi uguali per tutti in grado di fungere da sistema di garanzia "minimo" per tutti gli Stati aderenti alla CEDU⁴⁶.

A sostenere quanto appena detto ci viene in aiuto la *dissenting opinion* della giudice Tulkens, espressa in calce alla sentenza del caso *Leyla Şahin v. Turchia*⁴⁷:

«Non è sufficiente affermare che il principio di laicità è necessario per proteggere la democrazia in Turchia, perché anche la libertà religiosa è un principio fondamentale delle società democratiche. Deve essere ancora dimostrato che indossare il velo è necessario per applicare quel principio e quindi per rispondere ad un pressante bisogno sociale. Solo fatti indisputabili e ragioni la cui legittimità è fuori da ogni dubbio, non solo preoccupazioni e paure, possono giustificare le limitazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione [...]. Mere affermazioni

favorito la tolleranza religiosa, dall'altra ha spinto le diverse organizzazioni religiose ad avanzare richieste nei confronti dei poteri statali accentuando forme di concorrenza e rivalità nei confronti delle religioni storicamente dominanti.

⁴⁴ B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 84.

⁴⁵ Cfr. M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 287-289

⁴⁶ P. ANNICCHINO, *La religione in giudizio tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 76-95.

⁴⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, sentenza del 10 Novembre 2005, *Caso Leyla Şahin c. Turchia*, Ricorso n° 44774/98.

non sono sufficienti, se non sono supportate da fatti concreti. E questi fatti non sono stati prodotti».

Le cose cambiano nuovamente a partire dal 1999, quando si apre la seconda fase di attività della Corte EDU, che vede un notevole incremento delle condanne per violazione dell'art. 9. Due sono i principi prevalenti che guidano la giurisprudenza della Corte: il divieto di interferenze arbitrarie statali nell'ambito dell'autonomia delle comunità religiose (es. art. 8, comma 2 Cost. italiana) e l'obbligo per lo Stato di mantenere un atteggiamento di neutralità ed imparzialità verso *tutte* le religioni. Tuttavia, anche quest'ultima sembra non essere una tendenza lineare e definitiva. Basti pensare, per esempio, alla resistenza che la Corte ha mostrato nel dichiarare le violazioni dell'art. 9 in quelle particolari fattispecie che riguardano l'uso di simboli religiosi nelle istituzioni scolastiche o in altri luoghi pubblici⁴⁸.

Direttamente connessa alla nozione di neutralità vi è poi quell'impostazione teorica che vede nel pluralismo un elemento fondamentale di ogni società democratica. Il ruolo *super partes* degli Stati, insito nel dovere di neutralità, sarebbe da ricondurre, infatti, proprio alla garanzia di questo pluralismo, che in questa seconda fase della giurisprudenza della Corte pare assumere carattere normativo, nonostante qualche battuta d'arresto riscontrabile nel caso *Leyla Şahin v. Turchia* (2005) dove, invece, emerge quello che in dottrina è stato definito un "pluralismo mutilato"⁴⁹.

Dunque, dall'analisi della giurisprudenza maggioritaria in materia di libertà religiosa emergono due orientamenti: uno, che assegna la priorità alle specificità morali e religiose nazionali, accettando, quindi, le eventuali disparità di trattamento da parte dei poteri pubblici verso le diverse organizzazioni religiose; l'altro che impone la neutralità dello Stato di fronte al fenomeno religioso, in un contesto democratico, pluralista e rispettoso dei diritti delle minoranze⁵⁰.

5. La rilevanza del dissenso ai fini dell'evoluzione interpretativa del diritto

Le opinioni dissenzienti annesse alle sentenze di maggioranza rivestono un ruolo fondamentale presso la Corte EDU, non solo perché assicurano la trasparenza della decisione e della relativa motivazione – dando modo ai giudici di meglio specificare le loro ragioni di dissenso – ma anche perché in alcuni casi hanno avuto l'effetto positivo

⁴⁸ S. FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea*, cit., 30-50.

⁴⁹ Il principio del pluralismo è per sua natura inclusivo, e tende a riflettere la varietà delle posizioni, religiose e non, concretamente esistenti nella società. Nel caso citato, invece, si propone un pluralismo che esclude la religione da certe sfere della vita pubblica, in particolare nelle istituzioni scolastiche, e che per tale ragione viene, appunto, definito "mutilato". Sul punto si rinvia a P. ANNICCHINO, *La religione in giudizio tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 158-163; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., 72-84.

⁵⁰ M. VENTURA, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., 322-333.

di provocare mutamenti in seno alla giurisprudenza europea, con importanti ripercussioni nella tutela dei diritti fondamentali.

Quanto detto sembra confermare la posizione di chi sostiene che una “apparente” unanimità della decisione possa avere in realtà conseguenze negative in quanto frutto di un compromesso che non sempre tiene in debito conto le diverse posizioni presenti nel collegio⁵¹. Ed infatti il dibattito sul dissenso oscilla fra il considerare tale strumento solamente utile a sorreggere e consolidare i mutamenti giurisprudenziali e la stessa interpretazione ed evoluzione (politica) del diritto, e il valutarlo, invece, quale strumento di attenuazione della portata vincolante delle pronunce sorrette dall’unanimità⁵².

È infatti noto che i precedenti della Corte, pur rivestendo autorità di sentenza rispetto solo al caso concreto sottoposto al suo esame, in realtà non si limitano ad esplicitare la loro efficacia limitatamente al caso deciso, perché, per il tramite di un metodo casistico, si costruisce una giurisprudenza interpretativa dei principi della Convenzione⁵³. La Corte, cioè, pur non essendo vincolata alla dottrina dello *stare decisis*, vi si attiene comunque, e lo si constata dai *revirements* giurisprudenziali. È la stessa Corte che afferma:

⁵¹ Sul modo come il principio di collegialità agisce all’interno dei sistemi di giustizia costituzionale esistono posizioni diverse nella dottrina costituzionalistica. Da un lato troviamo Gustavo Zagrebelsky che spiega come nel sistema italiano, al fine di evitare che le divisioni interpretative dei giudici possano apparire come una lotta tra parti, ove la Costituzione si ponga come posta del contrasto, si fa il possibile per ricercare, in camera di consiglio, l’unanimità del giudizio, attraverso lunghi e laboriosi confronti dialettici. C’è dunque una tendenza all’allargamento del consenso, ben oltre la stretta maggioranza formalmente richiesta. In questo modo gli apporti individuali si stemperano all’interno di una decisione unanime che ha la Corte Costituzionale come autrice. Secondo l’A. la ragione della ricerca del più ampio consenso possibile consiste nella presunzione che una decisione largamente sostenuta dai giudici sia maggiormente accettata dall’opinione pubblica, la quale non avrebbe modo, perciò, di speculare sui loro eventuali dissidi. (cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica Intervento del Prof. Gustavo Zagrebelsky, XXIII Premio Giuseppe Chiarelli*, Corte costituzionale, 20 Ottobre 2004, 5-6; G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2005, 42-44); secondo Sabino Cassese, invece, «la certezza del diritto è un obiettivo da perseguire, perché, in realtà, il diritto è incerto; il diritto – proprio perché incerto – si costruisce a poco a poco; quindi, le interpretazioni divergenti sono legittime; il diritto è fondamentalmente ciò che dicono i giudici (e, quindi, la formazione del diritto è fondamentalmente giurisprudenziale); ed i giudici, a loro volta, per ripetere la famosa metafora di Dworkin, non sono Ercole, sono uomini e possono divergere. A questi argomenti classici, alcuni dei quali superati in quanto legati a concezioni del diritto storicamente determinate o divenute obsolete, si sono aggiunti altri argomenti. Tre sono particolarmente forti nel dibattito culturale attuale. La cosiddetta teoria discorsiva del diritto: il diritto si forma nel dialogo, tra le parti, e tra le parti ed il giudice. La teoria deliberativa (o, meglio, dibattimentale): il diritto è una discussione da cui emergono argomenti; più ricca è la discussione, più ricco è il diritto. La teoria della Costituzione come organismo vivente: essa si arricchisce anche grazie al dibattito interno alle corti supreme» (cfr. S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, cit., 17)

⁵² C. ASPRELLA, *L’opinione dissenziente del giudice*, cit., 272-275.

⁵³ Per un approfondimento sul tema del precedente giudiziale v. M. TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa 2015, 37 ss.; M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, 1114 ss.; U. MATTEI, Voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, volume XIV, (1996), 158 ss.; M.G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, cit., 126-135.

«senza essere formalmente vincolata a seguire una qualunque delle sue sentenze precedenti, la Corte ritiene che è nell'interesse della certezza giuridica, della prevedibilità e dell'uguaglianza davanti alla legge che essa non si discosti, senza valido motivo, dai precedenti. Tuttavia, essendo la Convenzione anzitutto un meccanismo di difesa dei diritti dell'uomo, la Corte deve prendere in considerazione l'evoluzione della situazione negli Stati contraenti e reagire, per esempio, di fronte all'emergere di un consenso circa lo standard da raggiungere»⁵⁴.

Così come emerso dall'analisi della giurisprudenza di maggioranza, anche l'evoluzione degli orientamenti dei giudici dissenzienti nelle sentenze in materia di libertà religiosa, che coprono il periodo di attività della Corte che va dal 1993, con la prima sentenza in materia, la *Kokkinakis v. Grecia*, al 2018, con la sentenza *Lachiri v. Belgio*⁵⁵, ha seguito un andamento piuttosto altalenante. Tuttavia, anche in questo caso, con non poche difficoltà, è stato possibile stabilire una periodizzazione della giurisprudenza di minoranza: una prima fase, che corrisponde a quella identificata nell'evoluzione della giurisprudenza di maggioranza (dal 1993 al 2008) ed una seconda fase che inizia a partire dal 2010.

Nella prima, mentre le decisioni di maggioranza manifestano una certa attitudine a riconoscere agli Stati membri il più ampio margine di apprezzamento possibile, i giudici dissenzienti, invece, tendono a sostenere nelle loro opinioni la necessità di far prevalere il principio di neutralità cui gli Stati, a maggior ragione nella delicata materia dei diritti legati alla libertà di religione, dovrebbero ispirarsi. Ciò che i giudici dissenzienti tentano di sostenere è l'idea di un pluralismo religioso che tenga in debito conto le istanze degli individui e dei gruppi appartenenti a organizzazioni religiose minoritarie, poco considerate nelle decisioni di maggioranza a causa dell'eccessivo margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati e alle istanze dei gruppi prevalenti⁵⁶.

Ad avvalorare tale tendenza ci viene in aiuto l'opinione dissenziente del giudice Pettiti espressa nel caso *Kokkinakis* (1993), nella quale questi elabora un piano argomentativo di contrasto alla sentenza di maggioranza destinato a divenire cruciale nei decenni successivi. Per il giudice Pettiti, infatti, quella sentenza – che sembrava già spingersi lontano sanzionando per la prima volta un Paese su un caso di violazione della libertà religiosa – avrebbe dovuto fare molto di più, censurando le norme stesse in modo da impedire analoghe violazioni in futuro. La sentenza *Kokkinakis*, infatti, pur accertando la violazione dell'art. 9 della CEDU, nella motivazione maggioritaria concede fin troppo spazio ad un sistema nazionale ancora fortemente confessionista, che avrebbe inevitabilmente limitato il sindacato futuro della Corte e lasciato inalterato uno schema in base al quale, da un lato, si posizionavano le Chiese storicamente più note (a partire da quella Ortodossa, in quanto Chiesa di Stato), nonché quelle maggioritarie, che avevano più da perdere dal mutamento dei sistemi tradizionali dei rapporti con gli Stati (sistemi c.d. “privilegiari” anche di rango “pattizio”), dall'altro, invece, i gruppi

⁵⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, Sentenza del 18 Gennaio 2001, *Caso Chapman c. Regno Unito*, Ricorso n° 27238/95.

⁵⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 18 Settembre 2018, *Caso Lachiri c. Belgio*, Ricorso n° 3413/09.

⁵⁶ C. MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, cit., 97-100;

minoritari che nutrivano speranze in una giurisdizione sovranazionale svincolata da condizionamenti politici, pronta a riconoscere l'eguale condizioni giuridica di tutte le formazioni sociali a carattere religioso-confessionale (ma pure filosofico e finanche agnostico)⁵⁷.

A partire dal 2010, invece, si apre una seconda fase, nella quale si assiste ad una vera e propria inversione di tendenza rispetto a quella precedente. Intendo dire che, le posizioni di maggioranza in seno alla Corte EDU sembrano ora avallare le giustificazioni prima addotte dai giudici dissenzienti. Tendono, cioè, a rimarcare un certo "abuso" del margine di apprezzamento da parte di molti Stati. In pratica, si concretizza, progressivamente, una sorta di "prevalenza" della logica dissenziente all'interno dello spazio maggioritario. Una sorta di reciproco scambio fra le posizioni di maggioranza e quelle di minoranza determinato da una rinnovata "presa di coscienza" in senso politico (prima ancora che giuridico) da parte della Corte nel volersi caricare della responsabilità di dare all'Europa un profilo unitario in materia di diritti e libertà fondamentali. In pratica, come se riemergesse un afflato della "prima ora" diretto a stabilire nuove condizioni di partenza tra gruppi (religiosi) e loro pretese di fronte ai poteri pubblici. Per cui, è come se le opinioni dissenzienti di un tempo – circoscritte e a tratti anche osteggiate da parte di alcuni governi nazionali – risultassero non solo metabolizzate, ma pure meglio articolate e, dunque, più facilmente spendibili in senso persuasivo.

Un esempio interessante lo si ricava dalla materia dell'abbigliamento connotato in senso religioso, come *Ahmet Arslan v. Turchia* del (2010)⁵⁸, dove la maggioranza si esprime per la violazione dell'art. 9 affermando che pur non essendo i ricorrenti dipendenti pubblici questi non potessero comunque addurre a loro favore alcuna forma di discrezione nell'espressione pubblica delle proprie convinzioni religiose. I dissenzienti, invece, argomentano le loro tesi sostenendo la violazione dell'art. 9 in ragione del fatto che un eccessivo riconoscimento di discrezionalità nei confronti degli Stati finisce col determinare una sorta di "pluralismo selettivo", il cui risultato è quello di produrre discriminazioni ingiustificate anziché promuovere la tolleranza fra i differenti gruppi religiosi⁵⁹.

Ma c'è ancora qualcosa da aggiungere. Infatti, nell'ultimo biennio preso in esame dal mio lavoro di ricognizione, anche questo orientamento sembra stia per capovolgersi. In effetti nei casi *Lachiri v. Belgio* (2018) e *Hamidovic v. Bosnia Erzegovina* (2017)⁶⁰, la maggioranza della Corte ha accertato la violazione dell'art. 9 CEDU, adducendo quale giustificazione il fatto che i ricorrenti, essendo dei privati cittadini, sono esenti dal dovere di manifestare i propri convincimenti religiosi, previsto, invece, nei confronti dei pubblici funzionari. I giudici dissenzienti, dalla loro parte, sostengono che non

⁵⁷ M. VENTURA, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., 293-362.

⁵⁸ Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 23 Febbraio 2010, *Caso Ahmet Arslan e altri c. Turchia*, ricorso n° 41135/98.

⁵⁹ Per un approfondimento v. L. GIANNUZZO, *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiose: ipotesi ricostruttive*, cit., 129 ss.

⁶⁰ Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 5 Dicembre 2017, *Caso Hamidovic c. Bosnia Erzegovina*, ricorso n° 57792/15.

essendoci un esplicito consenso europeo in materia, agli Stati deve essere riconosciuto il più ampio margine di apprezzamento possibile, soprattutto perché nella giurisprudenza precedente (*Leyla Şahin v. Turchia* del 2005), era stato stabilito che il corretto funzionamento delle istituzioni pubbliche dovesse prevalere sulla libertà religiosa degli individui⁶¹. Ma bisogna aspettare ancora un po' per capire se quello che si sta delineando corrisponda davvero a un nuovo ribaltamento di giurisprudenza o non sia semplicemente una delle tante “battute d’arresto” della Corte.

Ciò che emerge, dunque, da questa prima analisi sull’utilità del dissenso nell’evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in materia di libertà religiosa è che, al di là dell’andamento schizofrenico, fra le posizioni di maggioranza e di minoranza si realizza un proficuo (quanto ancora iniziale) processo osmotico che si evince dai rimandi all’una o all’altra posizione nelle diverse opinioni: si pensi, ad esempio, all’opinione dissenziente espressa dal giudice Lazarova Trajkovska allegata in calce alla sentenza *Leela v. Germania* (2008)⁶², nella quale si fa esplicito riferimento all’opinione parzialmente dissenziente del giudice Martens, allegata alla sentenza *Kokkinakis v. Grecia* (1993). Ebbene, entrambe le opinioni sostengono la violazione dell’art. 9 CEDU in quanto l’ingerenza statale risulta essere contraria al principio di neutralità cui gli Stati dovrebbero attenersi e che non può essere giustificata solo perché “prescritta per legge”.

Altro esempio è quello dell’opinione dissenziente del giudice Popovic allegata alla sentenza espressa nel caso *Ahmet Arslan v. Turchia* (2010) che rimanda alla sentenza maggioritaria del caso *Leyla Şahin v. Turchia* (2005) allorché si stabilisce che non tutti gli atti motivati religiosamente possono essere coperti dalla tutela ex art. 9 CEDU. E infine all’opinione concorrente congiunta dei giudici Spano e Karakas allegata alla sentenza del caso *Belcacemi e Oussar v. Regno Unito e Belgio* (2017)⁶³, nella quale i giudici sostengono che non possono essere adottate le stesse giustificazioni presenti nella sentenza *S.A.S v. Francia* (2014)⁶⁴, come sostenuto invece dalla maggioranza, poiché, come espresso nell’opinione parzialmente dissenziente congiunta dei giudici Nussberger e Jaderblom alla sentenza *S.A.S v. Francia*, la nozione di convivenza, di “*vivre ensemble*”, è troppo malleabile e poco chiara e non rientra fra le legittime limitazioni alla libertà religiosa espresse nel par. 2 dell’art. 9 CEDU. In queste due sentenze, dunque, i giudici rispettivamente dissenzienti e concorrenti sostengono la violazione dell’art. 9 CEDU.

⁶¹ La libertà di indossare un simbolo religioso forte (come il velo islamico) in un contesto istituzionale (come l’università pubblica) può subire quelle compressioni che lo Stato, nell’esercizio della propria ampia discrezionalità in questa materia, ritenga necessarie a garantire (per mezzo della neutralità dello spazio pubblico), la convivenza pacifica e il rispetto reciproco. Questo approdo, che riposa sull’idea che a certe condizioni il rispetto del principio della laicità possa essere imposto con esiti “sterilizzanti” anche all’individuo, ha trovato puntuale conferma in tutta la successiva giurisprudenza della Corte: nei casi relativi a insegnanti velate, in quelle concernenti studenti e nelle altre ipotesi in cui si registrasse una forte influenza del contesto istituzionale.

⁶² Corte Europa dei Diritti dell’Uomo, Sentenza del 6 Novembre 2008, *Caso Leela Förderkreis E.V. Others c. Germania*, ricorso n° 58911/00.

⁶³ Corte Europa dei Diritti dell’Uomo, Sentenza del 11 Luglio 2017, *Caso Belcacemi e Oussar c. Belgio*, ricorso n° 37798/13.

⁶⁴ Corte Europa dei Diritti dell’Uomo, Sentenza del 1° Luglio 2014, *Caso S.A.S c. Francia*, ricorso n° 43835/11.

Pertanto, possiamo dire che il processo osmotico che si è instaurato fra gli orientamenti giurisprudenziali delle due posizioni, maggioritarie e minoritarie, è valido a stabilire che lo strumento della *dissenting opinion* si presenta quale dispositivo utile sia ad incrementare il livello di trasparenza della Corte di Strasburgo, che ad ampliare la portata della tutela dei diritti fondamentali in generale e della libertà religiosa in particolare.

6. Considerazioni conclusive

A conclusione di questa breve disamina, ciò che emerge è che la giurisprudenza sull'art. 9 della CEDU si presenta in larga misura caratterizzata in senso casistico e pertanto ancora difficilmente prevedibile nei suoi esiti, sia per quanto riguarda le decisioni di maggioranza che quelle di minoranza, soprattutto per la presenza di alcune isolate pronunce che talvolta accertano violazioni a mezzo di radicali *revirements*, e altre volte le escludono mettendo in discussione l'intera giurisprudenza consolidata. Non bisogna dimenticare che il giudice della Corte EDU opera in un contesto internazionale, contraddistinto cioè da differenti tradizioni sociali, culturali e giuridiche, che si accentuano alla luce delle questioni riguardanti la libertà religiosa o la sfera etico-morale privata degli individui.

Il risultato che ne scaturisce è una giurisprudenza a “geometria variabile”, ancora troppo oscillante per poter esprimere un indirizzo unitario idoneo a delimitare giuridicamente (sebbene per via giudiziaria) il perimetro dello spazio dei diritti in Europa. È bene riconoscere, pertanto, che una più utile lettura della giurisprudenza di Strasburgo passi per l'accettazione che, anche all'interno della stessa materia, non esiste un unico standard definito di tutela dei diritti, ma ne possono esistere diversi. Questa consapevolezza, però, consente, quanto meno, di comprendere meglio l'andamento ondivago della giurisprudenza della Corte, sottraendola a possibili accuse di contraddittorietà.

Quanto detto, ovviamente, vale anche per la libertà religiosa. Bisogna, secondo alcuni, superare l'idea di una sua “concezione monolitica”. Per riuscire ad individuare un orientamento più o meno lineare in materia – sia fra le sentenze di maggioranza che quelle di minoranza – si ritiene assolutamente opportuno affrontare la questione in ragione delle sue diverse proiezioni “pratiche”, verificando, di volta in volta, le differenti “reazioni” sia da parte degli ordinamenti nazionali che dei giudici a livello europeo⁶⁵. Il tempo ci darà modo di raccogliere ulteriori elementi così da verificare la possibilità di stabilire eventuali punti fermi da cui avanzare proposte di disciplina unitaria.

Nonostante incongruenze e difetti, la giurisdizione della Corte di Strasburgo europea in materia di libertà religiosa ha comunque mostrato i suoi pregi in più punti, a partire dal modo come ha utilizzato i principi di neutralità e laicità al fine di garantire una pacifica convivenza collettiva, contenendo (per quanto possibile) i rischi di derive

⁶⁵ M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 198-201.

maggioritarie sia politiche che religiose. Ma l'aspetto di maggior pregio della giurisdizione della Corte EDU lo si ritrova principalmente nell'aver elaborato un complesso di principi e linee-guida che prende ispirazione dalle esperienze nazionali, le sintetizza e le fa convergere in un unico sistema multilivello di tutela dei diritti umani che migliora le capacità di risposta a livello di singoli ordinamenti⁶⁶.

L'auspicio, dunque, è che lo strumento del dissenso possa andare ad influire sul diritto interno dei singoli Stati, così che questo vi si adegui spontaneamente accogliendone i principi garantisti espressi dalla CEDU.

⁶⁶ M. VENTURA, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., 356-362.

**M. BETZU, *STATI E ISTITUZIONI ECONOMICHE SOVRANAZIONALI*,
TORINO, GIAPPICHELLI, 2018***

RECENSIONE**

GENNARO FERRAIUOLO***

Vi sono temi la cui analisi e comprensione rende irrinunciabile un approccio di tipo interdisciplinare. Interdisciplinare, non pluridisciplinare: l'obiettivo non è lo studio del medesimo oggetto da prospettive scientifiche diverse ma l'integrazione di letture che provengono da diverse prospettive scientifiche¹. Il diritto costituzionale, nella sua connotazione di «disciplina di frontiera», ben si presta ad indagini di questo tipo, come mostra il volume di Marco Betzu su *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*². Un testo che, per una dichiarata scelta metodologica, si muove a ridosso non solo di molteplici piani del giuridico (diritto costituzionale, internazionale, sovranazionale) ma anche degli apporti delle scienze politologiche, filosofiche ed economiche.

Come si dirà, il percorso dell'Autore rivela una sorta di circolarità, che forse sconfessa – in un particolare senso – un'intenzione inizialmente enunciata: quella di non contrapporre ad una «letteratura *mainstream*» che si limita alla «sterile osservazione e conseguente legittimazione dell'esistente [...] argomentazioni “nostalgiche” rigidamente ancorate al perimetro degli Stati nazione»³. Se l'analisi condotta, effettivamente, non esprime alcuna *nostalgia* verso il passato, essa svela però una

* I contenuti della presente recensione sono più ampiamente sviluppati in *Rappresentanza politica, dinamiche sovrastatali, nazionalismi. Notazioni a partire da un recente volume*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2/2020.

** Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

*** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università “Federico II” di Napoli.

¹ L'idea di interdisciplinarietà – distinta da quella di pluridisciplinarietà – si ritiene ben espressa nell'editoriale *Mind Meld*, in *Nature*, 2015, n. 525, 289 s.

² M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino 2018. Il riferimento al diritto costituzionale come disciplina “di frontiera” – richiamata dall'Autore a pagina 11 – va ascritto a P. CIARLO, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del Diritto costituzionale*, Padova, 1997, 118.

³ M. BETZU, *op. cit.*, 12.

profonda (e condivisibile) predilezione per alcune tradizionali categorie del costituzionalismo, ritenute non vecchi arnesi inservibili ma strumenti ancora irrinunciabili, nella loro estrema duttilità, per interpretare le complesse sfide del presente. Il diritto costituzionale, in quel percorso circolare, si apre ad altre discipline, ma torna poi ai suoi più consolidati schemi analitici: l'interdisciplinarietà non diviene giustificazione di indebiti sconfinamenti di campo ma risponde alla necessità di restituire «nel mondo del diritto – del diritto costituzionale in ispecie – le costruzioni fattuali»⁴ elaborate su altri piani di indagine.

Quello di Marco Betzu, dunque, è chiaramente riconoscibile come studio di taglio costituzionalistico. Scorrendo le pagine del volume i segni di tale connotazione sono innumerevoli: su tutti la riaffermazione della prevalenza del politico sull'economico, che si iscrive nella classica idea del costituzionalismo come limite al potere. Un limite che non può non essere limite giuridico: da qui la critica, convinta, alle ricostruzioni che fanno scivolare l'idea di Costituzione su un piano meramente descrittivo, ponendoci innanzi ad uno *pseudo-costituzionalismo* e a costituzioni *immaginarie*⁵.

L'impronta dell'approccio adottato emerge però, in maniera ancora più evidente, guardando a quelli che appaiono i due indiscussi protagonisti della narrazione di Betzu.

Il primo protagonista è la rappresentanza politica. Non vi è ordinamento giuridico democratico senza questo istituto, che non è valorialmente neutro: il *tipo di ordinamento rappresentativo*⁶ esprime un preciso modo d'essere della forma di Stato. Quello delineato dalle Costituzioni democratiche del Novecento si ricollega alla loro connotazione sociale e si riversa nella dimensione dell'eguaglianza sostanziale. Un principio, anche questo, che si afferma in una irrinunciabile dimensione normativa: «non è spontaneo, non nasce nella società, è giuridicamente posto»⁷.

Il legame tra eguaglianza sostanziale e rappresentanza politica democratica è esemplarmente espresso nella formulazione dell'art. 3 co. 2 della Costituzione italiana, dove la prima è funzionalizzata (anche) alla «effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica [...] del Paese»⁸; una partecipazione che, ricollegando il discorso all'art. 49 Cost., potrà essere *effettiva* «nella misura in cui lo strumento-partito riesce ad essere rappresentativo di interessi sociali specifici e ad avere la forza rappresentativa in qualche modo sufficiente sul piano delle condizioni sociali o politiche

⁴ S. STAIANO, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *Federalismi.it*, 3/2012, 15 s.

⁵ M. BETZU, *op. cit.*, 97 ss.

⁶ V. C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, vol. II, Padova, 1957, ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milano, 1972, 372 s.; nonché N. BOBBIO, *Rappresentanza e interessi*, in G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, 1988, ora in ID., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 426 ss.

⁷ M. BETZU, *op. cit.*, 113, richiamandosi a P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, 102.

⁸ Sul punto v. L. ELIA, *Cultura e partiti alla Costituente: le basi della democrazia repubblicana*, in AA.VV., *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Bologna, 1981, ora in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 301-304; nella medesima prospettiva, di recente, M. DOGLIANI - C. GIORGI, *Costituzione italiana: art. 3*, Roma, 2017, 116 ss.; nonché M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in AA. VV., *Annuario 2017. Democrazia, oggi*, Napoli, 2018, 9 s.

che determinano la realizzabilità delle alleanze necessarie per la recezione di detti interessi all'interno dello Stato-apparato»⁹. Si tratta di un assetto che può apparire (nel senso anticipato) una nostalgica reminiscenza di tempi lontani; per il momento, tuttavia, non sembrano essersi profilate, in chiave partecipativa, adeguate alternative¹⁰; o, almeno, non alternative coerenti con i fini enunciati nella *Prima parte* della Carta fondamentale italiana.

Il problema non è marginale: solo una rappresentanza effettivamente *praticata e partecipata* può supportare una *legalità legittima*, ovvero fondata sul consenso dei destinatari (la responsività) e sui vincoli di responsabilità dei decisori. È questo il modello che Betzu intende riaffermare, in contrapposizione alla logica della *governance* (e alle ricostruzioni della dottrina che su di essa fanno leva) che, alla legittimazione democratica previa, contrappone il valore di una efficienza valutata *ex post*, sulla base di parametri e criteri (presuntamente) tecnici¹¹. Insistere su quello schema – il *governo* in luogo della *governance* – appare ancor più opportuno e doveroso nell'attuale fase, che vede la disarticolazione della «filiera partiti-parlamento-governo»¹² e la rappresentanza politica stretta nella morsa di una duplice crisi, del rappresentante e del rappresentato¹³.

Il recupero della rappresentanza (*rectius*: di un preciso tipo di ordinamento rappresentativo, riconducibile a norme giuridiche di rango costituzionale se non addirittura espresse da *Principi fondamentali*) è centrale nella prospettiva del volume: non è necessario riprodurre quei medesimi schemi nelle istituzioni sovranazionali (irrinunciabili per il governo dei processi di globalizzazione), ma sarà sufficiente riattivarne i circuiti all'interno degli ordinamenti statuali. Il recupero della rappresentanza in questi ultimi si ripercuoterà sulle prime, che saranno orientate, in virtù dell'intervento e del controllo degli Stati, verso linee di azione coerenti con i fini del costituzionalismo democratico, come accaduto in altre fasi storiche¹⁴: si tratta, in definitiva, «di ripristinare la logica armonia fra la politicità (e la democraticità) degli attori e la politicità (e la democraticità) delle loro scelte»¹⁵.

⁹ G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, 31.

¹⁰ Cfr., in tema, S. STAIANO, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema di partiti*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, 1/2020, spec. 22.

¹¹ Cfr. M. BETZU, *op. cit.*, spec. 24 ss.; la critica, in particolare, è diretta alla nozione di diritto amministrativo globale (spec. 89 ss.). In tema, cfr. S. STAIANO, *Settant'anni. Storia e sorte della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 8 s., che parla della *governance* in termini di concetto «neutro dal punto di vista delle ideologie politiche, poiché l'ideologia che lo sorregge è semplicemente quella del massimo rendimento delle decisioni in un quadro di razionalità tecnica (meglio: postulato come tale), quali che siano siffatte decisioni».

¹² *Ibidem*, 140.

¹³ Per i due approcci cfr., rispettivamente, M. DOGLIANI, *Rappresentanza, governo e mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, 14 ss., e M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in F. BIONDI - N. ZANON (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, 5 s.

¹⁴ L'autore guarda, in maniera particolare, alla filosofia alla base degli accordi di Bretton Woods (M. BETZU, *op. cit.*, spec. 39 ss. e, nella scia dell'analisi di Dani Rodrik, 118 ss.).

¹⁵ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 1/1996, 184, che guardava a questa strada attraverso «un recupero della cifra originaria del diritto internazionale come diritto (soprattutto) degli stati» (184 s.).

Il secondo protagonista del libro è ormai anch'esso sulla scena: lo Stato nazione, punto di partenza e di arrivo della riflessione. Un'istituzione tutt'altro che superata, ancora irrinunciabile per lo sviluppo delle dinamiche democratico-rappresentative e l'assolvimento delle prestazioni di solidarietà, sia all'interno sia al di fuori dei propri confini: «la scelta [...] è sul modello di cooperazione interstatale che si vuole perseguire, dal quale passa non già la persistenza, ma la rinascenza degli Stati-nazione», nella prospettiva di «riportare il capitalismo globale entro una dimensione di controllabilità»¹⁶.

La visione che emerge rivela, al fondo, l'estrema attualità della Costituzione italiana del 1948: nel nesso che instaura tra eguaglianza sostanziale e partecipazione politica; nell'affermazione di un modello rappresentativo che si regge sulla intermediazione (in primo luogo partitica); nella significativa apertura alla dimensione internazionale e sovranazionale. Una visione da condividere, al limite criticabile – dati gli scenari attuali – per un eccessivo ottimismo, non intravedendosi con chiarezza le modalità attraverso cui rivitalizzare, nel senso indicato, le dinamiche rappresentative. Ciononostante, anche la semplice messa a fuoco di un problema può costituire una utile base di partenza per avviare una discussione proficua, tanto sul piano scientifico quanto su quello politico.

Una riflessione critica può invece prendere le mosse dai *nemici* che il volume individua quali ostacoli alla riattivazione delle prefigurate dinamiche virtuose: il leaderismo, il populismo, il nazionalismo¹⁷. Il discorso relativo ad essi lascia molto sullo sfondo alcuni nodi problematici: trattandosi peraltro di una riflessione appena abbozzata dall'autore, nelle pagine conclusive del testo, più che di limiti dell'analisi si pone più semplicemente, rispetto ai medesimi, una necessità di integrazione o, talvolta, di minimi – ma forse, per quanto si dirà, opportuni – accorgimenti lessicali.

Mi soffermerò molto brevemente su leaderismo e populismo¹⁸. Per dire, innanzitutto, che i due fenomeni potrebbero, per alcuni versi, sovrapporsi: almeno se si considera il populismo come tendenza alla «unificazione del popolo sotto un leader» («un leader che unifichi o dia il senso ideologico di ciò che unisce il popolo»), che trova la propria traduzione, sul piano istituzionale, in assetti tendenti alla *mono-archia*¹⁹. Guardando all'esperienza italiana, può ritenersi non casuale che la dinamica populista si accompagni all'ascesa prima, alla diffusione generalizzata poi, del modello del partito

¹⁶ M. BETZU, *op. cit.*, rispettivamente 24 e 148.

¹⁷ *Ibidem*, 140 ss.

¹⁸ In merito ad essi, si rinvia alla più ampia analisi sviluppata in G. FERRAIUOLO, *Costituzionalismo e populismo al governo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 265 ss.

¹⁹ Sono le formule proposte da N. URBINATI, *Il populismo come confine estremo della democrazia rappresentativa. Risposta a McCormick e a Del Savio e Mameli*, in *Micromega-Il rasoio di Occam*, 2/2014 e in ID., *Un termine abusato, un fenomeno controverso*, in J.W. MÜLLER, *Cos'è il populismo?*, Milano, 2017, XVII; e ora, più ampiamente, ID., *Me The People. How Populism Transforms Democracy*, Cambridge 2019, trad. it. *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020, 189 ss. Un siffatto esito – quello della «unificazione del popolo sotto un leader» – è stato qualificato, dalla dottrina costituzionalistica, come populismo *in senso proprio*: cfr. S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 20. Per un'ampia analisi del fenomeno populista in Italia, cfr. da ultimo i contributi raccolti in G. DELLEDONNE - G. MARTINICO - F. PACINI - M. MONTI (eds.), *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, London, 2020.

personale e agli interventi normativi che (soprattutto sul piano della legislazione elettorale, a tutti i livelli di governo) lo hanno assecondato o incentivato, dando spazio a concezioni *unidimensionali* della rappresentanza politica²⁰.

In ordine al populismo, occorrerebbe inoltre chiedersi in che termini esso si configuri come nemico: se sia cioè causa o effetto di quella crisi della rappresentanza democratica di cui si discorre nel volume; così come, in riferimento alle istituzioni sovranazionali, va valutato se sia il populismo ad ostacolare la loro rivitalizzazione o non piuttosto il modo in cui le esse hanno operato ad aver innescato il primo. Si tratta di questioni ineludibili nella prospettiva di individuare gli accorgimenti da adottare sul piano giuridico-istituzionale.

La questione è peraltro emersa da tempo in alcuni noti studi sul tema: quelli, ad esempio, che considerano l'*ideologia populista* un sintomo (la *febbre*) di una «democrazia sofferente» per le carenze della componente responsiva della rappresentanza (la vera *malattia*)²¹; i partiti populistici divengono, in questa visione, un «effetto secondario del malessere democratico», «un valido e tempestivo promemoria del fatto che la democrazia non è data una volta e per tutte, ma rappresenta invece una costruzione che deve essere costantemente rinnovata»²².

Nel libro di Betzu si rinviene invero una interessante chiave analitica che aiuterebbe a suffragare questo tipo di inquadramento: si tratta del riferimento al *trilemma di Rodrik*, in base al quale, dati gli elementi *iperglobalizzazione, democrazia e autodeterminazione nazionale*, sarà possibile sostenerne solo due, con inevitabile sacrificio del terzo²³. Il populismo, in questo schema, appare un effetto della caduta democratica generata da una iperglobalizzazione che ha visto gli Stati impegnati, in larga misura, a «guadagnarsi la fiducia dei mercati assecondando il commercio e il movimento dei capitali»²⁴. L'asservimento dello Stato al mercato, e le dinamiche di depoliticizzazione (e deresponsabilizzazione) che ne seguono, fa sì che, «non potendo differenziarsi a sufficienza gli uni dagli altri, i partiti tradizionali faticano sempre di più a dare un senso alla competizione democratica. E [...] lasciano spazio a nuovi attori politici che vengono detti in genere “populisti”, ma la cui autentica ragion d'essere consiste molto spesso nel rifiuto del consenso consolidatosi intorno alla linea

²⁰ Di unidimensionalità della rappresentanza discorre, in diversi passaggi, S. STAIANO, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma, 2017, *passim*.

²¹ Y. MÉNY - Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple*, Paris, 2000, trad. it. *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004, 24-26 e 60. In tale chiave, più di recente, v. anche J. HABERMAS, *Unsere große Selbsttäuschung Ein Plädoyer gegen den Rückzug hinter nationale Grenzen*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 8/2018, 91 ss., trad. it. *La nostra grande illusione. Appello contro il ritiro nei confini nazionali*, in J. HABERMAS, *L'ultima occasione per l'Europa*, Roma, 2019, 76-77.

²² Y. MÉNY, *Populismo e democrazia in Europa*, in *Il Mulino*, 1/2005, 11 s.

²³ Il *trilemma* (ripreso da M. BETZU, *op. cit.*, 117 ss.) è prospettato in D. RODRIK, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London, 2011, trad. it. *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015, *passim* (spec. 284 ss.) e, più di recente, richiamato in ID., *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton, 2018, trad. it. *Dirla tutta sul mercato globale. Idee per un'economia mondiale assennata*, Torino, 2019, *passim* (spec. 20 ss.).

²⁴ M. BETZU, *op. cit.*, 122; in tale contesto, per D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 285, «gli unici servizi forniti dai governi sarebbero quelli che rafforzano il liscio funzionamento dei mercati internazionali». Nella medesima prospettiva, cfr. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2007, 47, che parla dello Stato come «braccio secolare» del mercato globalizzato.

individualismo-diritti-mercato e nel desiderio di ridare spazio alla politica come impresa identitaria e collettiva»²⁵.

Condividendo le risposte offerte da Rodrik al trilemma, Betzu è critico anche con la prospettiva di una *iper-globalizzazione democratizzata*, che lasci cadere l'autodeterminazione nazionale²⁶. La politica democratica, in questo caso, «non avrebbe bisogno di tirarsi indietro, e non lo farebbe: si dislocerebbe a livello globale»²⁷. Tale scenario è ritenuto non solo di complessa realizzazione, quantomeno nel breve periodo, ma anche non desiderabile²⁸: «in un mondo altamente differenziato [...] tanto più il potere politico è lontano dai cittadini, tantomeno può essere definito autenticamente democratico»; «la legittimazione democratica di una simile *governance* globale sarebbe finzionale, piuttosto che effettiva»²⁹, risultando compromessa ogni prospettiva di rivitalizzazione della rappresentanza. A ciò va aggiunto che il vagheggiato ordinamento globale dovrebbe sorgere sotto la spinta di forze che ricalcano le fattezze dell'*antisovrano* rappresentato da Massimo Luciani: una entità che, strategicamente, «non aspira alla soggettività, non pretende di formalizzare il proprio ruolo costitutivo del nuovo ordine mondiale [...] giovandosi di tutti i vantaggi che derivano da una ridotta visibilità e da una contenuta esposizione, nonché da una presenza articolata su tutti i livelli possibili di dominio»³⁰.

Non resta allora che rinunciare alla iper-globalizzazione, facendo leva su autodeterminazione nazionale e democrazia, e accettando che «ciò che ci serve è un'economia internazionale pluralista in cui i vari Stati mantengano un sufficiente grado di autonomia per delineare i propri contratti sociali e sviluppare le proprie strategie economiche»³¹.

Ma stando così le cose, ai concetti di auto-determinazione *nazionale* e di Stato *nazione* può essere contrapposto un *nazionalismo* cui assegnare, pregiudizialmente, il ruolo del nemico?

Rodrik, da economista di approccio istituzionale, presta particolare attenzione agli assetti giuridici, ai presupposti e alle esigenze dei processi democratici, alla necessità di garantire alla politica strumenti per orientare e controllare, entro una certa misura, le

²⁵ G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018, 102.

²⁶ D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 286 ss.

²⁷ *Ibidem*, 287: «i governi nazionali non scomparirebbero, ma i loro poteri sarebbero fortemente circoscritti da organismi sovranazionali legislativi e sanzionatori, insediati (e vincolati) dalla legittimità democratica».

²⁸ *Ibidem*, 288 e 293 ss.

²⁹ M. BETZU, *op. cit.*, rispettivamente 122 e 121. Come illustrato da D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 294 ss., nello scenario della democrazia globale troverebbero al più spazio «nuove concezioni di comunità, rappresentanza e responsabilità politica» (294, mio il corsivo).

³⁰ Cfr. M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 164 ss. (citazione a 172), dichiaratamente critico con la prospettiva del governo mondiale (spec. 174 ss.). *L'antisovrano* («come l'anticristo») non può che essere, anche in forza della sua *aspirazione alla universalità* (invero «un'universalità più che dubbia», 175), «l'agente che determina la crisi del mondo (qui, del mondo democratico) come lo abbiamo sino ad oggi conosciuto» (166); *L'antisovrano* è, costitutivamente, un *antisovrano antidemocratico* (172 s.).

³¹ D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit. 15; una proposta, anche in questo caso, che presenta una certa sintonia con quella formulata da M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., spec. 185 s. In senso analogo, cfr. F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, London, 2018, trad. it. *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano, 2019, 152 s.

dinamiche economiche: è in rapporto a tutto questo che lo studioso difende la perdurante centralità di uno Stato-nazione «legato a filo doppio con il progresso economico, sociale e politico»³². Sebbene non manchi qualche rapida digressione sul tema dell'identità nazionale – sempre relazionata ad uno Stato «primo depositario dei legami e delle affiliazioni personali»³³ - lo studioso sceglie deliberatamente di concentrare la propria analisi «non tanto sulla componente “nazionale”, bensì sull'elemento “Stato” [...] come entità giurisdizionale delimitata sul piano spaziale». Tale approccio sembrerebbe derivare, stando sempre alle parole di Rodrik, proprio dalla paura di evocare il nazionalismo³⁴.

L'automatica collocazione del nazionalismo nel campo dei nemici della democrazia rappresentativa, e il timore di affrontarlo, sono però forse legati ad un'accezione ben precisa del concetto, che non è detto ne esaurisca la densa portata semantica.

Come segnala Ramón Máiz, il nazionalismo, nella valenza che ne viene usualmente proposta, è «fijado para siempre en un vocabulario organicista y sustancial», rispetto al quale si sarà inevitabilmente spinti a porsi da una prospettiva di «completa exterioridad a la dimensión nacional como postula el patriotismo cívico, republicano o constitucional»³⁵. Tale atteggiamento significa però lasciare completamente nelle mani di *quel* nazionalismo «el monopolio del escenario mismo en el que, en buena medida, se solventa la lucha cotidiana (política, comunicativa y emocional) por la dirección intelectual y moral de una comunidad»; un atteggiamento che rischia pertanto di risolversi nella rinuncia a «repensar el lugar de la nación desde el horizonte teórico de la democracia republicana»³⁶.

Le ricadute pratiche che si producono nel dibattito pubblico, per effetto dell'approccio criticato da Máiz, sono colte da Joseph Weiler in una recente intervista rilasciata alla stampa spagnola³⁷. Una delle chiavi di lettura degli incerti scenari politici del presente è individuata dallo studioso nella abdicazione alla difesa del *patriottismo*

³² *Ibidem*, 24.

³³ *Ibidem*, 21; e, più ampiamente, ID., *La globalizzazione*, cit., 321-325.

³⁴ Così D. RODRIK, *Dirla tutta*, cit., 26: «ponendomi in quest'ottica, vedo la nazione come una conseguenza dello Stato, e non il contrario. [...] Non intendo disquisire su cosa sia una nazione, né se ogni nazione dovrebbe avere uno Stato, o quanti Stati dovrebbero esistere». Anche l'analisi di Marco Betzu, nonostante la centralità che assegna allo Stato nazione, non dedica particolare approfondimento al secondo termine della formula. Forse un limitato, e molto indiretto, accenno ad esso può scorgersi in una citazione di Max Weber, utilizzata per criticare l'ideologia della efficienza fine a se stessa, che esalta – qui la citazione - «la dignità della cosa e non della persona, non doveri di fratellanza e di pietà, non relazioni umane di cui le *comunità umane* siano portatrici» (M. BETZU, *op. cit.*, 20, mio il corsivo). Per una critica alla «ideologia dell'“efficienza” della decisione politica come valore in sé, cioè prescindente dalla causa e dallo scopo, “efficienza” da conseguire concentrando il potere nel singolo *leader* [...] semplificando nel massimo grado le procedure di decisione», cfr. S. STAIANO, *La rappresentanza*, cit., 16.

³⁵ R. MÁIZ, *Nacionalismo y federalismo. Una aproximación desde la teoría política*, Madrid, 2018, 13.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ “*Millones de europeos ni son fascistas ni idiotas*”, *La Vanguardia*, 23 febbraio 2019 [<https://www.lavanguardia.com/politica/20190302/46601256688/populismo-nacionalismo-europa-elecciones-weiler.html>].

basata sul timore di evocare il *nazionalismo* (se non addirittura il fascismo)³⁸: lo spazio non coltivato attraverso un *patriottismo liberale* è stato occupato dal *nazional-populismo*³⁹. Per superare l'attuale crisi culturale dell'Europa occorrerebbe allora rilanciare il primo. Non si tratta però – qui il punto che preme evidenziare – di attingere esclusivamente alla dimensione *individuale*, ma anche a quella delle *identità collettive*: «no podemos ignorar que ser español, o francés, o lituano... tiene una especificidad no fungible que se debe respetar. Si se desprecia esto es una agresión a una *dimensión esencial del sentido de la vida*»⁴⁰. Emerge dunque una chiara contrapposizione – sul piano valoriale – tra *nazionalismo* (e il molto prossimo *nazional-populismo*) e *patriottismo*; con quest'ultimo che può essere a sua volta declinato secondo due varianti: una esclusivamente individuale (più orientata, dunque, verso una dimensione procedurale), l'altra tesa a valorizzare comunque la prospettiva collettivo-identitaria. Una schematizzazione che potrebbe ricalcare la distinzione tra *nazionalismo*, *cosmopolitismo* e *patriottismo*, prospettata da Maurizio Viroli, il quale non manca di ricordare come «la storia insegn[i] che contro il nazionalismo serve poco alzare la bandiera del cosmopolitismo, un ideale nobile che convince la ragione ma non tocca le passioni ed è sempre stato, e sarà sempre, principio di ristrette élites intellettuali»⁴¹.

Le proposte analitiche (e discorsive) richiamate (quella di Weiler e di Viroli) potrebbero risultare, nella sostanza, convincenti. Esse assumono tuttavia un netto *gap* semantico tra il patriottismo (buono) e il nazionalismo (cattivo): occorre chiedersi se non sia proprio quella distanza che finisce con l'occultare, come avvertiva Máiz, il campo della nazione, di una identità collettiva non rinunciabile che è ancora, in larga parte, una identità nazionale⁴². D'altro canto, come traspare dalla riflessione dello stesso Weiler, anche il concetto di patria può evocare esperienze autoritarie e tristi pagine della storia: ci si potrà spesso imbattere così in una *nazione dei patrioti* e in una *patria dei nazionalisti*⁴³. Non è un caso che lo sforzo di rilanciare il patriottismo ne imponga

³⁸ Ivi: «Hemos abolido la palabra patriotismo de nuestro vocabulario político/cultural. Por razones que se pueden entender, incluso celebrar, porque la palabra patriotismo nos hacía pensar en los fascismos previos a la segunda guerra mundial. Por eso, durante décadas en Europa nadie podía llamarse abiertamente patriota porque eso significaba ser un nacionalista».

³⁹ Ivi: «La visión del patriotismo liberal ha sido abolida muchos años y esta hambre de patriotismo liberal no ha sido satisfecha en los países europeos y ha permitido el auge del nacional-populismo».

⁴⁰ Ivi; sul ruolo delle identità collettive, anche nazionali, l'autore si è soffermato di recente in J. WEILER, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 235 ss. (spec. 237). In senso analogo, v. 80 ss.

⁴¹ Cfr. M. VIROLI, *Nazionalisti e patrioti*, Bari-Roma, 2019, 16 ss. e 80 (da cui è ripresa la citazione). In termini analoghi, cfr. D. RODRIK, *La globalizzazione*, cit., 324: «la costruzione di comunità politiche transnazionali è un progetto di élites globalizzate sintonizzate largamente sulle loro esigenze»; F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 106, che parla della «sorte del liberalismo moderno, in cui il principio di riconoscimento universale e paritario si è mutato nello specifico riconoscimento di gruppi particolari».

⁴² Come ha evidenziato Benedict Anderson in un suo noto volume (non raramente frainteso), «la “fine del nazionalismo”, così a lungo profetizzata, non è minimamente in vista. Anzi la “nazione-ità” è il valore più universalmente legittimato nella vita politica del nostro tempo» (B. ANDERSON, *Imagined Communities. Reflection on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 1983, trad. italiana *Comunità immaginate*, Roma, 1996, 22). La persistenza del nazionalismo quale *forza attiva della politica mondiale* era sottolineata da Fukuyama nella sua nota opera del 1992 ed è oggi ribadita in F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., spec. 12 s. e 91 ss.

⁴³ Tanto l'idea di patria quanto quella di nazione sono state (e sono) poste al servizio di progetti autoritari, escludenti, imperialisti. Ciò fa sì che, al di là dello schema analitico assunto, si finisca sempre

fatalmente un'aggettivazione: il patriottismo deve essere *costituzionale* (nella nota restituzione habermasiana), il patriottismo deve essere *liberale* (la formula cui ricorre Weiler, più attento alla dimensione collettiva).

Perché non parlare, allora, di un nazionalismo *costituzionale* o *liberale*?

Quest'ultima formula permetterebbe di ricondurre il discorso ad apporti da tempo disponibili in sede scientifica, che contrappongono nazionalismo (appunto) *liberale* e nazionalismo *illiberale*⁴⁴; o, su un piano concettuale diverso ma comunicante, nazionalismo *organico* (o *naturalistico*) e nazionalismo *civico* (o *volontaristico*). Da quest'ultimo punto di vista, convince invero l'approccio che individua in tutti i nazionalismi elementi tanto del primo tipo (simboli, lingua, tradizioni, cultura, etnia) quanto del secondo; ciò che varia in ogni singola esperienza storica è il dosaggio e il rilievo delle due componenti, ma l'una non annullerà mai del tutto l'altra⁴⁵. È chiaro – e si torna così alla prima delle distinzioni richiamate – che quanto più un nazionalismo si strutturerà su basi organiche, tanto più si verrà connotando in senso escludente, con il rischio di assumere caratteri incompatibili con i principi del costituzionalismo democratico. È qui che si annida il vero nemico: il *nazionalismo illiberale* (o *etnico*).

Fintantoché quest'ultimo non si materializzi, potranno però darsi – e si sono dati e si danno tuttora – progetti nazionali (nazionalismi) che si coniugano perfettamente con la democrazia. Anche in Italia ci si è riferiti a differenti «modi di considerare la nazione: quello *naturalistico*, che fatalmente sbocca nel razzismo e quello *volontaristico*»⁴⁶,

con il distinguere, in ordine a entrambi i concetti, tra un'accezione virtuosa e una degenerata. Ciò accade anche nelle ricostruzioni che intendono tracciare una netta linea di demarcazione tra nazionalismo e patriottismo, come quella già richiamata di M. VIROLI, *Nazionalisti e patrioti*, cit., *passim*. Vi sarà una *vera* patria, e dunque una (falsa), ascritta al pensiero di Herder, dal «significato prevalentemente culturale» (13, mio il corsivo); un «affetto patrio ben concepito» (nel riferimento di Mazzini a Dante, 31), che dovrebbe ammetterne uno *mal concepito*; la *patria del popolo* e la *patria dei re*, la prima che presuppone, la seconda che esclude l'eguaglianza dei cittadini (il riferimento, a 36, è ancora a Mazzini; v. pure 44); e vi potrà essere una patria che «agisce male» e pertanto «merita di scomparire» (43), contrapposta a quella che va invece difesa. Nello stesso senso, i caratteri naturalistici non scompaiono del tutto dalle visioni ascrivibili al patriottismo: passano semplicemente in secondo piano rispetto a quelli volontaristici (che guardano, in una dimensione politica, agli ideali di libertà ed eguaglianza: 30 ss., spec. 40-43) e continuano a muoversi, silenziosamente, tra le *nazioni inviolabili* e i *popoli liberi* (cfr. 47 ss.): «il «sentimento di nazionalità» non è una costruzione artificiale, ma una genuina passione umana, particolarmente forte fra quei popoli che hanno conquistato tardi la loro indipendenza» (70-71: per i popoli, almeno per quelli *genuini*, pare dunque vi sia, ineluttabilmente, una indipendenza da conquistare, presto o tardi). L'incertezza che circonda l'uso dei due termini nel linguaggio politico, nel corso della storia, è segnalata dallo stesso Viroli (68 ss.).

⁴⁴ Sulla distinzione in parola cfr., ad esempio, W. KYMLICKA, *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, in ID., *Fronteras territoriales*, Madrid, 2006, spec. 52-61; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. it. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, 2003, spec. 329 ss.

⁴⁵ Cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos. ¿No seremos todos nacionalistas?*, Madrid, 2018, 19-21; R. MÁIZ, *Nacionalismo y federalismo*, cit., 91 ss.; A. CIRULLI, *Etnoregionalismi*, Milano, 2019, 63-66. Diversamente, in alcune ricostruzioni il concetto di nazionalismo è interamente schiacciato sulle componenti organiche e, dunque, su una dimensione naturale: cfr., ad esempio, M. VIROLI, *Nazionalisti e patrioti*, cit., 4 ss., che definisce il nazionalismo attraverso il richiamo, in particolare, alle posizioni di Herder, definendolo in termini di «linguaggio che esalta l'omogeneità culturale o etnica» (78).

⁴⁶ F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Roma-Bari 1961 (edizione citata 2011), 68 ss. Agli ideali mazziniani di patriottismo e di nazione si è richiamata, più di recente, M.C. NUSSBAUM, *Political Emotions. Why*

individuando un pensiero *nazionalitario*, dal «respiro umanitario od universalistico», distinto dall'«esclusivismo particolaristico» di un *nazionalismo in senso deteriore*⁴⁷.

Un ricco filone di studi – quello, appunto, del *liberal nationalism*⁴⁸ – individua proprio nelle costruzioni nazionali gli strumenti che hanno assolto (e assolvono) funzioni fondamentali per gli ordinamenti democratici: prima di tutto la creazione di vincoli solidaristici, irrinunciabili per reggere l'edificio dello Stato sociale⁴⁹, e lo sviluppo dei processi discorsivi (e rappresentativi) della democrazia, che presuppongono un'opinione pubblica consapevole e un dibattito collettivo aperto, al quale abbiano accesso larghe fasce di cittadini (sottratto, dunque, al controllo esclusivo di élite ristrette)⁵⁰.

Di recente, Francis Fukuyama – muovendo su un piano di analisi, anche lessicalmente, diverso da quello da ultimo richiamato⁵¹ - ha individuato alcune funzioni democraticamente benefiche della *identità nazionale*. I riscontri offerti sul punto sono in buona parte sovrapponibili a quelli, appena richiamati, prospettati dagli studi del *liberal nationalism*⁵². Vi è però un profilo, più generale e comprensivo, che merita di essere richiamato in ragione della connessione con alcune dinamiche politico-sociali (e psicologiche) della contemporaneità. Per Fukuyama, l'identità nazionale «rende possibile la democrazia liberale in sé e per sé. [...] Per funzionare, le democrazie hanno bisogno di una propria cultura [...]; una cultura di tolleranza e reciproca comprensione deve avere la meglio sulle passioni di parte»⁵³. Una identità nazionale con tali

Love Matters for Justice, Cambridge, 2013, trad. italiana *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Bologna, 2014, 252 ss.

⁴⁷ V. CRISAFULLI - D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, § 1.

⁴⁸ Si vedano, senza pretesa di esaustività: A. MARGALIT - J. RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, n. 87, 1990, 439 ss.; C. TAYLOR, *Multiculturalism and "The politics of Recognition"*, Princeton, 1992, trad. italiana *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, 1993; Y. TAMIR, *Liberal Nationalism*, Princeton, 1993 (e ora ID., *Why nationalism*, Princeton, 2019); W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford, 1995, trad. italiana *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

⁴⁹ W. KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., 135; Y. TAMIR, *Liberal*, cit., 85 s.; nello stesso senso, cfr. M.C. NUSSBAUM, *Emozioni politiche*, cit., 269 ss.

⁵⁰ Cfr. W. KYMLICKA, *Fronteras*, cit., 68 ss., che ricorda come «la política democrática es política en la lengua vernácula» (74). Sul legame tra *libertà nazionale e culturale e qualità democratica*, cfr. F. REQUEJO, *El fuste de la democracia liberal sigue siendo demasiado recto*, in *Foro Interno*, 10/2010, spec. 63.

⁵¹ Cfr. F. FUKUYAMA, *Identità*, cit.: l'autore conduce un discorso costruito sulla dialettica tra *nazionalismo* (associato alla religione – spec. 75 ss. – e che pare concepito, in alcuni passaggi, come fenomeno connotativo di una particolare fase storica – v., ad esempio, la definizione offerta a 78) e *identità nazionale* (spec. 139 ss.). Tuttavia, come spesso accade negli studi su tali tematiche, la pretesa di separare rigidamente due nozioni concettualmente (e semanticamente) troppo affini rende talvolta necessario aggettivare l'etichetta del nazionalismo (parlando, ad esempio, di nazionalismo *etnico*: 75, 82, 143; o di nazionalismo *populista*: 103). Anche in questo caso, dunque, da una iniziale pretesa di assolutizzazione, in termini deteriori, del concetto, si passa prima ad un riconoscimento implicito di una sua diversa faccia (si dà campo alla possibilità di un nazionalismo *non etnico*, o *non populista*), poi disvelata attraverso una nuova categoria virtuosa: in alcune ricostruzioni già richiamate il *patriottismo* (che tende ad un maggiore occultamento della nazione), in quella di Fukuyama il paradigma di una *identità nazionale* che, oltre che in forma etnica, può «costituirsi attorno a valori politici liberali e democratici, e alle comuni esperienze che forniscono il tessuto connettivo entro il quale comunità diverse tra loro possono fiorire» (143).

⁵² *Ibidem*, 143-145.

⁵³ *Ibidem*, 145 s.

caratteristiche (*aperta, ampia, inclusiva*) può divenire lo strumento per contrastare la *minaccia* che «la protezione di identità sempre più ristrette» costituisce per «la possibilità di comunicazione e di azione collettiva. Il rimedio [...] non consiste nell'abbandonare l'idea di identità, che rappresenta un aspetto troppo importante del modo in cui gli individui moderni vedono se stessi e le società che li circondano, ma nel definire identità nazionali più ampie e più capaci di integrazione, che prendano atto della varietà di fatto delle esistenti società democratiche liberali»⁵⁴. Una strada questa - qui l'attualità della riflessione - che potrebbe operare nella direzione di contenere il «campo di azione dell'ultimo uomo di Nietzsche»⁵⁵ aperto dalle democrazie liberali o, in una prospettiva analoga, le connotazioni *narcisiste* che le stesse vanno assumendo⁵⁶.

È per molte delle ragioni appena richiamate che gli ordinamenti statali contemporanei non sono mai, anche nella loro democraticità e nella loro apertura verso l'esterno, nazionalmente neutrali, ma alimentano costantemente progetti nazionali ben definiti⁵⁷. Ed è per le medesime ragioni che, specularmente, la crisi delle identità nazionali si intreccia spesso con quella delle democrazie liberali (questa la prospettiva da ultimo valorizzata da Fukuyama). Un'affermazione che, in una fase storica in cui la democrazia sembra schiacciata proprio dal ritorno dei nazionalismi, appare paradossale; ma che può non esserlo se si individua la crisi nel trionfo di identità nazionali reazionarie ed escludenti, dovuto anche all'incapacità di proporre di alternative, in grado di abbracciare e sostenere i valori democratici: in altre parole, all'incapacità di riarticolare - talvolta di concepire - un nazionalismo liberale.

Le questioni poste in questa sede non vogliono attestarsi, ovviamente, sul piano meramente terminologico. Le scelte concernenti l'uso delle formule a cui si è fatto richiamo (*nazionalismo, patriottismo, identità nazionale*) e delle loro differenti declinazioni (*costituzionale, liberale, illiberale, etnico, organico, civico*) vanno ascritte, in fin dei conti, a semplici convenzioni stipulative. Essenziale è capire cosa ci sia, nella sostanza, dietro le etichette di volta in volta adoperate; è anche opportuno, però, aver

⁵⁴ *Ibidem*, 138; v. pure 106 e 179. In tal senso si veda anche L.P. VANONI - B. VIMERCATI, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 52.

⁵⁵ «[...] "uomini senza petto" che passano la vita nell'incessante ricerca della soddisfazione consumistica, ma che non hanno niente dentro di sé, nessuna meta o ideale superiori per i quali siano disposti a lottare e a sacrificarsi. Una vita del genere non soddisferà tutti. La megalotimia prospera nell'eccezionalità: correre grandi rischi, impegnarsi in conflitti colossali, perseguire effetti di grande portata, perché tutte queste cose portano a riconoscersi superiori agli altri. In alcuni casi la megalotimia può condurre a un leader eroico [...]. Ma in altri può portare a tiranni [...] che precipitano le loro società nella dittatura e nel disastro». Tale tema, riproposto in F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 12-14 (citazione a 13), era già prospettato nella nota opera Id., *The End of History and the Last Man*, 1992, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 2020, 411 ss.

⁵⁶ Cfr. G. ORSINA, *La democrazia*, cit., spec. 51 ss.; alla trasformazione in senso narcisista della società - specialmente americana - fa riferimento anche F. FUKUYAMA, *Identità*, cit., 108 ss. (spec., e in modo esplicito, 114 s.).

⁵⁷ Lo rilevano W. KYMLICKA, *Estados, naciones y culturas*, Cordoba, 2004, 55 s.; F. REQUEJO, *Cultural pluralism, Nationalism and Federalism. A revision of Democratic Citizenship in Plurinational States*, in *European Journal of Political Research*, vol. 35, n. 2, 1999, 255 ss.; J. CAGIAO Y CONDE, *Multiculturalisme et théorie de la fédération. L'apport de la critique multiculturaliste aux études sur le fédéralisme*, in J. CAGIAO Y CONDE - A. GOMEZ-MULLER (dir.), *Le multiculturalisme et la reconfiguration de l'unité et de la diversité dans les démocraties contemporaines*, Brussels, 2014, 43-46.

presenti le ricadute che le differenti formule possono generare sul piano discorsivo; e, soprattutto, comprendere se dietro di esse non si celino strategie argomentative rivolte ad occultare la nazione, pur laddove è operante⁵⁸; o a far evaporare, con la nazione, le funzioni che essa ha tradizionalmente assolto negli ordinamenti statuali.

Se è ancora lo Stato nazione il luogo in cui va primariamente pensata la rappresentanza politica (la rappresentanza politica come intesa da Betzu: *praticata e partecipata*, fonte di una *legalità legittima* fondata sul consenso dei destinatari e sulla responsabilità dei decisori, che deve irradiarsi anche sul piano sovrastatale), far recedere un termine essenziale di quella costruzione (la nazione) potrebbe significare, nei fatti, rinnegarla nel suo complesso.

⁵⁸ Fondamentale, in tal senso, l'opera di M. BILLIG, *Banal Nationalism*, London, 1995, trad. it. *Nazionalismo banale*, Soveria Mannelli 2018, ad avviso del quale «nel linguaggio politico le lacune raramente sono innocenti» (15), e «le lacune del linguaggio che permettono al nazionalismo banale di esser dimenticato sono anche lacune del linguaggio della teoria» (19). Affine al concetto di nazionalismo banale, quasi un suo completamento che guarda al versante soggettivo-individuale, è quello di *micronazionalismo*: cfr. J. CAGIAO Y CONDE, *Micronacionalismos*, cit., spec. 22-25.

REPLICA

MARCO BETZU*

MULTILATERALISMO VS. NAZIONAL-POPULISMO: UNA REPLICA A GENNARO FERRAIUOLO

Probabilmente non vi è soddisfazione più grande per un autore di quella consistente nel vedere che il suo libro stimola nel lettore riflessioni che travalicano i confini del volume, perché da questo muovono per solcare nuovi percorsi di ricerca e approfondimento. Questa è la mia impressione nel leggere la ricca recensione di Gennaro Ferraiuolo, la cui analisi si spinge sino al tema dell'identità nazionale e della pensabilità di un "nazionalismo costituzionale".

Ciò si deve senz'altro alla profondità di pensiero del recensore, ma in buona parte – mi piace crederlo – anche alla metodologia seguita nel libro, che vuole utilizzare le categorie del costituzionalismo per risolvere problemi necessariamente interdisciplinari, in quanto aventi ad oggetto fenomeni non profittevolmente indagabili utilizzando le lenti – deformanti – del giurista puro. Tuttavia, proprio in quanto le osservazioni critiche dell'attento recensore si appuntano quasi esclusivamente su problematiche solo accennate nelle conclusioni del lavoro, l'unico modo per replicare compiutamente sarebbe quello di scrivere un nuovo libro, che dal primo prenda le mosse per sviluppare proprio quelli che Ferraiuolo definisce «alcuni nodi problematici», individuati nel populismo e nel nazionalismo. Mi limiterò, allora, ad alcune brevi osservazioni.

Populismo e nazionalismo sono effettivamente da me indicati come alcuni dei fenomeni che mettono in discussione la stessa opportunità del mantenimento delle istituzioni sovranazionali dell'economia. Nella mia visione esse devono essere difese perché luoghi internazionali del dialogo e della cooperazione, ovvero espressione di una politica della mediazione utile che, in quanto tale, è potenzialmente idonea a disinnescare il conflitto tra le ragioni dell'economia globale e le democrazie nazionali, perseguendo quella solidarietà sociale necessaria a contrastare le pulsioni disgregative di un capitalismo lasciato a se stesso.

Ferraiuolo si chiede «se sia il populismo ad ostacolare la loro rivitalizzazione o non piuttosto il modo in cui esse hanno operato ad aver innescato il primo». L'interrogativo presenta aspetti di verità, ma rischia di indulgere verso posizioni ideologicamente orientate, simili a quelle che andavano per la maggiore nella letteratura sulla globalizzazione dei primi anni Duemila.

Non vi è dubbio che il Fondo Monetario Internazionale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio abbiano portato avanti, quanto meno a partire dagli anni Ottanta, politiche liberiste spinte, patrocinate soprattutto dagli Stati Uniti, esprimendo un fondamentalismo del mercato che ha generato sia tra gli studiosi che nella pubblica

* Professore associato di Diritto costituzionale, Università di Cagliari.

opinione una reazione demonizzante. Tuttavia, come ho cercato di dimostrare, l'approccio neoliberista non è affatto consacrato nei loro Statuti e nella loro *mission* istituzionale. Lo notò, sin dal 1976, Federico Caffè: «se una filosofia era sottostante alla cooperazione economica internazionale, essa doveva ricercarsi nella compatibilità e nella tolleranza dei vari sistemi di organizzazione produttiva, non nella indicazione di uno di essi come modello ideale»¹.

Occorre prendere atto del fatto che queste istituzioni sovranazionali garantiscono quella cooperazione istituzionalizzata necessaria a pacificare i conflitti interstatali, riconducendoli entro regole predefinite per la loro soluzione e, così facendo, consentono il raggiungimento di soluzioni migliori di quelle che si realizzerebbero se vi fosse un'assenza totale di regole².

Possiamo allora rilevare che se il populismo ha trovato nuova linfa nelle disuguaglianze sociali perpetrate dal neoliberismo, di cui costituisce un effetto³ – e dunque è in parte una conseguenza sociopolitica del modo in cui le istituzioni economiche hanno operato – esso è oggi anche un ostacolo al recupero dei valori fondanti del compromesso di Bretton Woods, perché mira a depotenziarne completamente gli strumenti.

Ad esso si affianca il nazionalismo, la cui qualificazione come nemico del multilateralismo non è frutto di un pregiudizio, ma fondata sia su argomenti teorici che su evidenze empiriche.

È ben noto come, in campo economico, il nazionalismo si colleghi strettamente al protezionismo, in netta opposizione rispetto al multilateralismo fondato sulla cooperazione. Gli studi della scuola realista delle relazioni internazionali hanno evidenziato bene questa alternativa, propendendo per una visione secondo cui la principale preoccupazione degli Stati dovrebbe essere devolvere parte dei loro sforzi «non nel promuovere il proprio benessere, ma nell'assicurarsi i mezzi di difesa contro gli altri»⁴. Una conferma sarebbe data dalla teoria dei giochi, la quale ci spiega che, nel breve periodo, secondo una prospettiva strettamente individualistica la strategia migliore è la non cooperazione, rappresentando un equilibrio strategico nel senso di Nash perché massimizza l'utilità attesa di un certo giocatore e, quindi, quest'ultimo «gioca una risposta ottima alle strategie adottate dagli altri giocatori»⁵. Tuttavia, nel lungo periodo non produce un equilibrio ottimale in senso paretiano, perché la strategia alternativa (coopera, coopera) assicura un benessere maggiore a tutti i giocatori. Mentre il nazionalismo protezionista è miope, il multilateralismo consacrato a Bretton Woods è presbite. Tra i due, quindi, la contrapposizione è netta.

L'assunto teorico – per il quale rinvio alla ben più estesa trattazione fatta nel libro – è confermato dalla storia. Il sovranismo nazionalista rappresentò, infatti, il sostrato ideologico delle misure protezionistiche che aggravarono gli effetti della Grande

¹ F. CAFFÈ, *Una fase critica della cooperazione economica internazionale*, in ID., *Un'economia in ritardo*, Torino, 1976, 109.

² Cfr. J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Torino, 2006, 81.

³ Cfr. Y. MÉNY - Y. SUREL, *Populismo e democrazia*, Bologna, 2004, 11.

⁴ K.N. WALTZ, *Teoria della politica internazionale*, Bologna, 1987, 203.

⁵ F. COLOMBO, *Introduzione alla teoria dei giochi*, Roma, 2003, 117.

Depressione, come l'ormai tristemente famoso *Smoot-Hawley Tariff Act* del 1930, che in tre anni determinò, per gli Stati Uniti, un crollo del 66% delle importazioni e del 61% delle esportazioni, portando il tasso di disoccupazione al 25%. Se il nazionalismo economico e il protezionismo sono due nozioni comunque distinte e da non confondere tra loro⁶, non vi è però dubbio che il secondo sia stato assai frequentemente uno strumento utilizzato dal primo.

La compenetrazione tra nazionalismo e populismo, a sua volta, è plasticamente espressa dalla dottrina trumpiana dell'*America First*, il cui nocciolo duro è tutto «nel protezionismo doganale come minaccia e nella soppressione delle misure ecologiche come incentivo, allo scopo di far rivivere l'America dei grandi produttori, quella di un *big business* che si manifestava attraverso le grandi fabbriche e le concentrazioni operaie»⁷. Nel tentativo di percorrere questa strada è lo stesso nazionalpopulista a trovare i propri nemici, da lui individuati, nella dimensione esterna, soprattutto nelle organizzazioni sovranazionali dell'integrazione cooperativa contrapposta alla frammentazione nazionalista⁸.

Il rifiuto del nazionalismo conduce allora inevitabilmente verso una globalizzazione senza ritorno e a un addio all'idea di nazione? Non lo credo affatto. L'autodeterminazione nazionale, contrapposta alla iperglobalizzazione, non è infatti legata all'accettazione di un nazionalismo economico, oggi peraltro caratterizzato da venature populiste. Gli accordi di Bretton Woods, rifuggendo il nazionalismo degli anni Trenta, avevano costituito una cornice di cooperazione nell'ambito della quale era stato possibile coniugare la teoria classica dei vantaggi comparati con il potere degli Stati di intervenire in modo da minimizzare le ricadute negative di una disciplina sovranazionale uniforme, eccessivamente votata alla libertà del commercio a scapito delle esigenze sociali di ogni Paese. Una terza via, dunque, rispetto a nazionalismo e liberismo: un «*embedded liberalism*»⁹.

A questo punto del discorso credo risulti evidente il motivo per il quale non trovo convincente il recupero, tramite aggettivazioni positive, del populismo e del nazionalismo.

Discutere, come alcuni fanno, di “costituzionalismo populista”¹⁰ o di “nazionalismo costituzionale democratico”¹¹ significa distorcere le convenzioni

⁶ Cfr. A. ETGES, *Theoretical and Historical Reflections on Economic Nationalism in Germany and the United States in the Nineteenth and Early Twentieth Centuries*, in S. BERGER - T. FETZER, *Nationalism and the Economy*, Budapest - New York, 2019, 88.

⁷ G. BERTA, *Post-global. Economia politica della nostalgia*, in *il Mulino*, 2/2017, 318.

⁸ Sul punto K. BOON, *President Trump and the Future of Multilateralism*, in *Emory International Law Review*, Vol. 31, 2017, 1075 ss.; D. BOSCO, *We've Been Here Before: The Durability of Multilateralism*, in *Journal of International Affairs*, 2/2017, 9 ss.

⁹ J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 2/1982, 393: «This was the essence of the embedded liberalism compromise: unlike the economic nationalism of the thirties, it would be multilateral in character; unlike the liberalism of the gold standard and free trade, its multilateralism would be predicated upon domestic interventionism».

¹⁰ P. BLOKKER, *Populism as a constitutional project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2/2019, 537 ss.

¹¹ Secondo Y. TAMIR, *Why Nationalism*, Princeton, 2019, 141, di fronte alla iperglobalizzazione «democracy and nationalism are on the same side of the fence».

stipulative con le quali i termini sono tradizionalmente intesi, relativizzandone il significato. Simili impostazioni, oltre a generare pericolose confusioni, sono sostanzialmente estranee «alla cultura istituzionale e costituzionalistica»¹². Se, come è stato giustamente osservato, il costituzionalismo è «incompatibile con ogni forma di populismo»¹³, perché quest'ultimo svuota «la natura oppositiva (di limitazione del potere politico) del fenomeno costituzionale»¹⁴, altrettanto è a dirsi nei confronti del nazionalismo. Non è un caso che nei testi costituzionali della seconda metà del Novecento l'idea di nazione abbia del tutto «perso qualsiasi riferimento all'eticità originaria del termine poiché la condanna del nazionalismo è ormai irreversibile»¹⁵. Anche la Costituzione italiana, laddove utilizza il termine “Nazione”, lo declina in concreto come «antinazionalismo»¹⁶. Insomma, “nazione” e “nazionalismo” sono concetti che non possono coincidere in uno Stato democratico costituzionale¹⁷.

«The protection of American industries is not a mere policy, a mere business question; it is a question of patriotism, a question of loyalty to the American flag, to the American laborer, and to the American home. It is a choice between self-defense and self-development on the one hand, and self-annihilation and self-destruction on the other. [...] The protective system stands as a wall of fire between American laborers and the degraded, halfpaid laborers of Europe»¹⁸.

La citazione non è tratta da un recente discorso di Donald Trump, ma risale all'8 maggio 1888. Sono le parole con le quali un deputato repubblicano, Joseph Taylor, difendeva la necessità di misure protezionistiche in nome del patriottismo nazionalista. Sono a tutti note quali siano state le conseguenze di simili politiche nel Novecento.

Ora come allora, se si vogliono far vivere le parole del costituzionalismo e della politica democratica dinnanzi alle sfide dell'economia globale dobbiamo mettere da parte nazionalismo e populismo e rinforzare queste istituzioni come luoghi della cooperazione e del dialogo. Istituzioni sovranazionali deboli non sono altro che una porta aperta alla legge del più forte.

¹² P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 4, con particolare riferimento alle elaborazioni di Laclau e Mouffe sul populismo.

¹³ G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza*, Torino, 2019, 130.

¹⁴ G. MARTINICO, *op. cit.*, 136.

¹⁵ P. CARROZZA, *Nazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 152 ss.

¹⁶ P. VERONESI, *Sulle tracce dei concetti di «Nazione» e di «Unità nazionale»*, in *Quad. cost.*, 2/2011, 324.

¹⁷ Si v. anche C. De FIORES, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019, 81: «Il ripudio del nazionalismo è alla base della fondazione della nazione repubblicana».

¹⁸ *Congressional Record*, Vol. XIX, Washington, 1888, 3837.

E. INNOCENTI, E. ROSSI ED E. VIVALDI (A CURA DI), *QUALE REDDITO DI CITTADINANZA?*, IL MULINO, BOLOGNA, 2020

RECENSIONE

REDDITO DI CITTADINANZA E POLITICHE DI CONTRASTO ALLA POVERTÀ.
RIFLESSIONI ALLA LUCE DEL VOLUME *QUALE REDDITO DI CITTADINANZA?* A CURA DI ELENA INNOCENTI, EMANUELE ROSSI ED ELENA VIVALDI*

VINCENZO CASAMASSIMA**

SOMMARIO: 1. Quale reddito di cittadinanza? Un utile traccia per riflettere sulle politiche di contrasto alla povertà. – 2. Reddito “di cittadinanza” o reddito “minimo”? – 3. Finalità del Rdc e contesto normativo (ed economico) in cui la misura si colloca. – 4. Profili soggettivi e oggettivi del Rdc. – 5. Il contrasto alla povertà nella normativa sul Rdc e i limiti di un impianto incentrato sul principio di condizionalità. – 6. Prospettive comparatistiche in tema di misure di sostegno al reddito: tra esperienze e sperimentazioni. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. Quale reddito di cittadinanza? Un utile traccia per riflettere sulle politiche di contrasto alla povertà

Se, come è stato affermato da un autorevole giuslavorista, «non possiamo oggi non riconoscere che con il RdC la lunga marcia verso una rete protettiva di base a vocazione universalistica compia un oggettivo salto di qualità» e che «il RdC è la prima vera misura generale fondamentale di contrasto della povertà di cui si sia dotata la Repubblica italiana per onorare l’impegno che le affida – sempre e prima di tutto – l’art. 3, comma 2, della Costituzione»¹, risulta doveroso approfondire l’analisi della

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell’Università degli studi del Sannio di Benevento.

¹ S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – n. 401/2019, 23.

normativa che, secondo l'opinione appena riportata, ha consentito di raggiungere tale obiettivo. Il volume *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, il Mulino, Bologna, 2019, a cura di Elena Innocenti, Emanuele Rossi ed Elena Vivaldi offre al lettore un'utilissima bussola per orientarsi tra le questioni che ruotano intorno al "Reddito di cittadinanza" (d'ora in poi Rdc), istituito introdotto nell'ordinamento italiano dal d.l. 28 gennaio 2019 n. 4, convertito in legge ad opera della l. 28 marzo 2019 n. 26.

I contributi di cui si compone il succitato volume, in buona parte frutto dell'approfondimento e aggiornamento delle riflessioni che hanno animato il convegno "Reddito e pensione di cittadinanza: criticità e prospettive nelle politiche di contrasto della povertà", svoltosi il 30 maggio 2019 a Pisa, presso la Scuola Superiore Sant'Anna, presenta infatti ai lettori un'analisi molto articolata, caratterizzata da apporti provenienti da diversi ambiti disciplinari, delle questioni concernenti la misura di contrasto alla povertà recentemente introdotta. L'opera rappresenta peraltro molto più che un mero commento al sopracitato decreto-legge. Se l'esame dei contenuti dell'atto normativo che ha introdotto il Rdc costituisce infatti la parte centrale e più corposa degli approfondimenti scientifici operati dai saggi raccolti nel libro, la prospettiva analitica si amplia molto al di là di quanto necessario al perseguimento di questo, pur rilevante, obiettivo.

Innanzitutto, l'innovazione rappresentata dal Rdc viene studiata inquadrandola all'interno di quella che possiamo definire la storia italiana degli interventi specificamente finalizzati a contrastare la povertà e, più latamente, del sistema di welfare riguardato dal punto di vista della lotta alla povertà. Oggetto di specifico approfondimento sono le questioni poste dalla natura "selettiva" dell'universalismo di cui un istituto come il Rdc è portatore: per un verso, rileva la necessità di focalizzare l'attenzione sulla scelta di non accogliere l'approccio pienamente universalistico (nonostante il ricorso ad un *nomen*, reddito «di cittadinanza» che a tale approccio si richiama); per un altro verso, la constatata opzione per la prospettiva della "selettività" impone di analizzare la maniera in cui essa si realizza, e, in particolare, i "criteri di selezione", alla luce delle finalità dell'intervento (e del loro fondamento costituzionale), nonché di approfondire lo studio delle logiche e dei valori che paiono ispirare gli interventi finalizzati a contrastare la povertà e incidere sulla loro stessa efficacia.

In secondo luogo, il volume colloca la scelta di introdurre il Rdc nel contesto delle scelte di politica economica e sociale sostanzialmente contestuali, sul piano temporale, all'introduzione del succitato istituto. Ciò avviene non senza accordare la dovuta attenzione ai profili concernenti il complessivo funzionamento del sistema economico. L'obiettivo dei curatori dell'opera è, evidentemente, quello di consentire al lettore di ampliare lo sguardo verso gli elementi di un contesto, tanto normativo quanto "fattuale", il quale concorre, da una parte, a produrre (o a non limitare adeguatamente) il fenomeno (la povertà) che interventi specifici (come il Rdc) mirano a contrastare e, dall'altra, a incidere, condizionandone la capacità di conseguire le finalità individuate, sul modo di operare di questi medesimi interventi.

Infine, il volume, che anche per questo si rivela un prezioso strumento di approfondimento delle conoscenze e di stimolo alla riflessione, dedica uno spazio significativo al punto di vista del diritto comparato, concentrandosi su alcune esperienze europee e sull'interessante caso dell'India. In questo modo, il dibattito sui temi evocati dai *nomina* "reddito minimo" e "reddito di cittadinanza"/"basic income" può essere esplorato avvalendosi dell'importante contributo che deriva dall'osservazione di realtà diverse dalla nostra, teatro, in alcuni casi, di interessanti "sperimentazioni", che, pur non prive di limiti, offrono utili spunti di riflessione in ordine ad una pluralità di questioni e in vista della progettazione ed attuazione di futuri interventi normativi.

2. Reddito "di cittadinanza" o reddito "minimo"?

Nel significato ampio a tale locuzione assegnato da Elena Granaglia e Magda Bolzoni, «per reddito di base [...] intendiamo un trasferimento monetario, finanziato dalla collettività attraverso le imposte, e volto ad assicurare a tutti uno zoccolo di reddito, liberamente spendibile sulla base delle preferenze dei beneficiari, senza vincolo di destinazione»². Risulta indispensabile operare poi una distinzione all'interno di questo insieme. Mi riferisco, naturalmente, alla distinzione tra quello solitamente definito, in senso proprio, "reddito di cittadinanza" (o anche "reddito di base" *stricto sensu*) e quello che si è soliti definire "reddito minimo".

Il primo è «un trasferimento erogato a ciascun cittadino, a intervalli regolari, durante l'intero corso della vita, prescindere dalle risorse detenute, nonché dallo *status* lavorativo o da altre condizioni comportamentali»³. Il secondo, invece, si configura come «un trasferimento di ultima istanza, erogato a intervalli regolari, e finalizzato alla protezione dalla povertà» e che è specificamente connotato dalla previsione della «prova dei mezzi, ossia la verifica che le risorse dei beneficiari siano sotto la soglia di povertà»⁴. In concreto, quest'ultimo, la cui disciplina può variare sensibilmente, non solo con riguardo al *quantum* dell'erogazione, ma anche a diversi altri profili della sua architettura, è molto spesso contraddistinto, oltre che dalla previsione della prova dei mezzi (volta a verificare, nell'ottica dell'"universalismo selettivo", la sussistenza in concreto di una condizione di povertà), da quella di programmi di reinserimento nel mondo del lavoro (e della c.d. "attivazione" quale condizione di accesso alla misura di sostegno al reddito).

Calandoci nel contesto italiano, premesso che il *nomen* "reddito di cittadinanza" evoca il concetto di un'erogazione monetaria a beneficio di tutti i componenti di una determinata comunità, sappiamo che, oltre a costituire un'idea al centro di un ampio

² E. GRANAGLIA-M. BOLZONI, *Il reddito di base*, Roma 2016, 9, ove si afferma che «è questa una definizione più generale e al contempo più stringente rispetto a molte definizioni presenti nella letteratura e nel discorso pubblico».

³ E. GRANAGLIA-M. BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., 33. Cfr. anche S. TOSO, *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, Bologna 2016, 14.

⁴ E. GRANAGLIA-M. BOLZONI, *Il reddito di base*, cit., 16.

dibattito scientifico in cui sono reperibili posizioni fortemente favorevoli alla introduzione di un istituto di questo tipo⁵, la nozione di reddito di cittadinanza (o, meglio, la corrispondente locuzione) è entrata con forza nel dibattito pubblico italiano a partire dagli anni in cui è divenuta una delle “parole chiave”, per così dire, del programma di una forza politica, il Movimento Cinque Stelle (M5S) sin dal momento del suo ingresso sulla scena politica nazionale, momento a partire dal quale il riferimento ad una misura definita “reddito di cittadinanza” ha peraltro scontato un elevato tasso di ambiguità semantica.

Tale definizione veniva utilizzata infatti con riguardo ad un istituto che, una volta discesi dal livello delle generali enunciazioni politico-programmatiche a quello delle proposte concrete, si rivelava distante dal figurino di una misura operante secondo i principi di un universalismo pieno. La misura delineata, per esempio, nel disegno di legge, presentato nell’autunno 2013, A.S. 1148 (di iniziativa dei senatori Catalfo e altri), recante nel titolo *Istituzione del reddito di cittadinanza nonché delega al Governo per l’introduzione del salario minimo orario*, si qualificava infatti quale strumento contraddistinto, tra l’altro, dalla natura “selettiva” (avendo come destinatari i soli poveri e non tutti i componenti della comunità) e da una evidente collocazione nell’area delle misure finalizzate (anche) all’inserimento lavorativo, come attestato dalla prevista condizione, tra le altre, di «fornire immediata disponibilità al lavoro» (art. 9). Previsioni, queste, che lasciavano sullo sfondo di un lontano orizzonte l’idea di un vero e proprio «reddito di cittadinanza universale e incondizionato»⁶. Universalismo selettivo e “condizionalità” costituivano connotati essenziali di quella proposta, insieme ad un’opzione in favore di un accesso circoscritto a cittadini italiani e di altri Paesi dell’Unione europea, con un’apertura limitata nei confronti degli stranieri extra-UE⁷. La previsione di uno stanziamento finanziario molto consistente (di quasi 17 miliardi di euro) lasciava intendere che si volesse introdurre una misura finalizzata a contrastare la povertà “relativa” e non, esclusivamente, quella “assoluta”. Un altro aspetto significativo era dato, dall’adozione di «una visione monodimensionale della povertà, considerata esclusivamente come una conseguenza della mancanza di occupazione»⁸. Ciò emerge dalle disposizioni di cui agli artt. 9, 11 e 12 del d.d.l., esclusivamente attinenti, quanto agli obblighi dei beneficiari della misura, al reinserimento lavorativo, salva la previsione, come vedremo sostanzialmente riprodotta nella normativa sul Rdc, secondo cui «il beneficiario è tenuto ad offrire la propria disponibilità per la partecipazione a progetti gestiti dai

⁵ Cfr., per tutti, P. VAN PARIJS-Y. VANDERBORGHT, *Il reddito minimo universale*, II ed., Milano 2013.

⁶ Per una sintetica panoramica delle proposte di legge presentate nel periodo a cui risale quella del M5S, cfr. E. VIVALDI-A. GUALDANI, *Il minimo vitale tra tentativi di attuazione e prospettive future*, in *Diritto e Società*, 1/2014, 115 ss., in partic., 137-143. Per un approfondimento sul dibattito italiano in materia di misure di contrasto alla povertà e sulle proposte susseguitesi nel corso dell’ultimo ventennio, cfr. M. ALTIMARI, *Tra assistenza e solidarietà: la liberazione dal bisogno nel recente dibattito politico parlamentare*, in AA.VV., *Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza. Il contrasto alla povertà tra diritto e politica*, a cura di M. Ferraresi, Torino 2018, 101 ss.

⁷ L’art. 4 del ddl prevedeva che ad accedere alla misura, oltre ai cittadini italiani e a quelli di altri Paesi dell’U.E., fossero i «soggetti provenienti da Paesi che hanno sottoscritto convenzioni bilaterali di sicurezza sociale».

⁸ M. BALDINI-C. GORI, *Il reddito di cittadinanza*, in *il Mulino*, 2/2019, 270.

comuni, utili alla collettività, in ambito culturale, sociale, artistico, ambientale, formativo e di tutela dei beni comuni» (art. 9, comma 4).

3. Finalità del Rdc e contesto normativo (ed economico) in cui la misura si colloca

Se quella brevemente descritta nel precedente paragrafo era la sostanza della proposta iniziale del M5S, a quale “reddito di cittadinanza” ci pone di fronte il d.l. n. 4/2019? Al fine di rispondere a questa domanda, senza trascurare il dato di un significativo incremento dell’investimento finanziario dedicato rispetto a quello relativo al Reddito di inclusione (ReI)⁹, non si può che partire dalla definizione che il succitato atto normativo fornisce del Rdc «quale misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all’esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all’informazione, all’istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all’inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro» (art. 1, comma 1).

Emanuele Rossi, nel suo contributo, il quale apre il volume recensito¹⁰, considera la definizione sopra richiamata inadeguata a tracciare un chiaro profilo della misura, sembrando – afferma – che «l’intento del legislatore sia di «sparare nel mucchio», indicando una serie di obiettivi – costituzionalmente rilevanti – che si intendono perseguire, senza indicare puntualmente la corretta finalizzazione dell’istituto¹¹. Si tratta di una valutazione sostanzialmente condivisibile. Sul piano definitorio (e dell’individuazione delle finalità), il tasso, per così dire, di polifunzionalità della misura risulta infatti accentuato rispetto a quello proprio del ReI.

In primo luogo, infatti, non trovava spazio negli atti normativi istitutivi del ReI il riferimento alla finalità di «favorire il diritto all’informazione, all’istruzione, alla formazione e alla cultura», la quale, salvo naturalmente quel che concerne i profili connessi alla formazione professionale (strettamente connessi al lavoro), appare di carattere puramente ipotetico ed esemplificativo, e dunque – rileva Emanuele Rossi – in sostanza inutile¹². In secondo luogo, è vero che anche in riferimento al ReI le due macro-finalità più sopra indicate convivevano, essendo esso definito «una misura a carattere universale, condizionata alla prova dei mezzi e all’adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all’affrancamento dalla condizione di povertà» (art. 2, comma 2, del d.lgs. n.

⁹ Costituisce il precedente immediato del Rdc, introdotto nel 2017 con il d.lgs 15 settembre 2017 n. 147, in attuazione della l. 15 marzo 2017 n. 33.

¹⁰ E. ROSSI, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019: prime considerazioni*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza? Criticità e prospettive delle politiche di contrasto alla povertà*, a cura di E. Innocenti, E. Rossi ed E. Vivaldi, Bologna 2019, 19 ss.

¹¹ E. ROSSI, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019*, cit., 25.

¹² E. Rossi, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019*, cit., 35.

147/2017). In quel caso, però, lo scopo del contrasto alla povertà appariva l'unica finalità complessiva della misura, mentre i riferimenti all'attivazione e all'inclusione (sociale e) lavorativa erano configurati espressamente come strumentali, nel quadro del «progetto personalizzato», alla succitata finalità. Nel caso del Rdc, invece, la natura di misura di politica attiva del lavoro è affiancata a quella di misura di contrasto alla povertà, in vista del perseguimento di una finalità distinta e che tende, peraltro, ad acquisire una posizione di preminenza. Tale configurazione della misura pare espressiva di una concezione molto riduttiva della povertà, vista quale condizione determinata preminentemente, se non esclusivamente, da mera carenza di opportunità lavorative e non anche, e molto spesso soprattutto, da ulteriori fattori che collocano le persone povere ai margini della società e, quindi, anche del mondo del lavoro. Si vedrà più avanti, seguendo il percorso analitico tracciato dal volume qui oggetto di attenzione, come tale approccio sia foriero di significative criticità.

Innovativa rispetto ai contenuti dei più diretti antecedenti del Rdc è stata la decisione di affiancare a quest'ultimo, «quale misura di contrasto alla povertà delle persone anziane», la «Pensione di cittadinanza» (d'ora in poi Pdc), «per i nuclei familiari composti esclusivamente da uno o più componenti di età pari o superiore a 67 anni». La Pdc, la cui disciplina contiene alcune previsioni derogatorie (in senso per lo più favorevole) rispetto a quella del Rdc, «può essere concessa anche nei casi in cui il componente o i componenti del nucleo familiare di età pari o superiore a 67 anni [...] convivano esclusivamente con una o più persone in condizione di disabilità grave o di non autosufficienza [...] di età inferiore al predetto requisito anagrafico» (art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 4/2019). L'introduzione della Pdc ha comportato senza dubbio un rafforzamento del sistema delle misure di contrasto alla povertà delle persone anziane, peraltro già in precedenza destinatarie di interventi molto più numerosi e consistenti di quelli diretti ai giovani¹³, consentendo di colmare alcuni precedenti vuoti di tutela, quali, come notato da David Natali nel volume recensito, quelli lasciati aperti dalla normativa sull'integrazione al trattamento minimo pensionistico¹⁴. Lo stesso David Natali nota peraltro che, senza accompagnarsi ad un loro riordino, la Pdc «si aggiunge al sistema di misure assistenziali già in vigore e dunque rischia di aumentarne il grado di complessità», constatando, per altro verso, che, a dispetto dei toni trionfalistici con cui la misura era stata annunciata, i criteri restrittivi effettivamente previsti hanno determinato una platea di suoi potenziali fruitori di dimensioni molto ridotte (quantificata in circa 150.000 persone)¹⁵.

¹³ Così E. RANCI ORTIGOSA, *Contro la povertà. Analisi economica e politiche a confronto*, Milano 2018, 70-71, il quale rileva che «i giovani, e le giovani famiglie con figli risultano pressoché esclusi oltre che dagli ammortizzatori sociali, anche dalle più ingenti e continuative misure di sostegno al reddito» (70), questi risultando «gli esiti di una selettività basata essenzialmente sull'età e su pregressi percorsi lavorativi formalizzati, non sul reddito e sul patrimonio familiare, quello assunto dall'Isee, ma sul reddito individuale del beneficiario e del suo coniuge, ignorando comunque l'aspetto patrimoniale».

¹⁴ D. NATALI, *Pensione di cittadinanza, «quota 100» e tagli alle «pensioni d'oro»: come cambiano le politiche pensionistiche*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 209.

¹⁵ Come notato da D. NATALI, *Pensione di cittadinanza, «quota 100» e tagli alle «pensioni d'oro»*, cit., 212.

Ampliando lo sguardo verso il complesso dei più recenti interventi normativi variamente incidenti sul sistema di welfare, non se ne trae l'impressione di orientamenti univocamente intesi a perseguire finalità coerenti con l'obiettivo di lottare contro la povertà o, comunque, di incidere in maniera rilevante sugli elevati livelli di disuguaglianza riscontrabili nel nostro Paese. David Natali concentra, a tal proposito, la sua attenzione, innanzitutto, sulla c.d. "quota 100", cioè sulla possibilità, introdotta dall'art. 14 del decreto-legge n. 4/2019 (lo stesso che ha introdotto Rdc e Pdc), di accedere, «in via sperimentale per il triennio 2019-2021», al trattamento pensionistico «con almeno 62 anni di età e 38 anni di contributi» e, in secondo luogo, al c.d. "contributo di solidarietà" (si è parlato in proposito, enfaticamente, di "taglio delle pensioni d'oro"), che l'art. 1, comma 261, della l. 30 dicembre 2018 n. 145 (legge di bilancio per il 2019) ha previsto sia prelevato, con aliquote crescenti, sui trattamenti pensionistici di importo superiore ai 100.000 euro lordi su base annua, mentre il comma 260 dello stesso articolo ha previsto che per le pensioni di importo superiore al triplo di quello minimo la rivalutazione automatica del trattamento (la c.d. "indicizzazione") avvenga in maniera ridotta (e sempre più ridotta al crescere dell'importo del trattamento pensionistico).

Per quanto riguarda il provvedimento sulla "quota 100", lungi dal contribuire ad affrontare, per esempio, l'importante questione dei trattamenti pensionistici delle giovani generazioni, esso ha risposto ad una, certo legittima, esigenza di flessibilità nell'uscita dal mondo del lavoro, a prezzo di un elevato dispendio di risorse finanziarie. Si tratta, però, di un intervento che, come rilevato anche in questo caso da David Natali, «ha toccato una platea tutto sommato limitata di lavoratori prossimi alla pensione», peraltro «con un effetto potenzialmente regressivo», dal momento che «la misura agevola l'uscita di lavoratori con diritti pensionistici elevati, carriere continue e redditi alti», a cui si aggiunge, data la sua natura temporanea, la possibilità di introdurre nuove forme di differenziazioni tra categorie di lavoratori¹⁶. Quanto agli altri interventi sopra richiamati, il contributo di solidarietà tocca una piccola parte dei pensionati, con effetti modesti sulla spesa pensionistica, mentre l'intervento sull'indicizzazione dei trattamenti pensionistici, pur di impatto finanziariamente non trascurabile, ha un impatto molto limitato sulla capacità redistributiva del sistema previdenziale.

Tali innovazioni producono i propri scarsi effetti di limitazione delle disuguaglianze socio-economiche nell'ambito di un contesto in cui si sono determinate, nel corso di diversi lustri, profonde trasformazioni dei meccanismi di funzionamento del mercato del lavoro e del sistema economico in generale. Si tratta delle trasformazioni su cui si concentra, all'interno del volume oggetto di recensione, il contributo degli economisti Dosi, Virgillito e Roventini¹⁷.

Il saggio appena richiamato, ponendo sotto uno sguardo critico l'approccio economico *mainstream* ai temi del funzionamento del mercato del lavoro, evidenzia

¹⁶ D. NATALI, *Pensione di cittadinanza, «quota 100» e tagli alle «pensioni d'oro»*, cit., 315-216.

¹⁷ G. DOSI-M.E. VIRGILLITO-A. ROVENTINI, *Rebalancing labour power for an innovation-fuelled sustainable inclusive growth*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 219 ss.

gli effetti negativi dell'indebolimento del potere contrattuale dei lavoratori collettivamente considerati (con conseguente, tendenziale, riduzione dei salari) e di alcuni pilastri del modello "fordista" di regolazione del sistema economico. Quanto a tali effetti, si tratterebbe sia di incremento dei tassi di diseguaglianza, sia di riduzione della domanda aggregata, la quale a sua volta disincentiverebbe il reinvestimento produttivo dei profitti prodotti dalle imprese. A fronte di ciò e del rilevato fallimento delle strategie basate sulle politiche di *austerity*, viene prospettato un percorso finalizzato a modificare radicalmente la rotta, incardinato, tra l'altro, sul ricorso a politiche redistributive che rafforzino il peso dei salari rispetto a quelli di rendite e profitti e la progressività del sistema fiscale, sull'armonizzazione delle politiche del lavoro a livello europeo, sul ripensamento delle politiche della formazione (liberandole dalla logica del necessario appiattimento sulle esigenze immediate delle imprese), così da renderle più adeguate alle continue trasformazioni tecnologiche, da orientare, queste ultime, a loro volta nel senso della promozione di «*human-enhancing innovations*», cioè di innovazioni non finalizzate a rimodellare settori a basso tasso di produttività, bensì a veicolare cambiamenti capaci di sgravare le persone dai lavori più rischiosi e pesanti e di produrre un impatto positivo sulla società¹⁸.

4. Profili soggettivi e oggettivi del Rdc

La prima domanda a cui una normativa che introduce una misura di contrasto alla povertà deve fornire una risposta riguarda evidentemente la definizione dell'ambito dei suoi destinatari, di coloro, cioè, che possono considerarsi "poveri" ai fini dell'accesso al sussidio. Come già si desume da quanto sinora detto, si sta parlando di una misura che, a dispetto del suo nome, prende le distanze dal modello del reddito "di cittadinanza", arrivando a far affermare in dottrina, a tal proposito, che «la via italiana al reddito di cittadinanza pare *ictu oculi* un inganno lessicale»¹⁹.

Per quanto riguarda l'individuazione dei nuclei familiari beneficiari (come il ReI, il Rdc è misura che ha come destinatarie le famiglie e non gli individui) e del *quantum* della misura (si vedano gli artt. 2 e 3 del d.l. n. 4/2019), dai contributi in cui questi profili sono affrontati emerge, nel complesso, una valutazione articolata. Da una parte, si rilevano evidenti progressi rispetto alla normativa sul ReI. Basti pensare, tra l'altro, all'incremento dei valori di riferimento dell'ISEE e del reddito familiare annuo validi, ai fini dell'accesso e della determinazione dell'erogazione monetaria percepita, e alla previsione, accanto ad una componente della misura volta ad integrare il reddito di tutti i nuclei familiari destinatari, una componente, di importo ridotto, che può aggiungersi alla prima, finalizzata integrare il reddito dei nuclei familiari residenti in abitazione in locazione o in abitazione di proprietà per il cui

¹⁸ G. DOSI-M.E. VIRGILLITO-A. ROVENTINI, *Rebalancing labour power*, cit., 232-233.

¹⁹ G. MODICA SCALA, *Il reddito di cittadinanza tra workfare e metamorfosi del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – n. 402/2019, 4.

acquisto è stato contratto un mutuo, a copertura, entro i limiti previsti dalla legge, delle spese connesse al canone di locazione o alla rata mensile del mutuo. A fronte di indubbi passi avanti rispetto al suo immediato precedente normativo dal punto di vista dell'entità del beneficio erogabile, non si può però dire che, approfondendo l'esame della normativa, non emergano anche significative criticità.

Il riferimento è, innanzitutto, al funzionamento della scala di equivalenza mediante la quale si tiene conto della composizione del nucleo familiare ai fini della determinazione della soglia di reddito familiare oltre la quale l'accesso alla misura risulta precluso (e dell'entità del beneficio economico). Si tratta di una scala che, considerando poco (e meno di quanto si facesse in rapporto al ReI) l'impatto sulle condizioni di un nucleo familiare del numero dei suoi componenti (e, in particolare, dei minorenni) penalizza le famiglie numerose, cosa che, come rilevato da Francesca De Michiel nel suo contributo al volume che si recensisce, «se riguardato alla luce della *ratio* del d.l. n. 4/2019, pare irragionevole, poiché è proprio tra i nuclei familiari numerosi che si concentrano livelli maggiori di povertà in termini assoluti, quelli che il Reddito di cittadinanza si propone, appunto, di contrastare»²⁰.

Un altro aspetto da tenere presente è costituito dall'attenzione rivolta dalla normativa sul Rdc alla condizione delle persone con disabilità, condizione, come è noto, specificamente considerata dalla Costituzione all'art. 38.

A fronte di norme, come quelle relative all'accesso alla Pdc, all'articolazione della scala di equivalenza e (come si accennerà più avanti) alla declinazione degli obblighi ricadenti sui beneficiari del Rdc, finalizzate ad assicurare specifica tutela alle persone con disabilità, colpisce invece negativamente il disposto di cui all'art. 2, comma 6, del d.l. n. 4/2019, ai sensi del quale i trattamenti assistenziali, salvo quelli (come l'indennità di accompagnamento) non sottoposti alla prova dei mezzi siano considerati ai fini della determinazione del reddito familiare. Conseguentemente, i nuclei familiari a cui appartengano persone disabili risultano significativamente penalizzati in relazione all'importo della componente monetaria del Rdc rispetto a ogni altro nucleo familiare che versi in condizioni di povertà, come notato e stigmatizzato nel suo contributo da Alessandro Candido, il quale afferma infatti che «risulta poco oculata la scelta di considerare reddito tutti quei supporti erogati dallo Stato alle persone disabili e non autosufficienti, trattandosi di emolumenti riconosciuti a titolo meramente compensativo e/o risarcitorio a favore delle situazioni di disabilità, che certo non possono rientrare nella nozione di reddito»²¹.

Non mancano poi criticità connesse ai requisiti di accesso al Rdc relativi alla cittadinanza, alla residenza e al soggiorno sul territorio nazionale. In proposito, l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 4/2019 stabilisce che il componente del nucleo familiare che

²⁰ F. DE MICHIEL, *Il reddito di cittadinanza: beneficiari, requisiti oggettivi, principio di condizionalità*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 178.

²¹ A. CANDIDO, *Uguali tra diseguali. Reddito di cittadinanza e persone disabili*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 169. In generale, sullo sguardo riservato dalla nostra Costituzione alla condizione delle persone disabili, cfr. C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011 e, con un'attenzione specifica anche ai più recenti sviluppi normativi, A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Milano 2017.

richiede il Rdc deve essere «in possesso della cittadinanza italiana o di Paesi facenti parte dell'Unione europea, ovvero suo familiare [...] che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di Paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo», nonché, in aggiunta, «residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo».

Un primo profilo di criticità riguarda lo iato che può determinarsi tra il vivere di fatto in un determinato luogo e il “risiedervi” giuridicamente, ai sensi della legislazione sull'iscrizione nei registri anagrafici dei Comuni. Tale discrepanza può determinarsi in relazione alle persone senza dimora o senza fissa dimora. Il rischio concreto, segnalato da Francesca De Michiel nel suo contributo al volume recensito, è che, in ragione di ciò, possa risultare precluso l'accesso al Rdc proprio a persone che si trovano a vivere in condizioni di povertà estrema e di emarginazione sociale, in evidente contraddizione con la *ratio* della misura in esame e con le istanze sottese al principio personalista e a quello di eguaglianza sostanziale e di pari dignità sociale (artt. 2 e 3 Cost.). Limitandosi a richiamare uno dei punti critici evidenziati nel saggio, dato lo scarso ricorso da parte dei Comuni all'istituto della “residenza fittizia” al fine di consentire comunque l'iscrizione anagrafica, con riguardo ai senza dimora non accolti da organizzazioni che si occupino di venire incontro alle loro esigenze, si deve constatare che, «in mancanza di una dimora abituale o del domicilio, l'unica strada astrattamente percorribile sembrerebbe quindi essere quella dell'iscrizione anagrafica nel Comune di nascita, che tuttavia presuppone la permanenza stabile sul territorio e quindi non risolve la questione della continuità biennale di cui all'art. 2, comma 1, lett. b)»²².

Quanto alle norme applicabili ai cittadini stranieri, non mancano previsioni discutibili e di dubbia compatibilità, oltre che, sotto alcuni aspetti, con il diritto euro-unitario, con la Costituzione, come interpretata all'interno di un'ampia giurisprudenza costituzionale in materia di prestazioni sociali. Focalizzando l'attenzione su quest'ultima, constatiamo che diverse sono le decisioni della Corte con cui è stata dichiarata illegittima la previsione del necessario possesso del permesso di soggiorno UE per lungo soggiornanti ai fini dell'accesso a misure ritenute dal giudice delle leggi attinenti a «bisogni primari» della persona umana (tra le altre, la pensione di invalidità civile per sordi, l'indennità di accompagnamento per non vedenti, la pensione di inabilità civile, l'assegno mensile di invalidità). In riferimento alla normativa sul Rdc, è vero che, come rilevato da Francesca Biondi Dal Monte nel suo contributo²³, la sovrapposizione tra natura di misura di contrasto alla povertà e di misura di politica del lavoro potrebbe ingenerare qualche incertezza sulla connessione con la garanzia di bisogni primari della persona. Anche se non si volesse considerare (come ritengo invece doversi fare) il Rdc finalizzato ad assicurare tutela a un diritto

²² F. DE MICHEL, *Il reddito di cittadinanza*, cit., 178.

²³ F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il «Reddito di cittadinanza»?», in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 137-138.*

inviolabile della persona, la previsione, però, ai fini dell'ottenimento del permesso per lungo-soggiornanti, tra l'altro, oltre al soggiorno regolare sul territorio nazionale per almeno cinque anni, della disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e di un alloggio dotato dei requisiti di idoneità legislativamente previsti, finisce comunque per precludere irragionevolmente l'accesso proprio ai più poveri tra i poveri, salvo che non si tratti di persone che abbiano visto deteriorarsi la propria situazione socio-economica in un tempo successivo a quello (in cui non erano povere o lo erano meno) dell'ottenimento del succitato titolo di soggiorno, valido a tempo indeterminato.

Non si può peraltro trascurare – e non lo fa Francesca Biondi Dal Monte – che, a fronte di decisioni in cui la Corte ha censurato la previsione del requisito di cui si parla, il giudice delle leggi ha di recente adottato la sentenza n. 50/2019, con cui, sul presupposto che non si tratterebbe, secondo l'impostazione adottata, di misura volta a soddisfare un bisogno primario della persona, la Consulta ha “salvato” la norma che subordina al possesso del permesso UE per lungo-soggiornanti l'accesso all'assegno sociale, misura di contrasto alla povertà delle persone anziane (ultrasessantasettenni). Sul presupposto che la misura di cui adesso si discute appartenga, secondo la Corte, al numero delle provvidenze ulteriori rispetto a quelle connesse con bisogni primari della persona, pare conferirsi così rilievo ad un concetto di solidarietà declinata sotto forma di corresponsività tra quanto si può richiedere e quanto in precedenza si è contribuito al progresso materiale o spirituale della società al quale si riferisce l'art. 4 Cost. (con una focalizzazione, parrebbe, in verità solo su quello materiale). Il giudice delle leggi, ammettendo l'esclusione dall'ambito della tutela di chi non si sia impoverito ma sia sempre stato povero²⁴, pare richiamarsi ad «un'idea di solidarietà 'contro', che esclude più (o prima) che includere, e la decisione sembra far propria una severa “condizionalità” nell'accesso alle prestazioni, riconducibile a una “ricostruzione produttivista della solidarietà” che richiede “attivazione” e “meritevolezza” al potenziale destinatario delle misure di *welfare*, specie di quelle agganciate alla condizione di lavoratore, e tanto più se il destinatario è extracomunitario»²⁵.

Se le sopra richiamate argomentazioni risultano molto discutibili in ordine all'assegno sociale, destinato a contrastare una povertà reale, sebbene misurata prendendo a riferimento solo il reddito (e non anche il patrimonio)²⁶, le stesse risulterebbero, a mio parere, ancora più difficilmente accettabili in rapporto al Rdc (e

²⁴ Tale irragionevolezza è rilevata anche da F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte fa un passo indietro e uno di lato*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019, 262, e da A. LACCHEI, *Cittadini, stranieri e reddito di cittadinanza*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1/2020, 208-209.

²⁵ G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali in favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *Giur. cost.*, 2/2019, 765-766.

²⁶ Così anche F. CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale*, cit., 259, il quale sostiene che «pare difficile negare che l'assegno sociale configuri una prestazione oggetto di un diritto fondamentale, e precisamente dall'art. 38, co. 1, Cost.», dal momento che «l'assegno sociale [...] è prestazione assistenziale – come ha ricordato da ultimo la sent. n. 12 del 2019 della Corte costituzionale – «erogata agli ultrasessantacinquenni, istituita in attuazione dell'art. 38 Cost. per far fronte “al particolare stato di bisogno derivante dall'indigenza [...]».

alla Pdc). Quest'ultimo, per configurazione normativa, parrebbe qualificarsi in modo difficilmente equivocabile, nonostante la sua evidenziata "doppiezza" quanto agli scopi indicati, come sussidio finalizzato a rispondere a "bisogni primari" della persona, non diversamente da quanto la Corte ha avuto modo di affermare – è cosa notissima – nella sentenza n. 10/2010, a proposito della c.d. *social card*, ritenuta in quella occasione strumentale alla tutela di un diritto fondamentale «strettamente inerente alla tutela irrinunciabile della dignità della persona umana»²⁷.

Francesca Biondi Dal Monte, che nel suo contributo evidenzia ulteriori criticità delle norme sull'accesso degli stranieri al Rdc, su cui qui non ci si sofferma, sottolinea poi la dubbia compatibilità con la Carta costituzionale della previsione della necessaria residenza ultradecennale, anche qualora non la si ritenga riconducibile alla tutela del nucleo essenziale di un diritto fondamentale. Se, come è stato recentemente ribadito dalla Consulta pronunciandosi in ordine ad una legge della Regione Lombardia in materia di accesso all'edilizia residenziale pubblica, «i criteri adottati dal legislatore per la selezione dei beneficiari dei servizi sociali devono presentare un collegamento con la funzione del servizio» (punto 3.1. del Considerato in diritto della sentenza n. 44/2020)²⁸, credo sia difficile, alla luce di natura e finalità della misura, non considerare incongruo rispetto all'accesso al Rdc, e perciò illegittimo, il requisito della residenza ultradecennale in Italia, di molto dubbia compatibilità, peraltro, anche con il diritto euro-unitario²⁹. E non si può inoltre dimenticare – lo nota ancora Francesca Biondi Dal Monte – che, alla luce di consolidati orientamenti della Corte costituzionale, «devono certamente considerarsi sospetti (e potenzialmente incostituzionali) tutti quei criteri (o titoli preferenziali) di accesso fondati su una residenza eccessivamente prolungata sul territorio o richiesta esclusivamente per i non cittadini»³⁰.

5. Il contrasto alla povertà nella normativa sul Rdc e i limiti di un impianto incentrato sul principio di condizionalità

L'impostazione di impronta marcatamente "lavoristica" dell'impianto

²⁷ Cfr., in questo senso, oltre a F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il «Reddito di cittadinanza»?*, cit., 140, S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, cit., 22, secondo il quale «poiché il RdC – che lo stesso art. 1 della legge n. 26/2019 assume come misura fondamentale di contrasto alla povertà, volta al sostegno economico e all'inserimento dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro – è, per l'appunto, ben più dell'assegno sociale, prestazione essenziale-esistenziale, che attiene al nucleo duro incompressibile della tutela della dignità della persona, anche in nome della *Realpolitik* e del *self-restraint* difficilmente la Corte costituzionale potrebbe ripetere gli stessi argomenti usati dalla sentenza n. 50/2019 per sancire la conformità a Costituzione dell'assai esigente requisito, richiesto ai cittadini di Paesi terzi, del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

²⁸ Si veda per un commento a tale decisione C. PADULA, *Uno sviluppo della saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in www.giurcost.org, 1/2020, 173 ss.

²⁹ Come evidenziato da S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, cit., 21.

³⁰ F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il «Reddito di cittadinanza»?*, cit., 143.

normativo del Rdc trova un risvolto “operativo” nella collocazione dei profili organizzativi e gestionali della misura all’interno dell’area di pertinenza primaria dei Centri per l’Impiego. Coerenti con tale impostazione di carattere generale risultano le previsioni, di cui all’art. 4 del decreto-legge n. 4/2019, le quali condizionano l’accesso al «alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni [...]» e «all’adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all’inserimento lavorativo e all’inclusione sociale», che risulta però significativamente sbilanciato verso il primo versante. Fatti salvi infatti coloro i quali sono esclusi dagli obblighi di attivazione connessi alla fruizione del Rdc, in ragione delle peculiari condizioni in cui si trovano e coloro che possono, eventualmente, esserne esonerati, chi richiede la misura e gli altri componenti del nucleo familiare beneficiario della stessa tenuti agli obblighi e in possesso di requisiti che li collochino nel novero dei soggetti già variamente entrati in precedenza in contatto con i servizi competenti per le politiche attive per il lavoro devono dunque rendere dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro e sono chiamati a stipulare un Patto per il lavoro, contenente una serie di obblighi e di impegni da rispettare in coerenza con le previsioni legislative.

I nuclei familiari beneficiari del Rdc non immediatamente avviabili, per carenza dei necessari requisiti, alla stipula del Patto per il lavoro sono, per parte loro, reindirizzati verso i competenti servizi comunali per il contrasto alla povertà, i quali procedono ad una «valutazione multidimensionale» finalizzata ad identificarne i bisogni: qualora tali bisogni, all’esito di una valutazione preliminare, risultino prevalentemente (non esclusivamente, come previsto dalla normativa sul ReI) connessi alla situazione lavorativa, i beneficiari sono riposizionati sui binari lavoristici (con connessa sottoscrizione del Patto per il lavoro); se, invece, il bisogno risulta essere «complesso e multidimensionale», «i beneficiari sottoscrivono un Patto per l’inclusione sociale» (art. 4, comma 12), il quale assume di norma le caratteristiche del «progetto personalizzato» di cui al d.lgs. n. 147/2017 sul ReI, sopravvissuto, limitatamente ad alcune sue parti, alla riforma del 2019.

A parte quanto sopra accennato a proposito dei sottoscrittori del Patto per l’inclusione sociale, centrale risulta, nell’ambito del percorso normativamente disegnato per i beneficiari del Rdc, l’impegno ad accettare almeno una di tre offerte di lavoro «congrue», accordandosi rilievo essenziale al parametro della distanza dal luogo di residenza, che si fa più stringente, progredendo dalla prima verso la terza offerta (o il rinnovo del Rdc), allorquando, per non perdere il beneficio, è necessario accettare un’offerta congrua, da qualunque parte del territorio nazionale essa provenga (salvo qualche attenuazione di tale rigidità per i nuclei familiari di cui facciano parte minorenni o persone con disabilità).

Emerge dunque la nodalità della previsione di un’ampia disponibilità a rispondere ai “bisogni del mercato” (se e nelle forme in cui tali bisogni dovessero in concreto manifestarsi), coerentemente con una tendenza, che pare consolidata nella normativa lavoristica più recente, a definire il lavoro essenzialmente come “bene” di

cui si è individualmente “proprietari” (e che si vende e si compra sul mercato)³¹. Emanuele Rossi, nel suo saggio, evidenzia come le previsioni che delineano il volto della condizionalità contribuiscano a produrre un appiattimento della valutazione di congruità dell’offerta sugli indicatori concernenti la distanza dalla residenza e una oggettiva svalutazione della rilevanza delle competenze e delle aspirazioni personali³². Pare emergere, più in generale, una concezione del lavoro come mero oggetto di un obbligo da adempiere rigorosamente, cosa che rischia di metterne in ombra la qualità di attività che, solo in quanto connotata da uno stretto legame con i valori personalistico-egualitari che improntano il tessuto costituzionale, può dirsi riconducibile a quel lavoro che l’art. 1 ha individuato quale fondamento della Repubblica democratica³³. Dalla lettura sistematica dei primi quattro articoli della Costituzione emerge infatti il volto di un lavoro inteso (non come puro e semplice impiego di energie fisiche e mentali in vista di una contropartita economica, ma) come via maestra attraverso cui la persona può “svilupparsi”, esprimendo se stessa e le proprie potenzialità, e, al contempo, partecipare pienamente alla vita del Paese, in coerenza con l’idea di relazione persona-società ben delineata dall’art. 3, comma 2, Cost. È questo, e soltanto questo, il lavoro di cui si è voluto fare la pietra angolare del nostro edificio costituzionale.

Non si ignora che la Costituzione apre lo sguardo ad una dimensione del lavoro inteso, oltre che come diritto, (anche) come dovere. Si tratta di una dimensione che si rivela alla lettura dell’art. 4, comma 2, Cost., ai sensi del quale «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», previsione che, letta insieme all’art. 3, comma 2, Cost., lascia emergere l’immagine di un lavoro quale «espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale»³⁴. Non bisogna però dimenticare che, in ideale contrapposizione, nell’ottica generale dell’art. 1 Cost., con quella del lavoratore si pone la figura del *rentier*, di chi vive, in quanto tale, senza lavorare, contando sul potere che deriva dalla ricchezza improduttiva (potere in grado di proiettare la sua forza anche sulla sfera pubblica)³⁵, non, *tout court*, quella di chi non corrisponde, per le più variegata ragioni, alla definizione di lavoratore *stricto sensu*.

Ecco che risulta dunque evidente come il significato dell’art. 4, comma 2, Cost. debba enuclearsi, leggendo tale disposizione alla luce del nesso inestricabile tra principi solidarista e personalista, illuminato da quella “logica della concretezza” ben delineata dall’art. 3, comma 2, Cost., che esige dalla Repubblica, in tutte le sue

³¹ Così C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano 2019, 37, la quale pone in evidenza «una crescente “rimercantilizzazione” delle attività lavorative, che accentua il valore di scambio delle stesse».

³² E. ROSSI, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019*, cit, 28.

³³ Come rilevato da M.A. GLIATTA, *Le misure di sostegno al reddito nel sistema costituzionale di garanzia sociale*, in AA.VV., *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, a cura di F. Marone, Napoli 2019, 234, «il significato della nozione di lavoro va [...] ricercata a partire da quel nucleo di senso comune rappresentato dall’indivisibile triade degli artt. 1, 2 e 3, secondo comma, Cost.».

³⁴ F. POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in *www.federalismi.it*, 5/2019, 23.

³⁵ Così A. LASSANDARI, *Democrazia, antifascismo, lavoro*, in AA.VV., *La Costituzione, 70 anni dopo*, a cura di C. Smuraglia, Roma 2019, 46.

articolazioni, attenta considerazione per le potenzialità e l'intrinseco "valore" di ciascuna persona, nella sua unicità di "*homme situé*". Inoltre, se è vero che, nella Costituzione, il lavoro è «il punto di equilibrio fra soggettività e socialità, fra libertà e responsabilità, fra diritti e doveri»³⁶, non deve giungersi alla conclusione che la responsabilità possa esercitarsi soltanto attraverso (la disponibilità al)l'inserimento nel "mercato" del lavoro. È necessario infatti riconoscere che il secondo comma dell'art. 4 Cost. non si riferisce (esclusivamente) al lavoro *stricto sensu*, bensì, più ampiamente, «all'impegno del *politēs* per le sorti della *politéia*, non in termini di rapporto sinallagmatico, di necessaria corresponsività tra prestazione e controprestazione, per cui a un fare o un dare deve corrispondere necessariamente un avere», dal momento che «il concorso al progresso della società può ben realizzarsi [...] attraverso lo svolgimento di un'attività o una prestazione che non si traduca, necessariamente, in rapporto lavorativo»³⁷, non essendo casuale il mancato utilizzo del termine "lavoro" nella disposizione in esame³⁸.

Alla luce di tali riflessioni, in rapporto ai disoccupati, per così dire, "ordinari", può risultare (costituzionalmente) accettabile l'operatività di previsioni che raccordino l'accesso ad un'erogazione monetaria con la predisposizione di percorsi ispirati alla logica dell'"attivazione", purché declinata in senso, il più possibile, incentivante e promozionale. Ciò al fine di non compromettere l'accesso a prestazioni – non bisogna dimenticarlo – qualificate come livelli essenziali dei diritti ex art. 117, comma 2, lettera m) e di prendere le distanze da un approccio marcatamente workfaristico alle politiche occupazionali, criticato da Paolo Bianchi nel suo contributo al volume recensito, approccio che ad un atteggiamento moralistico, «che intende chiaramente colpevolizzare l'inoccupato per la situazione in cui si trova»³⁹ associa l'intento di ridurre il costo degli interventi⁴⁰.

Se poi spostiamo l'attenzione sull'area delle politiche di contrasto alla povertà, entro cui la normativa sul Rdc si colloca, l'obiettivo del reinserimento lavorativo, a cui deve senz'alto riconoscersi pregio costituzionale, deve essere collocato entro una prospettiva attenta al dato che, in questo caso, destinatari delle misure non sono disoccupati "ordinari", ma appunto persone disoccupate/inoccupate/sottooccupate in

³⁶ Così P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in AA.VV., *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara 24 ottobre 2008*, a cura di GG. Balandi e G. Cazzetta, Milano 2009, 30. Analogamente, A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino, 2007, 27, afferma che nel testo costituzionale italiano «il lavoro è considerato non come una qualsiasi attività dell'uomo ma come strumento di realizzazione della personalità e di adempimento del dovere di solidarietà».

³⁷ M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale: Appunti per una lezione*, in *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, 2/2013, 17. Si veda anche, sul punto, M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2011, 411-412.

³⁸ Il fatto che il lavoro (strettamente inteso) costituisca un sottoinsieme dell'insieme più ampio ricomprensivo tutte le attività con cui si può concorrere al progresso materiale e spirituale della società è evidenziato da G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2009, 25-26.

³⁹ P. BIANCHI, *Contrasto alla povertà e reddito di cittadinanza: spunti critici*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 118.

⁴⁰ P. BIANCHI, *Contrasto alla povertà e reddito di cittadinanza*, cit., 118. Analogamente, C. BUZZACCHI, *Il lavoro*, cit., 94.

condizioni di povertà. Si tratta di condizioni alle quali può connettersi (e molto spesso si connette) una pluralità di criticità e molti di quegli «ostacoli» a cui si riferisce l'art. 3, comma 2, Cost., come ben evidenziato da Pier Antonio Varesi nel suo contributo pubblicato nel volume che sta orientando la mia riflessione, il quale rileva che «il target dei cittadini a cui il Governo dichiara di voler rivolgere primariamente il Reddito di cittadinanza presenta problematiche complesse, nel cui ambito la mancanza di occupazione è solo una delle cause della condizione di povertà»⁴¹. E aggiunge che, in ragione di ciò, l'impianto normativo predisposto dal d.l. n. 4/2019, il quale prevede tra l'altro incentivi economici per le imprese e il rafforzamento dei servizi per l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, «è idoneo a dispiegare i suoi effetti essenzialmente in favore di un segmento (probabilmente limitato) dei destinatari» del Rdc⁴².

È vero che, come si è visto, lo stesso d.l. n. 4/2019 mostra consapevolezza della eterogeneità interna dell'insieme dei possibili beneficiari della misura, nella parte dell'art. 4 in cui individua un percorso, differente da quello incentrato sul Patto per il lavoro, destinato ad operare proprio a favore dei beneficiari del Rdc meno corrispondenti alla *species* dei disoccupati "ordinari". Non ha mancato di evidenziare l'apprezzabilità di una simile scelta, che ha attenuato il rischio di confondere contrasto alla povertà e politiche attive per il lavoro, tra gli altri, la Corte dei conti, la quale ha avuto modo di notare che «ai fini del successo delle politiche avviate è cruciale tenere distinti i due aspetti, promuovendo, quando necessario, la dovuta interazione, ma essendo consapevoli, al contempo, che si tratta di problemi dalle separate sfaccettature per i quali occorrono strumenti diversi»⁴³. Diversi restano nondimeno i limiti evidenziati dalla normativa in esame nella prospettiva dell'efficacia del contrasto alla povertà, che si aggiungono a quelli già evidenziati.

Un limite di carattere generale, da considerare in via preliminare, si evidenzia nella forma di una carente effettività della garanzia del diritto costituzionale ad una vita libera e dignitosa che le disposizioni in esame mirano a tutelare anche attraverso la qualifica degli interventi disciplinati come livelli essenziali delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m). A tal proposito, Elena Vivaldi nota infatti, nel suo contributo, che i livelli essenziali sono assoggettati ad «una condizionalità "doppia"». Si tratta del condizionamento, da una parte, al limite delle risorse finanziarie disponibili; si tratta, dall'altra, del condizionamento «rispetto alla predisposizione di una serie di risorse organizzative, professionali, umane»⁴⁴. E l'attenzione di Elena Vivaldi si concentra inoltre sulla questione, non completamente slegata da quella appena accennata, del funzionamento del sistema di *governance* delle politiche di contrasto alla povertà. Come messo bene in evidenza, con il d.l. n. 4/2019 sono state abrogate le disposizioni

⁴¹ P.A. VARESI, *Reddito di cittadinanza e politiche attive del lavoro, tra ambizioni e gracilità*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 241.

⁴² P.A. VARESI, *Reddito di cittadinanza e politiche attive del lavoro*, cit., 255.

⁴³ CORTE DEI CONTI. SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, SEZIONI RIUNITE IN SEDE DI CONTROLLO, *Rapporto 2019 sul coordinamento della finanza pubblica*, Roma 2019, 163.

⁴⁴ E. VIVALDI, *La via italiana al contrasto alla povertà: una prima analisi della riforma che ha introdotto il Reddito di cittadinanza*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 68.

del d.lgs. n. 147/2017 relative al Piano nazionale per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, nonché quelle riguardanti le funzioni di Comuni, ambiti territoriali, Regioni e Province, procedendosi, altresì, alla sostituzione, nelle vesti di «organismo permanente tra i diversi livelli di governo», del «Comitato per la lotta alla povertà» con una più modesta «cabina di regia», con conseguente dequotazione del ruolo delle autonomie territoriali al rango di attori di processi decisionali di rilevanza tecnico-operativa, piuttosto che eminentemente politico-programmatica⁴⁵.

Se si torna poi a focalizzare l'attenzione specificamente sull'articolazione e sul funzionamento del Rdc, emergono diversi spunti di riflessione in ordine alla coerenza della normativa con l'impianto dei principi fondamentali della Costituzione italiana. Oltre alla persistente inattuazione dell'art. 3, comma 7, del d.l. n. 4/2019, relativo alla disciplina delle modalità di suddivisione del Rdc tra i componenti maggiorenni del nucleo familiare beneficiario, la quale lede, tra l'altro, il diritto di entrambi i genitori ad accedere, in posizione di parità, a risorse indispensabili a fare fronte, oltre che alle proprie esigenze personali, alle necessità dei figli, va richiamata la discutibile previsione di una necessaria sospensione per un mese dell'erogazione del Rdc, alla scadenza della sua durata massima di diciotto mesi, prima di un eventuale rinnovo. Come rilevato anche da Emanuele Rossi⁴⁶, tale previsione desta molte perplessità. In caso di sussistenza di tutti i presupposti per il rinnovo, pare infatti incongruo prevedere una sospensione. Sembra quasi che, oltre ad ottenere un risparmio di spesa, si miri così in sostanza a “sanzionare” chi, pur avendo ottenuto il Rdc, “si sia ostinato a restare povero” (e a pretendere la tutela di un diritto costituzionalmente protetto).

Altrettanto discutibile sembra la previsione, di cui all'art. 7, comma 11, del d.l. n. 4/2019, a norma della quale, salvo casi per cui la disciplina prevista è differente, «il Rdc può essere richiesto dal richiedente ovvero da altro componente il nucleo familiare solo decorsi diciotto mesi dalla data del provvedimento di revoca o di decadenza». Tale sorta di “sanzione accessoria” a carico del destinatario della sanzione principale della decadenza da o della revoca del Rdc in conseguenza dell'inadempimento, in alcuni casi anche solo *una tantum*, di una amplissima gamma di obblighi pare di dubbia compatibilità con le istanze sottese al principio personalista e con la garanzia della dignità della persona: non sembra accettabile che il mancato rispetto di un impegno, oltre a poter, già molto discutibilmente, condurre alla perdita completa del sussidio a fronte della permanente sussistenza dei requisiti di accesso allo stesso, possa altresì comportare una prolungata esclusione dal novero dei potenziali beneficiari.

Ciò è tanto più vero se si considera che, tra i comportamenti così sanzionati, al quarto richiamo formale (dopo una progressiva decurtazione dell'erogazione monetaria), vi è anche il «mancato rispetto degli impegni previsti nel Patto per l'inclusione sociale relativi alla frequenza dei corsi di istruzione o di formazione da parte di un componente minorenni ovvero impegni di prevenzione e cura volti alla tutela della salute, individuati da professionisti sanitari». In altri termini, la sanzione

⁴⁵ E. VIVALDI, *La via italiana al contrasto alla povertà*, cit., 60-61.

⁴⁶ E. ROSSI, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019*, cit., 33.

della decadenza dal beneficio risulta comminabile anche ai sottoscrittori del Patto per l'inclusione sociale in conseguenza della violazione di impegni relativi all'istruzione dei minori e alla tutela della salute, la quale rivela con particolare forza la gravità della situazione in cui versa il nucleo familiare, nonché la sua esigenza di (continuare ad) essere supportato in un percorso di inclusione sociale. E le criticità appena evidenziate risultano aggravate dal fatto che l'art. 7 fa derivare da comportamenti tenuti anche da un solo componente del nucleo familiare conseguenze sanzionatorie a carico di tutti i componenti dello stesso. Come in proposito sottolineato da Elena Innocenti, «se i beneficiari sono una pluralità di persone, come nella maggior parte dei casi, alcune delle quali magari in condizioni di maggiore vulnerabilità, come i figli minori, non sembra opportuno né ragionevole privare di un sostegno economico l'intero nucleo per il comportamento omissivo o negligente di un suo solo membro, soprattutto alla luce degli obiettivi posti a fondamento dell'intervento assistenziale complessivamente inteso»⁴⁷.

Da previsioni di tale tenore pare emergere, secondo la stessa Elena Innocenti, che il legislatore, nell'introdurre il Rdc, pur avendo avuto il merito di «promuovere una visione del contrasto alla povertà non limitato al solo intervento assistenziale», avrebbe, però, al contempo, «proposto una visione forse eccessivamente semplificata, se non semplicistica, del fenomeno della povertà, come limitatezza di mezzi economici, mancato contributo alla produzione della ricchezza e al consumo di beni e servizi»⁴⁸. Una visione corredata dai tratti distintivi di un «paternalismo legislativo», ancora più accentuato di quello proprio della previgente normativa sul ReI, che caratterizza anche il regime delle modalità di prelievo e di utilizzo della componente monetaria del Rdc, accreditata sulla Carta Rdc, della quale è fortemente limitata sia la fruibilità mediante prelievo di contanti sia l'utilizzo in relazione all'acquisto di una lunga serie di beni e servizi, con conseguente marcata restrizione degli spazi di autodeterminazione dei beneficiari⁴⁹.

In continuità con orientamenti già presenti nel nostro ordinamento, si è in sostanza finito per fare proprio un atteggiamento di diffidenza preconcepita nei confronti dei poveri, paternalisticamente considerati fortemente a rischio di fare un uso cattivo del sussidio riconosciuto e sottoposti ad un rigido regime di obblighi e sanzioni, con il fine di evitare che possano “adagiarsi” o variamente “approfittare” della situazione, forse sull'implicito presupposto che la condizione in cui versano sarebbe da addebitarsi in buona parte alla “cattiva volontà” degli stessi poveri⁵⁰.

⁴⁷ E. INNOCENTI, *Continuità e discontinuità nel passaggio dal Reddito di inclusione al Reddito di cittadinanza*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 98. Cfr. anche G. FONTANA, *Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – n. 389/2019, 27, il quale nota che «dietro queste numerose disposizioni, in cui la legge esige un comportamento conforme e orientato all'osservanza della norma da parte del singolo, ma con sanzioni a carico di tutti i familiari, si nasconde una forma di condizionamento e di repressione affidata alla famiglia dei comportamenti individuali trasgressivi o devianti».

⁴⁸ E. INNOCENTI, *Continuità e discontinuità*, cit., 103.

⁴⁹ E. INNOCENTI, *Continuità e discontinuità*, cit., 99.

⁵⁰ Sull'intensità della presenza di questo tipo di approccio nel discorso pubblico, con ricadute sul piano normativo, cfr. M. ANSELMO-E. MORLICCHIO-E. PUGLIESE, «Poveri e imbroglioni». *Dentro il Reddito di cittadinanza*, in *il Mulino*, 1/2020, *passim*. Cfr. anche S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla*

Mentre peraltro è superfluo evidenziare quanto tale approccio sia distante dalle istanze sottese ai principi della Costituzione italiana e, *in primis*, al principio personalista, se consideriamo, tra l'altro, soprattutto la carenza di concrete opportunità di lavoro dignitoso, tanto più a vantaggio dei poveri e i limiti delle nostre politiche attive del lavoro, la prospettiva del funzionamento, nei fatti, del Rdc come una misura di carattere esclusivamente assistenziale, a dispetto di tutto lo sforzo profuso al fine di costruire un impianto normativo incentrato sul principio di condizionalità, è di tutt'altro che improbabile realizzazione.

Alla luce di ciò, in molti casi, l'unico "lavoro" a cui essere effettivamente chiamati (e, per la precisione, obbligati, a pena di decadenza dal beneficio) potrebbe risultare, per i fruitori del Rdc, quello consistente, ai sensi dell'art. 4, comma 15, del decreto-legge n. 4/2019, nella «partecipazione a progetti a titolarità dei comuni, utili alla collettività, in ambito culturale, sociale, artistico, ambientale, formativo e di tutela dei beni comuni, da svolgere presso il medesimo comune di residenza», per un numero di almeno otto ore settimanali, incrementabili sino ad un massimo di sedici. In considerazione del fatto che «l'esecuzione delle attività e l'assolvimento degli obblighi del beneficiario di cui al presente comma sono subordinati all'attivazione dei progetti», Emanuele Rossi ha ricondotto l'adempimento dell'obbligo di partecipare alle attività connesse alla realizzazione dei suddetti progetti nel novero delle «condizioni condizionate (o, se si vuole, *condizioni alla seconda*), che potranno diventare reali soltanto al prodursi di eventi del tutto aleatori»⁵¹ e dunque estremamente fragili e suscettibili, perciò, di non essere mai (o molto a lungo) assistite dai propri presupposti. Cionondimeno, il riferimento alla partecipazione ad attività connesse all'attuazione di progetti «utili alla collettività» evoca apprezzabilmente la dimensione entro cui si collocano attività poste in essere al servizio della società e finalizzate al suo «progresso materiale o spirituale» (volendo usare le parole dell'art. 4, comma 2, Cost.), senza essere attività per il e nel "mercato" del lavoro.

Ad essere richiamata alla mente è la prospettiva del "welfare generativo", nella delineazione della quale molto si è spesa negli ultimi anni la Fondazione Emanuela Zancan, con il contributo di numerosi studiosi di varia afferenza disciplinare. Si tratta di una prospettiva incardinata sull'idea di corresponsabilità del destinatario di una misura di welfare nel processo di uscita dalla condizione di bisogno, attraverso lo svolgimento, su base non obbligatoria ma fortemente incentivata e promossa, di "azioni a corrispettivo sociale" produttive di valore per i destinatari della stessa (e dunque accrescitive del bene comune) e insieme per la persona (il beneficiario della misura di welfare) che la pone in essere. Come evidenziato ancora una volta da Emanuele Rossi nel volume la cui lettura sta guidando la mia riflessione, «rispetto a

disciplina del reddito di cittadinanza, cit., 20, il quale nota che la rigida articolazione di un duro sistema sanzionatorio «desta notevoli perplessità alla luce dell'art. 3 Cost., nella misura in cui sembra scaricare sul povero "immeritevole" (come nella concezione stigmatizzante del *non-deserving poor* di vittoriana memoria) un sovraccarico di responsabilità certamente degno di miglior causa, in un Paese che spicca nelle classifiche internazionali per le dimensioni abnormi di corruzione ed evasione fiscale».

⁵¹ E. ROSSI, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019*, cit., 40.

tale prospettiva, tuttavia, la soluzione normativa ora adottata si differenzia per una serie di ragioni, e in primo luogo per la diversa finalità della misura introdotta, relativa non all'efficacia della misura assistenziale quanto invece al suo stesso *mantenimento*⁵².

In altre parole, quanto al nesso tra accesso alla misura di sostegno al reddito e svolgimento di attività nell'ambito di progetti comunali utili alla comunità, per i quali non sono peraltro neanche stanziati risorse certe e consistenti né prefigurato il tipo di relazione da instaurarsi tra soggetti pubblici ed enti del terzo settore, si resta sostanzialmente in un'ottica vicina a quella propria del *workfare*⁵³, tanto da far considerare la previsione dell'obbligo in oggetto come interna ad un sistema di duplice condizionamento (al bisogno e all'adempimento di obblighi giuridici) della fruizione della provvidenza che confliggerebbe con un modello costituzionale di assistenza sociale, «in cui né la solidarietà né il dovere al lavoro possono fondare obblighi (per di più sanzionati con la decadenza dal beneficio) di prestazioni corrispettive a fronte del godimento di diritti sociali»⁵⁴.

Paiono quindi molto lontani i percorsi di innovazione sociale prospettati da Tiziano Vecchiato nel suo contributo al volume qui recensito⁵⁵. Sulla scorta di una riflessione di taglio storico, Vecchiato avanza, come prospettiva valida per l'oggi, in grado di tenere insieme “assistenza” e “promozione umana”, quella dell'integrazione negli interventi di welfare (e, in particolare, di contrasto alla povertà) di fattori di generatività, che, come già accennato, si traducono in forme di coinvolgimento, su base volontaria (ma in presenza di forti sollecitazioni “etiche”), dei destinatari delle prestazioni nel conseguimento del risultato dell'intervento, attraverso lo svolgimento di attività produttive di valore, anche economicamente valutabile, per la collettività (oltre che per la persona che le compie)⁵⁶. Si tratta di una prospettiva che, evocando, oltre all'approccio delle capacità di Amartya Sen, quell'idea di «etica dell'operosità», come diversa dall'«etica del lavoro» (inteso come lavoro per il mercato) di cui troviamo tracce nel pensiero di Zygmunt Bauman⁵⁷, risulta, al contempo, pienamente coerente con il portato dei principi della Carta costituzionale⁵⁸ e, a ben vedere,

⁵² E. ROSSI, *Il «reddito di cittadinanza» introdotto dal decreto-legge n. 4 del 2019*, cit., 37-38.

⁵³ Così anche E. INNOCENTI-E. VIVALDI, *Dal reddito di inclusione al reddito di cittadinanza*, in AA.VV., *La lotta alla povertà è innovazione sociale. La lotta alla povertà. Rapporto 2020*, a cura della Fondazione Emanuela Zancan, Bologna 2020, 101.

⁵⁴ M.A. GLIATTA, *Le misure di sostegno al reddito*, cit., 227

⁵⁵ T. VECCHIATO, *Lotta alla povertà e innovazione sociale: criticità e potenzialità*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 261 ss.

⁵⁶ T. VECCHIATO, *Lotta alla povertà e innovazione sociale*, cit., 277.

⁵⁷ Z. BAUMAN, *Le nuove povertà*, Roma 2018, 177, afferma che «l'«istinto di operosità» (diversamente dall'etica del lavoro, che è un'invenzione moderna) è una predisposizione naturale della nostra specie» e, a proposito degli esseri umani, che «credere che, se non incentivati dal denaro, preferirebbero restare oziosi lasciando inaridire la loro immaginazione, significherebbe avere una bassa considerazione della natura umana».

⁵⁸ Particolarmente fruttuosa risulta, in quest'ottica, la prospettiva entro cui si muove la riflessione di E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, n. 2/2017, 222, il quale, enucleando quello che viene indicato come il fine dei diritti sociali, complessivamente considerati, ha affermato che «tali diritti non mirano esclusivamente a garantire l'erogazione di un bene connesso alla vita (sia un servizio o una merce), ma “la partecipazione ad un

nonostante la sua carica apparentemente “utopica”, più radicata in evidenti dati di realtà rispetto alla prefigurazione di percorsi di uscita dalla povertà incentrati preminentemente sul funzionamento di meccanismi che dovrebbero favorire l’incontro tra domanda e offerta di lavoro, percorsi che, stando ai dati recentemente forniti dalla Corte dei conti (in occasione della cerimonia di parificazione del Rendiconto generale dello Stato del 24 giugno 2020), stanno producendo, come era d’altronde prevedibile (anche senza considerare l’impatto delle conseguenze dell’emergenza pandemica da Covid-19, che ha investito il nostro Paese), risultati poco confortanti, se è vero che solo il 2 per cento dei beneficiari del Rdc è riuscito ad instaurare un rapporto di lavoro.

6. Prospettive comparatistiche in tema di misure di sostegno al reddito: tra esperienze e sperimentazioni

Il volume curato da Elena Innocenti, Emanuele Rossi ed Elena Vivaldi consente di aprire lo sguardo anche oltreconfine, concentrando l’attenzione su alcune esperienze interessanti, attraverso l’analisi sia di misure introdotte, sia del dibattito intorno a proposte soltanto delineate oppure anche “sperimentate”.

Il saggio di Paolo Addis⁵⁹ si sofferma sull’ordinamento portoghese e su quello spagnolo, di particolare interesse per il lettore italiano, trattandosi di ordinamenti che, oltre ad aver avuto la nostra Costituzione tra i principali punti di riferimento nell’ambito dei propri processi costituenti degli anni ’70 del XX secolo, sono collocati, insieme all’Italia, con riferimento all’articolazione del sistema di welfare, all’interno della medesima “famiglia”, quella dei c.d. sistemi “mediterranei”⁶⁰. Dal contributo appena richiamato emerge la rilevanza di alcuni elementi che accomunano i due contesti analizzati, così come di aspetti peculiari di ciascuno di essi.

Sul primo versante, Paolo Addis pone in evidenza un’analogia rivelata dalla presenza nel dibattito culturale e politico di riferimenti all’idea di un reddito di cittadinanza inteso come reddito di base di natura pienamente universalistica, con una forza che si è andata intensificando negli ultimi tempi, sotto la spinta degli effetti della crisi economico-finanziaria esplosa alla fine del primo decennio del XXI secolo. Se l’idea di un reddito di base universale non ha mai varcato la soglia della traduzione in interventi normativi, in entrambi gli ordinamenti iberici si riscontra, nel corso del trentennio alle nostre spalle, l’introduzione di misure riconducibili al tipo del “reddito minimo”, con evidente tendenza ad accentuarne il profilo di misure finalizzate all’“attivazione” e contraddistinte da elementi di marcata “condizionalità” (non diversamente da quanto si è constatato in ordine al Rdc italiano). È il caso, per il

valore di vita che richiede attività cooperative”, così che gli stessi possono definirsi «uno strumento necessario per la costruzione delle relazioni umane all’interno della società».

⁵⁹ P. ADDIS, *Reddito di cittadinanza e reddito minimo in due ordinamenti mediterranei: Portogallo e Spagna*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 285 ss.

⁶⁰ Così M. FERRERA, *L’analisi delle politiche sociali e del welfare state*, in AA.VV., *Le politiche sociali*, a cura di M. Ferrera, Bologna 2012, in part., 42-45.

Portogallo, dell'introduzione, nel 1996, di un *Rendimento mínimo garantido (Rmg)*, nella cui configurazione ad una erogazione monetaria di carattere temporaneo si accompagnava il necessario adempimento da parte del beneficiario di determinate prestazioni (accettare un'offerta lavorativa o la partecipazione a corsi di formazione professionale o ad attività di altro tipo), e della sua successiva sostituzione, nel 2001, con un *rendimento social de inserção (Rsi)*, ancora più marcatamente orientato a sottolineare il profilo dell'indispensabile attivazione dei beneficiari. È il caso, con riferimento alla Spagna, dell'adozione a livello statale, nel 2006, di un provvedimento introduttivo di una *Renta activa de inserción (Rai)*, quale misura comunque contraddistinta da alcuni tratti di categorialità, affiancata da altre misure più chiaramente qualificate come interventi anti-disoccupazione (e non anche specificamente contro la povertà).

Sul secondo versante, cioè quello delle differenze, Paolo Addis non manca innanzitutto di sottolineare la rilevanza che, anche in vista della eventuale introduzione di un reddito "di cittadinanza", potrebbero giocare in Spagna le norme costituzionali sul riparto di competenze Stato-Comunità autonome, le quali attribuiscono agli statuti delle Comunità autonome il potere di assegnare alle stesse la competenza in materia, tra l'altro, di «assistenza sociale». Ciò, oltre a costituire il fondamento di numerosi interventi locali, realizzati nel corso del tempo, in materia di contrasto alla povertà, potrebbe richiedere una riforma costituzionale quale fondamento della introduzione mediante legge statale di un reddito di base universale. Accanto a questa peculiarità dell'ordinamento spagnolo (rispetto a quello portoghese), emergono poi differenze attinenti a struttura e contenuti delle disposizioni relative ai profili "sostanziali" delle prescrizioni costituzionali rilevanti ai fini della formulazione di proposte di introduzione di un reddito "di cittadinanza" propriamente detto. Mentre la Costituzione portoghese contiene un lungo catalogo di "diritti" sociali, cosa che – rileva Addis – dovrebbe spingere ad approfondire la riflessione intorno al significato e alle implicazioni di progetti che, mirando ad introdurre il diritto ad un reddito di base universale, possano rischiare di erodere dall'interno diritti sociali espressamente enunciati dal testo costituzionale, quella spagnola contiene invece la statuizione di "principi", a cominciare da quello generale insito nella definizione della Spagna come «Stato sociale e democratico», i quali devono guidare l'azione del legislatore, ma paiono lasciare al medesimo maggiori margini di autonomia quanto alla definizione degli interventi normativi. Per altro verso, – aggiunge lo stesso Addis – non va comunque trascurato il significato della espressa e specifica rilevanza conferita dalla Costituzione spagnola al lavoro, chiaramente sulla scia di quella italiana del 1948. Una rilevanza suscettibile di produrre effetti anche nel campo delle politiche di contrasto alla povertà, mentre si deve, per altro verso, rilevare come «l'*Estado social* delineato dalla carta costituzionale, pur potendo fungere da base per l'adozione di una *Renta básica universal*, non consenta di considerare assorbite nel Reddito di cittadinanza svariate altre prestazioni costituzionalmente doverose»⁶¹.

⁶¹ P. ADDIS, *Reddito di cittadinanza e reddito minimo*, cit., 300.

Oltre agli ordinamenti dei due Stati iberici, nel volume qui recensito vengono esaminate l'esperienza finlandese e quella indiana, la cui analisi permette di considerare la prospettiva dell'introduzione di forme di reddito di base collocandola, rispettivamente, nel contesto di un piccolo Stato europeo, caratterizzato da un tenore di vita medio molto elevato e dalla presenza di un sistema di welfare evoluto, e in quello di uno Stato di rilevante estensione geografica e di dimensioni demografiche imponenti, contraddistinto, altresì, da squilibri socio-economici molto accentuati e dalla sussistenza di rilevanti livelli di diffusione e di intensità del fenomeno della povertà.

Per quanto riguarda la Finlandia, Alessandro Nardo, nel suo contributo al volume *Quale reddito di cittadinanza?*⁶², evidenzia, in primo luogo, la peculiarità delle dinamiche evolutive del sistema di welfare finlandese, il quale, sebbene, per generosità e articolazione, risulta comunque riconducibile al c.d. “modello scandinavo” (o “social-democratico”), ha integrato al suo interno nel corso del tempo tratti evidenti di un'impostazione workfaristica, affermatasi, in materia di sussidi contro la disoccupazione, a partire dalla fase, nel corso dell'ultimo decennio del XX secolo, in cui la Finlandia conobbe un rilevante incremento del tasso di disoccupazione.

Come notato da Nardo, lo stesso esperimento finlandese, di durata biennale (2017-2018), finalizzato a valutare la possibilità di introdurre una forma di reddito di base universale è stato caratterizzato dall'incontro di un'idea che affonda le radici nel terreno dell'universalismo puro con gli elementi di un contesto permeato anche da approcci workfaristici e dall'orientamento a focalizzare fortemente l'attenzione sul comportamento tenuto dai beneficiari dei sussidi⁶³. E non può, d'altronde, sottovalutarsi il fatto che la sperimentazione sia stata delineata nei suoi tratti organizzativi e funzionali da un Governo di centro-destra, composto da forze politiche che non erano mai state tra le principali sostenitrici dell'idea del reddito di base (*basic income*). L'obiettivo principale della sperimentazione era stato individuato nella verifica circa l'efficacia di un reddito di base in vista della riduzione dei disincentivi al lavoro e della possibilità di cadere in c.d. “trappole della povertà”.

La scelta governativa era peraltro caduta non su un *full basic income*, di importo tale da consentire allo stesso di rimpiazzare tutto lo spettro dei vari sussidi anti-disoccupazione, bensì su un *partial basic income*, di importo limitato, non adeguato, a liberare i beneficiari dal rischio di povertà. Pur trattandosi poi di esperimento volto a valutare la fattibilità di un reddito di base universale, il “gruppo di trattamento” e il “gruppo di controllo” erano stati selezionati esclusivamente all'interno della platea di disoccupati i quali percepivano i sussidi che il reddito di base era finalizzato a sostituire. E deve altresì rilevarsi che la misura sperimentata affiancava le altre, le quali dovevano essere appositamente richieste anche da parte dei soggetti coinvolti nella sperimentazione. Con l'effetto di precludere il

⁶² A. NARDO, *The basic income experiment in Finland: nothing new under the finnish sun?*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 307 ss.

⁶³ A. NARDO, *The basic income experiment in Finland*, cit., 313.

conseguimento di una delle auspiccate finalità dell'introduzione di un reddito di base, cioè la riduzione di costi burocratico-amministrativi.

Al termine del biennio previsto per la sperimentazione, i suoi risultati, valutati soprattutto in rapporto agli effetti sul livello di occupazione e di disponibilità ad iniziare un'attività lavorativa, furono considerati insoddisfacenti da parte del Governo e tali da imporre la chiusura delle prospettive di una possibile prosecuzione dell'esperimento. A tal proposito, Alessandro Nardo sottolinea la rilevanza, quali fattori che hanno concorso a determinare un esito non positivo di quest'ultimo, della limitatezza delle risorse finanziarie dedicate e della durata stessa della sperimentazione, nonché delle criticità strutturali sopra accennate⁶⁴. E non manca di evidenziare, tra i risultati, due dati positivi comunque non trascurabili. In primo luogo, era emersa una significativa differenza, a favore dei destinatari del reddito di base, quanto a benessere percepito, in termini di capacità di concentrazione, senso di soddisfazione rispetto alla propria condizione, auto-stima e fiducia nelle proprie possibilità. In secondo luogo, se non si era riscontrato con riguardo ai destinatari dell'esperimento un incremento del tasso di propensione ad intraprendere nuove attività lavorative, non può sottovalutarsi, d'altro canto, il mancato decremento dello stesso, ciò potendo fornire un buon argomento utile al fine di confutare le argomentazioni di chi sostiene che la fruizione di un reddito di base incondizionato renderebbe meno attivi nella ricerca di un'occupazione.

Se nel contesto finlandese la questione della possibile introduzione di un reddito di base incondizionato pare essere stata affrontata prevalentemente dal punto di vista della sua capacità di produrre cambiamenti nei livelli di occupazione e, per altro verso, nei comportamenti dei destinatari della misura (in un'ottica, per così dire, funzionalistica), in un contesto, come quello indiano, socialmente, oltre che giuridicamente, molto diverso, essa si è posta in più immediata relazione con il tema della garanzia della dignità della persona umana, come emerge dal contributo di Punsara Amarasinghe e Sanjay K. Rajhans⁶⁵. Sullo sfondo di essenziali riferimenti alle coordinate filosofiche del dibattito sulla definizione di povertà e ai tratti di particolare gravità con cui il fenomeno si presenta in India, gli autori rilevano che la dignità, come concetto connesso con il diritto di condurre una "vita buona", è emersa nella giurisprudenza della Corte Suprema Indiana nella sua dimensione "sociale"⁶⁶. Di tale dimensione la tutela dei diritti sociali è essenziale componente costitutiva, in correlazione con la tutela del «diritto alla vita», interpretato dalla succitata Corte in un senso più ampio di quello strettamente correlato all'affermazione del divieto di soppressione dell'esistenza di una persona, sulla base di una disposizione, quale l'art. 21 della Costituzione indiana, che testualmente statuisce che *«no person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by*

⁶⁴ A. NARDO, *The basic income experiment in Finland*, cit., 327-328.

⁶⁵ P. AMARASINGHE-S.K. RAJHANS, *Creating universal basic income as a right: indian perspective*, in AA.VV., *Quale reddito di cittadinanza?*, cit., 333 ss.

⁶⁶ Quella stessa dimensione il cui rilievo è stato evidenziato, anche in rapporto alla questione del contrasto alla povertà, da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 155-156 e, in rapporto al tema della povertà, 233.

law».

Amarasinghe e Rajhans, anche alla luce di sviluppi giurisprudenziali che hanno investito diritti sociali tra i quali il diritto alla salute, configurano l'eventuale introduzione del diritto ad un reddito di base come strumentale al godimento di una «*real freedom*» di condurre la vita in conformità dei valori propri di ciascuno, forti di una rete di protezione la quale è presupposto per un pieno esercizio di ogni altro diritto⁶⁷. In risposta alle principali critiche dei contrari alla prospettiva dell'introduzione di un reddito di base (reddito di base come disincentivo al lavoro e asserito rischio che un reddito di base possa promuovere il diffondersi tra i poveri di stili di vita contraddistinti da spese censurabili e controproducenti per gli stessi poveri, quale quelli legati al consumo di alcool e al gioco d'azzardo), accanto al richiamo dell'argomento fondamentale dell'afferenza del diritto ad un reddito di base alla definizione di una dignità umana intesa in senso "sostanziale" (e fondata sull'affermazione del diritto costituzionale alla vita), vengono avanzate ulteriori argomentazioni.

In particolare, per quanto riguarda il possibile effetto di scoraggiamento dall'intrapresa di un'attività lavorativa, si fa presente, da una parte, che tali effetti non si realizzerebbero se il reddito di base fosse quantificato in termini tali da non coprire integralmente le esigenze dei beneficiari, ma da risultare «*a supplementary form which would assist the poor in terms of increasing their capabilities*»⁶⁸ e, dall'altra, che il rafforzamento del potere contrattuale dei lavoratori derivante dalla garanzia di una minima sicurezza sul piano reddituale deve essere valutato positivamente, ciò concorrendo, nell'ampliare i margini di autonomia della persona, anche a determinare le condizioni per una più equo e giusto accesso alle occupazioni retribuite. Contro l'argomento critico, di impronta paternalistica, basato sulla propensione a spese per alcolici, gioco d'azzardo e simili che la garanzia di un reddito di base asseritamente potrebbe promuovere tra le persone povere, Amarasinghe e Rajhans, invece, richiamano i risultati di un "esperimento" condotto, per tre anni a partire dal 2010, su iniziativa di due organizzazioni non governative (l'indiana Sewa e l'Unicef), in un'area dell'India (lo Stato di Madhya Pradesh), nel cui ambito era stata prevista l'erogazione ad una porzione limitata, ma statisticamente significativa, della popolazione di una somma di denaro mensile in maniera incondizionata. Non solo, al termine del periodo coperto dalla sperimentazione della misura, non si era registrato alcun aumento, per esempio, nel tasso di diffusione dell'alcolismo, ma era stato, per contro, riscontrato, dato evidentemente molto apprezzabile, un miglioramento generalizzato delle condizioni di vita delle persone, nei termini, tra l'altro, di un miglioramento significativo della spesa per alimenti e della condizione alimentare dei bambini, di livelli di maggiore propensione a frequentare la scuola e delle famiglie a curare l'istruzione anche delle bambine, nonché di una maggiore propensione dei beneficiari della misura ad effettuare investimenti, finalizzati all'intrapresa di piccole

⁶⁷ P. AMARASINGHE-S.K. RAJHANS, *Creating universal basic income as a right*, cit., 342.

⁶⁸ P. AMARASINGHE-S.K. RAJHANS, *Creating universal basic income as a right*, cit., 350.

attività imprenditoriali⁶⁹.

7. Brevi considerazioni conclusive

Dalla analisi del caso indiano, in termini ancora più chiari che da quella del caso finlandese, emerge come un reddito di base incondizionato, quantificato in maniera tale da non introdurre significativi disincentivi allo svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, possa contribuire in maniera rilevante a contrastare la povertà, garantendo il diritto a condurre un'esistenza dignitosa. Tanto più ponendosi dal punto di vista di una Costituzione, quale quella italiana, che pone al centro dell'architettura dei suoi principi fondamentali il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.), in una dimensione tanto individuale quanto relazionale, non può sottovalutarsi il significato che ad un intervento di natura incondizionata (destinato, se non a tutti, secondo il modello “puro” del reddito “di cittadinanza”, quanto meno a tutti i poveri assoluti) deve essere riconosciuto, in vista della garanzia del conseguimento del minimo necessario ad una vita dignitosa. Una vita che tale possa essere non solo in termini materiali, ma anche, in ragione, per quanto possibile, di un incremento del “benessere” declinato come senso di inclusione in una comunità e di apertura verso il futuro, come tempo in cui poter esprimere se stessi. Ecco perché non possono disinvoltamente sottovalutarsi, tra le risultanze dell'analisi dei dati relativi alle sperimentazioni, quelle attinenti all'impatto positivo sul piano dello stesso atteggiamento mentale dei suoi destinatari nei confronti della propria esistenza, in grado peraltro di porre le basi per un atteggiamento concretamente più attivo (anche) in campo socio-economico, come pure emerge dall'analisi dei dati.

Risulta, dunque, arduo mettere in dubbio, l'ammissibilità e, a mio parere, anche l'indispensabilità, dal punto di vista costituzionale, di un intervento finalizzato al contrasto alla povertà assoluta che sia, almeno entro certi limiti, incondizionato. Non sembra infatti in alcun caso accettabile l'indifferenza rispetto a condizioni di povertà estrema, in quanto tali lesive della dignità umana e preclusive della possibilità di partecipare effettivamente alla vita sociale e politica (artt. 2 e 3 Cost., alla luce dei quali va letto anche l'art. 38)⁷⁰, non diversamente da altre condizioni

⁶⁹ P. AMARASINGHE-S.K. RAJHANS, *Creating universal basic income as a right*, cit., 346-347.

⁷⁰ Fondano su un'interpretazione sistematica dell'art. 38 Cost., alla luce dei principi fondamentali della Carta del 1948, il dovere dei pubblici poteri di intervenire in vista della garanzia del diritto ad una vita dignitosa attraverso specifiche misure di contrasto alla povertà, con differenti sfumature, tra gli altri, F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano 2004, *passim*, C. TRIPODINA, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino 2013, *passim*, F. RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Torino 2018, in partic., 81-100 e, volendo, V. CASAMASSIMA-E. VIVALDI, *Ius existantiae e politiche di contrasto alla povertà*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 115 ss. e, in partic., 117-124. *Contra* M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino 2018, 443, il quale non ritiene che da una lettura degli artt. 36 e 38 Cost. alla luce delle norme costituzionali di principio e, in particolare, dei principi desumibili dall'art. 3, comma 2, Cost., derivi un obbligo costituzionale ad integrare le misure categoriali, radicate nella lettera di specifici disposti costituzionali, con una misura universalistica di contrasto alla povertà, ma afferma che «dall'art. 3.2 si può al più desumere una abilitazione costituzionale al legislatore ad operare una di queste scelte – indicando, ex art. 81.4 Cost., i mezzi con cui farvi fronte [...]».

costituzionalmente rilevanti⁷¹. In quest'ottica, a fronte della limitatezza delle risorse disponibili, mi pare da accogliere senz'altro, a garanzia dell'impegno orientato alla tutela dei diritti, l'invito di Lorenza Carlassare a valorizzare la scala di priorità desumibile dalla Costituzione, tenuto naturalmente conto dell'elasticità connaturata all'interpretazione costituzionale (e della difficoltà di censurare in sede di giudizio di costituzionalità le "omissioni pure" del legislatore), in vista dell'assunzione delle decisioni relative alla destinazione delle risorse pubbliche⁷².

Non si può, per altro verso, non considerare il significato del dinamismo intrinseco alla clausola di cui all'art. 3, comma 2, Cost., che orienta verso l'adozione di interventi, anche in materia di contrasto alla povertà, che, finalizzati a rimuovere gli ostacoli «di fatto» alla libertà e all'eguaglianza tra le persone, devono essere articolati in modo da tenere conto delle differenze concretamente riscontrabili tra situazioni differenti. Ciò rende costituzionalmente necessari interventi diversamente articolati e strutturati nell'ampio ambito delle misure di contrasto alla povertà e alla disoccupazione, considerando nella maniera più opportuna anche le prescrizioni di cui all'art. 4, comma 2, Cost., in connessione con l'affermazione del principio solidarista di cui all'art. 2 Cost..

Risulta, in altri termini, necessario che sia costantemente posta la dovuta attenzione sull'esigenza di articolare (e graduare) gli interventi finalizzati al sostegno di persone in condizioni di provvisoria difficoltà occupazionale o, più gravemente, di povertà (con connesso rischio di esclusione sociale) in maniera tale da tenere conto, il più possibile, delle differenze «di fatto» sussistenti tra le condizioni dei potenziali beneficiari degli interventi, in coerenza, a ben vedere, con lo stesso significato che deve attribuirsi al riferimento al «pieno sviluppo della persona umana»⁷³. Mi pare che sia opportuno, in particolare, distinguere, in vista della formulazione (o riformulazione) degli interventi normativi, senza che ciò significhi trascurare specificità come quelle connesse, tra l'altro, alla disabilità e alla presenza in famiglia di minori di età, tra la condizione di quelli che già in precedenza abbiamo definito disoccupati "ordinari" (non poveri) dalla condizione delle persone in condizioni di povertà assoluta (eventualmente anche prive di un'occupazione).

In riferimento ai primi, può risultare ammissibile un certo tasso di "condizionalità" *stricto sensu*, quanto meno qualora si tratti di misure che, per

⁷¹ Il riferimento è, tra le altre, a condizioni quali quella di chi non vedesse soddisfatto il proprio diritto alla salute o della persona con disabilità che fosse lasciata senza misure di sostegno e forme di assistenza, rispetto alle quali, come è noto, numerosi sono stati gli interventi della Corte costituzionale che hanno censurato provvedimenti legislativi variamente lesivi dei corrispondenti diritti costituzionali.

⁷² L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in www.costituzionalismo.it, 1/2013, 10.

⁷³ Come rilevato da M. DOGLIANI-C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma 2017, 114, richiamando anche il contenuto delle riflessioni di Beniamino Caravita (di cui sono i passaggi virgolettati all'interno del brano qui riportato) «si tratta di un "principio-valvola" o [...] "clausola generale" tramite la quale la Costituzione "richiama, rimette in circolo e chiede di utilizzare i dati della singola esperienza umana" [...], di ciascuna esperienza umana riconducibile a tutte le irripetibili e irriducibili soggettività», dal momento che «vi è un'indeterminatezza riconducibile alla singolarità/differenza di ciascuno/a e al carattere dinamico proprio del libero e pieno sviluppo della condizione umana, della personalità (nominata all'art. 2)».

consistenza e durata dell'erogazione monetaria, oltrepassino i limiti di una ragionevole corrispondenza con i presupposti contributivi di provvidenze comunque di durata limitata e di natura previdenziale, dal momento che, ove si resti, invece, entro tali limiti, mi parrebbe corretto configurare il sistema degli istituti propri delle politiche attive del lavoro un articolato sistema di opportunità e strumenti con la funzione di contribuire, insieme ad altri interventi afferenti all'ampia area della politica economica ed occupazionale, a promuovere «le condizioni che rendano effettivo» il diritto al lavoro, senza nulla concedere alla logica della stretta condizionalità.

Con riguardo, invece, alla condizione delle seconde, cioè dei poveri, mi pare particolarmente fruttuosa la prospettiva del welfare “generativo”, già richiamata in precedenza. Una prospettiva la quale prenda le distanze dalla logica della condizionalità (e dalle sue facili derive workfaristiche) per fare proprio un orientamento che valorizzi, per contro, forme di coinvolgimento (su base non obbligatoria, ma adeguatamente stimolata e promossa) dei destinatari delle misure, attraverso lo svolgimento di attività a vantaggio della collettività (le c.d. “azioni a corrispettivo sociale”), con l'indispensabile contributo di progettualità e professionalità di soggetti tanto pubblici quanto privati (e, in particolare, del terzo settore), in vista del conseguimento degli obiettivi delle misure stesse. Nel quadro di politiche di lotta alla povertà integranti percorsi di welfare generativo, quella della condizionalità è chiamata a cedere il passo ad una logica che declini i doveri di solidarietà (art. 2 Cost.) e lo specifico dovere di cui all'art. 4, comma 2, Cost. in una maniera che sappia, però, evitare anche una connotazione meramente assistenziale dell'intervento. Se infatti, come è stato affermato con lo sguardo rivolto alla storia del welfare, «il modo migliore per difendersi dai poveri era ed è anche oggi assisterli, gestendo il rapporto di potere tra chi aiuta e chi è aiutato in questo modo»⁷⁴, è proprio dall'ottica dell'esercizio del potere che è necessario uscire, che si tratti di un potere che “concede” o di un potere che “pretende” senza riconoscere le condizioni e valorizzare le “capacità” di ciascuna persona. Tale risultato mirano a contribuire a raggiungere, coordinate con la componente monetaria degli interventi, le pratiche di welfare generativo, nell'ambito delle quali «la soluzione invece nasce dal riequilibrio di questo rapporto che rende possibile agire in “concorso al risultato”, con esiti misurabili a vantaggio delle persone, del loro spazio di vita, con indici di impatto sociale che si espandono a vantaggio delle comunità dove si opera in questo modo», ferma la necessità, affinché un'impostazione di questo tipo possa funzionare, di «una adeguata logistica umana», in grado di promuovere l'intrapresa da parte di ciascuno di fruttuosi cammini di emancipazione dalla propria condizione di povertà, in coerenza, in ultima analisi, con l'idea di cittadinanza sottesa all'art. 3, comma 2, Cost.⁷⁵.

⁷⁴ T. VECCHIATO, *Lotta alla povertà e innovazione sociale*, cit., 280.

⁷⁵ T. VECCHIATO, *Lotta alla povertà e innovazione sociale*, cit., 280.

REPLICA

ELENA INNOCENTI, EMANUELE ROSSI, ELENA VIVALDI*

La lunga e approfondita recensione di Vincenzo Casamassima evidenzia innanzitutto il fatto che siamo riusciti a centrare uno degli obiettivi che ci eravamo proposti nel curare il volume: siamo partiti dal presupposto che le questioni relative alla lotta della povertà, all'introduzione del reddito di cittadinanza e alla tutela dei diritti non possano essere analizzate esclusivamente a partire da una prospettiva giuridica. Rileviamo dunque con soddisfazione che il tentativo di innescare una riflessione di carattere interdisciplinare sia stato condiviso e apprezzato, perché siamo convinti che l'analisi di un tema come questo dal punto di vista del diritto costituzionale imponga di seguire un siffatto percorso di ricerca.

Risulta infatti necessario tenere in dovuta considerazione una dimensione che metta a sistema saperi diversi (da cui la presenza, nel libro, di contributi di economisti e studiosi di scienza politica), in modo anche da cogliere e valorizzare alcuni profili di intersezione di vulnerabilità differenti: vulnerabilità che sommandosi si moltiplicano, richiedendo una attenzione ancora maggiore da parte del decisore politico (si pensi, ad esempio, alle persone migranti e a quelle con disabilità).

Un punto importante, che percorre l'intero volume e che è debitamente sottolineato dal recensore, è quello dei limiti dell'idea di *condizionalità* per l'accesso al reddito di cittadinanza: è condivisibile il rilievo circa la svalutazione del lavoro che emerge da molti degli interventi normativi in materia di lotta alla povertà, e dalla riforma del RdC in particolare. Per chi cerca di definire il lavoro in una prospettiva costituzionale¹ non è certo consolante constatare come questo sia inquadrato quale mero adempimento di un obbligo, di fatto scevro di legami con i principi personalistico-egualitari costituenti il fondamento del nostro patto di cittadinanza.

Vincenzo Casamassima, riprendendo quanto esposto da più di un Autore, sottolinea molto opportunamente come le cause della povertà vengano spesso ed erroneamente ridotte alla mancanza di una occupazione. Si tratta di un approccio a tali problematiche assai semplicistico, che guarda solo o prioritariamente alla limitatezza di mezzi economici, al mancato contributo alla produzione della ricchezza e al consumo di beni e servizi. Come ben noto, infatti, non avere un lavoro, spesso, non è la causa della povertà, ma una delle cause di essa. E, allo stesso tempo, l'aver un lavoro non è più una garanzia sufficiente per evitare di cadere in povertà, soprattutto se il lavoro è precario e mal pagato: ed il fenomeno, crescente, dei *working poors* ne è una prova.

* Elena Innocenti è ricercatrice presso la Fondazione "E. Zancan", Padova; Emanuele Rossi è professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa; Elena Vivaldi è ricercatrice di Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Cfr. per tutti M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 3/2010, 628-652.

Peraltro, proprio nel momento in cui stiamo scrivendo queste righe, la pandemia in corso ha alterato, in modo anche drammatico, gli equilibri economici e sociali di moltissime famiglie. Non possiamo, infatti, non tenere presenti situazioni di profonda esclusione sociale che caratterizzano quei nuclei familiari in cui vi sono persone che non hanno la possibilità di lavorare, per condizioni personali o per oneri assistenziali verso altri componenti il nucleo familiare.

Come evidenziato da Casamassima, l'approccio alla povertà come mancanza di una occupazione, si accompagna ad una visione sovente 'paternalistica' del fenomeno, che spiega la presenza di forme di controllo sull'utilizzo delle risorse economiche percepite dai beneficiari del reddito di cittadinanza. Attività e preoccupazioni che prendono indebitamente il posto di altri interventi, che potrebbero essere più opportunamente finalizzati al rafforzamento della consapevolezza delle proprie potenzialità, oltre che all'aumento delle competenze spendibili dai singoli. Per rendere molti beneficiari 'occupabili', infatti, sono necessari percorsi di accompagnamento finalizzati alla fuoriuscita da dipendenze o da situazione di disagio sociale.

Si tratta di un aspetto che, almeno in parte, non era sfuggito al legislatore, visto che, come scrive il recensore, "lo stesso d.l. n. 4/2019 mostra consapevolezza della eterogeneità interna dell'insieme dei possibili beneficiari della misura, nella parte dell'art. 4 in cui individua un percorso, differente da quello incentrato sul Patto per il lavoro, destinato ad operare proprio a favore dei beneficiari del Rdc meno corrispondenti alla *species* dei disoccupati *ordinari*." Ma, a nostro avviso, un elemento di eccessiva rigidità della riforma è costituito proprio dalla separazione netta tra il percorso lavorativo (finalizzato alla stipula del Patto per Lavoro) ed il percorso assistenziale (finalizzato, invece, alla sottoscrizione del Patto di Inclusione). Una separazione che si gioca sulla presenza di pochi elementi che il legislatore fissa in maniera statica, senza la possibilità di tenere in debita considerazione contesti, reti sociali, risorse personali e territoriali presenti ed attivabili.

Ciò che in questo lavoro ci preme mettere in evidenza è, dunque, da un lato la complessità delle cause della povertà, ma anche, e forse prima, quello del "senso della Costituzione" per essa²: nell'ottica di una piena attuazione del disegno costituzionale, occorre provare ad allargare lo sguardo ad *altre* forme di povertà, spesso meno visibili ma, nel lungo periodo, capaci di produrre effetti drammatici. Si pensi, ad esempio, alla povertà relazionale, che scaturisce dal sommarsi della mancanza di relazioni umane alle deprivazioni materiali; o, ancora, alla povertà educativa, che colpisce in primo luogo i minori, e che svuota di senso quanto previsto dall'art. 34 della Costituzione. Proprio in riferimento ai minori, peraltro, vi è una netta sottovalutazione dei loro bisogni: ai bambini, infatti, viene attribuito nella scala di equivalenza un coefficiente dimezzato rispetto ad un adulto. Come se del minore si cogliesse esclusivamente la dimensione del (peraltro da dimostrare) "minor costo" rispetto ad un adulto, in termini di *quantum* necessario per sfamarsi o per vestirsi, senza che altre esigenze vengano in adeguato rilievo.

² Si veda, in proposito, Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio AIC*, 1-2/2019, 7-32.

Se allarghiamo lo sguardo al senso della Costituzione per la povertà un aspetto che emerge, implicitamente, dalla recensione di Vincenzo Casamassima è che il quadro che abbiamo tentato di dipingere, assieme agli autori dei singoli contributi, non è affatto statico, ma è – anzi – in costante e rapido mutamento.

Come rilevato da chi ha recensito il volume, nei pochi mesi passati fra i momenti in cui il libro è stato pubblicato e quello in cui scriviamo queste righe, si sono avuti numerosi mutamenti, tanto di carattere puntuale, quanto di carattere macroscopico. Fra i primi, ad esempio, possono essere enumerati i mutamenti del diritto positivo, tra cui anche le sentenze della Corte costituzionale incidenti sulla tutela dei diritti sociali (e Casamassima richiama opportunamente la sentenza n. 44/2020); si tratta di elementi che arricchiscono continuamente l'affresco a cui abbiamo tentato di dar vita e colore.

Il cambiamento macroscopico cui si allude, invece, è ovviamente segnato dalla pandemia causata dal diffondersi del CoVid19: come è stato evidenziato da più parti, l'emergenza sanitaria che ha colpito l'Europa nei mesi scorsi ha innescato anche una crisi economico-sociale, le cui conseguenze saranno ben chiare solo nel corso dei prossimi mesi ma che fin da ora possono rilevarsi. Il legislatore italiano, pur con le incertezze legate alle possibilità di reperire le risorse necessarie, nel contesto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea e all'Eurozona, ha iniziato ad adottare strumenti con l'obiettivo di mitigare gli effetti di questa nuova ondata di crisi, potenzialmente in grado di innescare rischi anche per la sicurezza pubblica³. Fra tali misure figura anche il c.d. Reddito di Emergenza, istituito con l'art. 82 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Decreto Rilancio), attualmente in corso di conversione. Si tratta di una misura in favore dei nuclei familiari in difficoltà a causa dell'emergenza epidemiologica, subordinata al possesso di determinati requisiti socio-economici e incompatibile con il Rdc. In altri ordinamenti (ad esempio, quello spagnolo⁴) sono stati varati strumenti permanenti, utili per fronteggiare una (nuova) crisi dagli strascichi potenzialmente pesanti e duraturi. L'impressione è che il CoVid19 darà nuovi lineamenti alla povertà, ridefinendo il concetto di rischio sociale e il contesto in cui i rischi tradizionali che hanno portato all'edificazione del *Welfare state* hanno finora operato. Pensiamo, infatti, a come si è modificata la nostra dimensione relazionale: come è stato efficacemente osservato “in assenza di un vaccino, l'unico strumento di protezione è stato assumere di fatto i comportamenti antisociali del distanziamento e dell'isolamento: una solitudine forzata e assunta a norma, in cui l'altro rappresenta un pericolo e la relazione sociale, che per l'individuo era arricchimento e strumento contro i rischi sociali, oggi diviene rischio essa stessa”⁵.

Quando questo libro è stato dato alle stampe, il CoVid19, forse, aveva già iniziato a circolare, senza che nessuno se ne rendesse ancora conto. Ci pare – e molti aspetti della recensione di Casamassima paiono andare in questa direzione - che la crisi che il

³ Lo scorso 10 luglio, il quotidiano La Stampa, ad esempio, riprendendo le dichiarazioni dell'attuale ministra degli interni, titolava “*L'allarme della ministra Lamorgese: “Troppa povertà. L'Italia rischia un autunno caldo”*”.

⁴ Si veda il *Real Decreto-ley* 20/2020, del 29 maggio 2020, con cui si istituisce un “*ingreso mínimo vital*”.

⁵ Cfr. G. BUSILACCHI, *Contrastare le nuove povertà*, in *Il Mulino*, 3/2020, 465-473.

CoVid19 ha innescato, per quanto differente da quelle che l'hanno preceduta, non faccia altro che accrescere l'attualità di molte delle domande poste: il volume in oggetto non nasceva infatti dalla volontà di tracciare un bilancio dell'esistente, quanto piuttosto di affrontare, con strumenti concettuali ancora più affilati, le sfide poste da una società in continuo mutamento. Da questo punto di vista, riteniamo non più differibile un maggiore coinvolgimento del sistema delle autonomie (enti locali e Regioni): non solo nell'ottica di una valorizzazione delle esperienze e delle peculiarità locali, ma anche per lo sviluppo delle progettualità e delle sinergie tra istituzioni, enti del terzo settore e attori produttivi. Siamo convinti, infatti, che la costruzione dal basso delle politiche sociali sia in grado di offrire una maggiore adeguatezza ed efficacia degli interventi, anche e soprattutto nei momenti di emergenza, superando al contempo logiche assistenzialistiche e valorizzando le risorse dei singoli.

IL FORUM

LE LIBERTÀ AL TEMPO DEL DISTANZIAMENTO SOCIALE*

FORUM SULL'EMERGENZA, N. 1

Presentazione dei *Forum*

Nello scorso aprile si sono svolti quattro incontri del programma di *Giustizia costituzionale* del dottorato in “Scienze giuridiche” dell’Università di Pisa aventi ad oggetto i riflessi dell’emergenza sanitaria su taluni ambiti tipici della riflessione costituzionalistica: le libertà costituzionali, i rapporti tra lo Stato e le Regioni, il diritto dell’economia e l’organizzazione dello Stato.

I quattro incontri – tenutisi in modalità telematica, secondo una “ritualità” che noi tutti in questi mesi abbiamo finito col percepire come familiare – sono stati coordinati rispettivamente da Gian Luca Conti, Elisabetta Catelani, Francesco Marone e Andrea Pertici, i quali – oltre ad introdurre il “proprio segmento” – hanno elaborato le domande alle quali hanno poi risposto i dottorandi.

Il Direttivo è convinto che la pubblicazione di quelle riflessioni possa offrire un ulteriore contributo alle già ricche analisi che la comunità degli studiosi del diritto costituzionale sta in questi mesi producendo sotto la spinta di una situazione del tutto eccezionale.

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista

INDICE

Gian Luca CONTI - Le libertà al tempo del Coronavirus, alcune premesse (p. 240 ss.)

I Domanda (p. 247 ss.) - La garanzia della riserva di legge a tutela dei diritti comporta che la disciplina debba essere interamente dettata con legge o atti aventi forza di legge o è sufficiente, come avvenuto con il d.l. 6/2020, che la legge rinvii ad atti amministrativi generali?

II Domanda (p. 252 ss.) - Il proliferare di provvedimenti, statali e regionali, di contrasto al diffondersi del Covid-19 ha messo in tensione diversi principi. In questo ambito possiamo riscontrare forzature o violazioni a quelli di determinatezza e tassatività delle fattispecie sanzionatorie? In relazione a quali ipotesi?

III Domanda (p. 254 ss.) - Spesso si sentono invocare misure sempre più restrittive, motivate dalla protezione del diritto alla salute, riconosciuto come fondamentale dall'art. 32 Cost. Ma quest'ultimo deve essere considerato un super-principio al quale si devono sottomettere principi fondamentali e (altri) diritti inviolabili o deve essere comunque oggetto di bilanciamento?

IV Domanda (p. 262 ss.) - Il caso più evidente di limitazione attiene alla libertà di circolazione e di soggiorno, ma viene evidenziato come le limitazioni disposte possono incidere indirettamente anche sulle libertà di manifestazione del pensiero, sulla libertà religiosa e sulla *privacy*. Si tratta di limitazioni ragionevoli e proporzionate? Quali minori restrizioni potrebbero eventualmente renderle meglio proporzionate?

V Domanda (p. 268 ss.) - La Costituzione consente alcune limitazioni di diritti fondamentali in presenza di determinati presupposti (come i motivi di sanità per la libertà di circolazione e di soggiorno), ma non dice nulla del tempo. Ora, la Corte costituzionale ha invece riconosciuto una specifica rilevanza alla temporaneità di misure derogatorie al fine di considerarne la legittimità. Deve valere lo stesso nel caso di specie? Ed è possibile stabilire un orizzonte massimo della deroga?

I partecipanti al Forum (p. 272)

GIAN LUCA CONTI

1. Principio di precauzione e diritti fondamentali

Sono forti le assonanze fra il coronavirus e la disciplina sui vaccini obbligatori posta dal d.l. 73/2017: a prima vista, appare uno stesso fenomeno: la Repubblica, attraverso la legge e la sua esatta applicazione da parte del Governo, deve proteggere i cittadini dal rischio per la loro salute che un comportamento libertario di altri cittadini potrebbe causare. Di conseguenza, la legge limita la libertà di coloro che potrebbero causare un danno potenzialmente grave e irreparabile agli altri.

Ma la straordinaria pervasività della pandemia in corso ha condotto a misure particolarmente eccezionali perché dapprima il d.l. 6/2020 e successivamente il d.l. 19/2020 hanno individuato una serie estremamente ampia di limitazioni alla libertà personale autorizzando il Presidente del Consiglio dei Ministri a definire in concreto, attraverso atti amministrativi generali, i provvedimenti restrittivi della libertà personale dell'intera popolazione e il Presidente del Consiglio dei Ministri (d.d.P.C.M. 22 marzo 2020 e 1 aprile 2020) ha addirittura in parte delegato questo potere di ordinanza al Ministro per lo Sviluppo Economico (d.m. 25 marzo 2020).

Il Parlamento è restato sullo sfondo, limitando il proprio intervento alla conversione in legge del d.l. 6/2020 (legge 13/2020) e autorizzando il ricorso all'indebitamento secondo quanto previsto dall'art. 6, quinto comma, legge 243/2012 (la relazione è stata trasmessa alla Presidenza della Camera il 5 marzo 2020 e posta all'ordine del giorno della seduta dell'11 marzo 2020) per effetto del verificarsi di una situazione a carattere eccezionale.

In altre parole, la limitazione delle libertà personali autorizzata dal Governo con i suoi decreti legge e dallo stesso Governo affidata agli atti amministrativi generali del Presidente del Consiglio dei Ministri non è stata oggetto di una vera discussione parlamentare: il paese non ha sentito bisogno del Parlamento ma del Governo per rispondere alla paura di un morbo terribile e spaventoso.

Di qui, sono possibili due osservazioni, non da costituzionalista, ma da cittadino privato di una porzione significativa delle proprie libertà fondamentali.

La prima riguarda gli effetti del principio di precauzione sulla forma di Governo e sulla forma di Stato. Il principio di precauzione, inteso come il motore del diritto della paura, secondo la definizione di Sunstein, può essere letto come obbligo di adottare qualsiasi misura necessaria a evitare un pericolo in assenza di una sicurezza scientifica circa l'estensione del rischio ovvero come possibilità di adottare misure non basate su di una evidenza scientifica univoca. In entrambi i casi è un principio di azione politica che serve nei casi in cui manchi la certezza circa l'esatta estensione di un rischio e quindi sulla effettiva necessità delle misure per contenerlo. La catena di decreti legge e atti amministrativi generali adottati rivela un preciso modo di intendere questo principio di

azione politica: non è l'oggetto di una discussione parlamentare, del complesso equilibrio di una sede referente e della sua trasposizione nell'agone assembleare per mezzo delle relazioni di maggioranza e minoranze nonché del potere di emendamento (e di parere sugli emendamenti di iniziativa parlamentare) del Governo. È l'oggetto di una volontà politica che si fonda su di un giudizio scientifico.

In altre parole, il principio di precauzione giustifica una torsione della forma di Governo verso l'esecutivo e, in particolare, il suo vertice. È sicuramente una torsione autoritaria, che il popolo ha vissuto senza particolari critiche o mal di pancia, vuoi per effetto della crisi del metodo parlamentare, vuoi perché il potere dell'emergenza è sentito come volontà e non come discussione.

La seconda osservazione riguarda la legislazione dell'emergenza, nella legislazione dell'emergenza si rivela sempre una gerarchia di valori. La legislazione sul terrorismo è stata giustificata dall'interesse alla sicurezza dello Stato considerato come un valore supremo. In quel momento, la difesa delle istituzioni democratiche dal rischio generato dall'uso della paura come strumento di lotta politica ha giustificato misure straordinarie di limitazione delle libertà individuali dei cittadini sospettati di essere coinvolti nella lotta armata secondo la cd. logica del doppio binario.

Il valore evocato dal principio di precauzione e dalla lotta contro la pandemia in corso è completamente diverso: anche la difesa delle istituzioni democratiche (e quindi della centralità del Parlamento nella forma di Governo, ma anche del ruolo delle Regioni nella forma di Stato) cede rispetto alla paura per la propria salute.

La società del benessere liquido ha prima di tutto paura della propria morte e questa paura giustifica qualsiasi sacrificio, del diritto al lavoro, della libertà personale, della libertà di domicilio, della libertà di circolazione, della libertà di riunione, delle libertà religiose, del diritto alla ricerca e alla frequentazione dei musei.

Questo, forse, spaventa più del coronavirus: una società che tiene di più alla propria vita che ai propri diritti fondamentali perché non è la società dei costituenti i quali conobbero il carcere di Villa Triste per avere il privilegio di scrivere la Carta costituzionale e di iniziarla con la proclamazione delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili.

2. Le “esternazioni” del Capo del Governo

Il Capo del Governo, nella sua conferenza stampa di venerdì 11 marzo, ha richiamato le opposizioni a un maggiore senso di responsabilità.

Più propriamente si è rivolto alla Lega di Salvini e ai Fratelli d'Italia della Meloni osservando che il loro comportamento era inappropriato rispetto all'emergenza che stava affrontando.

Nella sostanza, ha chiesto di lasciar lavorare chi lavora.

Il senso del ragionamento è abbastanza chiaro: l'emergenza deve essere fronteggiata con ogni mezzo e chi sta affrontando l'emergenza nell'interesse del popolo ha la facoltà di rivolgersi al popolo per condannare chi lo critica.

Il vero nodo, sul piano costituzionale, è più complesso e riguarda l'essenza del circuito Governo – Parlamento.

L'essenza di questo rapporto è la fiducia, con cui ciascuna Camera approva, con scrutinio palese e per appello nominale, le dichiarazioni programmatiche del Governo, ovvero la sfiducia, con cui una Camera, approva, sempre per scrutinio palese e con appello nominale, una mozione di sfiducia sottoscritta da non meno di un decimo dei suoi membri e nella quale deve essere spiegato il perché della richiesta al Governo di lasciare il proprio incarico.

La Costituzione, in altre parole, vuole che la responsabilità politica del Governo sia discussa in Parlamento, e concentrare nel Parlamento (le cui difficoltà a riunirsi non sono agevolate dalla assenza di previsioni esplicite circa la libertà di circolazione dei suoi membri nei complessi d.P.C.M. con cui viene regolato il *lockdown*) questa discussione significa evitare che la stessa possa svolgersi nell'arena della pubblica opinione ed imporre la necessità della mediazione attraverso la rappresentanza politica.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri nel momento in cui si rivolge direttamente al corpo elettorale, nel corso di una conferenza stampa, per rispondere alle critiche della pubblica opinione, si colloca all'esterno di questo circuito.

Ma questo, tutto sommato, non è innaturale: il circuito della rappresentanza politica si svolge al di fuori delle sedi parlamentari dal 1948.

Il vero nodo della questione è un altro.

Il tono del Presidente del Consiglio dei Ministri, forse, non è sembrato il tono dell'indirizzo politico di maggioranza che chiede di aderire alla propria visione dell'interesse pubblico. È sembrato piuttosto quello del Presidente della Repubblica (il quale, infatti, ha ricevuto con imbarazzato silenzio le proteste di Salvini quando questi lo ha chiamato per gli auguri di Pasqua), che richiama i partiti politici a una maggiore serenità nell'interesse della coesione nazionale.

Il Presidente della Repubblica, però, impronta le proprie esternazioni sulla irresponsabilità. È il fatto che la nostra Costituzione porta dentro di sé le tracce della definizione del Capo dello Stato come persona sacra e inviolabile propria dello Statuto Albertino giustifica il collegamento del potere di messaggio alla irresponsabilità del Capo dello Stato e lo colloca all'interno di una funzione di alta garanzia e controllo, ma anche di integrazione e stimolo.

Nel momento in cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, questo Presidente onnipotente che decide delle libertà quotidiane dei cittadini sulla base del principio di precauzione, si rivolge al popolo con un messaggio che assomiglia molto a quello del Presidente della Repubblica di cui condivide il tono di garanzia, cerca l'irresponsabilità.

Se Segni, Leone, Cossiga e Napolitano ci hanno insegnato a temere un Presidente della Repubblica che si avvicina al polo del Governo, non vorrei che Conte ci insegnasse a temere un Presidente del Consiglio dei Ministri che si appoggia su di una emergenza per avvicinarsi al polo del Presidente della Repubblica.

In altre parole, se di solito, è pericoloso un Capo dello Stato che si avvicina al Governo, senza essere responsabile, in una situazione di emergenza può essere molto più

pericoloso un Capo del Governo che si atteggia a Presidente di una repubblica presidenziale.

E, purtroppo, questo dipende molto da un Parlamento che si riunisce solo per lo svolgimento delle interpellanze e delle interrogazioni e la conversione dei decreti legge, smarrendo gran parte della propria ragion d'essere nella discussione del voto a distanza.

3. Principio di precauzione e segreto di Stato

La scrivania del ministro per la salute è chiusa molto bene ma chi ha avuto modo di avvicinarsi non ha potuto evitare di avvertire l'odore acre, di zolfo e putrefazione, che traspare.

È l'odore del segreto di Stato, un odore pungente che, di solito, si avverte quando ci si avvicina al terrorismo, alla mafia, al voto di scambio, agli anni più bui della Repubblica che lo ha regolato compiutamente durante gli anni di piombo (legge 801/1977) e ha ripreso la materia (legge 124/2007) per gestire le lottizzazioni di villa Certosa.

Il problema, sul piano storico, è semplice: il ministro per la salute e il Governo presieduto da Conte avrebbero tenuto segreto il rapporto con cui alcuni scienziati indagavano, fra la fine di gennaio e l'inizio di febbraio, gli scenari connessi alla diffusione della pandemia in corso.

Secondo questo rapporto, sarebbero stati ipotizzabili tre scenari, uno dei quali assolutamente catastrofico parlava di una malattia che avrebbe causato fra le seicentomila e le ottocentomila vittime.

Per questa ragione, il Governo avrebbe adottato delle misure assai stringenti con i provvedimenti che conosciamo, i quali, se, da una parte, hanno determinato un danno incalcolabile per la ricchezza della nazione, dall'altra parte, avrebbero salvato centinaia di migliaia di vite umane e sarebbero perciò perfettamente giustificate.

L'affare pone due distinte questioni e suggerisce un rimedio.

La prima questione che pone riguarda il principio di precauzione in rapporto al segreto di Stato. In che misura, questo principio può tollerare che le conoscenze che hanno giustificato il ricorso a misure straordinarie e indifferibili adottate per mezzo di ordinanze libere appoggiate esclusivamente sulla responsabilità del Capo del Governo possano essere segretate e, quindi, conosciute solo *ex post*?

Il principio di precauzione è, di per sé, un principio che riguarda l'essenza del discorso democratico e il suo rapporto con la scienza. Se la scienza non è certa di un pregiudizio potenzialmente grave e irreparabile per la salute pubblica o l'ambiente, la sfera politica può adottare queste misure sostituendo una legittimazione scientifica con una decisione democratica.

Questo principio postula la possibilità di un discorso pubblico e pienamente informato sulla natura del pericolo che si intende fronteggiare e sui vantaggi e gli svantaggi connessi all'intervento pubblico correttivo che si intende adottare.

Un tanto non accade se la natura del pericolo e le sue caratteristiche sono mantenute segrete dal Governo che le rivela solo quando il pericolo appare superato per giustificare le misure che ha preso e che hanno ridotto la nazione sul lastrico.

La discussione sulla natura del pericolo ha un senso se precede le misure che vengono adottate perché è una discussione sui limiti che il potere intende introdurre a carico delle libertà e che giustifica con la minaccia di un pericolo grave per un interesse che considera gerarchicamente superiore alle libertà che sacrifica.

Una volta che le misure sono state adottate, l'esistenza del dossier serve a giustificare questi limiti, non riguarda più la sostanza della limitazione ma la responsabilità collegiale del Governo (art. 95, secondo comma, Cost.) e individuale del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 95, primo comma, Cost.).

Soprattutto, però, se si afferma il principio secondo cui quando vi è un rischio per la salute o per l'ambiente di natura tale da poter scatenare il panico, il Governo può tenere nascosta la natura di questo rischio al paese (e anche al Parlamento) adottando le misure che ritiene opportune per fronteggiarlo, si ha una pericolosa torsione in senso autoritario della forma di Governo.

La seconda questione è che i problemi che si sono evidenziati, soprattutto il bisogno di bilanciare l'interesse alla sicurezza dello Stato che rende opportuno mantenere segrete e confidenziali certe informazioni in mano al Governo, e il bisogno di democrazia per cui ciascuna limitazione delle libertà individuali deve provenire dal Parlamento, sono stati oggetto di una disciplina puntuale da parte della legge 124/2007, che prevede:

(i) la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri, non del Ministro della Salute, a disporre il segreto di Stato (art. 39, quarto comma);

(ii) l'obbligo del Presidente del Consiglio dei Ministri a dare notizia dell'apposizione del segreto di Stato al Comitato Parlamentare per la Sicurezza della Repubblica e il diritto del Copasir di confermare o meno l'apposizione del segreto, dopo averne discusso, se il caso lo ritiene, in una seduta segreta;

(iii) il diritto del Copasir di deferire la questione alle Camere che, a loro volta, ne possono discutere in seduta segreta.

Questi principi si trasformano in domande:

(a) perché il segreto è stato apposto dal ministro per la salute e non dal Presidente del Consiglio dei Ministri?

(b) perché dell'apposizione del segreto non è stato informato il Copasir?

(c) il Governo può sottrarre alla conoscenza del Parlamento delle informazioni che riguardano l'introduzione di limiti alle libertà fondamentali dei cittadini senza informare quantomeno il Copasir di quello che sta accadendo?

E, soprattutto, se è vero che rivelando adesso l'esistenza di un dossier segreto, il ministro per la salute confessa di aver mancato agli obblighi che si sono elencati, perché lo ha fatto?

Qui, l'odore che proviene dalla scrivania ministeriale si fa acre e pungente perché in un paese abituato a intendere il non detto molto più del detto, ci si può chiedere come mai sia così necessario presentarsi come salvatori della patria e non è difficile immaginare che, passato questo periodo di giustificato timore, inizieranno le critiche al Governo,

perché la ripresa non sarà né facile né immediata e dovremo ripensare alle basi stesse del nostro sistema economico.

Ma, sotto questo aspetto, le guerre come problema di storia costituzionale finiscono sempre con una inchiesta parlamentare e, anche in questo caso, sembra che questo dovrebbe essere il futuro sviluppo di una vicenda che, guardata con un po' di attenzione, sembra molto meno brillante di quanto non la si voglia far apparire.

4. Un attentato alla Costituzione?

Alla fine, il ministro della Salute, Roberto Speranza è stato convocato dinanzi al Copasir (Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica).

Il 28 aprile 2020.

Non è dato sapere che cosa ha spiegato al Comitato parlamentare, il cui resoconto sommario non racconta molto. Anche se dice che il ministro è stato ascoltato per due ore, che non sono poche e non è frequente che un ministro per la Salute sia convocato dal Copasir.

Ci si deve, quindi, chiedere se le notizie “vere” sulla pandemia siano o meno oggetto di un segreto di Stato (o comunque di una “riservatezza” di Stato) e stupisce che non ci sia stata sul punto, in un Parlamento per niente indifferente al sindacato ispettivo, una interrogazione, magari a risposta immediata o una interpellanza, magari urgente da parte dell’Aula di Palazzo Madama o Montecitorio.

Il punto, però, è un altro.

Le notizie “vere” sulla pandemia potrebbero essere tenute riservate per due opposti ordini di ragioni. Da una parte, il Governo potrebbe ritenere che queste notizie, se di dominio pubblico, potrebbero scatenare il panico fra la popolazione. In questo caso, la riservatezza potrebbe non essere irragionevole, anche se discutibile la sua trattazione da parte del Copasir e non dall’aula, magari riunita, come si usa in tempo di guerra, senza resoconto stenografico e con vincolo di segretezza.

Dall’altra parte, le notizie “vere” potrebbero essere molto meno pessimistiche di quelle che i bollettini della protezione civile diffondono di giorno in giorno, con una attendibilità statistica che è stata posta in dubbio fin dai primi giorni della pandemia, quando il presidente dell’ISTAT ha dichiarato che la cosa migliore, sul piano della attendibilità scientifica, sarebbe stata selezionare dei campioni significativi della popolazione e verificare su questi campioni l’andamento del virus.

In questo caso, il Governo, anzi il Presidente del Consiglio dei Ministri, avrebbe tenuto segrete delle notizie che, in realtà, rivelano un reato perché l’aver sospeso le libertà costituzionali dell’intera popolazione per sessanta interminabili giorni, impedendo lo svolgimento di elezioni e consultazioni referendarie, costituisce qualcosa di vicino all’attentato alla Costituzione se non viene più che congruamente motivato e la motivazione regge alla prova dei fatti.

Sotto questo aspetto, vi è da rammentare che il segreto di Stato, ai sensi dell’art. 39, legge 124/2007, può essere apposto anche sui fatti che possono integrare il reato di

attentato alla Costituzione (l'art. 39 esclude dal segreto di Stato gli artt. 282, 416 bis, 416 ter, e 422, c.p. non l'art. 283); che, in questo caso, il responsabile dell'attentato alla Costituzione sarebbe il Presidente del Consiglio dei Ministri; che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha il potere di apporre il segreto di Stato (art. 39, quarto comma, legge 124); che è il Presidente del Consiglio dei Ministri che riferisce al Copasir in materia di segreto di Stato (art. 34, legge 124).

In altre parole, il capo del Governo può apporre il segreto di Stato su fatti che costituiscono il fondamento di un attentato alla Costituzione, anche nel caso in cui l'attentato alla Costituzione sia stato commesso dallo stesso capo del Governo.

Naturalmente, sarebbe una situazione sudamericana, alla quale nessuno vuole neppure pensare.

Quello che invece si deve pensare, con ragionevole prudenza e un alto senso delle istituzioni, è se colui che ha governato una situazione di emergenza ricorrendo all'antica e perigliosa categoria degli *arcana imperii*, possa anche gestire l'assai più delicata fase della ricostruzione. Perché un'unica cosa è davvero sicura in questo contesto: che la pandemia lascerà il paese in ginocchio, alla pari di un conflitto mondiale, e non è necessario il mestiere di storico per rammentare che i fondi per la ricostruzione dopo l'ultimo conflitto mondiale hanno consentito alla Democrazia Cristiana di costruire un consenso clientelare durato oltre trent'anni.

Le vicende che hanno caratterizzato la definizione del contenuto del d.l. "Aprile", poi diventato d.l. "Rilancio" e la cui stentata negoziazione ha condotto all'ironico appellativo di d.l. "Quattro Stagioni" sembrano confermare tutto questo.

Hanno confermato che questa è la vera partita del futuro, una partita su cui l'affrettata conferenza stampa del Presidente del Consiglio dei Ministri di domenica 27 aprile aveva già messo una seria ipoteca.

Oramai la partita vera è la gestione dei fondi per la ricostruzione, una partita che la lungimiranza della democrazia cristiana aveva concentrato sulle infrastrutture strategiche per il rilancio del paese e che si è trasformata in 55 miliardi di Euro distribuiti a pioggia.

Si dirà che tutto questo non è questione di libertà fondamentali, come se non fosse un problema di libertà fondamentali unire il primo al secondo comma dell'art. 3, Cost.

5. Il forum

Sono questi gli interrogativi che fanno da sfondo al forum sulle libertà fondamentali al tempo della pandemia, nel quale ci si è interrogati su alcune questioni fondamentali, offrendo delle linee di risposta caratterizzate dalla diversa sensibilità dei partecipanti, taluni più interessati ai profili tipicamente costituzionalistici, altri con una formazione di diritto delle religioni, altri attenti alla dimensione comparata e, altri con l'attenta sensibilità dei filosofi del diritto.

Tutti, però, coloro che hanno risposto ai quesiti predisposti da Andrea Pertici e Francesco Marone erano ben consapevoli della complessa sostanza etica, politica e filosofica delle questioni poste dalla pandemia ai giuristi.

Queste questioni non si esauriscono certamente nelle risposte che si sono date e che devono essere lette come tanti tentativi per non sprecare questa straordinaria occasione per ripensare alla nostra forma di Stato e di Governo.

I Domanda

La garanzia della riserva di legge a tutela dei diritti comporta che la disciplina debba essere interamente dettata con legge o atti aventi forza di legge o è sufficiente, come avvenuto con il d.l. 6/2020, che la legge rinvi ad atti amministrativi generali?

GIACOMO CANALE

La riserva di legge è un istituto canonico del costituzionalismo, il cui fondamento giustificativo è tradizionalmente ravvisato nella specifica qualità rappresentativa del Parlamento (riserva di organo), perché “la legge è di competenza del Parlamento, il Parlamento è rappresentativo del popolo, in esso i cittadini sono presenti attraverso i propri rappresentanti; l’atto del Parlamento è quindi, in un certo senso un atto di auto-limitazione”. È altresì noto che si è affermata una tesi, o forse più correttamente una prassi recepita acriticamente dalla dottrina, della piena equipollenza degli atti primari del Governo (decreti-legge e decreti legislativi), trasformando l’istituto in una riserva di organo che ne svilisce le storiche funzioni di garanzia, soprattutto dei diritti dei consociati. In questa sede, per evidenti ragioni di economia espositiva, mi sia permesso soltanto di riassumere le conclusioni del mio studio, secondo le quali la canonica classificazione della riserva di legge (riserva assoluta o relativa) non è sufficiente, poiché omette di affrontare il problema dello spazio che può essere occupato dagli atti primari del Governo nell’ambito materiale riservato alla disciplina legislativa, o se si preferisce alle condizioni e ai presupposti per l’intervento della decretazione d’urgenza e della delega legislativa in luogo della legge. Tale spazio invece dovrebbe essere desunto da una classificazione teleologica, cioè in base alla prevalente finalità della specifica riserva di legge. Infatti, un recupero della riserva di legge come riserva di organo consente di superare molte aporie, anche rispetto all’ordinamento comunitario e a quello regionale (non è ammessa una legge regionale o un regolamento comunitario in materia penale non solo per il riparto di competenze legislativa, ma anche, e forse, soprattutto perché è il Parlamento (e non altri) titolare della funzione legislativa punitiva ai sensi dell’art. 25 Cost.). Tra le molte aporie vi sarebbe anche quella in argomento, cioè della paradossale situazione, elusiva delle finalità di garanzia delle libertà che perseguono le riserve di legge in materia, di un organo esecutivo che demanda a sé stesso con un mero rinvio un potere costituzionalmente assegnato al Parlamento, peraltro potendolo esercitarlo con ampia discrezionalità, *rectius* arbitrio, ed escludendo qualsiasi forma di controllo parlamentare.

Tale surreale situazione, infatti, determina la possibile lesione della conoscibilità del precetto, in quanto, parafrasando la Corte costituzionale, la mancata previsione di un

periodo di *vacatio* rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nell'ordinanza del PCM , con la conseguenza che a nulla varrebbe garantire la riserva di legge statale, quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire o in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Ma soprattutto produce effetti lesivi delle libertà irreversibili, vale a dire che la compressione delle libertà del singolo avviene comunque e immediatamente, a prescindere dall'eventuale conversione in legge del decreto di rinvio.

Ciò determina la situazione paradossale che gli individui siano sottoposti a misure coercitive che traggono origine da previsioni normative assunte non dagli organi rappresentativi della sovranità popolare, bensì dall'Esecutivo, peraltro nei modi e nei termini stabiliti da atti amministrativi generali, proprio quella situazione che la riserva di legge dovrebbe fare evitare, come la negletta storia dovrebbe ricordarci.

HUGO FRAZÃO

Prima che l'attuale Costituzione entrasse in vigore, le libertà erano spesso violate, anche con meri atti amministrativi. Perciò il Costituente ha deciso di definire la libertà come diritto inviolabile, cioè, nessuno può relativizzarla, tranne per salvaguardare altri valori ugualmente costituzionali. Comunque, l'esercizio del potere dello Stato sull'argomento della libertà deve fondarsi su una legge formale.

Tuttavia, la realtà dell'emergenza sanitaria presenta una situazione peculiare: la crisi attuale è un fenomeno nuovo e straordinario che non era previsto dalla Costituzione. Non c'è neanche una legge approvata dal Parlamento che regoli gli atti utilizzati in caso di emergenza e di pandemia. In effetti, in nessun paese democratico c'è una soluzione ai problemi socioeconomici collegati a tale fenomeno.

Dunque, una riforma costituzionale o una riforma legale potrebbe prevedere il modo in cui il governo dovrebbe agire senza compromettere la tutela della libertà ma anche salvaguardando la salute.

Da parte della legalità in senso formale credo sia una proposta adeguata, ma in senso sostanziale ritengo che non sia davvero necessaria.

Questa non è né la prima né l'ultima situazione straordinaria che la Costituzione dovrà affrontare. Infatti, con la globalizzazione, nuove crisi sanitarie e anche economiche possono esplodere portando circostanze completamente diverse rispetto a quelle della pandemia attuale. Pertanto, pongo una domanda: dovremo sempre riformare la Costituzione e il suo ordinamento al fine di prevedere situazioni impreviste oppure troppe riforme potrebbero minare la sua vera essenza? Sinceramente, penso che la Costituzione contenga al suo interno tutto ciò che le serve per affrontare qualsiasi emergenza.

Difatti, l'utilizzo del decreto-legge n. 6/2020 rinvia agli atti del Presidente del Consiglio il potere normativo proprio della legge formale. Alcuni giuristi ritengono che esso sia presentato come una soluzione legittima per far fronte all'emergenza, a patto che rispetti i principi della Costituzione e gli obiettivi fissati dal decreto-legge n. 6/2020.

Tutti concordano nel ritenere che questo è certamente un caso di necessità assoluta; inoltre, ci sono vecchi scritti di autori in cui si parla della necessità come fonte autonoma del diritto per situazioni del genere. In tal senso, occorre rileggere il principio della legalità formale affinché, per affrontare il virus, sia possibile che gli atti amministrativi possano definire quali restrizioni sono necessarie per combattere la crisi. Nonostante ciò, bisogna osservare gli obiettivi fissati dal decreto-legge n. 6/2020, senza tralasciare i principi della Costituzione.

C'è, senza alcun dubbio, il rischio che il Presidente del Consiglio commetta eccessi; ad esempio, quello di protrarre queste misure per un tempo maggiore del necessario; ecco perché abbiamo bisogno che il Parlamento vigili attentamente questo processo.

GIUSEPPE LAURI

La risposta delle istituzioni italiane ad un'emergenza in rapida evoluzione ha dimostrato come queste ultime abbiano avuto non sempre presenti i canoni classici in materia di rispetto dei rapporti tra fonti del diritto. Lo ha sicuramente testimoniato la congerie di ordinanze locali e regionali che si sono sovrapposte, e tuttora si sovrappongono, agli atti emanati dal governo nazionale, peraltro dilatandone – o comunque modificandone – gli spazi applicativi in maniera potenzialmente poco giustificata e ammissibile.

Indubbiamente, le limitazioni alla libertà personale imposte dal Governo sarebbero sempre dovute passare o attraverso un atto avente forza di legge che solo successivamente garantisse legittimità ad atti generali di amministrazione o – ma è pressoché la stessa cosa – ad atti legislativi previsti da disposizioni costituzionali (è il caso dell'art. 32 della legge n. 833/1978 sul conferimento del potere di ordinanza al Ministro della Salute, in attuazione dell'art. 32 Cost.).

Il motivo di maggior impatto sulla vita dei cittadini e, si potrebbe dire, sull'ordine pubblico costituzionale deriva dalla circostanza che gli atti amministrativi emanati dal Governo (DPCM, decreti e ordinanze ministeriali, ordinanze del dipartimento della Protezione Civile, atti del commissario straordinario di governo) introducono, tutti, un bilanciamento tra diritti a vantaggio di quello alla salute. Di fronte a quest'ultimo, sono stati dichiarati recessivi la libertà di circolazione, di riunione, di iniziativa economica privata, di culto. Persino il diritto all'istruzione – quanto meno, all'istruzione fornita in modalità “tradizionale – e la libertà di ricerca scientifica – con la limitazione delle attività dei laboratori - hanno subito penetranti limitazioni.

Esse, indubbiamente, sarebbero dovute essere introdotte mediante legge formale onde garantirvi il controllo del Parlamento; tuttavia, si può cercare di restituire un margine di manovra all'azione governativa tenendo a mente che gli atti amministrativi generali, a differenza di quelli aventi forza di legge, sono immediatamente sindacabili in sede di ricorso alla giurisdizione amministrativa, chiamata, dunque, a rivalutare direttamente il bilanciamento tra diritti operato dal Governo o, nei casi di più difficile precisazione, a sollevare più ampia questione di legittimità costituzionale.

D'altro canto, non si può dare neanche per fugata l'evenienza che il giudice amministrativo, laddove adito, neghi la propria competenza adducendo il noto disposto dell'art. 7, c. 1, ultimo alinea qualificando il DPCM sottoposto a sindacato quale atto politico – cosa che determinerebbe, allora, una ricorribilità analogamente immediata innanzi al giudice ordinario.

In ultima istanza, quale che sia il giudice effettivamente competente a determinare in maniera veloce se il bilanciamento tra diritti costituzionali sia corretto, l'immediata (almeno in via potenziale) ricorribilità sembra essere un'opportunità guadagnata ad un prezzo comunque troppo alto, peraltro foriera, dal punto di vista politico, di costituire un pericoloso precedente a disposizione dell'esecutivo nazionale.

LORENZO MADAU

La risposta si concentrerà sul diritto più evidentemente oggetto di compressione, la libertà di circolazione. Come noto, nonostante non manchino autorevoli posizioni opposte, la dottrina maggioritaria e, soprattutto, la giurisprudenza pressoché unanime, ritengono che la riserva per essa prevista dall'art. 16 sia di tipo relativo.

Da tale orientamento, che si basa principalmente sulla locuzione per cui le limitazioni devono essere previste dalla legge «in via generale», consegue che la legge, o un atto equiparato, ha «l'obbligo di stabilire le ipotesi generali in cui è lecito limitare la libertà di circolazione dei cittadini, ma può demandare all'autorità amministrativa di specificare le dette ipotesi in forza di atti normativi secondari» (Cass. 9738/2000). È proprio questo lo schema seguito dal Governo con il d.l. 6 e i successivi d.P.C.M.

È vero, tuttavia, che nell'elenco di misure previste in astratto dal d.l. 6, quelle relative alla limitazione della libertà di circolazione parlavano solo (a differenza del successivo d.l. 19) di divieti di allontanamento dal comune o dall'area interessata dal contagio, mentre il d.P.C.M. dell'8 marzo, prescrivendo il divieto di circolazione anche all'interno di tali aree, sembra essere andato oltre, ricadendo piuttosto nell'alveo indeterminato e residuale dell'art. 1, c.1 del d.l., il quale autorizzava, al di là dell'elenco esemplificativo, «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica».

D'altronde, la difficoltà di poter prevedere in anticipo le misure necessarie per far fronte ad un'emergenza rende meno irragionevoli tassi di determinatezza eccezionalmente più sfumati da parte delle fonti primarie, come dimostra la giurisprudenza in tema di disposizioni che prevedono ordinanze libere o di necessità e urgenza; ciò vale, a maggior ragione, se si guarda alle caratteristiche, in specie iniziali, di questa emergenza senza precedenti: una pandemia di un virus fino a quel momento sconosciuto, di cui era difficile prevedere effetti e velocità di propagazione e, quindi, misure di contrasto adeguate.

Si deve ricordare, inoltre, che la giurisprudenza ha ammesso la possibilità che ordinanze emergenziali comprimano eccezionalmente diritti fondamentali pur sulla base di autorizzazioni legislative a fattispecie aperta (v. per es. Corte cost. 4/1977 sul diritto di

sciopero), ma a condizioni particolarmente rigorose: che si tratti di una compressione temporanea, che sia finalizzata alla maggior tutela di altri interessi costituzionali indicati dalla legge autorizzatrice e che rispetti il criterio di proporzionalità rispetto alle finalità che la giustificano.

Sembra che tali requisiti sussistano nel caso di specie e permettano di giustificare, nel lasso di tempo passato tra il d.P.C.M. dell'8 marzo e il d.l. 19 del 25 marzo, le limitazioni alla libertà di circolazione più ampie rispetto a quanto immediatamente deducibile dalle formule usate dal d.l. 6.

CARLO SALOI

Ai fini di dare una risposta al quesito è opportuno fissare alcuni punti per sgomberare il campo da possibili equivoci circa la natura della libertà che è stata limitata dalla misura restrittiva della “quarantena” utilizzata per fronteggiare l'emergenza sanitaria, questione che conduce a individuare anche il tipo di riserva di legge che tutela tale libertà.

In primo luogo, richiamando le parole della Corte costituzionale secondo cui «*perché la libertà personale venga effettivamente incisa deve verificarsi una “degradazione giuridica” dell'individuo nel senso dell'avverarsi di “una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'habeas corpus*» (sentt. 210/1995, 419/1994, 68/1964), supportate peraltro da nobilissima dottrina (L. ELIA; A. BARBERA) che chiama in causa la libertà personale in presenza di un provvedimento ad *personam* che, a prescindere dal grado di coercizione, generi uno stigma sociale nei confronti del destinatario, è possibile affermare che le misure restrittive che hanno portato alla “quarantena” dei consociati non hanno limitato la libertà di cui all'art. 13 Cost. (in cui si ha, accanto a una riserva di giurisdizione, una riserva assoluta di legge), trattandosi di provvedimenti che interessano tutti i consociati e che sono giustificati dalla esigenza di tutelare la loro salute. La libertà su cui essi hanno inciso è piuttosto quella di circolazione e soggiorno di cui all'art. 16 Cost.

Stando così le cose, dal combinato disposto degli artt. 16 e 120 Cost. si ricava che l'introduzione nell'ordinamento di limitazioni alla libertà di circolazione e soggiorno è condizionata all'urgenza di salvaguardare la salute collettiva ed è legittimata solo dal ricorso a fonti statali primarie dal contenuto vincolato a detta condizione.

Non solo. Rientrando le limitazioni nell'alveo dell'art. 16 Cost., è necessario ricordare che sia la giurisprudenza costituzionale (sent. 68/1964.), sia quella di legittimità (Corte di Cass., sent. n. 9738/2000), sia illustre dottrina (M. MAZZIOTTI DI CELSO) hanno dichiarato il carattere relativo della riserva contenuta in articolo, ritenendolo idoneo ad autorizzare l'intervento di atti normativi secondari o di atti amministrativi di carattere esecutivo. E una tale autorizzazione, come ammette la giurisprudenza costituzionale, può provenire non solo con legge, ma anche per mezzo di decreto legge (sent. n. 99/2018).

Fissati questi punti, è possibile allora affermare che lo schema adottato

dall'ordinamento per far fronte all'epidemia (basato su decreti legge che stabiliscono le generali restrizioni per fronteggiare l'emergenza e che rinviano a fonti di rango secondario, fra cui i d.P.C.M., per la relativa attuazione) sembra non creare particolari problemi sul piano costituzionale.

Se questo è vero sotto il profilo formale, alcuni dubbi si pongono su quello sostanziale, relativamente cioè alle modalità con cui questo impianto si è realizzato, soprattutto con il d.l. n. 6/2020. Per tale materia si rinvia alla risposta al quesito n. 2 in tema di "Organi".

II Domanda

Il proliferare di provvedimenti, statali e regionali, di contrasto al diffondersi del Covid-19 ha messo in tensione diversi principî. In questo ambito possiamo riscontrare forzature o violazioni a quelli di determinatezza e tassatività delle fattispecie sanzionatorie? In relazione a quali ipotesi?

SIMONE BALDETTI

La lunga serie di previsioni tese a contrastare l'emergenza pandemica ha messo in crisi anche il ruolo che normalmente viene assegnato alle forze dell'ordine. Al di là della confusione normativa rispetto alla qualificazione delle diverse fattispecie introdotte, per cui dall'inizio dell'emergenza alcune di esse sono passate dall'ambito penale a quello amministrativo, un aspetto problematico risiede nella loro concreta applicazione. I provvedimenti emergenziali hanno posto limitazioni alle libertà personali in termini molto pragmatici, di fatto vietando di uscire di casa se non per comprovate ragioni lavorative o di necessità, quest'ultima intesa come una sorta di "lista" che viene di volta in volta aggiornata dal Governo man mano che la situazione sanitaria lo consente. L'aggiunta della possibilità di visitare i cosiddetti "congiunti" costituisce un esempio di questa ripresa graduale del godimento delle libertà. Con il risultato che gli appartenenti alle forze dell'ordine che si occupano del controllo del territorio hanno visto cambiare in parte il loro ruolo.

Per ciò, l'ufficiale di Polizia che, mentre procediamo in macchina, ci ferma per un controllo, non si occupa solamente di verificare la nostra adesione a tutte le norme del Codice della strada, ma vigila sulla salute pubblica di tutti i cittadini, perché con una nostra violazione può mettere in pericolo non solo le persone che stanno attorno a noi, ma potenzialmente anche quelle che abitano dall'altra parte dell'Italia, in ragione delle modalità di diffusione del contagio da parte del virus. Tuttavia, dato il carattere estremamente largo di circostanze che possono entrare in gioco nella valutazione del singolo comportamento del cittadino, diventa complesso per il pubblico ufficiale valutare il singolo caso concreto. Del resto tanto più l'ambito di applicazione di una norma è largo

e impreciso nella definizione dei suoi confini, tanto più si facilita l'avversarsi di interpretazioni discostanti tra loro, che più spesso si concretizzano in veri e propri abusi.

Da questo punto di vista, non sembra del tutto corretto ritenere responsabili di eventuali abusi esclusivamente i pubblici ufficiali persone fisiche, visti semplicemente come uomini che cedono al "fascino" del potere. Piuttosto, hanno subito le conseguenze di un approccio emergenziale che li impone l'onere di dover interpretare le norme in un modo più simile a quanto farebbe un giudice che un membro delle forze dell'ordine, attività per cui non necessariamente essi hanno gli strumenti e che determina una profonda cesura nel normale funzionamento dello stesso principio della separazione dei poteri nell'ordinamento.

GIACOMO CANALE

Forse la più grave forzatura dei principi di determinatezza e tassatività delle fattispecie sanzionatorie ha riguardato la previsione di tassative ipotesi per uscire di casa da dichiarare in una autocertificazione con conseguente sanzione di qualsiasi condotta ritenuta non rientrante nelle predette ipotesi. Sono infatti noti numerosi casi di denunce all'autorità giudiziaria per violazione dell'art. 650 c.p. o di pesanti sanzioni amministrative per condotte prive di qualsiasi potenziale rilevanza causale per la diffusione del contagio. Ma senza dilungarsi troppo, si può semplicemente concludere che la forzatura più grave è stata quella di invertire il senso di un principio di uno stato di diritto liberaldemocratico, cioè di vietare tutto ciò che non è concesso. E scusate se vi pare poco.

PIER GIUSEPPE PUGGIONI

In ordine alla questione delle sanzioni, sembra utile riflettere sul regime in vigore dal 23 febbraio al 25 marzo, periodo in cui l'approccio del governo e delle Regioni ha prediletto la soluzione penalistica, poi sostituita – eccezion fatta per specifiche ipotesi – dall'adozione di sanzioni amministrative (art. 4 d. l. 25 marzo 2020, n. 19). Quale che sia la disciplina vigente al momento, sembra senz'altro utile rivolgere l'attenzione alle modalità con cui il governo ha 'tipizzato' le sanzioni nel decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, sulla cui base (essendo una fonte di rango legislativo) si reggevano le fattispecie sanzionatorie adottate con decreto del Presidente del Consiglio nei giorni successivi. Come si ricorderà, il decreto legge non predeterminava le singole fattispecie penali, ma stabiliva l'applicazione dell'art. 650 c.p. nel caso di «mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto».

Ora, affinché la 'determinatezza' della fattispecie penale acquisti un senso specifico (ulteriore, cioè, rispetto alla semplice determinatezza di una fattispecie giuridica *tout court*), si dovrebbe sostenere che nella disposizione di legge il fatto tipico debba essere scolpito e risultare desumibile in modo abbastanza preciso, ferma restando l'ineliminabile

vaghezza degli *hard cases* su cui opportunamente insiste Hart. È convinzione abbastanza diffusa che l'art. 650 costituisca un esempio di “norma penale in bianco”, ossia una disposizione che stabilisce una sanzione penale («arresto fino a tre mesi» o «ammenda fino a € 206») rimettendo ad una fonte secondaria la determinazione del precetto. Tuttavia, la prassi giurisprudenziale ed un'attenta dottrina ritengono che tale disposizione non sia una norma penale in bianco, in quanto la sua *precisa* formulazione («chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'autorità ...») alluderebbe ad un provvedimento amministrativo *individuale* – idoneo, cioè, a produrre immediatamente effetti nei confronti del soggetto – e non, invece, ad un atto amministrativo generale. Di conseguenza, un qualsiasi atto di *portata normativa generale* che ‘rinviase’ all'art. 650 c.p. praticherebbe in effetti una estensione della fattispecie penale, che tecnicamente equivale a creare una nuova norma penale.

Dal punto di vista giuridico-costituzionale, dunque, le sanzioni comminate tanto dai vari d.p.c.m., quanto dalle ordinanze delle Regioni (che non hanno competenza in materia penale *ex* 117 Cost.) non solo porrebbero problemi rispetto ai principi di tassatività e determinatezza, ma anche in relazione a quelli di stretta legalità e riserva di legge. D'altra parte, anche questo impiego del diritto sanzionatorio dovrebbe leggersi all'interno di una più generale strategia “governamentale” che, pur senza avere di mira il disciplinamento della condotta del cittadino, tende comunque a guardarlo con sospetto ed a «presupporre tutti gli uomini rei» (Machiavelli, *Discorsi*, 1531, I, 3), seguendo un imperativo di tipo ‘tecnico’ o ‘tecno-politico’.

III Domanda

Spesso si sentono invocare misure sempre più restrittive, motivate dalla protezione del diritto alla salute, riconosciuto come fondamentale dall'art. 32 Cost. Ma quest'ultimo deve essere considerato un super-principio al quale si devono sottomettere principi fondamentali e (altri) diritti inviolabili o deve essere comunque oggetto di bilanciamento?

SIMONE BALDETTI

Il clima imposto dalla pandemia da Covid-19 ricorda la situazione che si era venuta a creare durante il periodo di intensi attentati terroristici di matrice islamista in Europa. Al fine di proteggere i cittadini da questi episodi di violenza, la necessità di tutelare l'incolumità pubblica diventava un criterio più importante di altri nella definizione dell'attività dello Stato, tanto da andare a inficiare l'ambito di operatività di determinati diritti fondamentali. Per questo l'emergenza sanitaria da Covid-19 più di altre ricorda questo clima di possibile perdita di libertà per garantire la sicurezza. Si può anzi dire che il virus in senso biologico è riuscito dove il virus del radicalismo religioso ha sostanzialmente fallito, riuscendo davvero a cambiare le nostre vite imponendoci severe

limitazioni delle nostre libertà. In questa situazione il diritto alla salute ha mutato posizione rispetto agli altri principi fondamentali, con effetti anche curiosi che dovranno essere oggetto di riflessioni future. Come è stato notato, mentre nel periodo in cui era diffusa la paura del terrorismo islamico si iniziavano ad emettere provvedimenti per limitare la possibilità delle donne islamiche di coprire il volto con il velo, ad oggi vige l'obbligo di coprire il volto con le mascherine. In questa prospettiva le riserve che si opponevano al libero uso del velo - dalla tutela della donna al tema della sicurezza riguardo la riconoscibilità di chi lo indossa - da un certo punto di vista perdono ragione d'essere, poiché si è scelto di subordinare molte libertà rispetto alla necessità di coprire il volto per ragioni sanitarie. Sarebbe da considerare assai curioso, se non una vera propria discriminazione, se oggi ad una donna che indossasse il *niqab* - il velo islamico che lascia scoperti solo gli occhi - venisse impedito l'accesso ad un luogo pubblico in ragione della sua non identificabilità, con centinaia di altre persone che possono facilmente celare il proprio sguardo dietro una mascherina obbligatoria e dei banali occhiali da sole.

Con riguardo al rapporto tra il diritto alla salute e gli altri principi costituzionali, se possiamo certamente concordare con l'importanza del bene-vita, elevare il diritto alla salute come principio supremo altera fortemente il rapporto tra i diversi diritti riconosciuti dalla Carta. A parere di chi scrive, pare più opportuno propendere per la necessità di un previo bilanciamento tra diritti costituzionali piuttosto che sancire una prevalenza generale del diritto alla salute. In alcuni casi, come nella recente pronuncia in materia di suicidio assistito rispetto alla vicenda di Fabiano Antoniani, il punto centrale del problema posto di fronte alla Consulta è il rapporto tra il diritto alla salute, che di per sé lo Stato deve garantire al cittadino, rispetto al diritto di disporre del proprio corpo e alla scelta di poter porre fine alla propria vita. Si tratta di un caso specifico in cui è rilevante il bene-vita, ma le cui specificità sono tali da richiedere un'operazione di bilanciamento tra valori costituzionali, per non pregiudicare il godimento di diritti inviolabili.

Senza una previa valutazione e bilanciamento di tutti i diritti in gioco, il cosiddetto caso Cappato si sarebbe probabilmente risolto con una sentenza di condanna senza una pronuncia della Consulta sulla costituzionalità del reato relativo all'aiuto al suicidio, perché la tutela del diritto alla salute avrebbe in partenza prevalso su ogni altra questione. In questa prospettiva rientra anche il tema della presente emergenza sanitaria, che per quanto su vasta scala non consente il venir meno delle specificità emergenti dal rapporto tra diritto alla salute e altri valori costituzionali. La tutela della salute pubblica può imporre - come è avvenuto - provvedimenti di generale limitazione delle libertà personali, ma le diverse situazioni specifiche in cui entrano in gioco altri diritti, impongono che in regime di uguaglianza sostanziale situazioni diverse siano trattate in modo diverso.

GIACOMO CANALE

Senza dubbio, il diritto alla salute è uno dei cardini fondamentali della nostra Costituzione. Ma sarebbe erroneo ritenere che sia il valore assoluto per tutelare il quale

si possono azzerare le libertà personali e la stessa dignità umana, posto che in ogni latitudine e in ogni epoca, la miseria è sempre stata percepita come una condizione contraria alla dignità umana, al punto che per molti i poveri non sono persone. Peraltro, a ben vedere, qui non occorre richiamare l'efficace metafora di Schmitt secondo la quale i valori sono entità tiranniche ciascuna delle quali esige di affermarsi anche a dispetto delle altre, a differenza di principi e norme che conferiscono ai valori rilevanza giuridica, realizzando un necessario bilanciamento tra valori diversi (tutela della salute e libertà personali ed economiche). Può essere sufficiente osservare che molte esternalità negative sono dipese da un'applicazione assolutista e fondamentalista del principio di massima precauzione, che ha indotto a comprimere troppo irragionevolmente le libertà personali, con assurde pretese di regolare aspetti della vita degli individui senza alcuna attinenza con la tutela del contagio, come la tristemente famosa regola della visita consentita ai soli congiunti (per cui un individuo sarebbe potuto andare da Pisa a Firenze per trovare un cugino di secondo grado, ma non avrebbe potuto attraversare la strada per fare visita al suo più caro amico), e a protrarre per un tempo eccessivamente lungo le misure di restrizione alle attività economiche, senza nemmeno badare alla significativa differenziazione territoriale del contagio, forse dovuta anche a fattori climatici. In altri termini, se si applicasse questo principio, così inteso sempre, sarebbe impossibile svolgere una qualsiasi attività industriale ed edile e bisognerebbe vietare la circolazione con qualsiasi mezzo diverso dalla bicicletta. Si vuole dire che ogni attività umana comporta concreti rischi, cioè lo svolgimento di queste attività determinerà certamente un certo numero di perdite umane, eppure nessuno finora si è mai sognato di impedirle del tutto, quanto piuttosto di cercare di individuare le migliori soluzioni possibili per ridurre al minimo questo rischio. Lo stesso dovrebbe ora valere per l'emergenza sanitaria in atto, poiché non siamo più nella condizione di essere stati colti improvvisamente di sorpresa da una minaccia imprevedibile di fronte la quale era necessario adottare temporanee misure eccezionali.

HUGO FRAZÃO

Per quanto fondamentale possa essere, nessun diritto è assoluto e può essere limitato a causa della sicurezza o della protezione di un altro diritto. Nell'attuale contesto, la natura fondamentale del diritto alla salute si scontra con un altro ugualmente importante, cioè quello della libertà; di conseguenza, le norme giuridiche dovrebbero trovare un punto di equilibrio affinché l'esercizio del diritto alla libertà sia limitato solamente in base alla necessità sanitaria e alla proporzionalità e all'adeguatezza. Inoltre, l'equilibrio tra i due diritti non è immutabile ma cambia al variare della situazione, ossia maggiore è la diffusione del virus, minore è il diritto alla libertà. Tuttavia, nel momento in cui si riesce ad avere maggiore controllo sul virus, la libertà non può continuare ad essere così ridotta. Se la restrizione di questo diritto individuale risultasse eccessiva e non necessaria, essa violerebbe il diritto fondamentale alla libertà di cui ogni cittadino gode. Ad esempio, se in Italia il *lockdown* fosse durato più di quanto effettivamente è durato – nonostante il

contagio del virus sia stato tenuto sotto controllo – tutto ciò sarebbe potuto risultare eccessivo. In questo scenario, l’equilibrio tra i diritti avrebbe dovuto valorizzare più la libertà che il diritto alla salute. In tal senso, la decisione della Corte Costituzionale Federale tedesca il 17 aprile 2020 ha dichiarato che, poiché in Germania la situazione era sotto controllo, il Comune di Stoccarda non poteva negare del tutto il diritto alla libertà di assembramento, ma prima doveva valutare se esistevano misure sanitarie concrete alternative al divieto assoluto di riunione.

Ciò che è successo in Germania può essere d’esempio per tutti gli altri Paesi laddove non si è ancora trovato un punto di equilibrio tra il diritto alla libertà e il diritto alla salute. Infatti, poiché non si può escludere a priori un ritorno del virus, tale equilibrio dovrebbe essere perseguito ogni giorno senza mai dimenticare quanto importante sia “il bisogno di restare libero”.

CRISTINA LUZZI

Come noto, la Corte costituzionale con la sentenza n. 85 del 2013, ha affermato che i diritti fondamentali *«si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»*; se la tutela apprestata ai diritti, infatti, ritiene la Corte, non fosse *«sistemica e non frazionata»* si assisterebbe *«all’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»*.

Sebbene si tratti di una decisione peculiare che si inserisce nell’ambito di una vicenda ambientale che ha visto, e tuttora vede, tragicamente contrapposti il diritto alla salute e al lavoro di un folto gruppo di cittadini, il ragionamento in materia di bilanciamento dei diritti, svolto dalla Corte in tale occasione, ha assunto, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza costituzionale successiva, un valore paradigmatico alla luce del quale si potrebbe da subito escludere la natura di “super principio” del diritto alla salute ex art. 32 Cost. Da questa prospettiva, dunque, sembrerebbe condivisibile la lettura di chi ritenga che le misure di restrizione delle libertà fondamentali, soprattutto di quelle di circolazione e di soggiorno, adottate nelle ultime settimane, alla luce del principio di precauzione, abbiano attuato un’illimitata, e dunque indebita, estensione del diritto alla salute.

A chi scrive sembra, tuttavia, che sia possibile dare agli eventi una lettura diversa, che non intende negare il sacrificio imposto per ragioni precauzionali ai diritti di libertà, e non solo (si pensi tra tutti al diritto al lavoro), anche in zone del Paese, come il Mezzogiorno, meno colpite dalla pandemia, ma piuttosto guardare alla tutela apprestata alla salute come a una fisiologica “riespansione” di un diritto fondamentale messo a dura prova, negli ultimi anni, da politiche di contenimento e riduzione della spesa pubblica sempre più rigorose. Si pensi, banalmente, ai vincoli gravanti sulle Regioni sottoposte a piani di rientro che hanno dovuto, nei fatti, azzerare, ora il *turn over*, ora l’implementazione dei livelli essenziali delle prestazioni anche laddove si trattasse di tutelare pazienti particolarmente vulnerabili come i malati oncologici; ancora, possono

menzionarsi i *tickets* sanitari i quali, abbandonata la promessa temporaneità che ne ha accompagnato l'introduzione, gravano invece oggi sulle spese farmaceutiche, sulle prestazioni ambulatoriali e di pronto soccorso, scoraggiando spesso il ricorso alle cure dei meno abbienti o, peggio, dirottandolo, quasi a parità di sacrificio, sulla sanità privata. Senza considerare i criteri in base ai quali viene ripartito il Fondo sanitario nazionale, tra i quali ancora non rientrano l'aspettativa di vita e il livello di mortalità, con evidente penalizzazione delle Regioni meridionali.

Sono tutti profili che meriterebbero una riflessione a parte ma che, a parere di chi scrive, possono essere già indicativi di quanto gli interventi organizzativi in materia di sanità pubblica, sostenuti da ragioni di equilibrio finanziario, incidano, come intuitivo, direttamente sulla tutela sostanziale del diritto alla salute alzando di molto il prezzo da pagare per tutti i diritti, anche, come le vicende odierne dimostrano, per quelli che "non costano".

LORENZO MADAU

Come noto, la nostra è una Costituzione pluralista che non contiene una gerarchia di valori predefinita e data una volta per tutte, per cui è da escludere che possano esserci super-principi o super-diritti in grado di prevalere sempre e comunque su ogni altro, compreso il diritto alla salute ex art. 32. Ogni diritto, infatti, si inserisce in «un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata» (Cartabia), richiedendo dunque una continua opera di ragionevole bilanciamento da parte del legislatore.

Tali concetti sono stati esposti con grande chiarezza nella nota sent. 85/2013 sul caso Ilva in cui, proprio con riferimento al diritto alla salute, la Corte ha negato che esso si ponga alla sommità di un ordine gerarchico assoluto in modo da prevalere indiscriminatamente su ogni altro diritto fondamentale.

Ora, sulla base di queste indicazioni si è avanzata la tesi che il bilanciamento effettuato nel caso di specie da decreti legge e d.P.C.m. sia irragionevole, in quanto avrebbe innalzato il diritto alla salute a valore "tiranno", sul cui altare sacrificare completamente ogni altro diritto.

Si può dire, invece, che proprio l'applicazione dei tradizionali criteri metodologici, che devono guidare le operazioni di bilanciamento, permetta di escludere che la prevalenza del diritto alla salute sia stata irragionevole o sproporzionata.

I seguenti sono gli elementi in tal senso decisivi in un possibile test di ragionevolezza del bilanciamento:

1) il fatto che le limitazioni siano preordinate alla maggior garanzia di altri interessi costituzionali (nel caso *de quo*: vita, salute – come diritto fondamentale ma ancor più come interesse della comunità – nonché il principio solidarista);

2) la sussistenza di un rapporto di stretta proporzionalità e adeguatezza delle misure limitative adottate rispetto alle finalità che le giustificano, su cui il controllo non può che essere compiuto "per linee esterne"; in tal senso, anche a fronte della pluralità di opzioni

che potevano esser scelte in astratto, ciò che rileva è che adeguatezza e proporzionalità delle misure siano state valutate dal decisore politico alla stregua delle migliori conoscenze tecnico-scientifiche. Cosa che è accaduta, dal momento che ogni decisione è stata presa seguendo i pareri di un autorevole Comitato tecnico scientifico;

3) il fatto che l'esito del bilanciamento non abbia determinato il totale e definitivo sacrificio dei diritti contrapposti. Secondo alcuni è ciò che sarebbe accaduto, per esempio alla libertà di circolazione. A ben vedere, invece, così non sembra, soprattutto in considerazione de:

4) l'indispensabile temporaneità del sacrificio imposto ai diritti fondamentali, che deve essere rigorosamente limitato al perdurare dell'emergenza; carattere che, almeno al momento, appare sussistere, ma su questo punto si tornerà più specificamente nel quesito n. 5.

MARTINO PINTUS

È innanzitutto opportuno considerare il doppio profilo dell'articolo 32. Nella formulazione del primo comma si considera compito della Repubblica la tutela della salute come "fondamentale diritto dell'individuo" e come "interesse della collettività", considerando quindi la salute sia come diritto di libertà individuale sia come diritto sociale di prestazione. Ma non solo. Questa doppia formulazione, lasciando indeterminata la definizione concettuale della salute, estende la protezione costituzionale dalla sfera delle pretese soggettive fino alla sfera superindividuale della salute come interesse della collettività. Le esigenze di bilanciamento tra principi concorrenti sorge sul conflitto imposto dall'emergenza tra sfera delle libertà individuali e sfera dei beni e valori superindividuali. Viene in qualche maniera connotata altrimenti la tutela della salute come interesse collettivo e dunque la natura "sociale" di questo diritto. Esso è stato nei fatti interpretato non tanto come diritto a pretendere prestazioni sanitarie da parte dello Stato e come dovere di questo di predisporre gli strumenti necessari alla tutela della salute individuale ma anche e soprattutto come diritto della società di difendere la salute collettiva di cui i poteri pubblici si fanno garanti. Un diritto sociale di cui l'individuo gode è declinato come *diritto della società* anche, potenzialmente, in contrasto con le libertà e i diritti individuali. Per quanto questa espressione non compaia mai nella carta, nei fatti la tutela della salute viene interpretata come tutela dell'*igiene pubblica*, ovvero come controllo e regolamentazione dei comportamenti individuali per fini di prevenzione e sicurezza collettivi.

Infatti, se ben si osserva, anche in riferimento alla produzione normativa in deroga, la gestione dell'emergenza è stata anche e soprattutto una gestione di ordine pubblico. Cos'altro è il *lockdown*, da un punto di vista giuridico, se non la sorveglianza del suo rispetto? Che una politica sanitaria sia primariamente una politica di polizia sanitaria non è un fatto nuovo, anzi è proprio come politiche di igiene pubblica, prima che con l'idea di tutela del soggettivo diritto alla salute, che le politiche sanitarie vengono integrate nella legislazione europea. Si pensi solo al contributo del medico austriaco Johann Peter Frank

che con il suo “Sistema di polizia medica” tra il 1779 e il 1827 sostenne la necessità di una creazione di un completo sistema politico che inserisca le cure igieniche nella legislazione dello Stato, con una sua disciplina specifica.

ANDREA RACITI

L’attuale pandemia e le misure adottate per contrastarla nel nostro Paese ci mettono dinanzi alla questione del rapporto tra le misure eccezionali adottate per tutelare il diritto alla salute e gli altri diritti, pur essi ritenuti fondamentali. Questi ultimi risultano fortemente limitati, alcuni sono di fatto annullati, poiché non può certamente dirsi “libero esercizio” del diritto di circolare liberamente (art.16 Cost.) la facoltà di uscire dalla propria abitazione condizionata al realizzarsi di condizioni tassativamente stabilite dai decreti legge e dai D.p.c.m. emanati dal Governo.

Si pone, pertanto, il problema dello statuto del diritto alla salute, ovvero se esso sia considerabile alla stregua di un super-principio e se sia suscettibile di bilanciamento. Affronteremo brevemente la questione sotto il profilo filosofico-giuridico, accennando, nello specifico, all’aspetto biopolitico, ovvero riguardante il governo della vita delle masse mediante strumenti giuridici. Molto si è scritto a tal riguardo, basti ricordare il fondatore della biopolitica, Michel Foucault (in particolare la sua *Naissance de la biopolitique*, 1978-79), nonché gli sviluppi che le teorie di quest’ultimo hanno avuto nella filosofia italiana, con le ricerche di G. Agamben e R. Esposito.

Il lato biopolitico pone certamente un problema della salute come principio, nel senso più pregnante del termine: se lo Stato ha posto come suo principio fondamentale quello della tutela della salute, sia sotto il profilo individuale che collettivo, ciò vuol dire che il diritto alla salute può considerarsi un principio non nel senso depotenziato di “ideale programmatico”, né come mera istanza-guida di determinate politiche governative. Intendiamo con esso, pertanto, l’*archè*, che in greco indica il principio, nel senso dell’origine; ma esso è anche il comando e il governo. Se la salute è ontologicamente *archè*, allora essa è “l’origine che governa, comanda”. Gli statuti di origine e di comando sono strettamente interconnessi: solo ciò da cui deriva il processo di generazione può dirsi origine, e come tale, essendo fonte di tale processo, essa governa, nel senso che tutto il processo attinge continuamente all’origine stessa per conservarsi, ovvero, per “perseverare nel proprio essere”, per usare un’espressione di Spinoza. Ciò vale anche per il processo di generazione dell’ordine giuridico, che non è solo astrazione normativa e complesso di statuizioni positive in senso lato (comprese sentenze, atti amministrativi, etc.), ma soprattutto struttura temporale, soggetta ad un processo di generazione e corruzione.

L’*archè* del processo in questione, pertanto, se è davvero tale, è atto a governare la vita degli individui, sia *uti singuli* che collettivamente, non solo nei tempi di ordinaria attività, ma anche e soprattutto quando lo *status quo* viene scosso dalle fondamenta per tutelare il suddetto *archè*. E appare evidente in questi giorni come ciò sia palese: lo stato di eccezione lascia sussistere solo quelle particolari attività che sono funzionali,

direttamente o indirettamente, alla preservazione della salute, intesa come mera sussistenza biologica. L'assunto biopolitico di fondo è: senza la conservazione del nostro sostrato biologico ogni altra attività umana, individuale e collettiva, diverrebbe impossibile. Pertanto, parlare di un vero bilanciamento del diritto alla salute con altri diritti, nel contesto dell'attuale stato di eccezione, appare, forse, quantomeno eufemistico.

CARLO SALOI

Una risposta diretta al quesito, per dirla con le parole della Corte, potrebbe essere che *«tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e che non sia possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»* (sent. n. 85/2013).

Nel nostro ordinamento insomma non può individuarsi una gerarchia assoluta di valori, ma anzi, i diritti vivono tutti insieme, a volte anche conflittualmente, e non è sulla base dell'assolutizzazione di uno di essi, che lo farebbe diventare *«tiranno»* nei confronti degli altri, che può individuarsi il criterio per la scelta del bene, tra quelli in gioco, a cui affidare tutela prioritaria.

La soluzione va ricercata piuttosto nel bilanciamento dei diritti coinvolti nella fattispecie.

È necessario dunque che la ricerca del punto di equilibrio tra gli interessi da tutelare e quelli eventualmente da sacrificare sia condotta attraverso una valutazione, caso per caso, circa l'entità del pregiudizio che ogni bene potrebbe subire dalla situazione concreta. Si tratta quindi di un giudizio circa i limiti del rischio ai diritti fondamentali sul tavolo.

Tornando alla situazione emergenziale causata dal virus Covid-19, in cui è in questione inevitabilmente l'unico diritto definito esplicitamente dalla Costituzione come *«fondamentale»*, quello alla salute, è necessario ribadire che anche in questo caso tale bene non è di per sé in grado di prevalere su qualunque altro. Esso deve essere soggetto alla citata opera di bilanciamento da parte del decisore politico, il quale, nella valutazione delle misure da adottare volte a favorire un determinato bene e, allo stesso tempo, limitarne un altro, deve lasciarsi guidare dai criteri fondamentali della proporzionalità e della ragionevolezza.

A conferma del fatto che il diritto alla salute non possa essere considerato come un "super-diritto" rispetto agli altri, è utile richiamare la citata sentenza n. 85/2013 sul caso Ilva, con cui la Consulta dimostra che anche due valori che potrebbero essere pensati come assoluti, aprioristicamente non bilanciabili (la salute – art. 32 Cost. – da un lato e la tutela dei beni culturali del paesaggio – 9, II Cost. – dall'altro) possono in qualche modo essere degradati rispetto ad altri valori in gioco nella fattispecie concreta, in quel caso il diritto al lavoro e all'iniziativa economica, attraverso un'opera di bilanciamento.

FEDERICO SPAGNOLI

Gli stringenti ed onnicomprensivi interventi che sia il Governo sia le Regioni hanno messo in campo per il contrasto della pandemia, e che hanno comportato anche limitazioni significative di diritti costituzionali, in *primis* le libertà di circolazione, domicilio, riunione *etc.*, sono stati giustificati dall'obiettivo di limitare il più possibile il diffondersi della malattia, proteggendo la salute e la vita dei singoli ed evitando in particolare un elevato tasso di ospedalizzazione che avrebbe compromesso gravemente la funzionalità del sistema sanitario anche per i pazienti non-Covid.

In altre parole, il valore giuridico tutelato da queste misure è il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., considerato in grado di prevalere, in una situazione emergenziale, su diritti di rango parimenti costituzionale il cui libero esercizio rischierebbe di favorire i contagi.

Come giustificazione, si potrebbe sottolineare che la Costituzione caratterizza specificamente il diritto alla salute come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”, esplicitando e rendendo particolarmente importanti le sue implicazioni per la società, oltre che per l'interesse del singolo titolare (ma, d'altro canto, questa duplice configurazione è applicabile a gran parte dei diritti, anche laddove il testo costituzionale non la evidenzia così espressamente).

In realtà, e nonostante l'indubbia gravità della situazione, non si vede perché ciò dovrebbe comportare un totale sacrificio degli altri diritti.

È pur vero che al diritto alla salute deve essere riservata una particolare considerazione, in quanto strumentale (soprattutto in caso di malattie potenzialmente letali ed assai contagiose) ad assicurare il diritto alla vita, condizione essenziale per il godimento di ogni altra posizione giuridica di beneficio (come sottolineato dal Presidente Conte); ma, se portata all'estremo, questa visione rischia di rivelarsi poco lungimirante.

La Corte costituzionale, in particolare, ha ammesso in passato la possibilità di un bilanciamento che coinvolga anche il diritto alla salute (es. sentenza 509/2000); più in generale essa ha sancito (nella sentenza 85/2013, riguardante non a caso il problematico rapporto fra diritto alla salute e al lavoro nel caso ILVA; ma v. la sentenza 58/2018, che invece sembra più incline a riconoscere la primazia della salute) che nessun diritto può farsi “tiranno” rispetto agli altri, essendo tutti parte di un sistema comune.

Anche la dottrina (es. BURATTI) mette in guardia dal perseguire certi valori costituzionali come “assoluti”, a rischio di sfociare in una sorta di estremismo della sicurezza, sconsigliabile in una società democratica e pluralista.

IV Domanda

Il caso più evidente di limitazione attiene alla libertà di circolazione e di soggiorno, ma viene evidenziato come le limitazioni disposte possono incidere indirettamente anche sulle libertà di manifestazione del pensiero, sulla libertà religiosa e sulla

***privacy*. Si tratta di limitazioni ragionevoli e proporzionate? Quali minori restrizioni potrebbero eventualmente renderle meglio proporzionate?**

SIMONE BALDETTI

In linea generale, le restrizioni alla libertà religiosa derivanti dalla pandemia sono motivate dal carattere collettivo di gran parte delle espressioni pubbliche del fenomeno religioso, poiché le cerimonie religiose sono sostanzialmente costituite dalla riunione di persone in un determinato ruolo con lo scopo di officiare un rito religioso. Nello specifico, oggetto di limitazione è stata dunque la libertà di culto protetta dalla terza parte dell'art. 19 Cost., poiché consentire il normale svolgimento di cerimonie religiose avrebbe generato quegli assembramenti che la normativa emergenziale proibisce al fine di evitare la diffusione del contagio.

Dal punto di vista delle religioni, pur in uno stato di “rammarico e disorientamento”, simili previsioni sono state accettate “in forza della tutela della salute pubblica” – così la Conferenza Episcopale Italiana in un comunicato del 10 marzo – e sono state vissute come un momento di necessaria responsabilità nel contribuire all'emergenza. Si può dire che in generale le confessioni religiose hanno reagito piuttosto bene alla necessità di limitare la propria libertà per il bene comune, avendo seguito, e in qualche caso anticipato, le previsioni statali, limitando di propria iniziativa quelle attività che potessero contribuire alla diffusione del contagio.

Quando è stato possibile la tecnologia ha permesso di spostare l'attività culturale nello spazio digitale, trasmettendo cerimonie religiose in streaming, con la sola presenza fisica dell'officiante mentre i fedeli assistono alla celebrazione da casa propria. Anche i diritti religiosi stanno così subendo le conseguenze dell'emergenza ed è stato necessario per alcune confessioni riflettere sulla modifica delle proprie regole per professare la propria fede in tempo di pandemia. In ambito canonico si è così fatto ricorso quelli che si possono definire come strumenti di diritto canonico “emergenziale”.

Con questo si fa riferimento a tutti i casi in cui il diritto canonico prevede deroghe alla tradizionale esecuzione dei riti, a causa di situazioni eccezionali. Per esempio si consente la celebrazione di sacramenti da parte di laici o ministri non ordinati, come per il battesimo, oppure ancora si può notare l'indulgenza plenaria concessa dal Papa, o ancora i casi in cui i Vescovi hanno in alcuni casi emesso propri decreti “l'assoluzione a più penitenti senza previa confessione individuale”.

Per quanto attiene ai rapporti Stato-religioni, in quest'ultima fase, dopo un primo momento di scontro CEI e Governo italiano hanno avviato la stesura di un protocollo per una progressiva ripresa delle celebrazioni religiose in sicurezza. In effetti questa emergenza ha messo in luce la debolezza della prospettiva esclusivamente verticistica del rapporto tra Stato e confessioni religiose. In tempo di pandemia la libertà religiosa rischia di diventare ancora di più appannaggio delle sole forme confessionali che hanno un rapporto formalizzato con Stato, lasciando fuori quei gruppi che non vogliono o non possono accedere a forme di dialogo istituzionale. Più di recente il Ministero dell'Interno ha però instaurato un momento di confronto aperto a tutte le confessioni religiose per

discutere della ripresa del culto, che da questo punto di vista può essere visto con favore poiché costituisce un primo esempio di dialogo multilaterale e laico in tema di libertà religiosa, che non si limita a guardare i rapporti formali ma guarda alla sostanza della necessità di tutela i bisogni religiosi dei cittadini.

GIACOMO CANALE

Nel caso in argomento, nessuno mette in discussione la necessità di un intervento limitativo della libertà di circolazione e soggiorno per contenere la diffusione del contagio, ma tale intervento ha probabilmente ecceduto le condivisibili finalità di protezione, imponendo un'omogenea disciplina nazionale in presenza di un'elevata differenziazione territoriale del contagio.

Inoltre, i contenuti della disciplina adottata sono stati connotati da un rigore restrittivo ben superiore alla necessità di distanziamento fisico (1 o 2 metri) necessario per evitare il contagio, soprattutto nel caso di uso di DPI, che finisce per incidere indirettamente sulla:

a) libertà personale, in quanto la disciplina ha stabilito un sostanziale regime di “confinamento domiciliare” ultroneo alle predette esigenze di tutela (difatti, un individuo non sarebbe potuto uscire legalmente da casa, se non nelle sole tassative circoscritte circostanze ammesse anche se, per assurdo, si fosse trovato in un'isola deserta), senza le garanzie tradizionalmente predisposte per la tutela di questa libertà negli ordinamenti costituzionali liberaldemocratici, cioè la necessaria adozione di provvedimenti individuali da parte dell'autorità giudiziaria;

b) libertà di culto, in quanto la disciplina ha stabilito il divieto di celebrazioni di funzioni religiose in pubblico, malgrado queste avrebbero potuto svolgersi nel rispetto delle misure di distanziamento fisico, tenuto conto che l'unico limite che la norma costituzionale (art. 19) pone per l'esercizio di tale libertà è che non si tratti di riti contrari al buon costume;

c) libertà di riunione, nella misura in cui la disciplina impedisce l'esercizio anche nell'ipotesi di riunione in un ampio spazio pubblico idoneo a consentire il rispetto delle misure di distanza, come ad esempio avvenuto in una recente manifestazione di protesta in Israele, ove tutti i manifestanti erano a debita distanza tra di loro;

d) libertà di iniziativa economica, nella misura in cui la disciplina consente o meno lo svolgimento di un'attività economica, prescindendo dalla concreta possibilità dell'operatore economico di organizzarla, anche sostenendone i costi, in condizioni di sicurezza.

Peraltro, per concludere queste necessariamente sintetiche riflessioni, sembra opportuno evidenziare che il travalicamento delle finalità garantistiche pare possa essere anche testimoniato da diversi passaggi della predetta conferenza stampa, nei quali il Presidente Conte ha usato formule linguistiche (“noi permettiamo”, “noi non consentiamo” ecc.) obiettivamente evocanti una concezione “ottriata” delle libertà tipiche di esperienze ordinamentali di un remoto passato.

In conclusione, pare si possa esprimere l'auspicio che la prossima fase di questa gestione emergenziale possa consentire il recupero di una dimensione più propriamente costituzionale della vicenda, non tanto, o meglio non solo, nel versante delle forme di produzione giuridica e dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo, quanto anche ad una concezione costituzionalmente orientata della limitazione della libertà di circolazione e soggiorno che preveda misure strettamente connesse con le esigenze di protezione e che dunque non ridondino in indirette lesioni dell'intero sistema delle libertà costituzionali. E ciò vale *a fortiori* per la questione del tracciamento dei movimenti da realizzare attraverso una *App* di cui ancora si sa troppo poco. Il discrimine tra esigenze di tutela della salute pubblica e indebita compressione degli spazi di libertà individuali è molto sottile, ma esiste e il modo migliore per non varcarla è restringere rigorosamente l'intervento delimitativo a contenuti strettamente e causalmente connessi con il rischio di contagio.

ISADORA MIGLIAVACCA

Il caso più evidente di limitazione attiene alla libertà di circolazione e di soggiorno, ma viene evidenziato come le limitazioni disposte possono incidere indirettamente anche sulle libertà di manifestazione del pensiero, sulla libertà religiosa e sulla *privacy*. Si tratta di limitazioni ragionevoli e proporzionate? Quali minori restrizioni potrebbero eventualmente renderle meglio proporzionate?

Le diverse proposte presentate dai Governi dei vari Paesi, contro la propagazione del Coronavirus, considerano l'adozione di soluzioni tecnologiche, basate sull'utilizzo dei dati personali dei cittadini. In particolare, per far fronte alla pandemia, si ritiene essenziale la conoscenza delle informazioni personali dei cittadini, soprattutto quelle relative allo stato di salute, agli spostamenti e all'ubicazione.

Le recenti iniziative intraprese in diversi Stati europei sull'utilizzo di applicazioni che permettono un controllo globale sul tracciamento della catena di infezione del virus all'interno del territorio nazionale (il c.d. *contact tracing*) hanno ricevuto l'attenzione delle Autorità garanti nazionali per la protezione dei dati personali, nonché del Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), ma non tutte sono state dichiarate "*privacy compliant*".

Nel considerare l'adozione di tali soluzioni, si dovrebbe valutare, infatti, *se e in quali termini* l'utilizzo delle nuove tecnologie rivolte al trattamento di dati personali di migliaia di cittadini sia giustificabile dinnanzi al bene che si intende proteggere: nel caso concreto, il diritto collettivo alla salute.

Riguardo al *se* dell'utilizzo, l'EDPB e l'Autorità garante italiana per la protezione dei dati personali hanno chiarito che lo sviluppo di applicazioni di *contact tracing* per la gestione dell'emergenza sanitaria non sarebbe necessariamente in contrasto con la normativa sulla protezione dei dati personali, in quanto quest'ultima prevede espressamente, tra le condizioni di liceità per il trattamento dei dati personali relativi allo stato di salute, l'esistenza di un interesse pubblico nell'ambito della sanità pubblica (art.

9, par. 2, lett. i), GDPR).

In riferimento alle *modalità di utilizzo*, i citati organi hanno chiarito che le misure adottate devono rispettare i principi di: trasparenza, *privacy by design* e *by default*, minimizzazione della raccolta dei dati personali e l'implementazione di misure tecniche e organizzative in grado di garantire un altissimo livello di sicurezza dei dati.

A ciò occorre aggiungere che, in base alla normativa *privacy*, per qualsiasi tipologia di trattamento posta in essere, i dati raccolti devono essere solo quelli strettamente necessari e i titolari del trattamento devono sempre utilizzare le soluzioni meno invasive. Su tali basi devono escludersi soluzioni tecnologiche di *contact tracing* che siano troppo invasive, che non forniscano informazioni sufficienti agli utenti sulla finalità e conservazione dei dati personali e che potrebbero generare pregiudizio agli interessati.

In conclusione, la limitazione del diritto alla *privacy*, in nome della tutela della salute pubblica, è possibile a patto che vengano osservati i principi generali in materia. In particolare, come già chiarito dal Garante italiano, è importante che l'utilizzo di tali iniziative sia realizzato dai cittadini in modo volontario e che i dati trattati limitino al massimo la possibilità di identificazione degli utenti. È ugualmente importante implementare misure di sicurezza in grado di proteggere le banche dati create, trattare i dati personali in modo trasparente (fornendo ai cittadini le informazioni sul funzionamento dell'*App* e sui loro diritti) e, condizione fondamentale, stabilire la durata del trattamento. Il che significa che l'utilizzo dei dati personali sarà permesso soltanto per la durata del periodo di emergenza e non potrà essere prolungato nel tempo, in maniera arbitraria e per finalità diverse rispetto a quelle inizialmente delineate.

PIER GIUSEPPE PUGGIONI

Secondo una concezione che appare generalmente condivisa, l'idea dei diritti di libertà vorrebbe porre un freno all'arbitrio del potere sovrano, istituendo un 'limite' alle pretese di quest'ultimo, senza che ciò escluda, tuttavia, la permanenza di un rapporto paternalistico tra lo Stato ed il cittadino. Questi, infatti, sente il bisogno di una 'definizione' il più possibile chiara, precisa, ma soprattutto *stabile* di tale libertà. Egli rifugge e teme una libertà priva di limiti, sentendosi, da un lato, protetto attraverso la *delimitazione* dei diritti – propri e altrui – ed accusando, dall'altro, 'ferite' o 'mutilazioni' ogniqualvolta lo Stato intervenga a ridisegnare il limite che gli era stato precedentemente dato. Il cittadino si aspetta che sia lo Stato (che comprende tanto gli organi politici, come Parlamento e Governo, quanto la Corte costituzionale) a 'delimitare' la sfera del lecito e dell'illecito. Anche criteri come «ragionevolezza» e «proporzionalità» – che dovrebbero garantire la 'legittimità' delle limitazioni – rappresentano in realtà una proiezione di questa sorta di ansia del *limite* che l'uomo sperimenta. Si tratta, infatti, di formule vaghe ed apprezzabili solo in base ad un arbitrio che si spera illuminato, per cui si attribuisce ad un organo supremo il potere 'insindacabile' di valutare il rispetto di tali principi. Anche nella cultura costituzionalistica, dunque, l'antropologia sottesa alla libertà individuale conduce ad un legame, in certa misura, 'paternalistico' tra lo Stato ed il cittadino,

ritenendosi quest'ultimo incapace di operare un «discernimento degli spiriti» – per dirla con Ignazio di Loyola – circa quello che deve o non deve fare.

L'esercizio del potere nello schema della 'limitazione dei diritti' si lega, dunque, all'incapacità dell'uomo di pensare da sé, consiste non tanto nella «mancanza di intelletto», quanto nella «mancanza di decisione e di coraggio nel servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro» (KANT, *Che cos'è illuminismo?*, 1784). Finché l'individuo difende le proprie libertà con lo scudo impenetrabile del diritto soggettivo, ha sempre bisogno che qualcun altro ne determini autoritativamente il limite, laddove il popolo che ragiona da sé «non si accontenta di rimanere sotto tutela» (PIEVATOLO). Il «rischiamento» (*Aufklärung*) kantiano, in questo tempo più che mai, può forse consistere nel riconoscimento, da parte del singolo, del bisogno dell'altro e del conseguente *dovere* di concorrere a soddisfare tale bisogno: il limite, in altre parole, può essere trovato dallo stesso individuo – dunque, in modo 'intellettualmente' *autonomo* – nella relazione con l'altro e non, invece, nell'isolato recinto dei propri interessi. Si è detto, a proposito dell'emergenza che stiamo vivendo, che il «diritto alla salute» diventa ora «un dovere di salute», poiché dalla salute di ciascuno dipende in larga misura la salute altrui (DEL BÒ). Se gli individui cercassero di rispondere a tale dovere, magari rispettando quelle che inizialmente – al netto delle ambiguità comunicative – sono mere 'raccomandazioni' tecniche, forse non vi sarebbe bisogno di imporre misure coattive tanto stringenti per il contenimento e la prevenzione. Quanto più il cittadino insisterà nel rivendicare la sfera del *proprio* a scapito dell'*altrui*, tanto più avrà bisogno di un 'padre' che separi i suoi 'figli' nel mezzo della zuffa.

FEDERICO SPAGNOLI

Numerosi sono i diritti, anche costituzionalmente tutelati, che hanno subito restrizioni di fatto o di diritto per via delle misure d'emergenza adottate dai pubblici poteri (compresi i DPCM governativi e le ordinanze dei Presidenti regionali), secondo uno schema comune anche agli ordinamenti di altri Paesi.

Fra questi si possono elencare, a titolo di esempio, la libertà di culto (il cui esercizio subisce l'influenza negativa della chiusura dei luoghi di culto e del divieto di assembramenti in occasione di funzioni religiose), le libertà di riunione e di manifestazione (ovviamente colpite dall'impossibilità di circolare e riunirsi in luoghi pubblici al di là dei limiti e delle condizioni posti), senza contare il progetto (per il momento non ancora avviato) di monitorare attraverso un'apposita applicazione telefonica i contatti sociali di coloro che risultano positivi al COVID-19.

In linea generale, senza voler entrare troppo nel dettaglio delle varie misure, ed alla luce dell'esperienza fin qui accumulata (nonché del confronto con altre realtà dove il livello di restrizioni disposte è stato minore, come ad es. la Germania), ci pare di poter sostenere che non sempre le limitazioni attuate si siano rivelate ragionevoli o proporzionate rispetto ai fini perseguiti, in quanto hanno a volte dato l'impressione di non tenere conto della diversità di situazione concrete, modulando le proprie azioni

all'insegna del divieto e della repressione.

Si può pensare, in particolare, a tutte quelle situazioni (es. funzioni religiose o funerali, e potenzialmente anche ad alcuni tipi di manifestazione o riunione) nelle quali il rischio di contagio potrebbe, con alcuni accorgimenti, essere ragionevolmente contenuto, ad esempio assicurando l'uso di dispositivi di protezione individuale ed il mantenimento di distanze di sicurezza, senza necessità di divieti totali e di uno stringente controllo delle forze dell'ordine sui comportamenti individuali (ad es. in Spagna i decreti sullo stato d'allarme hanno consentito lo svolgimento di cerimonie e funerali purché vengano osservate precauzioni e misure di distanziamento sociale).

In altre parole, occorrerebbe fare maggior affidamento sul senso di responsabilità dei cittadini, oltre che sulle norme vincolanti, sviluppando forme di collaborazione e sensibilizzazione fra le autorità e il pubblico che individuino, per le attività rilevanti, i possibili "spiragli" di libertà e le precauzioni necessarie, garantendo che sia rispettato un equilibrio fra l'interesse pubblico alla tutela della salute e i diritti individuali e collettivi e coinvolgendo, se del caso, istituzioni specializzate (come il Garante della *privacy* riguardo al citato progetto di tracciamento elettronico).

V Domanda

La Costituzione consente alcune limitazioni di diritti fondamentali in presenza di determinati presupposti (come i motivi di sanità per la libertà di circolazione e di soggiorno), ma non dice nulla del tempo. Ora, la Corte costituzionale ha invece riconosciuto una specifica rilevanza alla temporaneità di misure derogatorie al fine di considerarne la legittimità. Deve valere lo stesso nel caso di specie? Ed è possibile stabilire un orizzonte massimo della deroga?

GIACOMO CANALE

Ancorché non espressamente prevista, è ragionevole presumere una limitata durata temporale per le misure di emergenza. Peraltro in questo specifico caso va considerato il fattore temporale anche in una diversa prospettiva non sempre adeguatamente valorizzata nel dibattito pubblico. Si fa riferimento al rapporto tra diffusione del contagio e capacità di reazione del sistema sanitario.

Si ricorderà che all'inizio dell'emergenza la situazione stava provocando un collasso nel sistema sanitario poiché i pazienti in terapia intensiva (nel momento massimo circa 4.100 unità) si stava pericolosamente avvicinando al numero di posti letto in terapia intensiva (allora circa 4.500 posti), con conseguenze umane e sociali devastanti. Adesso il rapporto è di uno a dieci, perché i pazienti che necessitano di terapia intensiva sono circa 1.000 e i posti sono divenuti circa 10.000. Dunque la pesante limitazione alle libertà personali e alle attività economiche oggi sembra non essere più giustificata dalla imperativa necessità di evitare il collasso del sistema, o meglio dovrebbe essere

rimodulata in modo da essere allineata con l'andamento dell'evocato rapporto.

Infatti, anche se dovesse aumentare il numero dei contagi, magari per il maggior numero di tamponi effettuati, finché il sistema non è messo in pericolo, la situazione è gestibile e quindi il pericolo di contagio va disciplinato con modalità e procedure che abbiano la minore incidenza sulle libertà costituzionali (obbligo di uso DPI; distanziamento fisico, sanificazione obbligatoria ecc.). Peraltro tale soluzione non solo sembra quella giuridicamente più corrispondente al dettato costituzionale, ma anche quella più concretamente sostenibile perché è impossibile mantenere un piano di assistenza sociale così ampio per un tempo eccessivamente prolungato. Già oggi si rischia il futuro collasso economico se solo non ci fosse la BCE a tenere bassi i tassi di interesse con i suoi acquisti di titoli di stato italiani.

Inoltre, non va nemmeno sottovaluto l'impatto limitativo di queste minime misure; basti pensare alle lunghe fila per acquistare qualsiasi bene o alla inevitabile riduzione del giro di affari della maggior parte degli esercenti commerciali. Ma tali sacrifici sono obiettivamente necessari per assicurare la finalità protettiva.

Quindi la finestra temporale deve intendersi funzionalmente connessa all'esigenza giustificatrice dell'adozione delle misure, cioè evitare il collasso delle terapie intensive, e quindi oggi virtualmente chiusa.

LORENZO MADAU

Come anticipato nel quesito n. 3, nell'ottica della giurisprudenza costituzionale, l'orizzonte temporale assume carattere decisivo all'interno delle valutazioni sulla ragionevolezza di previsioni che introducano compressioni dei diritti fondamentali.

Non a caso, è stata spesso richiamata nel dibattito di questo periodo la sentenza n. 15/1982 sulle misure emergenziali che, negli anni del terrorismo, avevano prolungato di 1/3 i termini di custodia preventiva per determinati reati. La Corte aveva fatto salve tali misure proprio sul presupposto della loro temporaneità, legata alla situazione di emergenza terroristica, chiarendo però che esse «*perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo*».

Al di là di tale noto riferimento, comunque, quello della necessaria temporaneità delle misure limitative dei diritti fondamentali rappresenta un vero e proprio punto fermo della giurisprudenza della Corte (si pensi all'orientamento sulle misure di sacrificio dei diritti sociali giustificate dalla crisi economica e da esigenze di contenimento della spesa pubblica).

Ne discende che una compressione dei diritti così accentuata come quella che si è avuta con le misure anti-virus, può essere eccezionalmente ammessa solo se contenuta entro un arco temporale limitato, coincidente con quello reso necessario per far fronte alla fase più acuta dell'epidemia.

E', infatti, solo la natura temporanea che permette di evitare che, in relazione ai diritti contrapposti (su tutti la libertà di circolazione), possa parlarsi di un loro totale e definitivo sacrificio. Ne consegue, dunque, che un'eventuale ingiustificata protrazione

delle misure limitative oltre il necessario, ne determinerebbe, senza dubbio, l'illegittimità sopravvenuta.

La necessaria temporaneità non significa, però, che si possa indicare una “data di scadenza” esatta, superata la quale le limitazioni diverrebbero all'istante illegittime. Essa, invece, va collegata direttamente al perdurare dello stato di emergenza e alla gravità della minaccia alla vita e alla salute dei cittadini determinata dallo stato di diffusione del contagio.

Senza dubbio, inoltre, la sussistenza dello stato di emergenza, soprattutto nel caso di specie, non è idonea ad essere inquadrata in uno schema del tipo *on/off*. Al contrario, la gravità della situazione di emergenza tenderà a perdere d'intensità solo gradualmente e, dunque, parallelamente e prudentemente dovranno necessariamente allentarsi in misura progressiva anche le misure restrittive.

E' tuttavia scontato che, in una certa misura, alcune delle misure restrittive accompagneranno necessariamente la nostra esistenza per un periodo apprezzabile di tempo, senza che, per ciò solo, esse possano ritenersi illegittime. Ancora una volta, sarà sempre il criterio della ragionevolezza che dovrà guidare i bilanciamenti del legislatore e il controllo giurisdizionale su di essi.

CARLO SALOI

Come si ricava da alcune decisioni in cui la Corte costituzionale si è pronunciata su situazioni di emergenza (penso alla sentenza n. 15/1982 sui limiti alla carcerazione preventiva ai tempi del terrorismo, e alla sentenza n. 127/1995 sulle deroghe basate sull'ordinanza inserita all'interno del sistema di protezione civile), il criterio che il decisore politico deve seguire nell'adozione di misure eccezionali volte a fronteggiare eventi straordinari è quello della temporaneità dei relativi effetti.

Tali provvedimenti, essendo destinati a fronteggiare un'emergenza che, in quanto tale, “è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea” (Corte cost., sentenza n. 15/1982), non devono avere una durata ingiustificatamente protratta nel tempo, perché altrimenti si trasformerebbero in norme ordinarie.

Da questo punto di vista, le restrizioni adottate con i provvedimenti messi in campo dall'ordinamento per fronteggiare i perniciosi contagi da Covid-19, che – per motivi sanitari – hanno inciso grandemente sui diritti fondamentali dei consociati, sono legittime e trovano fondamento costituzionale fintanto che la curva epidemica sia in crescita e il tasso di contagi stabilizzato.

Sulla scorta del *trend* positivo di calo dei contagi diffuso in questi giorni dall'Istituto superiore di Sanità, si pone, invece, come necessario, pena l'illegittimità delle misure, il progressivo allentamento delle limitazioni e perfino una loro progressiva applicazione selettiva (legata al livello di diffusione del contagio nelle varie aree del territorio), in attesa del superamento stesso del *lockdown*.

FEDERICO SPAGNOLI

Nelle sue differenti formulazioni in vari ordinamenti, lo stato d'emergenza è abitualmente concepito come una fase temporanea, caratterizzata dall'intrinseca provvisorietà delle misure eccezionali, soggette a conferma periodica (come ad esempio in Francia, Spagna, USA) e destinate a permanere solo finché perdura la situazione alla quale si riferiscono.

La Costituzione, nelle sporadiche previsioni riconducibili ad uno statuto costituzionale dell'emergenza, non pone limiti temporali di questo tipo (Cfr. art. 16 Cost.), o lo fa in termini assolutamente generici (Cfr. art. 77 Cost. in merito alla scadenza prevista per la conversione del decreto legge).

Proprio di recente, però, la Corte costituzionale (sentenza n. 36/2020), pronunciandosi su un caso in materia di personale regionale, ha riconosciuto che eventuali deroghe di carattere transitorio a principi costituzionali (in quel caso l'art. 97, 4° comma Cost.) sono legittime solo se accompagnate dalla previsione espressa di un termine finale di efficacia, o comunque se sono effettivamente temporanee.

A maggior ragione, ciò dovrebbe valere per previsioni che incidono su diritti fondamentali, passibili di restrizioni solo per tutelare altre posizioni giuridiche equivalenti, come il diritto alla salute, e comunque non troppo prolungate, pena un loro pericoloso svuotamento.

Attualmente, il termine finale per l'emergenza sanitaria dichiarata originariamente con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 è il 31 luglio 2020. In questo periodo è consentita al Capo della Protezione Civile l'adozione di ordinanza c.d. "in deroga" per l'attuazione degli interventi di cui all'art. 25, 2° comma, lett. *a* e *b* del D.lgs. n. 1/2018.

Se ne desume che il Governo vede, o perlomeno vedesse all'epoca, l'emergenza sanitaria come un fenomeno inerentemente transitorio, al quale attribuire un orizzonte temporale massimo che giustifichi, per un periodo relativamente breve, il ricorso a fonti normative eccezionali.

Va però osservato che, sulla base delle informazioni medico-scientifiche disponibili, difficilmente la pandemia potrà concludersi in breve tempo, ed è assai probabile che essa si ripresenti con virulenza nella seconda metà dell'anno.

Questo muta la prospettiva di riferimento e rende difficile fissare una data precisa come termine finale di efficacie delle misure eccezionali.

Presumibilmente, fino a che permarrà un rischio serio per la salute pubblica, i pubblici poteri dovranno reagire in modo adeguato, se necessario prorogando lo stato d'emergenza sanitaria.

Questo implica, però, che le misure adottate, per non trasformarsi in restrizioni semipermanenti, debbano essere calibrate sulle specifiche esigenze ed essere soggette al controllo del Parlamento e della Corte costituzionale, oltre a dover seguire una certa pianificazione temporale, al di là dell'approccio un po' "a tentoni" che ha caratterizzato la reazione del Governo nel primo periodo dell'emergenza.

I PARTECIPANTI AL FORUM

Simone Baldetti, Dottorando – Università di Pisa

Giacomo Canale, Dottorando – Università di Pisa

Gian Luca Conti, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Pisa

Hugo Frazão, Dottorando – Università di Pisa

Giuseppe Lauri, Dottorando – Università di Pisa

Cristina Luzzi, Dottoranda – Università di Pisa

Lorenzo Madau, Dottorando – Università di Pisa

Isadora Migliavacca, Dottoranda – Università di Pisa

Martino Pintus, Dottorando – Università di Pisa

Pier Giuseppe Puggioni, Dottorando – Università di Pisa

Andrea Raciti, Dottorando – Università di Pisa

Carlo Saloi, Dottorando – Università di Pisa

Federico Spagnoli, Dottorando – Università di Pisa

IL FORUM

L'EMERGENZA E I RAPPORTI TRA LO STATO E LE REGIONI*

FORUM SULL'EMERGENZA, N. 2

INDICE

Elisabetta CATELANI – Il rapporto tra Stato e Regioni al tempo del Coronavirus: una premessa (p. 275 ss.)

I Domanda (p. 283 ss.) - Le Regioni hanno rivendicato ed esercitato poteri autonomi nella gestione dell'emergenza. È una soluzione compatibile con la Costituzione?

II Domanda (p. 289 ss.) - Il susseguirsi, anche in pari data, di ordinanze statali, regionali e comunali ha determinato non poche incertezze applicative anche per gli stessi organi che devono assumere i provvedimenti normativi (Presidenti di regione, Sindaci, cittadini destinatari dei provvedimenti). Fino a che punto l'autonomia locale deve operare e dove deve intervenire solo lo Stato? Che rapporto c'è tra il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, che l'ordinamento riconosce, in presenza di determinati presupposti, a regioni ed enti locali, e la dichiarazione dello stato di emergenza *ex d.lgs. 1/2018*?

III Domanda (p. 292 ss.) - L'intervento del governo con DPCM che interviene anche a limitare i diritti economici, con il semplice parere del presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni ha messo ulteriormente in dubbio la separazione delle competenze Stato/Regioni su un tema che tipicamente è di esclusiva competenza regionale?

IV Domanda (p. 295 ss.) - La specialità di alcune regioni, incidente ad esempio, anche sullo stato di emergenza *ex d.lgs. 1/2018* rappresenta un particolare ostacolo alla uniformità delle misure assunte di fronte a un'emergenza nazionale? In questo senso, le proposte di particolari forme di autonomia *ex art. 116 Cost.* che sono state proposte da alcune regioni complicherebbero ulteriormente il quadro?

V Domanda (p. 298 ss.) - La regionalizzazione della tutela della salute a partire dal D.p.r. n. 616 del 1977 e, poi, col D.lgs. 112 del 1998 e poi con la modifica del titolo V ha messo in evidenza da tempo una diversità di tutela del diritto alle cure. L'emergenza ha ulteriormente rilevato la diversità organizzativa e la capacità di poter reagire alle improvvise richieste. Quali sono le soluzioni che dovranno essere adottate per garantire

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

l'effettività della tutela anche in situazioni d'emergenza? Devono rimanere le Regioni titolari delle scelte organizzative?

I partecipanti al Forum (p. 301 s.)

IL RAPPORTO FRA STATO E REGIONI AL TEMPO DEL CORONAVIRUS: UNA PREMESSA

ELISABETTA CATELANI

1. *Una conflittualità latente*

L'emergenza sanitaria ha evidenziato una serie di problemi in ordine al reciproco ascolto ed all'adeguata determinazione degli ambiti di competenza attribuiti allo Stato ed alle regioni, già latenti in precedenza ed ulteriormente sviluppati in questa fase. Questo periodo di emergenza sanitaria in cui la tutela della salute o, meglio, la tutela della vita stessa delle persone, rappresentava l'obiettivo primario da garantire. Ogni norma e ogni principio regolante le rispettive competenze dovevano cedere dinanzi al bene supremo della sopravvivenza e che ha quindi legittimato l'emanazione di una serie di decreti-legge da parte del governo al fine di centralizzare ogni tipo di decisione e di provvedimento conseguente.

Ma questo non esclude che, in ogni situazione anche di emergenza, il rispetto del principio di leale collaborazione debba sempre rappresentare il punto di riferimento primario nei rapporti reciproci fra centro e periferia, non perché espressione di un vincolo formale, ma proprio al fine di garantire il rispetto dei principi fondamentali dell'organizzazione statale, nonché la tutela dei diritti primari dei cittadini.

Vari sono, pertanto, i dubbi che sorgono, sia con riguardo a quanto è avvenuto dall'inizio dell'emergenza sanitaria, sia nel corso di essa ed ancora alcuni dubbi emergono anche con riguardo alla ipotizzata proroga dell'emergenza sanitaria, da ultimo prospettata.

La base di partenza di questo nuovo assetto normativo e competenziale è rappresentata dalla dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario adottata con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, ed, in particolare, l'articolo 7, comma 1, lettera c), e l'articolo 24, comma 1. Tale decreto legislativo, che contiene il codice della protezione civile, era stato pensato ed elaborato in riferimento alle ricorrenti contesti di emergenza succedutisi nel corso degli anni in Italia e che riguardavano prevalentemente situazioni circoscritte e connesse ad eventi tellurici o derivanti da dissesti idrogeologici. L'emergenza sanitaria, sostanzialmente inclusa in quella formulazione generica ed astratta di "eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo", ha, tuttavia, una significativa difficoltà ad essere pienamente ricompresa nella disciplina del codice, se analizzata nel dettaglio dell'articolazione normativa. D'altra parte, una crisi sanitaria da tempo veniva considerata come possibile e, quindi, sarebbe stato forse utile e necessario un intervento legislativo più circostanziato, includente anche tale diversa situazione, che impone provvedimenti diversi e più generali di quelli necessari dopo un evento tellurico che non può non essere limitato ad un territorio ben delimitato, anche se afferente a più regioni. L'Italia, d'altra parte non è stato l'unico paese che si è trovato

impreparato da un punto di vista normativo dinanzi a questa pandemia e, quindi, si può anche comprendere l'uso "forzato" di determinati strumenti normativi per affrontare le tante questioni che l'emergenza sollevava e per raggiungere il fine essenziale rappresentato dalla necessità di arginare in tutto il territorio statale la pandemia.

Il richiamo ai principi ed alla normativa contenuta nel codice della protezione civile, se era necessario per attivare l'attività ed il potere d'ordinanza della stessa protezione civile, tuttavia, mal si adattava alla più complessa situazione contingente presente a causa dell'emergenza sanitaria nazionale, che non era limitata ad un determinato territorio, ma che doveva essere estesa a tutte le regioni italiane. Una normativa che, per come era stata pensata ed elaborata, non era e non è pienamente rispondente con l'attività che il governo è chiamato a svolgere.

In altre parole, l'applicazione dell'art. 24 del codice avrebbe imposto di deliberare lo stato d'emergenza "in raccordo" con tutte le regioni e dopo averne anche acquisito "l'intesa". Nessun richiamo ad una consultazione con le regioni si rinviene nella dichiarazione del 31 gennaio, che a sua volta richiama la direttiva del Presidente del Consiglio del 26 ottobre 2012, quindi precedente all'entrata in vigore del codice, ma contenente in ogni caso indirizzi "per l'adozione delle dichiarazioni dello stato di emergenza e delle ordinanze di protezione civile al fine di rendere maggiormente proficuo, anche sotto il profilo del migliore perseguimento delle complessive politiche di protezione civile, l'operato del Servizio nazionale di protezione civile". Direttiva che, in ogni caso, prevedeva, a sua volta, l'intesa con le regioni per la delibera dello stato d'emergenza con il compito delle Amministrazioni regionali di fornire tutti gli elementi di fatto idonei a consentire al Dipartimento della protezione civile, nella sua qualità di soggetto istituzionale di cui si avvale il Presidente del Consiglio "per il perseguimento delle finalità di protezione civile, di effettuare ogni doverosa valutazione tecnico-amministrativa idonea a delineare compiutamente per l'organo politico il quadro conoscitivo di riferimento".

Quel meccanismo della dichiarazione dello stato di emergenza non poteva tuttavia funzionare per una pandemia inimmaginabile alla fine di gennaio, cosicché gli strumenti normativi poi utilizzati dal governo non potevano più rispondere all'architettura della protezione civile, ma, nello stesso tempo, anche in assenza di norme costituzionali che potessero essere utilizzate in sostituzione di quelle legislative vigenti, come previsto in altre costituzioni europee (Francia, Germania e Spagna, che anche se con principi e discipline molto diverse ai fini della legittimazione, riconoscono sempre al governo una posizione di primazia).

A partire dall'emanazione del decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020 le regioni sono state, pertanto, considerate come meri esecutori amministrativi delle decisioni politiche assunte a livello centrale, senza riconoscere ad esse alcun ruolo di decisione o comunque di forte influenza sui provvedimenti da adottare, mettendo in crisi quel modello di leale collaborazione che ha sempre caratterizzato il regionalismo italiano.

La conflittualità più o meno accentuata non poteva, quindi, non rappresentare una delle caratteristiche ricorrenti dei mesi scorsi, con fughe in avanti dei Presidenti di regione che, nella prima fase, intendevano limitare la circolazione dei cittadini per circoscrivere

l'epidemia, contrastati invece dagli indirizzi nazionali, quando non tutti avevano esattamente percepito il quadro epidemiologico; durante la fase più complessa della pandemia hanno fatto emergere molte incomprensioni sulle modalità di risposta organizzativa nei vari e diversi contesti locali; ed infine nella fase finale dell'emergenza hanno portato a vari conflitti formali con tentativi di riaperture di determinate attività in modo diverso ed anticipato rispetto ad altre parti del territorio nazionale.

Dinanzi a tale scollamento fra il contesto normativo originario (codice della protezione civile e norme costituzionali disciplinanti i rapporti fra Stato e regioni), rispetto all'uso che è stato fatto delle norme, tanti dubbi devono inevitabilmente essere sollevati sull'assetto del nostro regionalismo e sulla risposta che si è avuta durante la fase dell'emergenza.

2. Competenza statale o regionale in fase d'emergenza sanitaria?

La prima domanda che è stata posta in questo *Forum* riguarda quindi proprio la legittimazione dell'autonomia regionale di continuare ad esercitare le proprie competenze anche nella fase di emergenza o, viceversa, la legittimità di uno spostamento a livello statale della funzione legislativa di tutte le materie, in qualche modo connesse alla gestione di questa fase.

Le strade che potevano essere percorse dallo Stato per accentrare le competenze erano plurime e richiamate da parte della dottrina: l'applicazione dell'art. 120, comma 2, Cost. poteva consentire l'esercizio del potere sostitutivo dello Stato; oppure si sarebbe potuto invocare la competenza esclusiva dello Stato in applicazione dell'art. 117 comma 2 lett. q) con riguardo al tema della profilassi internazionale. Nessuna di queste due soluzioni è stata seguita dallo Stato.

Il potere sostitutivo si sarebbe potuto esercitare in attuazione dell'art. 8 della legge n. 131 del 2003, meglio nota come legge "La Loggia", con procedimento assai tortuoso anche in situazioni normali. Nel comma 4 di detto articolo si prevede comunque che "*nei casi di assoluta urgenza*" il Consiglio dei ministri (e quindi non il Presidente da solo), su proposta del Ministro competente, che sarebbe potuto essere anche il Presidente del consiglio per le materie di propria competenza, possa esercitare "*l'intervento sostitutivo*", ma comunicando immediatamente i provvedimenti necessari alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Stato-Città e autonomie locali, allargata ai rappresentanti delle Comunità montane, che, a loro volta, potevano chiederne il riesame. In definitiva non si trattava certo di un procedimento di facile attivazione anche nei casi di assoluta urgenza, come quello dell'emergenza sanitaria, ma, in particolare, non avrebbe lasciato ampia discrezionalità di decisione al Presidente del Consiglio come quella invece conseguita con il modello decreto legge/DPCM, che grazie ad un'autorizzazione assai generica contenuta nell'atto avente forze di legge, ha poi consentito al Presidente del Consiglio da un lato, al Ministro della salute dall'altro ed, ancora, al Capo della protezione civile, di "governare" sotto ogni punto di vista l'emergenza.

I vincoli che sarebbero potuti derivare sia dal Consiglio dei ministri, che dal sistema delle Conferenze ed, ancora, dalle regioni non venivano considerate accettabili da parte del governo in quella fase che presupponeva rapidità di decisione sulla maggior parte dei provvedimenti da adottare, cosicché si è preferita la strada del passaggio dal Consiglio dei ministri sul decreto-legge per la legittimazione generale alla limitazione delle libertà ed alla successiva adozione dei DPCM per ogni intervento successivo, senza alcun condizionamento esterno, se non la mera informazione al Presidente della Conferenza delle regioni.

Altro disincentivo ad usare il procedimento *ex art. 120 Cost.* poteva anche derivare dal tipo di intervento che il potere sostitutivo dello Stato avrebbe legittimato, visto che lo stesso comma 4 dell'art. 8 usa il termine "provvedimenti" che il governo potrebbe adottare, avallando così l'indirizzo di quella parte della dottrina che ritiene il potere sostitutivo abbia carattere meramente amministrativo e non politico. Se questo fosse vero, l'ambito d'intervento del potere sostitutivo del governo sarebbe assai limitato e comunque marginale rispetto all'espansione della competenza statale attivata dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent. n. 303 del 2003, grazie al principio di sussidiarietà, come desunto ed interpretato dall'art. 118 Cost. In ogni caso, anche se il potere sostitutivo si fosse inteso con riguardo al potere politico e non solo amministrativo, la necessità del governo di intervenire e limitare i diritti di libertà e le competenze normative delle regioni avrebbe imposto l'adozione dell'unico strumento immediatamente operativo rappresentato dal decreto-legge. Quindi poteva apparire inutile invocare l'esercizio di un potere sostitutivo per raggiungere lo stesso risultato indipendentemente dall'attuazione dell'art. 120 co. 2 Cost.

Se poi si fosse voluto seguire la soluzione della competenza statale in materia di profilassi internazionale *ex art. 117 co. 2 lett. q)*, lo Stato avrebbe avuto maggior libertà di decisione, senza alcuna necessità di sentire o comunicare alcunché alle regioni, ma occorreva fin dall'inizio inserire ogni tipo di provvedimento all'interno del grande cappello della profilassi internazionale, ma anche in questo caso sarebbe stato necessario un intervento con decreto-legge da parte del governo, ossia la strada che è stata percorsa.

In definitiva, anche se si fosse seguita una legittimazione diversa per accentrare le competenze a livello statale, il risultato non sarebbe stato molto discorde.

Ciò che in ogni caso permane, come questione di carattere generale, indipendentemente dalle modalità scelte per arrivare all'accentramento delle competenze per affrontare in modo unitario la situazione d'emergenza, è la necessità di una condivisione delle scelte, così da garantire, indipendentemente da tutto, la leale cooperazione fra Stato e regioni. E questa, in molte circostanze, è mancata.

Incomprensioni fra Stato e regioni sono state ricorrenti, trasformatisi in veri e propri ricorsi al giudice amministrativo e giustificati più da esigenze formali di affermazione di competenza, che da esigenze di efficacia dell'azione statale. Ampiamente citato è il caso Marche nella fase iniziale dell'emergenza sanitaria, che vide la immediata attivazione del Presidente della regione con l'emanazione di un'ordinanza (ord. 25 febbraio 2020 n.1) di chiusura delle scuole e delle università non concordata con il Presidente del consiglio, che ha determinato il ricorso al Tar con la richiesta di sospensiva conseguita quasi

contemporaneamente all'adozione di una nuova ordinanza del Presidente della regione di pari contenuto, essendo subentrati i presupposti legittimanti il provvedimento restrittivo nel giorno successivo all'emanazione della prima ordinanza. Ma, più che altro, pochi giorni dopo è stato adottato un DPCM (4 marzo) con cui si deliberava la chiusura delle scuole in tutta Italia.

Si possono ricordare poi le tante contrapposizioni mediatiche fra il Governo ed i Presidenti di alcune regioni, perché utilizzavano troppi tamponi nella fase iniziale (Veneto) o perché ne facevano troppo pochi (Lombardia) o, ancora, per la scarsa presenza di strutture di terapia intensiva e la difficoltà dell'organizzazione sanitaria di rispondere alle esigenze dei malati e nello stesso tempo la contrapposizione della protezione civile nazionale con quella regionale in ordine alla decisione di costruire ospedali d'emergenza (Milano, Bergamo, Civitanova Marche).

Altra importante contrapposizione si è riscontrata fra governo e regione Calabria sul contenuto dell'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 che prevedeva la riapertura di bar e ristoranti con l'uso allargato ai tavoli all'aperto e non limitato alla somministrazione di cibo da asporto, come previsto dalla normativa statale, annullata dal TAR con sent. n. 841/2020. Significativo segnalare che nella c.d. fase 2, quindi successiva al "caso Calabria", il comune di Milano, dopo aver accertato che la somministrazione da asporto rappresentava un maggior rischio di assembramenti, ha adottato un'ordinanza (26 maggio) di divieto di vendita di bevande alcoliche dalle 19 alle 7 con obbligo di servizio solo al tavolo. In definitiva, al di là della necessità di rispetto dei vincoli formali, che sono sicuramente imprescindibili, era forse utile comprendere le diverse esigenze e cooperare fra i diversi soggetti, tenendo conto dei diversi contesti territoriali.

Si tratta solo di alcuni esempi di contrapposizioni che hanno messo in evidenza un rapporto complesso, non tanto nella distribuzione delle competenze, salite a livello statale e mai contestate, ma nella difficoltà di comunicare e di sentire reciprocamente le diverse istanze territoriali.

D'altra parte, la differenziazione costituisce l'essenza stessa del regionalismo, sia in fase di emergenza, che in un contesto ordinario, con l'obbligo di entrambi i soggetti interessati di collaborare e di coordinarsi per la tutela degli interessi generali.

3. Emergenza e differenziazione

Prima della fase emergenziale, ampio era il dibattito in ordine alla necessità di attuare l'art. 116 ult. c. Cost. e di riconoscere ad alcune regioni un regionalismo differenziato, con riguardo a molte, se non tutte, le materie previste dalla norma costituzionale.

Si affermava (M. Bertolissi, *Autonomia*, 2019) che la diversità originaria delle varie parti del territorio italiano si basava su una constatazione incontrovertibile fondata sui secoli precedenti all'unificazione del 1861. La diversità dei territori, si diceva, era recuperata dalla previsione delle autonomie locali nel testo del 1948 e poi ancor più nel

testo del 2001, che ha dato la possibilità ad alcune regioni del nord “di scuotere l’albero della Repubblica”.

Una Repubblica oggettivamente in difficoltà, che non è mai riuscita a risolvere la “questione meridionale” attualmente ancor più incancrenita e sicuramente peggiorata, che ha incrementato le disuguaglianze sociali, che ha creato anche una “questione settentrionale”, come dice sempre Bertolissi, come è percepita dai cittadini di alcune regioni, ma non pienamente considerata tale dal resto della Repubblica. In definitiva, emergeva un quadro dello stato regionale che non riesce ad assicurare quel buon governo e quella buona amministrazione, né a livello centrale che locale, che sono obiettivi comuni a tutto il territorio nazionale. Il problema che quindi si pone non è tanto quello degli obiettivi da perseguire: eguaglianza sociale, buon governo e buona amministrazione; quanto, invece, il metodo per raggiungere tali obiettivi che secondo alcuni può essere conseguito attraverso il regionalismo differenziato, anche in base alla constatazione che siamo “geneticamente plurali”, ma che potrebbe essere il modo per decretare l’abbandono ad una gestione illegittima della cosa pubblica nel sud e la creazione di due Italie.

La gestione fatta dalle regioni durante l’emergenza ha messo in evidenza un’amministrazione regionale che ha funzionato molto bene nelle regioni del sud, che hanno svolto una funzione sussidiaria, collaborativa e di sostegno alle regioni del nord nel momento di difficoltà, che hanno saputo arginare e “governare” le proprie diversità, che hanno adottato decisioni anche più restrittive là dove era necessario o comunque ordinanze appropriate al contesto territoriale di riferimento.

Certamente, alcuni provvedimenti pensati nel dibattito sul regionalismo differenziato sono stati utili ed estesi a tutto il territorio dello Stato, come la possibilità dell’assunzione da parte del servizio sanitario regionale degli specializzandi, ancor prima del termine del corso di specializzazione, per sopperire alla carenza dei medici, manifestatasi durante l’emergenza.

Occorre ora domandarsi, dopo questa fase che nella sua eccezionalità ha messo in luce pregi e difetti del centralismo e del regionalismo, se la differenziazione come era disegnata nei vari progetti presentati, discussi ed anche firmati (penso al periodo finale del governo Gentiloni) sia ancora nell’agenda del governo e delle stesse regioni e, se anche lo sia ancora nella politica di alcuni partiti e nella richiesta di alcune regioni, presenti quantomeno caratteristiche molto diverse da quelle originarie. Ci si può aspettare che non tutte le materie originariamente richieste da alcune regioni (Veneto e Lombardia) siano ancora oggetto dell’ipotesi di spostamento di competenza. Una differenziazione che deve avere come base di partenza la possibilità di dimostrare che una gestione regionale sia migliore e più efficiente rispetto a quella statale. E proprio in fase di emergenza è emerso in modo significativo che alcuni aspetti organizzativi della sanità regionale non fossero pienamente funzionanti, ed anzi è risultato che la presenza di lacune ed inadeguatezze strutturali derivavano, non solo dai tagli lineari nel *budget* sanitario, ma anche dalle scelte amministrative connesse all’organizzazione della medicina di base.

Questo ha portato anche ad auspicare una modifica costituzionale opposta al regionalismo differenziato, con un conseguente riaccentramento della competenza statale su tutta la materia sanitaria.

Su quest'ultimo profilo mi limito a due parole, perchè sembra trattarsi più di una provocazione politica, che di una proposta giuridica. Si tenga conto che la materia sanitaria era già di competenza regionale prima della riforma del titolo V e solo l'organizzazione amministrativa della sanità è diventata di esclusiva competenza regionale, ma sempre nel rispetto della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie ed assistenziali di competenza esclusiva dello Stato, sia della normativa di principio in materia sanitaria *ex art. 117 co. 3 Cost.* Pensare quindi di ritrasferire la competenza amministrativa allo Stato non pare né funzionale, né produttiva di effetti positivi. La nostra sanità pubblica nel suo complesso ed in tutte le regioni si è presentata, dinanzi all'emergenza Covid-19, come si è detto, impoverita per i notevoli tagli alla sanità che tutti ben conosciamo e diseguale anche per un profilo organizzativo. Quindi ben vengano innanzitutto nuovi e più ingenti fondi, leggi quadro in materia sanitaria e normative che chiariscano in misura maggiore i livelli essenziali delle prestazioni, ma non ipotizziamo la ri-attribuzione di tutta la competenza a livello statale.

Forse più che una modifica costituzionale sulla materia della sanità, sarebbe opportuno far risalire alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina della protezione civile con concentrazione dei poteri in mano di pochi, per evitare quell'incertezza sulla c.d. "linea di comando" essenziale in questi contesti di emergenza.

4. Una disciplina normativa un po' confusa

L'assenza, come si è detto all'inizio, di una norma costituzionale o legislativa adeguata a disciplinare *in toto* una situazione di emergenza sanitaria ha determinato non poca confusione nell'uso degli strumenti normativi, sia da parte dello Stato che delle regioni con una quantità di provvedimenti anche numericamente molto diversi fra i vari contesti territoriali.

Il primo decreto-legge n. 6 del 2020, adottato nel momento della massima incertezza, aveva indiscutibilmente molti difetti: genericità, indeterminatezza, eccessiva delega decisoria ai DPCM di provvedimenti limitativi delle libertà personali. Un decreto-legge in parte corretto in fase di conversione e comunque superato dal successivo decreto-legge n. 19/2020.

Ma il problema principale ha riguardato appunto il rinvio della disciplina (non solo di dettaglio) ai DPCM, atti privi di un qualunque controllo politico governativo, che di un controllo di legittimità e costituzionale del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale. Si prevedeva appunto solo una comunicazione al Presidente della Conferenza delle Regioni che a sua volta doveva informare i Presidenti delle Regioni, collazionare tutti i rilievi e poi comunicarli al Presidente del Consiglio, che poteva tenerne conto o meno a sua discrezione. Di tutto questo passaggio in realtà all'esterno poco si sapeva, almeno formalmente. In realtà, le bozze dei DPCM come arrivavano ai Presidenti di regione, venivano inviati immediatamente a tutti i sindaci italiani che, a loro volta dovevano essere informati per adottare, se necessario, gli atti di loro competenza. Cosicché le informazioni erano anticipate a tutto il territorio nazionale, anche quando una

sorta di segretezza avrebbe garantito la buona efficacia dei provvedimenti. Si pensi al DPCM di chiusura delle regioni adottato la domenica 8 marzo, ma circolato fin dalla sera del 7 con il conseguente caos nei trasporti ed i rischi sanitari conseguenti.

Ancor più anomala è stata la prassi di fare conferenze stampa del Presidente del Consiglio per annunciare il contenuto di un successivo DPCM (ma ciò è avvenuto anche con riguardo ai decreti-legge) senza aver prima informato le regioni o comunque senza aver ricevuto i relativi pareri, cristallizzando sotto taluni profili un contenuto che non era certamente frutto di condivisione. Mi riferisco ad esempio al DPCM 22 marzo 2020 con il quale sono state chiuse tutta una serie di attività economiche, affidando poi ai Prefetti la decisione in ordine alla possibilità o meno di stabilire delle deroghe. Un provvedimento già preannunciato nella conferenza stampa del giorno prima e comunicato ai Presidenti di regione poche ore prima dell'emanazione e che aveva una ricaduta particolarmente significativa sui territori e sulle imprese, sottraendo però ogni decisione ai Presidenti di Regione ed invece accentrando tutti i poteri in capo ai Prefetti.

D'altra parte, la novità dell'emergenza ha determinato confusione ed incertezze anche da parte delle regioni, che si sono trovate a disciplinare *ex novo* un nuovo assetto amministrativo delle loro competenze, con effetti significativi anche sulle funzioni dei Comuni: penso ai rifiuti, al trasporto locale (taxi, treni, autobus ecc), alla circolazione nel territorio, all'apertura di determinati servizi di sostegno alle attività essenziali. La risposta regionale è stata molto diversa, con l'adozione di ordinanze che, da un punto di vista quantitativo, ha presentato caratteristiche non pienamente omogenee: facendo riferimento alle ordinanze approvate fino a maggio 2020, si riscontrano dalle 57 ordinanze dell'Abruzzo, alle 20 della Basilicata, con una media di 40 provvedimenti per regione, ma anche con modalità procedurali diverse. In Emilia-Romagna le ordinanze sono state adottate con la forma del decreto del Presidente della regione, nelle Marche, accanto alle ordinanze il Presidente ha approvato con proprio decreto atti, formalmente denominati, *di indirizzo, chiarimenti e disposizioni attuative nel territorio della Regione* di DPCM, ma che, a loro volta, stabilivano sanzioni in ordine alla violazione di comportamenti ivi descritti ed appunto vietati, desumibili in via interpretativa dai DPCM di riferimento ed esplicitati in tali decreti del Presidente della regione. Ed ancora in Campania, accanto alle ordinanze, il Presidente ha dovuto adottare numerosi atti formali denominati "chiarimenti" del contenuto di precedenti ordinanze.

In definitiva un quadro normativo che ha messo a dura prova non solo gli interpreti, ma i comuni cittadini che, accanto agli innumerevoli provvedimenti nazionali, hanno dovuto confrontarsi e spesso scontrarsi con i tanti atti normativi regionali e locali, che daranno ampio spazio anche nei mesi, se non, anni futuri, ad un dibattito giuridico ed a tanti interventi giurisprudenziali.

I Domanda

Le regioni hanno rivendicato ed esercitato poteri autonomi nella gestione dell'emergenza. È una soluzione compatibile con la Costituzione?

GIOVANNI AVERSENTE

Dalla lettura del testo costituzionale non emerge la possibilità, in capo alle regioni, di gestire in modo autonomo l'emergenza epidemiologica.

Le caratteristiche proprie della pandemia richiedono, piuttosto, un intervento centralizzato, che si ricava dalla stessa ripartizione dei titoli competenziali tra Stato e Regioni.

L'art. 117.2 Cost., lettera *q*), invero, riserva alla potestà statale la disciplina in materia di profilassi internazionale, la quale sembra riferirsi al contrasto, esattamente, di situazioni sanitarie di notevole portata, ma che sconta, al contempo, l'assenza di una disciplina capace di regolare i rapporti tra centro e periferia.

Si potrebbe rilevare, poi, come, da un lato, la materia di competenza statale relativa all'ordine pubblico e alla sicurezza sia una disciplina centrale nella gestione di una pandemia, che non può conoscere differenziazioni nell'intero territorio nazionale, e, dall'altro, come la tutela della salute sia inserita nelle materie di legislazione concorrente, rispetto alla quale lo Stato è tutt'altro che emarginato.

Non può non richiamarsi, inoltre, l'art. 120.2 Cost., che prevede che lo stesso Governo, in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, possa sostituirsi a Regioni e ad enti locali: è la dimensione del fenomeno da gestire che consente l'accentramento dell'intervento statale che, evidentemente, avrebbe potuto trovare una piena applicazione nel governo dell'emergenza epidemiologica.

Alcune Regioni, tuttavia, hanno impostato proprie politiche dell'emergenza, minando il principio della certezza del diritto e di uniformità dell'azione statale. Col chiaro intento di accentrare la gestione emergenziale, il Governo ha cercato di restringere i poteri di intervento delle Regioni nelle sole more dell'adozione dei d.P.C.M. e nei casi di estrema necessità ed urgenza (d.l. n. 6 del 2020), ed ha delimitato, ancor di più, l'intervento regionale, nel successivo d.l. n. 19 del 2020, alla sola adozione, sempre nelle more dell'intervento governativo, di misure ulteriormente restrittive e connesse a sopravvenute situazioni di aggravamento del rischio sanitario.

Questa previsione statale ha creato una specie di diritto intertemporale che ha rivelato qualche motivo di incertezza nei rapporti tra d.P.C.M. e ordinanze regionali, la cui efficacia veniva meno a seguito dell'intervento statale: in dottrina, ci si è domandati se fosse sufficiente che la nuova disciplina statale coinvolgesse l'intero settore nel quale la Regione, nelle more, aveva provveduto o se le successive previsioni governative prevalessero su quelle regionali che si ponevano soltanto in contrasto con esse [MORELLI].

L'ampiezza degli interventi regionali adottati in attesa dell'intervento statale lascia, tuttavia, dubitare della loro legittimità e, in taluni casi, della stessa corrispondenza a Costituzione: invero, alcune Regioni hanno limitato l'accesso ai propri territori, con dei

provvedimenti che si sono prestati a una violazione manifesta dell'art. 120.1 Cost., il quale vieta, alle stesse, l'adozione di atti che ostacolino la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni.

Questa vicenda ha messo in luce un duplice ordine di questioni: da un lato, l'inefficacia delle previsioni statali di arginare effettivamente gli interventi regionali; quest'ultimi, anzi, hanno visto far salvi gli effetti da loro prodotti sotto la vigenza del d.l. n. 6 del 2020 (art. 2.3 del d.l. n. 19 del 2020); dall'altro lato, la previsione contenuta nel d.l. n. 19 del 2020, secondo cui i d.P.C.M. sarebbero stati adottati sentiti i Presidenti di Regione o il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, non ha sortito, evidentemente, l'effetto sperato. Si evidenzia come i rapporti tra Stato e Regioni e, anche, tra le stesse Regioni e gli enti locali richiedano un maggior coordinamento: emerge, pertanto, l'esigenza di istituire sedi appropriate di concertazione e di ispirare i rapporti interistituzionali verso il principio della leale collaborazione, vero argomento da definire nei rapporti tra i diversi livelli di governo, al fine di evitare, piuttosto, momenti di competizione tra centro e periferia, come sembra essere accaduto nella vicenda emergenziale.

GIACOMO CANALE

In realtà, la rivendicazione delle Regioni di poteri autonomi nella gestione dell'emergenza ha rappresentato l'epifania della necessità di una differenziazione territoriale delle misure di contenimento del contagio che tenesse in debito conto, infatti, il significativo diverso grado di diffusione dell'epidemia, nonché le diverse capacità dei sistemi sanitari regionali. Infatti, se all'inizio dell'epidemia molte Regioni, che temevano il collasso dei loro sistemi sanitari, premevano per un maggior rigore, oggi invece molte Regioni, soprattutto quelle dove il contagio è ormai quasi inesistente, spingono per una maggiore apertura. Pertanto, la necessità di un forte ruolo di guida statale nella gestione di una grave emergenza non equivale alla necessità di una disciplina omogenea sull'intero territorio. Pertanto, sulla base del principio di leale collaborazione, le misure adottate, dopo una inevitabile fase di chiusura totale per capire la diffusione reale dell'epidemia e consentire un minimo di organizzazione specifica, avrebbero dovuto ispirarsi ad una ragionevole differenziazione territoriale da concordare, anche informalmente, con le Regioni. Da un punto di vista strettamente costituzionale, va osservato un singolare fenomeno contro intuitivo: le Regioni in questa crisi hanno tenuto sempre una posizione di maggior favore. Infatti, nella prima fase della crisi, molte Regioni hanno adottato misure più severe rispetto a quelle nazionali (si pensi all'emblematico caso della Regione Campania che ha vietato pure il cibo da asporto), in sostanziale aderenza con la direzione di marcia nazionale di applicare il principio di massima precauzione. Pertanto paradossalmente l'adozione di misure più severe, cioè maggiormente delimitative dell'esercizio delle libertà, esprimeva la tendenza ad assicurare le migliori condizioni di tutela, di maggior favore, per il cittadino dal punto di vista dei pubblici poteri. Soltanto con l'avvio della seconda fase, la problematica si è capovolta, perché si sta lentamente

tornando ad una pseudo-normalità, nella quale la condizione di maggior favore è quella ampliativa degli spazi di libertà individuali, ancorché ciò sta determinando del contenzioso tra lo Stato e alcune Regioni o Province autonome, perché il primo pretende l'esclusiva titolarità nell'imporre la tempistica delle riaperture per evitare un ritorno del contagio. Ciò in via di principio sembra indiscutibile, ma in concreto sempre più chiaramente appare che il calendario unico non tiene in alcun conto i dati reali della diffusione del contagio e quindi può divenire iniquo e illegittimo laddove preveda dei pregiudizi concretamente inutili.

Nonostante ciò, si può affermare che i rapporti tra Stato e Regioni in questa convulsa (e confusa) fase si siano svolti lungo il crinale di una tipica tecnica del costituzionalismo degli ordinamenti territorialmente decentrati, ossia quella di assicurare le migliori condizioni di maggior favore, anche quando ciò significava restringere ulteriormente gli spazi di libertà concretamente esercitabili.

CRISTINA LUZZI

Il proliferare di ordinanze nella vicenda emergenziale, da parte delle Regioni, ha dato origine a un quadro normativo complicato e molto frammentato che obbliga l'interprete a riflettere sulle coordinate costituzionali all'interno delle quali operano, o dovrebbero operare, in questa fase, le autonomie territoriali.

Sebbene tale discorso inevitabilmente lambisca la generale difficoltà di perimetrare con esattezza gli spazi di intervento spettanti a Stato e Regioni nelle materie di competenza concorrente, come per i profili che in tale sede maggiormente interessano, la protezione civile o la tutela della salute, la gestione dell'emergenza sembra, tuttavia, non potersi esaurire nella sola garanzia di quest'ultima. Essa chiama in causa semmai, direttamente, la *salus rei publicae*, positivizzata, come osservato in dottrina, dalle previsioni costituzionali, ex artt. 5 e 87 della Costituzione, dell'indivisibilità e dell'unità della Repubblica. A tali disposizioni potrebbero poi, logicamente, aggiungersi l'art. 120 della Costituzione, il quale, come noto, disciplina il potere sostitutivo del Governo nei confronti delle autonomie e l'articolo 117, primo comma, Cost. laddove affida alla competenza esclusiva statale la profilassi internazionale, nonché la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato.

Dalla lettura combinata di tali disposizioni sembra, dunque, potersi ricavare la possibilità, costituzionalmente tutelata, di una gestione uniforme e centrale dell'emergenza sanitaria in corso. L'intervento regionale, invece, da tale angolo visuale, dovrebbe essere meramente attuativo della decisione statale, o sostitutivo "nelle more" dell'adozione della stessa, o residuale.

Tuttavia, i decreti legge n. 6/2020 e n. 19/2020, pur mirando ad attuare un'azione di profilassi uniforme sull'intero territorio nazionale, concedendo, in conformità al principio di sussidiarietà, ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci di emanare ordinanze, nei soli casi di «*estrema necessità e urgenza*» e nelle more dell'adozione dei DPCM, non

sono riusciti ad arginare una produzione copiosa di ordinanze regionali e sindacali, né a contenerla nello spazio d'intervento su menzionato.

Le ragioni di tale "iper attivismo" normativo vanno probabilmente ricondotte alla difficoltà di isolare i casi di estrema necessità e urgenza, all'assenza di un termine di estinzione delle ordinanze adottate "nelle more", all'impiego – dato più politico che giuridico, ma non per questo trascurabile – prevalentemente propagandistico di queste ultime, posto in essere da parte di alcuni Presidenti delle Regioni e Sindaci.

Con l'intento di arginare tale situazione, vi è stato chi in dottrina si è domandato se non fosse stato preferibile – accertata, da una prospettiva costituzionale, la mancata lesione dell'autonomia regionale nella gestione dell'emergenza da parte dello Stato centrale – limitare il potere di ordinanza regionale ai soli profili attuativi dei provvedimenti governativi garantendo però, nel contempo, a tutte le Regioni, e non solo al Presidente della Conferenza, la partecipazione alla fase di adozione dei d.P.C.M. indirizzati a tutto il territorio. La valorizzazione del contributo delle autonomie in tale momento avrebbe potuto, teoricamente, evitare l'ampia produzione normativa a cui si è assistito; la difficoltà, tuttavia, di individuare una convergenza di intenti nelle azioni poste in essere anche tra Presidenti delle Regioni, o tra Presidenti delle Regioni e Sindaci, appartenenti alla medesima compagine politica, solleva dei dubbi intorno all'effettiva praticabilità di una soluzione maggiormente dialogica e alla sua compatibilità con le esigenze di rapidità e snellezza pretese dall'avanzare della pandemia.

PIER GIUSEPPE PUGGIONI

Per leggere il rapporto fra Stato e Regioni alla luce della crisi attuale, può essere utile recuperare le riflessioni che su questi temi formulò il filosofo Antonio Pigliaru tra gli anni Cinquanta e Sessanta. Si tratta di un problema sentito con particolare urgenza durante la crisi che in quel periodo colpì, in particolar modo, l'economia della Sardegna il cui Governo era stato 'attivato' con l'approvazione degli statuti speciali. D'altronde, si può sostenere che vi siano significative analogie tra il momento di crisi che ora viviamo e quel periodo storico, segnato da un forte sconvolgimento della vita sociale e politica, nel quale egli cerca di analizzare il significato dell'autonomia regionale.

Ad avviso del filosofo sardo, il concetto politico-giuridico dell'*autonomia* può intendersi in due modi: secondo la lettura «tradizionale», si tratta di una «limitazione formale del potere», per cui il potere regionale si contrappone a quello statale. Il secondo significato, invece, si lega allo «Stato democratico contemporaneo», ossia a un'idea di 'democrazia' come ideale superamento della contrapposizione tra governanti e governati, tra autorità e libertà e, così, anche tra Regioni e Stato, che si manifesterebbe nel mutuo riconoscimento del potere di decidere sulle questioni generali allo Stato e su quelle specifiche d'un dato contesto alla Regione. La realizzazione della democrazia condurrebbe, per un Pigliaru molto vicino a Gramsci, alla «estinzione dello Stato» in un senso prettamente 'concettuale', per cui Stato e Regione cessano di concepirsi come «poteri esterni» che agiscono tramite comandi autoritativi e coattivi: come ricorda il

filosofo di Orune in *Le parole e le cose* (1966), tradizionalmente per i sardi l'«altro», il ladro, la minaccia è «*chie benit dae su mare*», «chi viene dal mare», cioè il forestiero. Orbene, scrollandosi di dosso questa mentalità, la «nuova» concezione dello Stato e dell'autonomia costituirebbe il «passaggio dal regno della necessità al regno della libertà» – la libertà nel «darsi la propria legge» –, da intendersi, in particolare, come uno spirito di comunicazione (o di «collaborazione», diremmo oggi) che deve guidare i rapporti tra enti territoriali, fra i quali dovrebbe cessare ogni conflitto di potere formale (si veda Pigliaru, *L'autonomia come riforma democratica della sovranità*, 1963). L'autore ha in mente, dunque, un concetto democrazia-autonomia come processo «spirituale» – e non procedurale, come quello di Bobbio o di Habermas –, di cui l'autonomia regionale costituisce un passaggio intermedio in direzione della *societas in interiore homine*.

Orbene, allo scoppio della crisi odierna, che costituiva un'occasione di potenziale ripensamento, in termini di collaborazione, del rapporto politico tra Stato e Regioni, gli enti territoriali hanno mostrato di percepire il potere centrale (e gli altri poteri decentrati) come poteri «esterni», coi quali instaurare rivalità e competizioni – come si è visto, ad esempio, con riguardo alla diatriba su quale Regione avesse provveduto alla «migliore» gestione della crisi dal punto di vista sanitario. D'altra parte, la contrapposizione nei confronti dello Stato è ben poco mitigata dalle norme di «coordinamento» con i d.P.C.M., un mero espediente formale dietro il quale le Regioni hanno mascherato la «corsa» all'adozione di misure per la sopravvivenza della *propria* popolazione, disinteressandosi dell'«esterno», com'è avvenuto con l'ordinanza n. 1 del 25 febbraio della Regione Marche, che ha stabilito norme di emergenza senza attendere disposizioni governative in relazione al resto del Paese, per essere poi annullata dal giudice amministrativo. È significativo, inoltre, che si sia parlato di un «braccio di ferro» in riferimento alle insistenti richieste della Regione Sardegna – esaudite infine dal governo con decreto n. 117 del 14 marzo – relative alla «chiusura dei porti» e finalizzate a proteggersi, ancora una volta, da *chie benit dae su mare*.

CARLO SALOI

Data la rilevanza dei settori interessati dall'emergenza e la diffusione del Covid-19 sull'intero territorio nazionale, che hanno chiamato in causa competenze dello Stato che vanno dalla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (art. 117, co. 2, lett. *m*) alla «profilassi internazionale» (art. 117, co. 2, lett. *q*) e ai principi fondamentali in materia di tutela della salute (art. 117, co. 3, Cost.), si ricava che lo Stato non può che assumere un ruolo primario nella gestione dell'emergenza, essendo l'unico soggetto portatore di una visione d'insieme. Detto ciò, è necessario che in tale circostanza non sia trascurato, ma anzi debba acquistare nuovo risalto, il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 118 Cost., secondo cui l'autorità amministrativa più vicina alla situazione contingente è la più indicata, competente, e legittimata ad intervenire. In occasione di situazioni di emergenza sanitaria tale dettato acquista ancor maggior rilievo nei confronti delle Regioni, dato che è la stessa disciplina

legislativa che, in tali occasioni, conferisce loro poteri significativi (il riferimento è alla l. n. 833/1978, che riconosce un potere di ordinanza in capo al Presidente della giunta regionale in campo igienico-sanitario e al d.lgs. n. 1/2018, che attribuisce alle Regioni prerogative in ambito di protezione civile, peraltro materia di competenza legislativa concorrente *ex art. 117, co. 3, Cost.*).

Fermo restando ciò, occorre tener presente che il principio di sussidiarietà impone innanzitutto che il potere sia allocato al livello più consono per rispondere efficacemente alle esigenze del caso concreto. Pertanto, la dimensione nazionale della pandemia non può che rinviare ad un unico modello vincente, fondato non sulla separazione delle competenze, bensì sulla cooperazione di tutte le istituzioni operanti nel territorio, coordinate, in modo chiaro, diretto e univoco dal decisore centrale, cioè dallo Stato, cui spetta l'individuazione del punto di equilibrio nella tutela dei diritti in gioco nell'attuale situazione emergenziale (salute, circolazione, riunione, lavoro). Tale bilanciamento, che si esplica attraverso maggiori o minori restrizioni a seconda del bene in questione, deve essere necessariamente rispettato da tutti gli enti territoriali coinvolti nella gestione dell'emergenza, pena il rischio del mancato successo della stessa. In questo senso preme osservare che, se sul piano complessivo l'impianto strategico adottato dal Governo per contrastare la crisi pandemica (basato sul decreto legge collegato ad una serie di atti normativi di rango secondario attuativi dello stesso), pur condizionato sicuramente dal carattere inedito di quest'ultima, risponde alla citata esigenza di coordinamento delle attività in capo all'Esecutivo, destano invece perplessità sul piano della realizzazione di un'effettiva collaborazione da parte delle Regioni alcune disposizioni che, nella loro formulazione, concedono uno spazio di manovra a queste ultime che la Costituzione in realtà non contempla (si pensi all'art. 3 del d.l. n. 19/2020 che conferisce alle Regioni il potere di introdurre, «*nelle more*» dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, «*misure ulteriormente restrittive*» rispetto a quelle emanate dal Governo per il contenimento dei contagi). Ciò ha incoraggiato il protagonismo di alcuni Presidenti di Regione che, attraverso l'esercizio del potere di ordinanza, hanno prodotto in non pochi casi importanti scostamenti dalle politiche emergenziali predisposte a livello centrale, contravvenendo alla citata esigenza di collaborazione delle istituzioni e infrangendo l'unitarietà di una decisione che riguarda una crisi sanitaria di portata nazionale.

FEDERICO SPAGNOLI

Soprattutto nelle fasi iniziali dell'emergenza, le Regioni hanno esercitato poteri di impatto anche notevole sui diritti dei cittadini, perlopiù attraverso ordinanze contingibili e urgenti dei propri Presidenti. Per fare degli esempi, la Campania (ord. 15/2020, del 13 marzo) ha imposto ai cittadini l'obbligo di permanenza domiciliare, salvi spostamenti dettati da esigenze giustificate; la Puglia (ord. 176/2020 dell'8 marzo) ha imposto obblighi di quarantena a coloro che rientravano dalle Regioni del Nord; alcune Regioni si sono spinte a minacciare la chiusura dei propri confini. Ciò ha portato a controversie con lo Stato sulla titolarità e l'esercizio dei poteri, approdate in vari casi in sede

giurisdizionale (si vedano i casi della chiusura delle scuole nelle Marche, oppure delle riaperture di attività in Calabria e Alto Adige in anticipo rispetto alla c.d. “Fase 2”).

Nelle motivazioni, i provvedimenti richiamano l’art. 32 Cost., avendo la finalità di tutelare la salute; il d.l. 6/2020, che pone in capo alle autorità competenti (compresi i Presidenti di Regione) l’obbligo di adottare misure di contenimento e gestione dell’epidemia; i d.P.C.M. attuativi di tale obbligo e i poteri emergenziali conferiti a Regioni e enti locali dalla legge (es. l. 833/1978 e TUEL).

Quanto al fondamento costituzionale dei loro pretesi poteri autonomi in materia di emergenza sanitaria, tuttavia, si deve rilevare come la Costituzione (art. 117) non offra indicazioni del tutto chiare, in quanto attribuisce allo Stato una competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale (2° comma, lett. q)), concetto nel quale possono rientrare le politiche di contrasto di una pandemia come l’attuale, ma la sanità è invece di competenza concorrente. L’art. 120, 1° comma osta a misure regionali limitative della libera circolazione di persone e cose fra Regioni, almeno in assenza di un’autorizzazione statale. Inoltre, al di là del potere sostitutivo *ex art.* 120, 2° comma, manca una vera clausola costituzionale di supremazia che consenta alla legge statale di prevalere su quella regionale al di fuori del proprio ambito di competenza esclusiva (a questo proposito cfr. A.C. 2422 e A.C. 2458, proposte di legge costituzionale che si propongono di modificare l’art. 117 in tal senso).

Si deve ritenere che i provvedimenti regionali *extra ordinem* a tutela della salute, per essere legittimi, non debbano spingersi oltre i confini segnati da queste previsioni, in quanto (come sottolinea ad es. Pagano) spetta allo Stato, ai sensi degli artt. 5 e 120 Cost., il ruolo principale nel bilanciare la salute e altri interessi pubblici; anche se, nell’immediato, misure più stringenti di quelle statali potevano essere giustificate dall’esigenza di azioni immediatamente efficaci di fronte ad un pericolo grave per le comunità locali, il rischio è quello di ingiustificate disparità di trattamento fra cittadini e di un inconveniente per una gestione razionale e ordinata dell’emergenza a livello nazionale.

II Domanda

Il susseguirsi, anche in pari data, di ordinanze statali, regionali e comunali ha determinato non poche incertezze applicative, sia per gli stessi organi che devono assumere i provvedimenti normativi (Presidenti di regione, Sindaci, cittadini destinatari dei provvedimenti): fino a che punto l’autonomia locale deve operare e dove deve intervenire solo lo Stato? Che rapporto c’è tra il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, che l’ordinamento riconosce, in presenza di determinati presupposti, a regioni ed enti locali, e la dichiarazione dello stato di emergenza *ex d.lgs.* 1/2018?

GIACOMO CANALE

In effetti, abbiamo assistito ad una babele provvedimentale surreale (circa 763 atti del Governo e delle regioni in appena 100 giorni, così suddivisi: 224 atti centrali - 22 tra D.L. e DPCM; 57 ordinanze della Protezione civile e 127 atti ministeriali ecc. - e 539 atti regionali) in grado di disorientare chiunque. Difatti, ciò ha determinato una preponderante influenza alla massiva comunicazione istituzionale per l'impossibilità materiale di stare dietro ai provvedimenti, ma questo è un altro tema.

Con riferimento ai quesiti posti, si ritiene che il discrimine che consente l'intervento con ordinanze contingibili e urgenti delle Regioni e degli enti locali anche a seguito della dichiarazione dello stato di emergenza ex d.lgs. 1/2018 sia rappresentato dalla stretta pertinenza territoriale del contenuto dell'atto da adottare. Ad esempio, l'adozione di un'ordinanza per stabilire una zona rossa territorialmente limitata ad un comune o una zona comunque circoscritta al territorio regionale e/o per disciplinare specifiche situazioni locali.

LORENZO MADAU

Una delle maggiori criticità emerse durante la gestione della fase più critica dell'emergenza è stata prodotta, senza dubbio, dalla sovrapposizione di una quantità impressionante di fonti normative, con l'inevitabile portato di confusione e conflittualità che ne è derivato (STAIANO).

Tralasciando, in tale sede, i provvedimenti adottati dai Sindaci, un contributo notevole a tale quadro frammentato è stato dato dai Presidenti di regione e dalle numerose ordinanze con cui, per i territori da essi amministrati, sono state introdotte misure ulteriori rispetto a quelle statali.

Sotto questo aspetto, il d.l. 19 ha tentato, anche se con poca fortuna, una razionalizzazione dell'uso di tali poteri rispetto all'ampio spazio lasciato dal precedente d.l. 6, occupandosi delle «misure urgenti di carattere regionale» all'art. 3 e sottoponendone l'ammissibilità a condizioni particolarmente rigorose: in particolare, misure più restrittive di quelle statali potevano essere prese solo nelle more dell'adozione dei dpcm e «con efficacia limitata fino a tale momento»; inoltre, esse dovevano essere legate a «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso».

La *ratio* di tale disposizione, rivolta a contenere gli spazi di intervento per le ordinanze regionali rispetto a quanto disposto in via generale dallo Stato, appare rispondente ai principi nonché alla giurisprudenza costituzionale.

La Corte, infatti, con la sent. 307/2003 ha chiarito che il bilanciamento tra diritto alla salute e diritti o interessi costituzionali contrapposti è compito che può spettare solo allo Stato, per cui deve ritenersi inammissibile un intervento delle regioni che alteri in una direzione o nell'altra il "punto di equilibrio" da esso fissato a livello nazionale (LUCIANI).

Nel caso di specie, un'eventuale ordinanza regionale più restrittiva, pur adottata per tutelare maggiormente il diritto alla salute, avrebbe determinato una compressione ulteriore delle libertà fondamentali che vi si contrappongono, alterando il bilanciamento tra i diversi interessi che lo Stato aveva effettuato.

Se così è, decisamente dubbia appare la legittimità delle diverse ordinanze regionali che hanno introdotto misure più restrittive di quelle statali, in assenza dei presupposti che, soli, le avrebbero giustificate.

Si pensi, tra le tante, alle ordinanze della regione Sicilia nn. 6 del 19/03 e 16 dell'11/04, con le quali si sono previsti diversi divieti ulteriori rispetto ai decreti statali, come quello di ogni attività motoria all'aperto, anche qualora svolta nei pressi dell'abitazione. Tali misure, ulteriormente compressive della libertà di circolazione, sono state adottate prescindendo totalmente dal necessario legame con specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario sul territorio siciliano, che d'altronde non sussistevano.

Discutibile, allora, appare anche la prima giurisprudenza amministrativa che si è espressa, in sede cautelare, su misure di tal fatta, non riscontrandovi, almeno *prima facie*, vizi di legittimità. Proprio sulla seconda ordinanza siciliana che si è ricordata sopra, per esempio, si è pronunciato il decreto del Tar Sicilia n. 458 del 17/04, rigettando l'istanza cautelare con una breve motivazione che lascia perplessi soprattutto per il fatto di essere sviluppata ignorando del tutto, anch'essa, la fondamentale valutazione della sussistenza o meno delle uniche, specifiche condizioni che, sulla base del d.l. 19, potevano autorizzare l'adozione di misure regionali più restrittive.

FEDERICO SPAGNOLI

L'emergenza ha comportato sovrapposizioni fra livelli di governo, complice l'iniziale susseguirsi di decisioni contraddittorie. Occorre delimitare gli ambiti di operatività di ognuno secondo la Costituzione e la legge.

Lo Stato assicura l'unità dell'ordinamento ed impedisce illegittime restrizioni regionali agli spostamenti (art. 5, 117, 120 Cost.), è titolare di competenze esclusive di profilassi internazionale (art. 117, 2° comma, lett. *h*) e tutela i livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali (come il diritto alla salute; art. 120, 2° comma). Il d.l. 6/2020 (art. 3) prescrive che le misure di contenimento e gestione siano adottate con DPCM, ma, nelle more, fa salvi i poteri di emergenza derivanti da altre fonti, e l'art. 2 fa riferimento a generiche "autorità competenti". Il d.l. 19/2020 cerca di chiarire i dubbi (art. 3): le Regioni possono adottare restrizioni in relazione a rischi sopravvenuti nel proprio territorio, senza eccedere le proprie competenze e incidere su attività di rilievo strategico nazionale, mentre i sindaci possono adottare ordinanze purché non contrastino con le misure statali. Allo Stato (in particolare il Governo), interprete dell'interesse nazionale, sono riservate azioni generali, mentre l'autonomia locale si esplica nella gestione di crisi limitate, riferendosi a enti più vicini alle esigenze del territorio.

Lo conferma il rapporto fra i poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali e quelli *ex d.lgs. 1/2018*.

I primi riguardano emergenze locali (art. 50, 5° comma TUEL e art. 32 l. 833/1978), e non possono spingersi oltre la visuale e i mezzi a disposizione dell'ente autonomo. Il d.lgs. del 2018, al contrario, si riferisce (artt. 24-25) a situazioni di emergenza (art. 7, 1° comma, l. c) che, per la loro gravità o dimensioni, richiedono (previo coordinamento con Regioni e Province autonome interessate) l'attivazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale; esso abilita il Presidente del Consiglio ad emanare (attraverso il Capo del Dipartimento della Protezione Civile) ordinanze in deroga ad ogni previsione vigente nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme europee, acquisita l'intesa dell'ente interessato. Ciò che distingue le due categorie non è tanto o solo la dimensione territoriale dell'intervento (che per le seconde può non coincidere con l'intero territorio italiano), ma il diverso tipo di eventi ai quali esse rispondono, gli strumenti impiegabili e la loro stessa natura, contingibile e urgente per le ordinanze regionali e comunali, di coordinamento per interventi specifici per le altre.

Fra i due poteri si istituisce un rapporto di sussidiarietà e adeguatezza, con le ordinanze della Protezione civile chiamate a supplire quando la situazione di crisi non è "gestibile" dal livello locale ed il rischio si proietta oltre i confini amministrativi attraverso una reazione complessa, che, per la sua importanza, spetta al livello nazionale di decisione politica.

III Domanda

L'intervento del governo con DPCM che interviene anche a limitare i diritti economici, con il semplice parere del presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni ha messo ulteriormente in dubbio la separazione delle competenze Stato/Regioni su un tema che tipicamente è di esclusiva competenza regionale.

GIUSEPPE LAURI

L'emergenza sanitaria ha comportato una risposta legislativa che si è presentata quantomeno potenzialmente confusionaria se rapportata all'ontologia della dinamica del sistema delle fonti del diritto. Questo fenomeno è stato particolarmente visibile nell'ambito delle disposizioni in materia economica, settore cardine dei rapporti Stato-Regione. Peraltro, volendo portare un dato storico, non si deve dimenticare come in Assemblea Costituente la visione di una Regione chiamata, anzitutto, a regolare e rappresentare l'economia (intesa come insieme del "tessuto produttivo" peculiare) del territorio, vista in sé e nei suoi rapporti con l'esterno, sia stata non solo uno dei motivi a favore della creazione del nuovo ente, ma, secondo alcuni esponenti *regionalisti* dell'illustre consesso, la principale, se non l'unica funzione cui esso sarebbe stato vocato. La dimensione economica avrebbe dovuto integrare la base stessa della Regione fin dalla

delimitazione delle singole circoscrizioni e dalla strutturazione dei suoi organi. Si pensi, ad esempio, a chi immaginava i Consigli Regionali come organi di rappresentanza dei settori produttivi e delle professioni, secondo uno schema che taluni Padri Costituenti avrebbero voluto fosse proprio anche del Senato della Repubblica. Vigente l'attuale riparto delle materie, le molteplici sfaccettature dell'economia si pongono pressoché a cavallo di tutte e tre le competenze previste dall'art. 117 Cost. Fermo restando che, come già nel testo della disposizione precedente alla riforma del 2001 (si pensi all'esplicita enucleazione come materie a competenza esclusiva della Regione di "fiere e mercati" e "artigianato"), la maggior parte delle attribuzioni in materia sono attribuite alle Regioni, è indubitabile come una materia a competenza legislativa esclusiva dello Stato, quale la "tutela della concorrenza", abbia ricadute su altri ambiti che o ricadono nella competenza concorrente (es., "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia") o rientrano in quella esclusiva regionale residuale (es., il commercio). Esiste un vero e proprio pluralismo nella pianificazione delle politiche economiche – rispondente al richiamato spirito originario della Costituzione – come ha sancito, tra le altre, la vicenda relativa alle aperture domenicali degli esercizi commerciali, da ultimo trattata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 98/2017, che non è andata esente da critiche in dottrina per il peso (forse impropriamente) riconosciuto al legislatore statale a scapito di quello regionale. Si deve ritenere, allora, che l'unico ambito di legittimità degli interventi in materia di limitazione economica (alle attività produttive, al trasporto di merci, alla loro vendita, financo al prezzo di determinati prodotti) sia un più generale interesse nazionale tuttora leggibile in filigrana nel nostro Titolo V, in virtù del quale lo Stato può "forzare la mano" in materie che sono di spiccata competenza esclusiva regionale, ponendosi come uniformatore, considerata l'emergenza, delle politiche di settore sul territorio nazionale. Tale forzatura, però, deve trovare, come effettivamente è stato per plurime disposizioni, legittimazione in fonti diverse dal DPCM, quali il decreto-legge e la relativa legge di conversione. All'atto pratico, inoltre, sono indubbiamente mancati momenti e modalità di raccordo tra lo Stato centrale e le Regioni in materia, a totale detrimento della possibilità per i cittadini di accedere in maniera certa e uniforme a servizi uguali su tutto il territorio nazionale, che rappresenta, a ben vedere, il contraltare (negativo) della necessaria possibilità per le Regioni di legiferare nella maniera la più consona possibile alle esigenze e alla situazione sanitaria concreta dei rispettivi territori (si pensi, ad esempio, alla forte diversificazione, avutasi all'inizio della cd. "fase 2", sulla possibilità e le modalità di apertura al pubblico di taluni esercizi commerciali, di centri sportivi, di strutture ricreative, ecc.).

GIACOMO CANALE

Il tema dell'intervento limitativo dei diritti economici è molto problematico sotto molteplici punti di vista, tra cui quello della separazione delle competenze Stato/Regioni. Forse, il tema può essere risolto con i canonici strumenti già elaborati dalla giurisprudenza costituzionale dopo l'entrata in vigore del Titolo V. Si fa riferimento alla categoria delle

materie trasversali cui potrebbe ricondursi la materia della protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale, qualora sia declinata interpretativamente nel senso di tutela della salute pubblica e conseguente titolarità legislativa a disporre le misure necessarie ad evitare un contagio di una pandemia, cioè di un evento sanitario di dimensioni mondiali.

CARLO SALOI

La necessità di una gestione unitaria della situazione emergenziale ha portato lo Stato all'inevitabile avocazione in sussidiarietà di poteri decisori di tipo amministrativo e legislativo, intervenendo anche a limitare i diritti economici, materia di esclusiva competenza regionale. Infatti, in attuazione del decreto legge 23 febbraio 2020, il Governo ha adottato una serie di provvedimenti che hanno portato alla chiusura della maggior parte delle attività produttive ad esclusione di quelle eroganti servizi essenziali, di pubblica utilità e di indispensabilità produttiva.

Le modalità con cui l'Esecutivo si è mosso, pur tenendo conto dell'esigenza della tempestività delle decisioni da adottare, destano qualche dubbio circa il necessario rispetto del principio di leale collaborazione che deve caratterizzare i rapporti tra centro e periferia. Infatti, se si è riconosciuto uno spazio procedurale alle regioni, come richiesto dalla Corte costituzionale per legittimare la predetta attrazione di sussidiarietà (sent. 307/2003), vincolando l'adozione dei dpcm al parere dei Presidenti delle regioni o del Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni a seconda che il decreto riguardi il territorio di una regione oppure l'intero territorio nazionale, a sollevare qualche perplessità è l'investitura che il predetto dl n. 6 e il successivo dl n. 19 del 25 marzo 2020 conferiscono al Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni. Nello specifico, viene prescritto che lo stesso debba essere sentito prima dell'emanazione di tutti i dpcm riguardanti l'intero territorio nazionale, innalzandolo così ad una sorta di "autorità di rappresentanza dell'intero sistema regionale" e attribuendogli un potere monocratico di proposta di misure restrittive. Come osservato in dottrina (F. Cintioli), non è ben chiara la fonte della legittimazione di tale figura, né come debba regolarsi nel caso di posizioni diversificate, in quanto è lungi dal potersi affermare che le regioni si muovano sempre in modo uniforme e collettivo.

Andrebbe allora forse ripensato il ruolo del Presidente della Conferenza, inteso come tramite rispetto alla pluralità delle espressioni regionali, che sarebbero così coinvolte nell'elaborazione dei dpcm. Allo stesso modo, nel rispetto del principio di cooperazione fra istituzioni territoriali, è parsa discutibile la scelta, compiuta col citato dpcm del 22 marzo 2020, di affidare ai soli prefetti (espressione del governo) la decisione di consentire o sospendere la prosecuzione dell'attività di alcune aziende senza il coinvolgimento dei Presidenti di regione, informati solo *post factum* dei provvedimenti già emessi (art. 2, co. 2 del dpcm). Sarebbe infatti stato più opportuno prevedere, se non una concertazione fra Prefetto e Presidente di regione, almeno una valutazione da parte dell'organo regionale, magari non vincolante. Un passo avanti in questa direzione è stato

fatto col successivo dpcm del 10 aprile 2020, art. 2, co. 3 e 6, che vincola il Prefetto a *sentire* il Presidente della Regione prima di decidere la sospensione dell'attività produttiva di un'azienda.

IV Domanda

La specialità di alcune regioni, incidente ad esempio, anche sullo stato di emergenza ex d.lgs. 1/2018 rappresenta un particolare ostacolo alla uniformità delle misure assunte di fronte a un'emergenza nazionale? In questo senso, le proposte di particolari forme di autonomia ex art. 116 Cost. che sono state proposte da alcune regioni complicherebbero ulteriormente il quadro?

HUGO L. ABAS FRAZÃO

Per quanto riguarda l'attuazione dell'art. 116 Cost. alla luce dell'emergenza, penso che una maggiore autonomia delle Regioni implicherà, senza dubbio, una maggiore responsabilità di questi enti nel mettere in pratica le politiche pubbliche, specie quelle destinate a combattere il Covid-19. A tal proposito, le misure di "natura esecutiva" tenderebbero ad avvenire in modo più decentrato, cioè meno a carico del governo centrale e più delle Regioni. Tuttavia, tale redistribuzione del potere non deve influire sulle misure di "natura strategica", da mantenere centralizzate sotto la gestione dello Stato; queste misure sono inerenti alla sovranità italiana, ai piani di rilievo nazionale e coprono l'intero territorio del Paese.

Pensare in un altro modo violerebbe i fondamenti del sistema costituzionale italiano. Prima di tutto perché la clausola dell'art. 116 deve essere interpretata sistematicamente con gli articoli 5, 87 e 120, c. 2, della stessa Cost., sui quali si fonda il "principio dell'unità nazionale". Attraverso questo principio, le questioni di interesse statale non devono essere offuscate da parte di qualche interesse regionale o locale. Invero, le Regioni dotate di uno statuto speciale o di condizioni particolari di autonomia non possono essere utilizzate in alcun modo come strumento di frammentazione della Repubblica. Al contrario, esse devono sostenere l'interesse nazionale creando percorsi adeguati all'attuazione delle direttive dello Stato, nonostante le diverse realtà esistenti in Italia debbano essere protette. Peraltro, ritengo che questo sia il senso della norma dell'art. 5, c. 2, d.lgs. 1/2018, il quale sottolinea la responsabilità del Presidente del Consiglio nel garantire l'unità della politica di protezione civile, rispettando le peculiarità dei territori. Perciò, nell'aspetto strategico, il processo decisionale deve essere sempre più centralizzato, cioè guidato dal Presidente del Consiglio in modo da assicurare governabilità al Paese contro la crisi.

Vi è una questione similmente rilevante anche nei Paesi che seguono il modello del federalismo, come il Brasile. In questo scenario, la Suprema Corte brasiliana ha deciso che tutti gli enti federali possono adottare misure sanitarie contro il Covid-19 (ADI n.

6341, 15 aprile 2020), ma non ha espresso chiaramente che il Presidente della Repubblica debba essere il gestore nazionale della crisi. Il risultato diretto di ciò è che, nonostante l'autonomia degli enti minori per affrontare la pandemia sia difesa, oggi non c'è un livello di governabilità sicuro poiché ogni ente segue una direzione diversa. D'altra parte, il governo federale tende ad appoggiare la Corte poiché così pensa di potersi esimere da qualsiasi responsabilità nella salvaguardia della salute dei cittadini. Però, è chiaro che questa scelta rappresenta un modello sbagliato da parte del governante. Quindi, non solo l'Italia ma tutti gli Stati democratici dovrebbero seguire tale principio: l'autonomia regionale non può compromettere le strategie nazionali contro l'emergenza.

Infine, sebbene ci si attenda che le misure messe in atto dalle Regioni si conformino agli orientamenti prescritti dal governo centrale, è certo che, eccezionalmente, le Giunte Regionali possono intraprendere azioni specifiche, innovative o più rigorose di quelle del governo centrale, a condizione che vi sia un aumento della gravità e della variazione degli effetti della crisi nelle aree dei rispettivi territori, secondo l'art. 3, c. 1, del d-l. n. 19/2020. Alla luce di questa norma e del carattere cooperativo della forma di Stato italiana, penso che ogni Regione, indipendentemente dal suo livello di autonomia, abbia il dovere di informare il governo centrale del suo modo di agire. Ciò è un modo per condividere il proprio operato con gli altri enti affinché tale condivisione possa essere di aiuto per le Regioni che sperimentano problemi simili. Inoltre, ciò consente all'intero Stato di imparare dalle buone pratiche all'interno del proprio territorio, oltre al fatto che gli enti minori possono così assistere il governo nazionale al fine di migliorare il piano strategico della crisi.

Pertanto, lungi dall'essere confusionario nei confronti della stabilità del sistema, il modello di autonomia regionale, se ben utilizzato e purché rispetti la prevalenza dell'interesse nazionale, sarà portatore di ricchezza, data la pluralità di percorsi che possono essere seguiti per superare il problema.

GIACOMO CANALE

In verità, salva la necessità emergenziale di un forte ruolo di guida nazionale nei sensi indicati nella precedente risposta, la specialità di alcune Regioni e la proposta di particolari forme di autonomia ex art. 116 Cost. non sembra costituire un ulteriore motivo di complicazione. D'altronde, non sembra che in nessun tradizionale ordinamento federale, tale modello territoriale di assetto dei poteri pubblici sia stato messo in discussione perché strutturalmente inidoneo a fronteggiare la crisi. Pertanto, la questione non è tanto la previsione di un sistema differenziato di autonomie quanto piuttosto la necessità di miglioramento delle istanze di coordinamento e dell'esercizio di una efficace gestione da parte dello Stato, in assenza della quale ciascun territorio avverte l'esigenza di provvedere per conto proprio per minimizzare i danni. In tale prospettiva, sembra illuminante la scelta controcorrente compiuta dalla Regione Veneto di procedere a svolgere un numero considerevole di tamponi avverso le indicazioni allora fornite dalle istituzioni centrali. In altri termini, se è permessa una metafora, nessuno mette in dubbio

che in una unità militare in battaglia si debba garantire la più ampia effettività al dovere di obbedienza al superiore, ma non se questi dà chiari segni di squilibrio o incapacità. Il sistema delle autonomie, comprese le autonomie speciali e domani quelle rafforzate ex art. 116 Cost., non è un ostacolo, semmai una ulteriore risorsa anche in tempo di crisi, poiché la prossimità del potere pubblico alla comunità di riferimento costituisce un *quid pluris* che alle autorità centrali potrebbe difettare, soprattutto se la crisi ha fattualmente una differenziazione territoriale marcata.

GIUSEPPE LAURI

La vicenda Covid pare insegnare che, più che le specialità regionali, talora a incidere sull'adozione di determinate misure sono stati fattori di matrice politica operata dagli organi di governo nazionale e locali. Sembra esemplare, in tal senso, il “rimbalzo di responsabilità” tra Governo centrale e Regione Lombardia sull'istituzione di una cd. zona rossa nei Comuni di Alzano Lombardo e Nembro, a detta della Regione non nella propria disponibilità - quando invece provvedimenti analoghi sono stati adottati, tra le altre, dalla Regione Emilia-Romagna per quanto riguarda il Comune di Medicina e dalla Regione Campania per quanto concerne i Comuni di Ariano Irpino e altri localizzati nelle province di Avellino e Salerno.

L'attuale situazione ha certamente rivelato la necessità di riponderare l'attribuzione delle “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” alle Regioni – si pensi all'impatto della pandemia sui servizi sanitari locali.

Orbene, a prescindere dalla situazione di partenza, dall'esito dei procedimenti di regionalismo differenziato e dallo status di Regione ad autonomia ordinaria o speciale, si dovrebbe ritenere che l'art. 32 Cost. integri una vera e propria clausola di interesse nazionale – per quanto oggi non esplicitata dal Titolo V, ma ravvisata tanto nell'art. 118, c. 1 Cost. laddove introduce il principio di sussidiarietà verticale, quanto nell'art. 120, c. 2 Cost. sui poteri sostitutivi e affermata più volte dalla giurisprudenza costituzionale; ed essa certamente anima anche numerose disposizioni legislative in cui è leggibile in filigrana (si pensi a quelle su cui si fonda l'attività di coordinamento in tema di tutela della salute umana affidata al competente Ministero) – in virtù della quale, onde garantire uniformità di tutela della salute pubblica sul territorio nazionale, lo Stato centrale dovrebbe ritenersi sempre abilitato, e anzi obbligato, ad adottare misure derogatorie di quelle adottate dalle Regioni, salvo il rispetto della sfera di attribuzione delle stesse. Non si dimentichi, a proposito poi del caso delle pandemie, che la profilassi internazionale è tuttora materia di legislazione esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. p).

Ne dovrebbe conseguire, dunque, che in casi di emergenza pandemica come quello che stiamo attraversando l'intervento dello Stato come derogatorio delle autonomie dovrebbe essere sempre ammesso, in forma cooperativa, guardando alle esigenze di tutti i residenti sul territorio nazionale e dell'intero “sistema-Paese”, col Governo centrale nelle vesti di coordinatore degli enti locali in un più ampio gioco di contrasto alla

diffusione del morbo, per quanto riguarda il caso di specie; e, in generale, di gravissime emergenze.

V Domanda

La regionalizzazione della tutela della salute a partire dal D.p.r. n. 616 del 1977 e, poi, col D.lgs. 112 del 1998 e poi con la modifica del titolo V ha messo in evidenza da tempo una diversità di tutela del diritto alle cure. L'emergenza ha ulteriormente rilevato la diversità organizzativa e la capacità di poter reagire alle improvvise richieste. Quali sono le soluzioni che dovranno essere adottate per garantire l'effettività della tutela anche in situazioni d'emergenza? Devono rimanere le Regioni titolari delle scelte organizzative?

GIOVANNI AVERSENTE

Il sistema strutturato a partire dalla riforma del Titolo V presenta già delle soluzioni finalizzate a garantire la tutela della salute e l'uniformità delle cure su tutto il territorio nazionale.

La scelta di regionalizzare la materia sanitaria, infatti, non ha escluso azioni correttive alla incapacità degli enti territoriali di garantire un efficiente servizio sanitario.

Ai sensi dell'art. 117, Il comma, lettera *m*) Cost., lo Stato ha competenza esclusiva nel determinare i livelli essenziali delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali e il potere di sostituirsi agli enti territoriali nel caso lo richieda, proprio, la tutela degli stessi livelli, tanto più che in una situazione d'emergenza (art. 120.2 Cost.). A ciò, si aggiunga la competenza concorrente in materia sanitaria, che richiede allo Stato la fissazione, su tutto il territorio nazionale, di principi fondamentali, ma, anche, interventi più specifici, purché legati alla normativa di principio da un evidente rapporto di coesistenzialità e di necessaria integrazione (*ex multis* Corte cost., sent. n. 272 del 2013), risultando ormai superata la rigida separazione tra normativa di principio e normativa di dettaglio.

Fermo restando le indubbie carenze di alcuni assetti regionali, la prassi di questi anni dimostra come lo Stato abbia rinunciato a porre una disciplina di principio dei modelli di gestione sanitaria in favore di più incisivi provvedimenti e controlli sulla finanza regionale: gli interventi sono sembrati focalizzati nel garantire più la sostenibilità economica che l'efficienza del servizio offerto dalle singole realtà regionali. L'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in effetti, non attiene soltanto alla determinazione dei livelli quantitativi da garantire su tutto il territorio nazionale, ma alla definizione, finanche, della struttura organizzativa preposta a garantire i diritti (LUCIANI). Questo aspetto potrebbe anche ricavarci, a parere di chi scrive, dalle stesse funzioni statali connesse alla competenza concorrente in materia di sanità.

La questione più rilevante, pertanto, è garantire una legislazione ordinaria mirata ad uniformare le prestazioni sanitarie che soltanto lo Stato è in grado di assicurare,

attraverso un coordinamento costante e un controllo efficiente sui sistemi organizzativi regionali, al fine di garantire i fondamentali principi di universalità, uguaglianza ed equità, sui quali poggia il Servizio Sanitario Nazionale, istituito dalla legge 833 del 1978.

Proprio in tal senso e poco prima dell'inizio dell'emergenza sanitaria, il Governo si era impegnato a realizzare un più stringente monitoraggio nelle aree di maggior carenza, con l'intento di migliorare e implementare i servizi, ed effettuare annualmente una valutazione sulla qualità, appropriatezza ed efficienza, impegnandosi ad evidenziare eventuali criticità con riferimento all'erogazione dei livelli essenziali di prestazione ("Patto per la salute per gli anni 2019-2021"). Questi aspetti, se fossero stati concretizzati, avrebbero consentito un maggior controllo e, con tutta probabilità, un miglior rafforzamento dei sistemi regionali duramente messi alla prova dalla straordinarietà della gestione emergenziale. Da sottolineare, tuttavia, come qualsiasi politica pattizia richieda "a monte" una collaborazione leale tra i due diversi livelli di governo, che, negli anni, e come noto, ha mostrato tutta la sua precaria applicazione.

Non appare, sicuramente, condivisibile l'idea di riportare tra le competenze esclusive statali la materia della salute, come proposto di recente in un disegno di legge costituzionale (SENATO - n. 1772): le conoscenze delle specifiche esigenze regionali, che sovente presentano un'ampia eterogeneità di bisogni al loro interno, unite all'esperienza sviluppata dalle regioni nell'amministrazione sanitaria e alla difficile idealizzazione di un apparato amministrativo statale in materia, suggeriscono un decentramento delle funzioni relative alla tutela della salute. L'accentramento delle funzioni statali, invece, è già garantito dalle disposizioni costituzionali prima indicate.

Anche se si volge uno sguardo verso altri ordinamenti, si può notare come il decentramento delle funzioni riesca a garantire elevati livelli di qualità delle prestazioni e a rappresentare un esempio virtuoso di come evitare situazioni di disparità territoriale, così come accade, ad esempio, nel sistema tedesco.

A parere di chi scrive, quindi, la straordinarietà dell'emergenza non deve rappresentare un nuovo pretesto per riaprire dibattiti sui titoli competenziali tra Stato e regioni, ma segnare semmai un tracciato di nuove e più incisive forme di collaborazione leale e di intervento statale, laddove necessario, capace di uniformare i vari assetti sanitari e garantire l'accesso universale al diritto alle cure.

GIACOMO CANALE

Si ritiene che sarebbe errato rivedere centralisticamente la materia della tutela della salute. Il rischio potrebbe essere un livellamento verso il basso del sistema complessivo. L'emergenza sanitaria ha i caratteri della straordinarietà e ciò non giustificherebbe una rimodulazione dell'organizzazione della struttura sanitaria. D'altronde, i sistemi sanitari maggiormente sottoposti a tensione hanno dato buona prova di resistenza e di auto-organizzazione in corso di emergenza. Piuttosto, sembra essere completamente mancato il momento della predisposizione anteriore di un efficace piano per l'emergenza e, soprattutto, delle misure organizzative conseguenti (ad esempio, stoccaggio di DPI).

Pertanto, eventualmente il problema messo a nudo dalla crisi sarebbe l'incapacità statale di una pianificazione organizzata dell'emergenza. Non sappiamo nel nostro caso se vi era un precedente piano per la gestione di un'eventuale pandemia, ma di certo è mancato l'approvvigionamento dei dispositivi di protezione non tanto per la popolazione, quanto per gli stessi presidi sanitari, nonché un protocollo per l'organizzazione di strutture ricettive *ad hoc* e la salvaguardia delle altre strutture assistenziali.

CRISTINA LUZZI

Le immagini e i dati drammatici provenienti da diversi Stati europei, e non solo, fanno presumere che l'aggressività della malattia abbia messo, e stia mettendo, a dura prova sistemi sanitari profondamente differenti tra loro per organizzazione e tradizione; al netto di ciò, la gestione nazionale dell'emergenza ha posto l'accento sul profilo, particolarmente rilevante dal punto di vista costituzionale, delle asimmetrie esistenti a livello territoriale nella garanzia del diritto di accesso alle cure.

Come noto, infatti, nonostante la diffusione virulenta della pandemia abbia riguardato, soprattutto, le Regioni centro settentrionali del Paese, le misure restrittive delle libertà fondamentali sono state imposte uniformemente all'intero territorio nazionale al fine di evitare l'ulteriore espansione dell'epidemia e prevenire il suo dilagare, con effetti presumibilmente catastrofici, nelle regioni meridionali.

Se ci si sofferma, infatti, sullo "stato di salute" del sistema sanitario nazionale, ci si rende conto che l'obiettivo del legislatore costituzionale del 2001 di contemperare, nella tutela del diritto alla salute, la differenziazione territoriale con i principi di eguaglianza, equità e universalità perseguiti dalla legge n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale ha, da tempo, subito una battuta d'arresto. Tra le Regioni, infatti, soprattutto tra quelle del Centro Nord e del Centro Sud, sussistono ancora forti livelli di diseguaglianza nella garanzia del diritto alla salute; a titolo esemplificativo può ricordarsi che, stando ai dati Istat per l'anno 2019, l'aspettativa di vita dei cittadini e delle cittadine continua a essere sensibilmente inferiore nelle zone meridionali del Paese; ancora, che l'ultima stima della mobilità sanitaria interregionale ha segnalato, solo in capo alle Regioni meridionali, un saldo passivo pari al 77% .

Le ragioni di queste differenze, si sa, sono diverse, alcune anche precedenti alla riforma costituzionale del 2001. Giova ricordare, ad esempio -alla luce delle ricadute che ancora oggi tale decisione produce-, il decreto legislativo n. 502/1992 con il quale il paradigma dell'efficienza aziendale ha fatto ingresso nel sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie ammettendo la competizione tra soggetti pubblici e privati; la successiva regionalizzazione poi ha complicato il quadro nella misura in cui ha nutrito un folto contenzioso costituzionale volto a circoscrivere l'estensione dei riparti di competenza statale e regionale.

All'esasperazione, tuttavia, di un panorama nazionale, quale quello attuale, fortemente disomogeneo a livello territoriale in termini di garanzia del diritto alla salute, ha contribuito in maniera determinante la crisi economica e le successive politiche di

contenimento e taglio della spesa pubblica. Possono essere menzionati, senza pretesa di esaustività, i limiti che gravano sulle Regioni sottoposte a piani di rientro alle quali la Corte costituzionale ha, per ragioni di *spending review*, impedito l'ampliamento dei LEA, anche laddove destinato al miglioramento dell'offerta di prestazioni sanitarie e farmacologiche per pazienti oncologici, favorendo il cd. "turismo terapeutico", almeno per i malati più abbienti, verso Regioni, quasi sempre settentrionali, con i conti in regola.

La difficoltà di aumentare la spesa pubblica ha comportato, poi, non solo nelle Regioni sottoposte a piano di rientro, la mancata rinuncia agli introiti provenienti dai tickets sanitari, originariamente pensati come straordinari, dirottando spesso in tal modo i pazienti verso strutture private maggiormente competitive. In quelle pubbliche, nel mentre, si assiste a veri e propri blocchi o rallentamenti nelle assunzioni con effetti anche sulla formazione del personale sanitario, soprattutto medico, più giovane. Si stima, infatti, che ogni anno circa duemila laureati in medicina siano costretti a rimandare l'inizio del proprio percorso di specializzazione per insufficienza di fondi destinati alle borse di studio. Si delinea un quadro complicato in cui l'obiettivo di azzerare le diseguaglianze territoriali, perpetrato dalla legge n. 833/1978, appare fortemente frustrato a causa delle restrizioni economiche che incombono, sebbene in misura diversa, su tutte le Regioni.

Posto, dunque, che sembra difficile pensare agli effetti di un'ulteriore differenziazione territoriale fin quando, a monte, non sia garantita a ogni autonomia la medesima condizione di partenza, a chi scrive sembra che l'attenzione oggi debba comunque essere indirizzata più che sull'urgenza di una centralizzazione- almeno in fase emergenziale- della gestione sanitaria, sulle ricadute che l'erosione senza freni del diritto alla salute sta producendo in capo al sistema sanitario nazionale e, come dimostrano le vicende odierne, alla vita dell'intera comunità nazionale.

I PARTECIPANTI AL FORUM

Giovanni Aversente, Dottorando – Università di Pisa

Giacomo Canale, Dottorando – Università di Pisa

Elisabetta Catelani – Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale – Università di Pisa

Hugo L. Abas Frazão, Dottorando – Università di Pisa

Giuseppe Lauri, Dottorando – Università di Pisa

Cristina Luzzi, Dottoranda – Università di Pisa

Lorenzo Madau, Dottorando – Università di Pisa

Pier Giuseppe Puggioni, Dottorando – Università di Pisa

Carlo Saloi, Dottorando – Università di Pisa

Federico Spagnoli, Dottorando – Università di Pisa

IL FORUM

EMERGENZA COVID E QUESTIONI ECONOMICHE*

FORUM SULL'EMERGENZA, N. 3

INDICE

Francesco MARONE – Introduzione al *Forum* “Emergenza Covid e questioni economiche” (p. 304 ss.)

I Domanda (p. 307 ss.) - L'UE ha sospeso l'efficacia del patto di stabilità, ma l'Italia, con la legge costituzionale 1/2012, ha introdotto il principio dell'equilibrio di bilancio nella Costituzione. Ciò potrebbe rappresentare un limite a una politica espansiva?

II Domanda (p. 310 ss.) - La forza maggiore è una categoria che può condizionare un ordinamento a vari livelli, dal semplice inadempimento contrattuale sino agli assetti della forma di stato e della forma di governo. Entro quali limiti tale condizionamento può ritenersi legittimo?

III Domanda (p. 311 ss.) - Il diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera in quale misura risulta essere garantito dai provvedimenti assunti e cosa risulta eventualmente ancora da fare per rispettare questa previsione?

IV Domanda (p. 314 ss.) - Le limitazioni previste dall'art. 41 all'iniziativa economica privata possono costituire uno strumento utile al fine di affrontare la crisi? E in che modo?

V Domanda (p. 314 ss.) - Le difficoltà economiche conseguenti al periodo di emergenza sanitaria sono destinate a far crescere le disuguaglianze; in questo contesto, al fine di realizzare una maggiore uguaglianza sostanziale, quali strumenti potrebbe offrire la Costituzione, a partire, ad esempio, da un ripensamento della progressività fiscale ex art. 53?

I partecipanti al Forum (p. 317 s.)

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

INTRODUZIONE AL FORUM “EMERGENZA COVID E QUESTIONI ECONOMICHE”

FRANCESCO MARONE

L'emergenza sanitaria, dovuta al diffondersi del virus Covid-19, sta avendo conseguenze molto profonde su ogni aspetto della vita sociale.

Dal punto di vista economico e macroeconomico, la crisi di questi mesi si inserisce in un quadro già difficile, sia per i postumi della crisi congiunturale di dieci anni fa, non ancora del tutto superata dal nostro Paese, sia per alcuni nodi strutturali del sistema economico italiano. Sotto quest'ultimo aspetto, i problemi economici si intrecciano con l'integrazione europea, in particolare per quanto riguarda il grado di apertura del sistema e la conseguente progressiva perdita della sovranità monetaria.

È da qui che conviene, quindi, partire in queste brevi premesse che hanno la sola, limitata, ambizione di introdurre le risposte dei dottorandi dell'Università di Pisa alle domande che abbiamo loro posto.

Con l'espressione costituzione economica si è soliti indicare l'insieme delle disposizioni costituzionali che regolano i rapporti economici. Queste sono principalmente quelle racchiuse nel Titolo III della Parte I della Costituzione, ma anche in leggi ordinarie, quali ad esempio quella antitrust o quella che ha disposto la privatizzazione delle principali imprese pubbliche¹.

Tuttavia, se con questa espressione si vuole fare riferimento al modo in cui la Costituzione repubblicana guarda all'economia, è probabilmente più corretto non limitare l'analisi alle sole disposizioni che espressamente si riferiscono ai rapporti economici. Il progetto di società che la Costituzione disegna comprende senz'altro anche i suoi aspetti economici, ma questi sono definiti da un insieme di principi che va oltre i rapporti economici formalmente e strettamente intesi, primo fra tutti il principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3.

In quest'ottica è condivisibile la posizione di chi ritiene che non vi sia una «una costituzione *economica* distinta dalla costituzione *politica*»².

Al di là delle precisazioni terminologiche, il modello economico delineato dalla Costituzione è un modello economico misto, nel quale l'economia di mercato convive con l'intervento pubblico finalizzato a correggerne le dinamiche verso fini di utilità sociale, in ultima analisi rivolte a quella eguaglianza sostanziale dell'articolo 3, che

¹ Cfr. S. CASSESE, *Introduzione*, in ID (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 2012, 3, il quale riferisce di altri due sensi che possono attribuirsi all'espressione costituzione economica. La seconda accezione è riferibile al professore di Oxford della fine del XIX secolo, Albert Venn Dicey, il quale ritiene che il diritto pubblico dell'economia non possa fondarsi solo sull'analisi delle norme, ma deve comprendere anche l'analisi dell'opinione pubblica, intesa nel senso di modo in cui i cittadini percepiscono il corso della storia economica. Il terzo significato dell'espressione costituzione economica include, oltre a norme costituzionali, leggi e opinione pubblica, anche gli aspetti amministrativi, ossia gli atti applicativi delle norme formali, che trasformano la costituzione economica in senso formale in diritto vivente.

² O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, Napoli 2016, 11.

rappresenta forse il più importante elemento di novità della nostra Costituzione.

Il disegno giuridico e istituzionale del nostro ordinamento costituzionale discende anche dalla nuova concezione del ruolo dello Stato nel sistema economico, nata per far fronte alla grande depressione degli anni trenta. Non più un mercato che si autoregola in virtù delle aspettative razionali, ma un mercato regolato dal potere pubblico che ne corregge le distorsioni, divenendone anche attore là dove necessario³.

In quest'ottica, la Costituzione italiana si inserisce come un elemento centrale di quel nuovo disegno politico-istituzionale che aprirà la stagione storica della ripresa economica post-bellica e dello sviluppo pieno dello stato sociale.

Tuttavia, il tema del mercato viene affrontato dai costituenti in modo per certi versi contraddittorio. La diffidenza nei confronti del libero mercato accomuna, in qualche modo, i comunisti e la componente cattolica sociale. I primi, dopo un iniziale atteggiamento più morbido, assumeranno una posizione di più netta avversione, avendo compreso che la via dell'opposizione era inevitabile. I democristiani finiranno per difendere il mercato più come libertà politica dei singoli che come sistema economico regolato dal diritto pubblico a tutela del suo regolare funzionamento. Ne verrà fuori un quadro nel quale tutela del mercato e tutela della singola impresa si confondono fino a creare un'economia assistita nella quale il rapporto tra politica e imprenditoria sarà troppo stretto e troppo interdipendente.

Naturalmente, non può non ricordarsi che da quel disegno e da quegli equilibri nacque e si sviluppò il boom economico italiano degli anni '50 e '60, ma ciò non toglie che questo sia avvenuto nel quadro di una infrastruttura giuridico-istituzionale del mercato peculiare. Rispetto al modello del libero mercato la costituzione economica italiana disegna un'economia di mercato nella quale programmi e diritti individuali prevalgono sul principio di libera concorrenza.

La concorrenza come principio pubblicistico di regolazione del mercato atto a garantire parità tra i concorrenti entrerà nell'ordinamento italiano dalla porta europea, affermandosi progressivamente fino alla sua piena attuazione con l'approvazione della legge n. 287 del 1990, che istituisce l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. La piena apertura dell'ordinamento italiano al libero mercato e alle sue regole fondanti avviene, quindi, in ragione dell'adesione dell'Italia alle comunità europee. È un percorso progressivo nel quale tanto più i mercati europei si integrano tanto più il principio di concorrenza si afferma pienamente e diffusamente.

La piena apertura del mercato delle merci, dei servizi e dei capitali avviene definitivamente con la sottoscrizione dell'Atto Unico del 1986. Da quel momento lo Stato

³ L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli 2016, 25: «Negli anni '30 si costruì, infatti, una nuova infrastruttura giuridica e istituzionale, destinata a durare a lungo e giustificata per l'appunto con la necessità di non tornare più al passato, di evitare per sempre una nuova crisi di quelle dimensioni e di attribuire, quindi, un nuovo ruolo allo Stato, all'intervento pubblico e alla regolazione che impedisse la stessa creazione delle condizioni di una crisi generale. Proprio per questa ragione, quell'insieme di misure fu pensato, se pur con gli ovvi e sempre presenti condizionamenti delle contingenze politiche, non come un rimedio temporaneo ad una crisi passeggera, ma come una infrastruttura stabile e permanente, che doveva appunto sia rimediare al passato, sia determinare un futuro più sicuro e scevro da rischi e pericoli».

si ritrova in una posizione nei confronti dei mercati finanziari non molto dissimile da quella di tutti gli altri debitori. La piena apertura del mercato dei capitali impedisce l'intervento pubblico attraverso il tasso di cambio e il tasso di sconto, ossia impedisce di intervenire con la leva della politica monetaria. Anche la leva fiscale ne risulta limitata, perché, in assenza di limiti alla circolazione dei capitali, i fattori produttivi sono liberi di andare dove è maggiormente conveniente e ciò riduce, com'è evidente, i margini di manovra della politica di bilancio.

Si crea in quel momento un sistema del tutto aperto nel quale, in ultima analisi, la competizione è una competizione tra sistemi. Se i fattori produttivi sono pienamente liberi di allocarsi in uno qualsiasi dei Paesi aderenti al mercato comune, la competizione diviene fatalmente una competizione anche tra gli Stati membri.

In questo quadro i Paesi più deboli sono quelli che soffrono maggiormente e l'Italia è tra questi. Si avvia un progressivo rallentamento della crescita, e un corrispondente peggioramento dei conti pubblici, che vedrà un'accelerazione con l'avvento della moneta unica. L'imposizione del vincolo del pareggio di bilancio, a partire dal primo gennaio 1999, illegittima secondo una nota e autorevole opinione, è causa di una dinamica perversa della nostra economia. La sostanziale impossibilità di fare investimenti fa progressivamente rallentare la crescita del PIL e il progressivo indebolimento della nostra economia peggiora il nostro merito di credito facendo crescere il tasso d'interesse al quale il Paese si indebita sui mercati finanziari internazionali. Il rapporto debito/PIL peggiora così gradualmente fino a sfondare il muro del 130% con la crisi dei debiti sovrani del 2011, quando tutte le contraddizioni della moneta unica vengono a galla in modo drammatico.

La cessione della sovranità monetaria, accompagnata dal vincolo del pareggio di bilancio, rende di fatto quasi nulli i margini della politica di bilancio e, quindi, della possibilità di investimenti finalizzati alla crescita. È, in ultima analisi, una questione di democrazia e di sovranità. Alla riduzione dello spazio della politica di bilancio nazionale non è corrisposto un analogo e speculare incremento dell'area della politica di bilancio UE. In questo modo la dinamica economica non è più regolata, secondo gli schemi istituzionali e giuridici scaturiti dalla crisi degli anni '30, né dallo Stato regolatore e imprenditore, né dagli organi dell'Unione.

La disposizione costituzionale sulla quale l'Italia ha fondato la sua adesione al mercato unico è, com'è noto, quella dell'art. 11, che ammette limitazioni di sovranità solo in condizioni di parità con gli altri Stati. Tuttavia, le condizioni di fatto dell'Italia non erano, e non sono vieppiù oggi, le stesse dei Paesi più forti, soprattutto in ragione dell'elevato debito pubblico. Ciò comporta conseguenze drammatiche per il nostro Paese. Le decisioni sulle politiche monetarie e di bilancio vengono prese ai tavoli europei ai quali il nostro Paese è in una posizione di debolezza, in ragione dell'elevato debito pubblico che ci espone, in caso di aumento dei tassi di interesse, al rischio del collasso del nostro sistema economico.

La situazione è parzialmente migliorata a partire dal 2012, quando la BCE ha avviato un massiccio programma di acquisto del debito pubblico dei paesi dell'eurozona sul mercato secondario, che ha "calmato" i mercati finanziari. Tuttavia, in assenza di

misure strutturali che ci consentano di recuperare condizioni di parità con gli altri Stati nella gestione della finanza pubblica, la questione è destinata a tornare, come dimostra la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio scorso che, pronunciandosi sul *quantitative easing*, ha ricordato che la BCE ha un limite massimo nella quota di debito pubblico di un singolo Paese dell'eurozona che può detenere.

Affrontare e risolvere il problema del debito pubblico e della sua gestione è un problema che attiene alla sovranità e alle condizioni alle quali ne abbiamo ceduto una quota a istituzioni europee che non la esercitano sempre in piena coerenza con il disegno economico della nostra Costituzione. Far valere i principi supremi come controlimite al diritto europeo richiede un'inversione della dinamica recessiva degli ultimi anni che non può che passare per investimenti pubblici che, però, solo un debito sostenibile ci potrebbe consentire di programmare senza andare incontro a un disastro finanziario.

In quest'ottica, il programma di *recovery fund*, varato dal Consiglio europeo del 18 e 19 luglio scorsi, può rappresentare un punto di svolta importante, non tanto, o non solo, perché farà arrivare ingenti risorse per sostenere investimenti e sviluppo, ma soprattutto perché sarà finanziato, almeno in parte, con l'emissione di debito europeo. Dal punto di vista dei mercati finanziari internazionali, la prospettiva di lungo periodo di una garanzia sui debiti dei Paesi UE che, nella sostanza, tende a divenire una garanzia collettiva, dovrebbe avere l'effetto di allentare la tensione sulla stabilità finanziaria dei Paesi più indebitati, perché, di fatto, sancisce la sostenibilità di lungo periodo del debito pubblico, per quanto elevato possa essere in rapporto al PIL.

È in questo quadro d'insieme, qui molto sinteticamente e sommariamente riassunto, che abbiamo posto ai dottorandi dell'Università di Pisa le seguenti domande.

I Domanda

L'UE ha sospeso l'efficacia del patto di stabilità, ma l'Italia, con la legge costituzionale 1/2012, ha introdotto il principio dell'equilibrio di bilancio nella Costituzione. Ciò potrebbe rappresentare un limite a una politica espansiva?

GIACOMO CANALE

La risposta è necessariamente articolata. Per quanto riguarda la specifica contingenza, la disciplina costituzionale sull'equilibrio di bilancio non costituisce un limite (insuperabile) all'adozione di una politica espansiva. Infatti, come noto, l'art. 81 Cost., 2° co., prevede che il ricorso all'indebitamento è consentito solo al 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, quale certamente è la pandemia in corso. E l'art. 6 della legge rinforzata n. 243/2012, attuativa della nuova formulazione dell'art. 81, prevede la possibilità di scostamenti

temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico in caso di eventi eccezionali.

La difficoltà piuttosto potrà sorgere appena sarà finita la pandemia. Infatti, lo scostamento di cui sopra è consentito esclusivamente in caso di eventi eccezionali e quindi potrebbe non essere possibile quando l'emergenza non sia più in atto, ancorché perdurino i gravi effetti economici che giustificerebbero ulteriori politiche espansive. Soprattutto, potrebbe venire meno l'unanime, o prevalente, consenso in ambito comunitario allo sfioramento del rapporto deficit/PIL (non superiore al 3%) e all'aumento ulteriore del rapporto debito/PIL per quei Paesi che ne hanno già uno superiore al 60% (e che quindi dovrebbero ridurlo). Si pensi esemplificativamente a quanto potrebbe avvenire già il prossimo anno o nel 2022, qualora l'emergenza sia stata trasformata in un problema sanitario gestibile. Vi potrebbe allora essere una divergenza di valutazione tra i Paesi c.d. "virtuosi", che in virtù delle loro ottime condizioni di finanza pubblica di partenza potrebbero propendere per politiche più rigorose per il tempestivo rientro nei parametri, e i Paesi "viziosi" che invece non sarebbero verosimilmente pronti a invertire il senso di marcia, a meno di non provocare ulteriori shock economici, forse insostenibili per le loro economie.

In definitiva, nel medio tempo è possibile prevedere una forte conflittualità tra gli Stati europei perché se il virus produce effetti simmetrici su tutti i Paesi, le scelte su come reagire, anche in base alle condizioni di partenza, provocheranno situazioni asimmetriche con i paesi forti che lo saranno ancor di più (e infatti la Germania ha già varato il piano di aiuti alle imprese e agli individui più cospicuo dell'area comunitaria) e i deboli che diventeranno ancora più deboli.

LORENZO MADAU

No, fortunatamente non potrebbe, per le seguenti ragioni.

Si deve premettere che la sospensione del Patto di Stabilità e Crescita, o meglio del percorso di avvicinamento all'Obiettivo a Medio Termine da parte dei bilanci statali in esso previsto, si basa sull'attivazione della *general escape clause* di cui agli artt. 5, 6, 9 e 10 del Reg. 1466/97 nonché 3 e 5 del Reg. 1467/97; tale clausola è prevista per i casi in cui si produca «un evento inconsueto che non sia soggetto al controllo dello Stato membro interessato e che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale dello Stato membro o in caso di grave recessione economica della zona euro o dell'intera Unione».

Passando all'ordinamento interno, si deve innanzitutto considerare che l'elaborato sistema normativo che disciplina l'equilibrio di bilancio nel nostro ordinamento si fonda, in gran parte, sul rinvio e sulla recezione proprio delle regole del PSC.

Andando per gradi, l'art. 81 Cost. si caratterizza per una serie di previsioni generali che, da una parte, già lasciano intravedere elementi di flessibilità fiscale, dall'altra, necessitano esplicitamente, secondo quanto previsto dal c. 6, di una disciplina che ne concretizzi e specifichi il significato.

Sotto il primo aspetto, il 1° comma afferma che lo Stato, nell'assicurare l'equilibrio tra entrate e spese, deve comunque tenere conto «delle fasi avverse e della fasi favorevoli del ciclo economico», così legittimando politiche anticicliche in *deficit*; soprattutto, il 2° comma prevede che lo Stato possa ricorrere eccezionalmente a nuovo indebitamento in due ipotesi: a) «al fine di considerare gli effetti del ciclo economico; b) «al verificarsi di eventi eccezionali», in questo caso previa autorizzazione a maggioranza assoluta delle Camere.

Sotto il secondo profilo, la necessaria disciplina attuativa è stata introdotta con la l. 243/2012. E' in essa che sono previste le definizioni puntuali dei molti concetti generici dell'art. 81, le quali si servono abbondantemente di rinvii recettizi o di riproposizioni delle corrispondenti definizioni del PSC che, così, finisce per riempire di contenuto, pur in via indiretta, gli stessi disposti dell'art. 81 Cost.

Per ciò che più ci interessa, l'art. 6 disciplina gli eventi eccezionali in grado di giustificare scostamenti temporanei dall'OMT tramite ricorso all'indebitamento; essi riflettono proprio quelli della *general escape clause* del PSC: « a) periodi di grave recessione economica relativi anche all'area dell'euro o all'intera Unione europea; b) eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, ivi incluse le gravi crisi finanziarie nonché le gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese».

All'esito di quanto brevemente ricordato, pertanto, si può concludere che ciò che giustifica una politica espansiva ed una sospensione del percorso di avvicinamento all'OMT agli occhi del PSC, non può che giustificarla anche agli occhi dell'art. 81 Cost. e della l. 243/2012.

CARLO SALOI

La costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio non è un impedimento ad una politica espansiva. Ciò si deduce dalla lettura sia dell'art. 81 Cost. sia della legge che vi dà attuazione (l. n. 243/2012).

La prima disposizione infatti, pur affermando con forza l'esigenza dell'equilibrio di bilancio, già al I comma delinea «margini di flessibilità» (M. LUCIANI), laddove afferma che lo Stato, nel fissare gli obiettivi di equilibrio del proprio bilancio, deve tener conto delle «fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». Di conseguenza è facile desumere che le esigenze di equilibrio del bilancio sono diverse nelle fasi recessive rispetto a quelle espansive e questo rende possibile «manovre fiscali anticicliche e il reperimento di risorse per il sostegno della domanda effettiva». Il II comma prevede anche il ricorso eccezionale da parte dello Stato all'indebitamento «al fine di considerare gli effetti del ciclo economico» e al «verificarsi di eventi eccezionali», previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta.

Non solo: l'art. 6 della citata l. n. 243/2012, in attuazione del predetto II comma, elenca una serie di casi eccezionali in cui è ammesso uno scostamento temporaneo dal saldo strutturale dell'obiettivo programmatico. In particolare, tale possibilità è prevista

nel caso di eventi che incidano pesantemente sulla situazione economica del Paese, quali «periodi di grave recessione economica» e «gravi calamità naturali».

Dal combinato disposto delle suddette norme si evince chiaramente che, per far fronte ad un'emergenza come quella prodotta dal Covid-19, il nostro ordinamento consente l'adozione di politiche anticicliche, come avvenuto l'11 marzo 2020 con l'autorizzazione delle Camere all'ulteriore indebitamento che ha consentito uno stanziamento di 25 miliardi di euro per affrontare la pandemia.

Dal canto suo, in caso di eventi eccezionali «al di fuori del controllo dello Stato membro interessato che abbia[no] rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale di detto Stato» (art. 5, par. 1, Reg. (CE) n. 1466/97), anche l'ordinamento dell'UE consente la sospensione temporanea del Patto di stabilità (di cui l'Italia stessa ha usufruito per fronteggiare la crisi), ma non elimina tale vincolo una volta finita l'emergenza, nonostante la cessazione di quest'ultima non coincida affatto con la risoluzione della crisi economica.

Se a quel punto la governance europea, anziché adottare misure volte a favorire una politica fiscale espansiva, ritenuta da più parti la vera soluzione per limitare la drastica caduta del Pil, continuasse a sostenere le sue classiche politiche di austerità pensate per “tempi normali”, allora il nostro Paese rischierebbe di rimanere soffocato dalla crisi.

Sarebbe quindi auspicabile l'adozione di misure solidaristiche, eventualmente anche al di là di quanto esplicitamente previsto dai Trattati, nei confronti dei Paesi più colpiti dall'epidemia, che consentissero loro di sostenere spese pubbliche al di là delle proprie capacità fiscali.

Si impongono, ora più che mai, scelte coraggiose da parte dell'Unione europea, che permettano di tenere alto l'ideale dell'unità europea di fronte ad una crisi unica nella storia, che ha messo in pericolo il nostro destino comune. Non sembra più sostenibile un'architettura istituzionale europea con una moneta unica, ma senza una politica fiscale (anche solo parzialmente) condivisa.

Il Domanda

La forza maggiore è una categoria che può condizionare un ordinamento a vari livelli, dal semplice inadempimento contrattuale sino agli assetti della forma di stato e della forma di governo. Entro quali limiti tale condizionamento può ritenersi legittimo?

GIACOMO CANALE

La questione è molto complessa e richiede valutazioni distinte per ciò che concerne il diritto privato e il diritto pubblico. Per il diritto privato, come noto, l'obbligazione si estingue quando per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile e se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, fino a che essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'inadempimento. (art. 1256 c.c.). Tale disposizione

sembrerebbe potere risolvere ogni possibile situazione derivante dall'emergenza sanitaria, ma, come ha notato autorevole dottrina (Natalino Irti), ciò vale in linea di principio, poiché il creditore potrebbe sempre provare che, nonostante la eccezionale gravità della situazione il debitore avrebbe potuto comunque adempiere. A tal fine una certa dottrina (Natoli) ha proposto le tesi di un obbligo generale di rinegoziazione dove sorga controversia circa la responsabilità per inadempimento o di continuità di rapporti contrattuali. Ma qui non è possibile approfondire ulteriormente. Per quanto riguarda la sfera del diritto pubblico, diverse disposizioni hanno previsto la sospensione di tutti i termini amministrativi e giurisdizionali, salvo quelli assolutamente indifferibili. Al riguardo, si può ritenere che in via generale la sospensione dei termini dovrebbe ridurre al minimo i casi di possibili controversie per il mancato adempimento di un dovere giuridico determinato dall'emergenza.

III Domanda

Il diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera in quale misura risulta essere garantito dai provvedimenti assunti e cosa risulta eventualmente ancora da fare per rispettare questa previsione?

GIACOMO CANALE

Il Governo italiano, come noto, ha adottato misure di politica fiscale per il sostegno delle famiglie e delle imprese. Senza entrare nel dettaglio delle singole misure, la valutazione complessiva delle misure di sostegno al reddito si è dimostrato largamente insufficiente. Al riguardo, sono eloquenti le seguenti parole della Caritas in una nota stampa dello scorso 2 maggio: “Si conferma, come anticipato nei giorni scorsi, il raddoppio delle persone che per la prima volta si rivolgono ai Centri di ascolto e ai servizi delle Caritas diocesane rispetto al periodo di pre-emergenza. In particolare, sono 38.580 i “nuovi poveri”, un incremento pari al 105%. Cresce la richiesta di beni di prima necessità, cibo, viveri e pasti a domicilio, empori solidali, mense, vestiario, ma anche la domanda di aiuti economici per il pagamento delle bollette, degli affitti e delle spese per la gestione della casa. Nel contempo, aumenta il bisogno di ascolto, sostegno psicologico, di compagnia e di orientamento per le pratiche burocratiche legate alle misure di sostegno e di lavoro”.

Questo drammatico scenario, destinato purtroppo ad aggravarsi significativamente nei prossimi mesi, può essere spiegato con il ritardo nell'erogare concretamente le misure di sostegno al reddito predisposte, soprattutto la cassa integrazione in deroga ancora in larghissima parte mai corrisposta, ma anche alle modalità farraginose previste per l'elargizione della liquidità alle imprese, peraltro configurate prevalentemente in termini di prestiti agevolati che determineranno il peggioramento del profilo debitorio delle PMI

con conseguenti possibili fallimenti futuri per l'impossibilità per molti operatori di onorare i debiti assunti anche alla luce della probabile contrazione degli affari di molti comparti (ad esempio, quello turistico e alberghiero).

In quest'ottica la misura apparentemente più efficace, il divieto di licenziamenti individuali e collettivi per motivi economici, rischia di essere solo un mero rinvio temporale per provvedimenti che saranno inevitabili, non essendo state previste misure analoghe a quelle di altre esperienze, ad esempio USA, nelle quali i prestiti alle imprese possono divenire a fondo perduto se dopo la fine della crisi l'operatore economico beneficiario mantiene o incrementa la forza lavoro.

CRISTINA LUZZI

La necessità di contenere le ricadute della pandemia e del conseguente *lockdown* sui redditi dei lavoratori ha condotto all'approvazione, da parte del Governo, del decreto legge n. 18/2020 che, nel momento in cui si scrive, si prepara ad essere convertito in legge e, contestualmente, seguito da un nuovo provvedimento (cd. decreto aprile/maggio), del quale non si conosce ancora il contenuto puntuale. Tuttavia, stando alle indiscrezioni fino a ora circolate, e al netto di alcuni profili di novità legati all'evolversi della pandemia, esso sembrerebbe porsi in continuità con il precedente provvedimento rispetto agli aspetti sui quali ci si sofferma brevemente in questa sede.

In particolare, si fa riferimento: ai meccanismi di tutela dei livelli reddituali che, sebbene lontani, come d'altra parte il livello minimo salariale, dal garantire un'esistenza libera e dignitosa ai lavoratori, meritano di essere menzionati soprattutto per l'ampiezza dei destinatari cui si rivolgono; al divieto di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo indirizzato ai datori di lavoro.

Si tratta di due profili non indifferenti se si guarda al lavoro da una prospettiva costituzionale; innanzitutto, il divieto di licenziamento individuale e collettivo, sebbene legato alla straordinarietà della situazione in corso, sembra contraddire il paradigma che ha informato l'ultima riforma strutturale del lavoro, conosciuta come *Jobs Act*, e cioè l'idea che gli interessi della parte datoriale e quelli dei lavoratori siano sostanzialmente coincidenti, traducendosi entrambi nella ricerca della maggiore competitività nel mercato del lavoro. Tale *ratio* era, infatti, sottintesa dal decreto legislativo n. 23/2015 laddove, prima della censura della Corte costituzionale avvenuta con la decisione n. 194/2018, ancorava il calcolo dell'indennità risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo al solo requisito dell'anzianità del dipendente, bloccando il controllo del giudice nella dinamica del rapporto di lavoro e scoraggiandone, nei fatti, anche il ricorso. Proprio in tale occasione, la Corte, nel ricordare che il risarcimento dovuto dal datore di lavoro, in caso di recesso *ad nutum*, deve svolgere nei confronti di quest'ultimo un'azione dissuasiva, ha riaffermato quanto sembra oggi emergere anche dal divieto di licenziamento previsto dal Governo in ragione dell'emergenza, e cioè l'originario squilibrio di potere, riconosciuto e arginato da una Costituzione che promuove la pari dignità sociale, tra chi svolge un'attività di impresa e chi vi partecipa come lavoratore dipendente.

Logicamente collegato a tale ultimo profilo, restando ovviamente nell'ambito dei provvedimenti emergenziali, si segnala, come anticipato, il potenziamento del sistema di sostegno e integrazione salariale, realizzato mediante l'accesso alle differenti forme di cassa integrazione con una finalità duplice: garantire la stabilità e il reddito del più ampio numero di lavoratori assunti a tempo indeterminato, a prescindere dalla dimensione dell'impresa di appartenenza; contenere, anche alla luce dell'esigenza di limitazione del contagio, le immediate ricadute sull'ordine pubblico e sulla pace sociale che si avrebbero laddove milioni di persone, impossibilitate a svolgere le proprie prestazioni lavorative, si vedessero sprovviste dei mezzi minimi necessari per sopravvivere.

Alle medesime finalità, d'altronde, rispondono l'introduzione di bonus per gli autonomi e i professionisti, la previsione del reddito di ultima istanza o ancora, ad esempio, il sostegno previsto a tutela dei magistrati onorari.

Se si volesse allora ragionare in termini di quello che resta da fare per garantire a chi lavora una retribuzione in grado di assicurare un'esistenza libera e dignitosa ed estendere tale riflessione al momento dell'estinzione della pandemia, a chi scrive sembra che alle misure introdotte sin qui andrebbe riconosciuto, per un caso di eterogenesi dei fini, un merito che potrebbe trasformarsi in opportunità, aver messo cioè nero su bianco, sebbene in modo ancora non esaustivo, quanti e soprattutto chi possano essere i *working poors*.

CARLO SALOI

Le misure a sostegno del reddito che il Governo ha messo in campo in via eccezionale per fronteggiare la drastica perdita di occupazione causata dalla sospensione delle attività produttive imposta dall'emergenza di contagio da Covid-19 sono state un segnale sicuramente rilevante, ma di certo insufficiente a garantire una copertura dell'intera categoria dei lavoratori.

Gli strumenti adottati (quali il potenziamento della cassa integrazione ordinaria e il blocco temporaneo dei licenziamenti) riescono infatti ad apportare una tutela (temporanea) piena ed effettiva principalmente nei confronti dei dipendenti a tempo indeterminato (A. MARESCA).

Il discorso può, sia pur parzialmente, estendersi anche nei confronti dei lavoratori autonomi e delle Partite Iva, anche se il bonus Inps di 600-800 euro è stato ritenuto da più parti un sussidio insufficiente ad affrontare la crisi.

Coloro che invece rimangono del tutto privi di tutela sono i c.d. lavoratori in nero (quasi 4 milioni di persone), che restano esposti a rischio disoccupazione a causa del blocco delle attività produttive.

In questo senso, le stime di Confesercenti ed Istat delineano un quadro economico-finanziario drammatico, una volta che saremo usciti dall'emergenza sanitaria, con un livello di perdita occupazionale elevatissimo ed un aumento esponenziale della fascia di povertà assoluta (come già dimostrano i dati forniti dalla Caritas).

A farne le spese saranno principalmente i soggetti più deboli della società, che corrono il rischio di trovarsi senza ulteriori garanzie. È quanto mai evidente che senza un intervento forte a livello nazionale ed europeo, questa situazione è destinata a peggiorare. In questo senso, una soluzione potrebbe essere quella di un reddito minimo garantito, attraverso l'estensione senza condizioni del reddito di cittadinanza. Tale misura assicurerebbe a tutti la possibilità di vivere in maniera dignitosa il periodo "post quarantena", in attesa della ripresa delle attività produttive, il cui incentivo non potrà che passare da investimenti pubblici nel quadro di una politica fiscale espansiva.

Naturalmente uno strumento di tal fatta trova un vincolo nel reperimento delle risorse. È allora auspicabile che, in questa fase, l'Unione europea approvi misure di sostegno all'inevitabile incremento della spesa pubblica degli Stati membri. Non può tuttavia dimenticarsi che anche il fattore tempo può essere determinante, ragion per cui, si potrebbe, come in parte è stato già fatto, e con tutte le necessarie cautele, iniziare a sostenere tali misure attraverso un incremento del debito pubblico.

IV Domanda

Le limitazioni previste dall'art. 41 all'iniziativa economica privata possono costituire uno strumento utile al fine di affrontare la crisi? E in che modo?

GIACOMO CANALE

Le limitazioni previste dall'art. 41 Cost. sarebbero sufficienti per affrontare la crisi. Ma qui forse si è andati ben oltre con un sacrificio della libertà di iniziativa economica privata eccessivo rispetto alle esigenze di tutela. Molti commentatori hanno osservato che la scelta di fare ricorso ai codici Ateco per autorizzare e/o vietare un'attività produttiva è stata surreale, in quanto codici poco significativi e del tutto estranei alla concreta capacità di un operatore economico di mettere in atto le necessarie misure di sicurezza.

GIUSEPPE LAURI

In queste settimane, numerosi provvedimenti hanno introdotto limitazioni alla libertà di iniziativa economica. Un nutrito gruppo di esse è stato recato, oltre che dal d.p.c.m. dell'11 marzo - che ha previsto che rimanessero aperte solo le imprese rientranti in determinati settori economici nonché, previa comunicazione al prefetto competente, le industrie a ciclo continuo -, da molte ordinanze emanate dai Presidenti di Giunta Regionale - si pensi, tra le tante, a quella campana n. 12 dell'11 marzo con cui sono stati vietati mercati, fiere e sagre. Riecheggiano, inoltre, fortemente il dettato della Costituzione (art. 42, c. 2) disposizioni quali l'art. 6 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 una serie di requisizioni in uso o in proprietà adoperabili - dietro indennizzo all'avente diritto

– dal dipartimento della Protezione Civile, anche su richiesta del commissario straordinario di governo, di “presidi sanitari e medico-chirurgici, nonché di beni mobili di qualsiasi genere, occorrenti per fronteggiare” l'emergenza, nonché di “strutture alberghiere, ovvero di altri immobili aventi analoghe caratteristiche di idoneità, per ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare”. Ancora più impattanti, inoltre, sono le disposizioni riguardanti l'esercizio, da parte dello Stato, di “poteri speciali nei settori strategici” (cd. “golden share”) introdotte dal d.l. n. 23 dell'8 aprile. E fino alla cessazione dello stato d'emergenza deliberato il 31 gennaio 2020 dal Consiglio dei Ministri, potrebbe ben darsi il caso di altri interventi limitativi della libertà d'iniziativa economica – potrebbe essere il caso, ad esempio, di ulteriori contingentamenti alle attività in settori capaci di muovere persone sul territorio nazionale, come quelle del settore turistico o dei trasporti.

La limitazione delle attività economiche si riverbera sulla dignità del cittadino lavoratore, sulla sua dimensione essenziale. Proprio per questo, non dovrebbe tradursi in una situazione di indebolimento del sistema economico – come potrebbe essere una decisa contrazione del PIL, con tutto ciò che essa comporterebbe – tale da impedire una fisiologica ripartenza delle attività, e dunque la corresponsione dei salari, nonché il gettito erariale, e minacciare il risparmio, che pure la Costituzione chiede sia tutelato dalla Repubblica. Del resto, se dette misure limitative sono sicuramente necessarie, alla luce dell'art. 32 Cost., per preservare una situazione igienico-sanitaria collettiva che la nostra Carta fondamentale vede come imprescindibile per un sereno sviluppo della personalità umana, quest'ultimo aspetto dovrebbe guidare il legislatore nell'adozione di misure adeguate in quanto a impatto e scopo, durante la pandemia e superata essa, integrando un vero e proprio parametro di ragionevolezza – insieme ai criteri ex art. 41, c. 2 Cost. - che renderebbe poco giustificabili limitazioni all'iniziativa privata poco conciliabili con le richiamate esigenze di tutela della salute pubblica (si pensi, in via di ipotesi, ad un divieto *sine die* di attività ricreative in pubblici esercizi). Questo dovrebbe valere, dunque, sia per le misure direttamente limitative della libertà di iniziativa economica, che per quelle indirettamente limitative (si pensi alle ricadute che hanno avuto sul comparto economico dei trasporti i provvedimenti in materia di limitazione della mobilità).

V Domanda

Le difficoltà economiche conseguenti al periodo di emergenza sanitaria sono destinate a far crescere le disuguaglianze; in questo contesto, al fine di realizzare una maggiore uguaglianza sostanziale, quali strumenti potrebbe offrire la Costituzione, a partire, ad esempio, da un ripensamento della progressività fiscale ex art. 53?

GIACOMO CANALE

La considerazione svolta prima su come una minaccia simmetrica (il virus) sia destinato a produrre effetti asimmetrici in base alle reazioni messe in atto può tranquillamente estendersi alle persone fisiche e giuridiche di un ordinamento, come il nostro. Infatti, è inevitabile che le diseguaglianze sociali ed economiche siano destinate ad aumentare. Peraltro tale peggioramento dell'equità sociale probabilmente avverrà lungo crinali sociali diversi da quelli tradizionali, venendo in rilievo una distinzione tra garantiti e non garantiti che sovverte certe presunzioni. Oggi un dipendente pubblico, ma anche un pensionato, stanno subendo un minore, se non nullo, pregiudizio economico, mentre altre categorie di lavoratori, dipendenti privati, autonomi e imprenditori, subiscono gravi pregiudizi che in taluni casi possono divenire irreversibili.

Tale inevitabile esito è aggravato dalla mancata tempestiva attuazione delle misure di sostegno economico adottate e dal già precario quadro di finanza pubblica che ha costretto ad adottare prevalentemente prestiti in favore delle imprese che peggioreranno ulteriormente il profilo debitorio dei richiedenti già duramente messi alla prova.

In questo grave contesto, sembra istintivo ipotizzare la necessità di una politica fiscale più redistributiva, con particolare riferimento alla possibilità di introdurre una tassazione patrimoniale, al fine di realizzare una maggiore equità sociale a carico dei più abbienti in favore dei meno abbienti. Ma questo genere di misura potrebbe essere gravemente rischioso, poiché è già altissimo il rischio che gli effetti recessivi della crisi divengano depressivi, cioè assumano un carattere strutturale, come, ad esempio, avvenuto nella famosa crisi del 1929. In definitiva, pensare di affrontare la grave crisi economica con un aggravamento del carico fiscale già oneroso, anche perché non tiene conto che molti possibili destinatari di una tassazione patrimoniale potrebbero risentire intensamente degli effetti economici negativi, ad esempio un professionista o un imprenditore che vede ridotto significativamente il proprio giro di affari e che dovrebbe pertanto attingere ai risparmi per farvi fronte.

Inoltre, la stessa supposta equità di una tassazione patrimoniale potrebbe essere solo apparente per la paradossale situazione italiana per la quale un eventuale contributo di solidarietà per i contribuenti sopra gli 80.000 euro lordi riguarderebbe solo 803.741 contribuenti, cioè l'1,95% del totale, secondo gli ultimi dati disponibili sul sito del dipartimento delle Finanze del ministero dell'Economia, relativi alle dichiarazioni dello scorso anno sui redditi 2018. È evidente che tali numeri sono distorti da un livello di evasione fiscale che rende odiosa una misura del genere in quanto penalizza sempre i soliti noti, che già sostengono un peso fiscale enorme (spesso pari alla metà del proprio reddito), a vantaggio non solo dei bisognosi, ma anche a chi approfitta di un'amministrazione finanziaria incapace di assicurare livelli di fedeltà fiscale più consoni per un Paese avanzato.

LORENZO MADAU

Il titolo della Cost. dedicato ai rapporti economici offre un numeroso campionario di strumenti di indirizzo e di intervento dello Stato nella vita economica, ispirati a finalità

di utilità sociale. Tali strumenti, rimasti negletti negli ultimi decenni, rappresentano, insieme al riconoscimento dei diritti sociali, i molteplici mezzi indicati dalla Costituzione ai poteri pubblici al fine di realizzare quel doveroso percorso di emancipazione sociale tratteggiato dall'art. 3, comma 2, fondato sul perseguimento dell'eguaglianza sostanziale tra i cittadini. L'altezza della sfida posta da questa crisi impone, allora, di riscoprirne le virtualità.

Senza dubbio, lo stesso discorso vale per l'art. 53 ed il principio della progressività tributaria, anch'esso preordinato, attraverso il chiaro intento redistributivo, alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale. Non vi è dubbio che un ripensamento del nostro sistema fiscale, oggi lontanissimo dalla realizzazione di quel principio, sarebbe non solo economicamente opportuno, ma costituzionalmente doveroso.

Tuttavia, bisogna rilevare che la causa di tale inattuazione non risiede solo nelle colpe di una classe politica dotata di scarsa cultura costituzionale, ma anche nell'esistenza di ostacoli oggettivi; ci si riferisce alla libertà indiscriminata di movimento dei capitali, la quale è non solo un ostacolo di fatto, in quanto connotato essenziale della globalizzazione economica, ma, per i paesi dell'UE, costituisce anche un formidabile ostacolo di diritto, essendo un principio fondamentale stabilito dai Trattati (art. 63 TFUE). La libera circolazione dei capitali, infatti, in assenza di regole sovranazionali comuni in tema di tassazione, ha messo gli Stati membri in un'evidente situazione di concorrenza fiscale al ribasso, rendendo impraticabili scelte politiche volte ad aumentare in modo realmente progressivo la pressione fiscale sui redditi più elevati e soprattutto su quelli societari, dal momento che i loro titolari avrebbero sempre la comoda possibilità di "fuggire" e spostare i propri capitali verso sistemi fiscali più indulgenti. Dunque, l'inosservanza dell'art. 53 ha radici oggettive che impongono una riflessione anche sull'attuale stato profondamente imperfetto del processo di integrazione europea.

La sua soluzione richiederebbe una revisione (ad oggi utopistica) dei Trattati al fine, alternativamente, di: a) trasferire sovranità in materia tributaria all'UE in modo da stabilire imposte sui redditi uniformi su tutto il territorio europeo; b) ripensare il *totem* della libertà assoluta di circolazione dei capitali all'interno del continente.

Frattanto, ma sarebbe una soluzione solo temporanea, si potrebbe percorrere un'interpretazione più lata possibile della clausola di cui all'art. 65 TFUE, che lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati di «adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza», al fine di introdurre restrizioni alla circolazione dei capitali motivate dalla gravissima crisi in atto, in modo da poter alzare le imposte sui redditi più elevati senza provocarne l'immediata fuga generalizzata.

I PARTECIPANTI AL FORUM

Giacomo Canale, Dottorando – Università di Pisa

Giuseppe Lauri, Dottorando – Università di Pisa

Cristina Luzzi, Dottoranda – Università di Pisa

Lorenzo Madau, Dottorando – Università di Pisa

Francesco Marone, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa” di Napoli

Carlo Saloi, Dottorando – Università di Pisa

IL FORUM

EMERGENZA COVID E ORGANI COSTITUZIONALI*

FORUM SULL'EMERGENZA, N. 4

INDICE

Andrea PERTICI – Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive (p. 321 ss.)

I Domanda (p. 333 ss.) - Alla prova della pandemia, le deroghe all'ordinario esercizio dei poteri previste dalla Costituzione risultano adeguate? In particolare risulta condivisibile la mancata previsione di uno "stato di eccezione" o "d'urgenza" previsto invece in altre Costituzioni?

II Domanda (p. 341 ss.) - L'emergenza sanitaria ha portato a introdurre limitazioni delle libertà, a partire da quella di circolazione e di soggiorno. Ciò è previsto dalla Costituzione in presenza di determinati presupposti, quali sembrano integrati, e da parte della legge (o – si ritiene – atto con forza di legge). Quale spazio si ritiene possa essere lasciato a fonti subordinate? E, quindi, nel caso di specie, l'utilizzo di d.P.C.M., ordinanze ministeriali, regionali e locali è risultato corretto sul piano del rapporto tra fonti?

III Domanda (p. 347 ss.) - La necessità di agire con legge (o atti avente valore di legge) chiama naturalmente in causa il Parlamento. Ma l'emergenza sanitaria sta incidendo anche sui lavori parlamentari: le Camere sono scarsamente convocate, sono state previste sedute a ranghi ridotti e voti scaglionati, mentre si discute di prevedere votazioni a distanza piuttosto che altre misure per evitare il contagio. Anche considerato che la Costituzione non prevede ipotesi di sospensione dell'attività dell'organo, quali limitazioni e modalità alternative di esercizio delle funzioni si possono ritenere legittime?

IV Domanda (p. 354 ss.) - Premesso che, come abbiamo detto, l'emergenza sanitaria ha spostato l'asse della normazione verso il Governo, si nota, all'interno di questo, un accentramento degli interventi nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, come emerge dall'ampio utilizzo del P.d.C.M., a scapito della collegialità. Quali sono i vantaggi e i limiti di questa scelta?

V Domanda (p. 357 ss.) - Se l'emergenza sanitaria finisce per incidere sui rapporti tra le Camere e il Governo e nei rapporti interni a questo, ciò si ripercuote anche sul ruolo del Presidente della Repubblica?

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista

VI Domanda (p. 360 ss.) - Si parla insistentemente di rinvio delle elezioni regionali e locali, cosa che sarebbe possibile intervenendo con legge, ma la Costituzione (art. 60, comma 2), esclude che ciò possa avvenire per le Camere. Alla luce dell'emergenza sanitaria senza precedenti emersa nelle ultime settimane, si tratta di una soluzione ragionevole o meriterebbe un ripensamento?

I partecipanti al Forum (p. 362 s.)

IL POTERE POLITICO DI FRONTE ALL'EMERGENZA: NOTAZIONI INTRODUTTIVE

ANDREA PERTICI

1. Premessa

Sin dalle prime settimane di diffusione del covid-19, che ha provocato un forte allarme a livello internazionale e la conseguente predisposizione di misure di contenimento da parte di diversi Stati, nell'ambito del dottorato in scienze giuridiche dell'Università di Pisa (curriculum di giustizia costituzionale) abbiamo pensato di interrogarci sulle conseguenze che l'adozione di misure emergenziali stava producendo sull'intero assetto ordinamentale, sia in relazione alle modalità con cui ciò avveniva sia rispetto ai contenuti delle misure stesse. Le conseguenze dell'emergenza, in effetti, sembravano assumere una portata davvero ampia, tanto da suggerirci un'articolazione del forum in quattro parti.

Quella che andiamo a introdurre nelle pagine che seguono attiene alle conseguenze che l'emergenza ha prodotto sui poteri pubblici: in particolare, infatti, ci si è chiesti se, in presenza di un fenomeno, di fatto, così eccezionale, vi sia la possibilità di deroghe costituzionali (fondate sulla necessità stessa come fonte del diritto) o se, anche in considerazione della mancata previsione costituzionale di uno stato d'emergenza, o d'eccezione, si possa fare uso comunque soltanto agli strumenti previsti nella Costituzione (con le deroghe eventualmente espressamente previste). Sulla base dell'assetto esistente, poi, ci si è chiesto fino a che punto sia possibile ridefinire i rapporti tra i poteri politici (e in particolare tra il Governo e il Parlamento, con eventuali conseguenze sullo stesso ruolo del Presidente della Repubblica, oltre che all'interno dello stesso Governo), anche dal punto di vista delle fonti del diritto utilizzate. In questo ambito, certamente, un problema che ha assunto una certa consistenza è stato quello della scarsa attività svolta dalle Camere, con il connesso dibattito sulla possibilità per le stesse di lavorare con i parlamentari collegati da remoto. Infine, abbiamo ritenuto di riflettere sul rinvio delle votazioni popolari – sia per il referendum costituzionale, peraltro già indetto per il 29 marzo, sia per le elezioni regionali e comunali – e sulle loro conseguenze anche in termini di ulteriore riduzione della partecipazione politica, già così sofferente.

2. L'assenza di uno stato d'eccezione nella Costituzione italiana

In Italia, che è stato uno dei primi Paesi colpiti, in modo molto rilevante, anche in considerazione delle dichiarazioni dell'OMS e di quelle del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, con ordinanza del ministro della salute 30 gennaio 2020, adottata ai sensi della l. n. 833/1978, è stata disposta l'interdizione del traffico aereo dalla Cina, mentre, il giorno successivo, il Consiglio dei ministri ha assunto

una deliberazione di stato di emergenza nazionale, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c), e dell'art. 24, comma 1, del d.lgs. n. 1/2018 ("Codice della protezione civile") per la durata di sei mesi, fino al 31 luglio 2020.

Questa dichiarazione abilita all'esercizio dei poteri previsti dal codice della protezione civile, senza incidere sul piano costituzionale e collocandosi al di sotto di questo. La Costituzione italiana, infatti, non prevede nessuno stato d'emergenza (o d'eccezione o d'assedio), a differenza di altre.

Particolarmente emblematica sembra quella francese, che, da un lato, all'art. 16, autorizza il Presidente della Repubblica ad assumere pieni poteri nell'ipotesi in cui una grave crisi istituzionale o internazionale metta in pericolo il regolare funzionamento del sistema costituzionale, l'indipendenza della Nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali; dall'altro, all'art. 36, disciplina l'État de siège, dichiarato con decreto del Consiglio dei ministri per un tempo non superiore ai dodici giorni (salvo proroga autorizzata dal Parlamento), in presenza di un pericolo imminente risultante da una «guerre étrangère» o «insurrection armée» (art. L2121-1 del Codice della difesa). A ciò si aggiunge la previsione, nella legge n. 55-385 del 3 aprile 1955, dell'État d'urgence, proclamato dal Governo, che ne definisce l'ambito territoriale e la durata (non superiore a 12 giorni, prorogabile dal Parlamento), o nel caso di pericolo imminente di attentati gravi all'ordine pubblico ovvero nell'ipotesi di eventi che per la loro natura e gravità hanno le caratteristiche di una calamità naturale.

Ma previsioni dello stato d'emergenza, per limitarci alle principali esperienze europee, vi sono anche nella Costituzione spagnola del 1978, il cui art. 116 distingue tre forme crescenti di stato di eccezione, con differenti presupposti e competenze e nella Legge fondamentale tedesca distingue diversi stati di eccezione che consentono la sospensione di alcune libertà fondamentali tra quelli di origine esterna e quelli di origine interna.

La scelta dell'Italia di non prevedere in Costituzione uno stato di eccezione o emergenza non è stata assunta a seguito di un dibattito in sede di Assemblea costituente, in relazione allo "stato di assedio" (conosciuto nell'ordinamento statutario), che sembra valere per qualunque stato di eccezione. In particolare, l'11 gennaio 1947, in seconda sottocommissione, a fronte della proposta di La Rocca (Pci) di prevedere lo stato d'assedio, stabilendo come conseguenza l'assegnazione di poteri straordinari al Capo dello Stato, Tosato (Dc) rilevava che «la necessità non dà nessuna garanzia» e che l'inserimento della stessa in Costituzione «dimostrerebbe che vi è la preoccupazione di prevedere certe eventualità e di organizzare certe situazioni di poteri più o meno dittatoriali, che sono in contraddizione con la logica stessa della Costituzione». Queste affermazioni risultarono persuasive al punto che inizialmente fu inserito il divieto di dichiarazione dello stato di assedio, proposto da Fabbri (Bnl), poi, però, non mantenuto nel testo finale trasmesso dalla Commissione dei Settantacinque all'Assemblea. In questa sede, in realtà, la questione fu riaperta, nella seduta del 16 ottobre 1947, con l'emendamento Crispo (Udn), che contemplava lo stato d'assedio, individuando nel Governo l'autorità competente a dichiararlo, con possibilità di sospendere i diritti costituzionalmente garantiti, e nel Parlamento l'organo capace di respingerne la

proclamazione e i relativi provvedimenti. Tuttavia, alla fine, prevalsero le diffidenze rispetto a qualunque possibilità di concentrare i poteri, ancorché temporaneamente, nelle mani del Governo, considerato che si era appena chiuso il ventennio di dittatura fascista ed era ben presente ai costituenti quanto l'art. 48 della Costituzione di Weimar avesse contribuito a spianare la strada alla dittatura nazionalsocialista.

3. Il decreto legge come strumento per fronteggiare l'emergenza

Pur in assenza di uno stato d'eccezione, la Costituzione italiana prevede, agli artt. 77 e 78, ipotesi derogatorie rispetto all'ordinaria attribuzione dei poteri.

In particolare, in base all'art. 78, le Camere deliberano lo stato di guerra (nei ristretti limiti in cui ciò è possibile ai sensi dell'art. 11 Cost.), conferendo al Governo i poteri «necessari», preoccupandosi, quindi, anche in questo caso del tutto eccezionale, di limitare la deroga a quanto strettamente occorra.

In base a quanto disposto all'art. 77, ai commi 2 e 3, invece, Il Governo, «in casi straordinari di necessità e urgenza», può esercitare il potere legislativo normalmente spettante alle Camere. Tale deroga è circondata da tutta una serie di garanzie che ne evidenziano l'eccezionalità: l'immediata presentazione del decreto alle Camere (il giorno stesso), le quali, anche se sciolte, devono riunirsi entro cinque giorni per la (eventuale) conversione; la temporaneità della vigenza del decreto (sessanta giorni); la decadenza dello stesso allo spirare del sessantesimo giorno, con effetti retroattivi e quindi la cancellazione di tutti gli effetti prodotti (ove non di fatto indelebili e salva la possibilità di sanatoria). A ciò si aggiunge il divieto di iterazione o reiterazione del contenuto del decreto, se non quando vi siano «*nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza*», secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale con sent. n. 360/1996. Con questa decisione si è cercato di ricondurre, almeno in parte, nell'alveo dell'eccezionalità uno strumento certamente fortemente abusato, anche grazie a un'interpretazione molto ampia dei presupposti in presenza dei quali adottarlo, che la Corte costituzionale ha ritenuto di poter sindacare solo in caso di manifesta violazione, in ultima analisi quasi mai riscontrati (in senso appunto negativo, si vedano, solo tra le più recenti, le sentt. nn. 236/2017 e 99/2018, mentre le rare dichiarazioni d'incostituzionalità hanno preso avvio con le sentt. nn. 171/2007 e 128/2008).

In una situazione di emergenza come quella verificatasi a seguito della diffusione del covid-19, sembra, invece, che il decreto legge sia lo strumento più idoneo, in quanto il Governo è per sua natura attrezzato molto meglio delle Camere ad intervenire tempestivamente, consentendo comunque al legittimo titolare del potere legislativo di riappropriarsene, facendo proprie le misure previste o modificandole o cancellandole (in tutto o in parte). Attraverso questo strumento, peraltro, è possibile intervenire laddove la Costituzione prevede una riserva di legge anche, per quanto in particolare può interessare in questa sede, a limitare i diritti fondamentali.

Il sistema delineato, in definitiva, sembra idoneo a consentire un tempestivo intervento rispetto all'emergenza, prevedendo la possibilità di deroghe al contenuto dei

diritti, nelle forme e nei limiti previsti dalla stessa Costituzione, che risulta, in sostanza, «una legge per i governanti e per il popolo sia in tempo di guerra sia in tempi di pace e copre con lo scudo della sua protezione tutte le classi di uomini, in ogni tempo e in ogni circostanza», secondo quanto affermato dalla Corte Suprema nella decisione *ex parte Millighan* del 1866, in cui si precisava che «mai fu concepita dall'intelletto umano una dottrina con conseguenze più deleterie di quella che implica che ogni sua disposizione possa essere sospesa nell'ambito di una qualunque emergenza di rilievo dal governo». Infatti, «la teoria della necessità su cui si fonda è falsa: la Costituzione [...] conferisce al governo tutti i poteri che gli occorrono per garantire la propria sopravvivenza». Da ciò deriva che, tanto più in un sistema a Costituzione rigida, debba essere questa a individuare i presupposti per la deroga, anche ove poi questi siano affidati alla fonte primaria, perché «se la necessità, vera o presunta, è una ragione sufficiente per non applicare le leggi [...] è evidente che tutto il diritto [...] è in balia del Governo» (F. Cammeo, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, 373).

La necessità, ritenuta essa stessa fonte del diritto secondo l'impostazione di Santi Romano, anche recentemente ripresa da Azzariti (*Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo*, n. 1/2020), quindi, in un ordinamento a Costituzione rigida, non sembra comunque idonea a derogare alla stessa, proprio perché la rigidità, eventualmente ulteriormente rafforzata rispetto al “nucleo duro” di cui i diritti fondamentali fanno parte, determina la prevalenza di quanto stabilito nella Costituzione perfino sulla volontà popolare, fonte della sovranità. Tuttavia, la necessità, quando ciò sia previsto, eventualmente anche attraverso una declinazione più specifica del concetto (come, per rimanere all'attualità, «particolari motivi di sanità»), può rappresentare una condizione per autorizzare la legge ad introdurre deroghe al normale dispiegarsi dei diritti.

La Costituzione, in sostanza, legittima l'intervento emergenziale della fonte primaria, eventualmente nella forma più immediata del decreto legge, con i limiti dalla stessa fissati (diversa soluzione trovandosi, in realtà, nella tesi sul decreto legge formulata da Carlo Esposito).

4. Il Governo tra decreti legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri

Come accennavamo, dalla fine di gennaio, e poi soprattutto dai primi di marzo, il Governo è intervenuto sull'emergenza sanitaria con una pervasiva normativa, di diversa natura, che ha inciso su tutti gli ambiti della vita sociale.

La mole delle misure è tale che ne sono state predisposte varie raccolte, una delle quali sullo stesso sito della *Gazzetta Ufficiale*, alla quale abbiamo fatto in particolare riferimento. In questo ambito, troviamo anzitutto i decreti legge (quattordici, al 16 giugno 2020), molti dei quali ormai convertiti in legge (mentre tre sono decaduti), i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (tredici, al 16 giugno 2020, con una particolare concentrazione nella fase iniziale della pandemia, ben sei essendo stati adottati in marzo, di cui cinque tra l'1 e l'11 del mese), adottati su proposta del ministro della salute, sentiti una serie di ministri di volta in volta rilevanti, le ordinanze e i decreti del ministro della

salute (diciotto, al 16 giugno 2020) e poi una serie di decreti ministeriali (dei ministri dell'interno, dell'economia e finanze e dello sviluppo economico), di ordinanze di protezione civile (ben trentatré tra il 3 febbraio e l'11 giugno 2020) e di ordinanze del Commissario straordinario nominato con DPCM 18 marzo 2020. A questi si aggiungono poi le circolari, che hanno la caratteristica di rivolgersi alle amministrazioni, ma con conseguenze anche sulla vita delle persone.

Quanto ai decreti legge, come detto, la situazione di emergenza determinatasi integra all'evidenza i presupposti di straordinaria necessità e urgenza, per quanto questi possano essere difficili da determinare, tanto che – come già ricordato – la Corte ne ha limitato il sindacato all'«evidente mancanza», con la precisazione che il requisito dell'urgenza «*non postula inderogabilmente un'immediata applicazione delle disposizioni normative contenute nel decreto-legge*» (sentt. nn. 97/2019 e 170/2017). Semmai, in dottrina, è sul piano della straordinarietà che si è avanzato, almeno in prospettiva, qualche dubbio, essa potendo essere destinata a venir meno ove la situazione si protraesse per molti mesi (M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile 2020, 9; pubblicato anche in *Rivista AIC*, n. 2/2020). A ciò si lega, in effetti, la questione della iterabilità o reiterabilità dei decreti legge a fronte del perdurare dell'emergenza. In proposito deve essere tenuta ferma la giurisprudenza costituzionale circa la necessità di «*presupposti giustificativi nuovi di natura "straordinaria"*», con la conseguenza che, a fronte della stabilizzazione dell'epidemia, anche proseguendo il contagio, sembrerebbe non potersi procedere alla reiterazione, praticabile, invece, a fronte di nuovi elementi emergenziali. Non sembra, infatti, di poter ritenere che l'incessante diffusione del contagio generi continuamente una nuova situazione emergenziale tale da consentire la reiterazione sulla base della giurisprudenza costituzionale. Naturalmente, in concreto, non è comunque facile stabilire quando lo sviluppo della situazione sia tale da determinare una discontinuità capace di identificare una nuova emergenza e quando, invece, ci si trovi in una situazione di perfetta continuità che impedisce la qualificazione della situazione come straordinaria.

I decreti legge hanno stabilito pesanti limitazioni dei diritti costituzionalmente garantiti, che la Costituzione prevede soltanto entro determinati limiti, oltre che (generalmente) in base a previsioni di legge (e quindi anche di decreto legge). Rispetto a questi – e soprattutto alla libertà di circolazione, incisa in modo particolarmente profondo – l'intervento di cui al primo d.l. emanato (n. 6/2020) è stato generalmente ritenuto inidoneo (*rectius*, incostituzionale), in quanto non sufficientemente dettagliato, ma tale vizio sembrerebbe essere stato superato con il d.l. n. 19/2020.

Le norme più specifiche hanno trovato collocazione nei DPCM, particolarmente utilizzati soprattutto nella fase iniziale o comunque di più stringente emergenza. Ciò è stato oggetto di critiche, da un lato, perché la limitazione di diritti costituzionali dovrebbe avvenire attraverso una fonte primaria e, d'altro lato, perché il ricorso a un atto amministrativo generale, adottato monocraticamente dal Presidente del Consiglio dei ministri, che ne assume da solo la responsabilità, è parso concentrare troppo la decisione nelle mani di quest'ultimo. Dal primo punto di vista, come abbiamo detto, la critica ha

riguardato, però, soprattutto la prima fase di gestione dell'emergenza, per l'eccessiva genericità del d.l. n. 6/2020, che ha retto i primi DPCM. La questione, tuttavia, sembra essersi risolta con l'adozione del d.l. 19/2020. In questo nuovo contesto sembra da riconoscere, in linea di massima, la legittimità della fonte secondaria, in quanto, anche ove sussista una riserva di legge assoluta (ritenendosi, invece, relativa quella prevista all'art. 16 Cost.), sembra inevitabile considerare che alcuni aspetti della disciplina siano da ricondurre comunque alla normativa secondaria, a cui i decreti legge rinviano spesso in funzione "attuativa". Nel frangente di cui si tratta, peraltro, ciò era giustificato dalla necessità di un continuo adattamento della normativa all'evoluzione di un'emergenza a carattere epidemiologico, la cui caratteristica è quella di modificarsi continuamente. Il rapporto tra la normativa primaria e i DPCM, peraltro, potrebbe assumere una configurazione parzialmente diversa nella logica, proposta in dottrina (M. Luciani, *op cit.*), secondo cui questi atti sarebbero in realtà manifestazione del potere di ordinanza di cui al d.lgs. n. 1/2018. L'art. 25 dello stesso prevede, in presenza di una dichiarazione di emergenza, la possibilità di ricorrere a 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*». Ciò significa, quindi, che l'ordinanza di protezione civile, che il punto 2) della dichiarazione di stato di emergenza del 31 gennaio 2020 affida, però, espressamente al capo del dipartimento di protezione civile, non ha (necessariamente) bisogno dell'intermediazione di una fonte primaria per stabilire diversamente rispetto alla legge, anche se non altrettanto può accadere rispetto alla Costituzione (dato che un atto avente forza di legge non può autorizzarne comunque la deroga), oltre che a(gl)i (altri) principi generali dell'ordinamento e alle norme dell'Unione europea (secondo quanto disposto dallo stesso art. 25). In particolare, quindi, non sembra che queste ordinanze possano derogare al principio di riserva di legge, laddove esso sia fissato dalla Costituzione. Peraltro, come evidenziato dalla stessa dottrina, i DPCM in questione, se è vero che, nelle premesse, fanno un generico richiamo alla deliberazione dello stato di emergenza (ancorché non in particolare al potere di ordinanza), citano sempre anche almeno un decreto legge, che pare, in realtà, la (principale) fonte legittimante. Così stando le cose, in realtà, non sembra che la riconduzione dei DPCM tra le ordinanze di cui al d.lgs. n. 1/2018, anche al netto delle difficoltà formali, possa fornire agli stessi un più ampio margine di manovra, permanendo, quindi, alcuni dubbi di legittimità per quelli adottati nella prima fase.

Circa il fatto che l'utilizzo dello strumento determini una concentrazione dell'intervento nelle mani del Presidente del Consiglio, ciò è difficilmente confutabile se si pensa all'alternativa non solo della fonte primaria (e in particolare del decreto legge), che però abbiamo visto poter essere poco idoneo a regolare l'intera materia, ma anche del regolamento del Governo, che pure deve passare dal Consiglio dei ministri, oltre che dal Consiglio di Stato per il parere e dal Presidente della Repubblica per l'emanazione, essendo certamente sottoposto, quindi, a ben maggiori controlli. Tuttavia, a parte la considerazione che i poteri d'ordinanza conferiti ai vertici dell'esecutivo dei diversi livelli di governo per fronteggiare l'emergenza sono ancor più sottratti alla collegialità, occorre

osservare che i DPCM in questione sono tutti adottati su proposta del ministro della salute e con il coinvolgimento di un certo numero di ministri. Di conseguenza, pare che la concentrazione sia stata minore di quella che, in base alle norme vigenti, avrebbe potuto essere e soprattutto rispetto all'esperienza delle autonomie territoriali. Quindi, è vero che il Presidente del Consiglio ha ritenuto di assumere un ruolo più centrale di quello che avrebbe potuto avere lasciando prendere un maggior numero di iniziative con ordinanze del capo del dipartimento della protezione civile e del ministro della salute, ma ciò può avere una ragionevole giustificazione in una situazione che, per dimensione e intensità, è andata forse, almeno in una certa fase, al di là degli scenari che erano stati immaginati quando erano state scritte le norme generali sull'emergenza nel codice di protezione civile (forse pensate più nella logica di disastri ambientali come quelli determinati dai terremoti). Rimane da osservare che le critiche suscitate dall'uso particolarmente frequente – almeno in una certa fase – dei DPCM ha anche aperto una discussione sulla possibilità di far intervenire le Camere nel procedimento di formazione dei DPCM, in particolare attraverso la previsione di un parere obbligatorio, ancorché non vincolante, da parte delle Commissioni competenti. Si sarebbe trattato, a nostro avviso, di una soluzione poco coerente con l'assetto delineato dalla l. n. 400/1988 e forse con le stesse esigenze (di snellezza procedurale e rapidità) per cui proprio in questa fase si è fatto ricorso allo strumento in parola, con il rischio di portare, in seguito, al trasferimento di misure analoghe nell'ambito di (vere e proprie) ordinanze di protezione civile, che sarebbero rimaste sottratte a questo aggravio. Alla fine, la soluzione che è stata raggiunta, in sede di conversione del d.l. n. 19, è stata di aggiungere una previsione secondo la quale il contenuto dei DPCM è «*previamente*» illustrato dal Presidente del Consiglio dei ministri o da un ministro da lui delegato alle Camere, «*al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati*». Ove, però, questo non sia possibile per ragioni di urgenza, il Presidente del Consiglio dovrà semplicemente riferirne alle Camere entro quindici giorni. La soluzione trovata, in definitiva, sembra cambiare poco, proprio perché la situazione di urgenza in cui sono stati adottati i DPCM avrebbe probabilmente portato ad omettere (almeno fino alla fine di marzo) il passaggio preventivo e ciò a maggior ragione in considerazione del fatto che – come vedremo meglio nel prossimo par. – le Camere erano generalmente assenti. In effetti, il vero compromesso sembra sia stato di tipo politico, con un impegno – che sembrerebbe mantenuto – da parte del Presidente del Consiglio a ridurre fortemente i DPCM una volta superata la fase più critica.

5. La scarsa presenza del Parlamento e il dibattito sulla possibilità di riunione da remoto

La maggiore capacità del Governo di agire con prontezza non può comunque implicare un'estromissione del Parlamento, che è l'organo centrale della nostra forma di governo e che rimane sempre libero di stabilire, nei limiti previsti dalla Costituzione, quanto del suo potere cedere, salvo potersene sempre riappropriare, come risulta dagli artt. 77 e 78 Cost. In effetti, fino circa alla metà di aprile, le Camere sono parse voler

rinunciare a quella centralità che la Costituzione riconosce loro, ma che forse da tempo faticano a mantenere anche in tempi ordinari.

In realtà, anche durante l'emergenza, i Presidenti dei due rami del Parlamento ne hanno più volte rimarcato la centralità e l'indisponibilità a rimanere in disparte, ma nei fatti le cose sembrano essere poi andate diversamente. In Senato, nella seduta del 10 marzo, la Presidente Alberti Casellati annunciò che *«a seguito della recente evoluzione dell'emergenza epidemiologica»*, *«durante lo svolgimento delle fasi diverse da quelle dedicate alle votazioni ciascun gruppo potrà essere rappresentato nell'emiciclo da non più di sei senatori»* e che nella votazione prevista per appello nominale ciascun senatore avrebbe votato dal proprio posto, fermo restando che, *«al fine di prevenire un eccessivo affollamento dell'emiciclo, durante la fase di votazione i senatori saranno chiamati a votare secondo l'ordine alfabetico»* per fasce orarie. Successivamente, l'attività del Senato si è comunque significativamente diradata (l'aula, in particolare si è riunita soltanto altre tre volte nel mese di marzo e tre nella prima metà del mese di aprile), come del resto alla Camera, dove, nella seduta dell'11 marzo, il Presidente Fico dichiarò che, nella riunione della Conferenza dei presidenti di gruppo tenutasi nella giornata precedente, era stata approvata una *«ulteriore rimodulazione dei lavori»*, che prevedeva lavori d'aula soltanto per il 18, 25 e 31 marzo e per il 1° aprile, mentre quelli delle Commissioni sarebbero stati dedicati esclusivamente all'esame in sede referente del decreto-legge iscritto in calendario (n. 14/2020) e alle questioni connesse all'emergenza coronavirus per tutto il periodo della durata della stessa.

La forte riduzione dell'attività parlamentare, sostenuta in ragione del pericolo di contagio e delle connesse difficoltà di spostamento dei parlamentari dalle loro sedi di residenza (nelle quali, in realtà, dato il momento, avrebbero potuto fare a meno di rientrare), oltre che alcuni limitati casi di malattia e altri di applicazione della misura della quarantena, ha tra l'altro aperto la discussione circa la possibilità delle Camere di riunirsi a distanza.

Rispetto a questa possibilità, sono state poste diverse obiezioni, sia a carattere strettamente giuridico, sia di tipo politico-sociale.

Partendo da queste ultime, un primo ostacolo potrebbe essere individuato nell'art. 64 Cost., il quale richiede, per la validità delle deliberazioni, la *«presenza»* della maggioranza degli aventi diritto. Proprio in virtù di tale previsione, il Presidente Fico, nella seduta della Giunta per il regolamento della Camera del 4 marzo 2020, accantonò la proposta di partecipazione a distanza (anche richiamando un precedente dell'Ufficio di Presidenza del 2 agosto 2011, quando l'allora Presidente Fini aveva escluso la possibilità di partecipare da remoto ai lavori parlamentari per un deputato sottoposto a misure di custodia cautelare), pur precisando che, qualora l'applicazione delle misure limitative della circolazione fosse stata estesa, nello spazio e nel tempo, coinvolgendo un numero crescente di parlamentari, sarebbero state necessarie più approfondite valutazioni, anche in raccordo con il Senato. Nella seduta della Giunta per il Regolamento del 31 marzo 2020, però, il Presidente ribadì la necessità della presenza (fisica), ammettendo sistemi di videoconferenza solo per le attività svolte dagli organi parlamentari in sede informale (ad esempio le riunioni dell'Ufficio di Presidenza e le audizioni in Commissione). In effetti,

per considerare idonea anche una “presenza virtuale”, attraverso un semplice collegamento *on line*, occorrerebbe un’interpretazione indubbiamente evolutiva rispetto alle intenzioni del Costituente, di per sé, naturalmente, destinata a valere anche oltre l’emergenza. Ciò rischierebbe di svuotare lo stesso concetto di rappresentanza, nata per rendere presenti in un luogo fisico un numero di persone che non possono materialmente starci (B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Bologna, 1999) e potrebbe aprire la strada all’assunzione di molte decisioni *direttamente* da remoto, superando la necessità di intermediazione dei rappresentanti.

D’altronde, il richiamo ad alcuni precedenti della Corte (sentt. nn. 78/1984 e 379/1996) a sostegno della riunione da remoto non pare del tutto appropriato. Infatti, se certamente da questi si ricava che le Camere godono di una sfera di autonomia nell’interpretazione e attuazione delle norme sul proprio funzionamento e sulla possibilità di intervenire sulla determinazione dei presenti con diverse regole di computo degli astenuti (sent. n. 78/1984), non sembra potersi dedurre nello stesso modo, da una disposizione costituzionale redatta quando neppure era immaginabile che i parlamentari potessero partecipare a distanza, la possibilità per i regolamenti di ammettere la partecipazione telematica a tutte le attività parlamentari. Del resto, non poche norme regolamentari hanno già interpretato la presenza come fisica, secondo quanto risulta almeno dagli artt. 31, 46 (c.2), 53, 60, 61, 62 Reg. Camera e dagli artt. 28 (c. 2), 58, 69, 139-bis (c. 5), 163 Reg. Senato, pur recentemente riformato. Ciò spinge a ritenere che, anche ove non si ritenessero insuperabili tutte le diverse obiezioni formulate, la previsione di quest’ultima non potrebbe (quantomeno) che passare per una modifica regolamentare, come evidenziato da parte della dottrina (B. CARAVITA, *L’Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, n. 6/2020).

Peraltro, in relazione alla riunione da remoto, non pochi problemi pone la votazione, sia per le possibilità di *hackeraggio*, sia rispetto alle caratteristiche di segretezza (quando prevista), personalità e libertà del voto, essendo evidentemente più facile condizionare il voto di parlamentari che agiscono da loro sedi private. Ma il voto del parlamentare è soltanto il punto terminale di un ampio confronto, che va al di là di quello che si manifesta nella discussione di fronte a tutti e che necessita della condivisione di uno spazio, in cui ciascuno può cercare di convincere altri delle proprie ragioni, anche in vista, semmai, di una soluzione di compromesso, considerando che la democrazia «*non è da indentificare con il principio della maggioranza che vince sulla minoranza, ma piuttosto con le possibilità offerte, nel corso del processo democratico, a diversi punti di vista di confrontarsi e reciprocamente trasformarsi*» (D. DELLA PORTA, *Democrazie*, Bologna, 2011, 12). Ciò indica come la riunione da remoto sia inadatta a sostituirsi a quella in presenza ed evidenzia la debolezza dei tentativi di sostenere il voto “deliberativo” a distanza dei parlamentari portando esempi di voto elettronico nelle elezioni.

D’altronde, non sembra che i richiami all’esperienza di altre assemblee siano sempre appropriati.

Per quanto concerne il Parlamento europeo, l’Ufficio di Presidenza, con delibera 20 marzo, ha previsto che, in relazione all’epidemia da Covid-19, il Presidente possa autorizzare l’esercizio del voto elettronico a distanza, limitando però la possibilità di

intervento ai soli capigruppo. Ora, in proposito, premessa la non trascurabile differenza di ruolo e di funzioni dell'organo (pur accresciutesi notevolmente), tanto più a fronte di un'emergenza fronteggiata, quanto alle misure più immediate, a livello nazionale, in particolare del Governo, rispetto al quale il Parlamento (nazionale) è chiamato a esercitare poteri di indirizzo e controllo, occorre ribadire le perplessità circa la possibilità di assicurare un idoneo funzionamento dell'organo, tanto più che, all'atto pratico, il sistema messo a punto a Bruxelles ha portato, il 26 marzo, a svolgere tre votazioni in cinque ore, risultando impraticabile in presenza di centinaia di emendamenti.

Circa i riferimenti a esperienze straniere, occorre rilevare come il riconoscimento della possibilità del voto a distanza sia riscontrabile solo in alcuni Paesi, nei quali i lavori sono rimasti comunque limitati, dando talvolta luogo (ad esempio nel Regno Unito) anche a un funzionamento ibrido (con una parte dei parlamentari in presenza e altri da remoto) e per un tempo assai circoscritto. Ciò per dire che, ferme restando le perplessità sopra espresse in termini generali, i risultati raggiunti non sono parsi particolarmente proficui e non risultano comunque sempre facilmente trasponibili all'esperienza italiana, se si pensa che, ad esempio, in Spagna la (pur discutibile) previsione di riunioni da remoto era comunque già prevista in via regolamentare.

Ancor più inappropriati risultano i paralleli con la possibilità di riunirsi telematicamente per i Consigli regionali e degli enti locali, prevista dal d.l. n. 18/2020. Più volte la Corte costituzionale è infatti intervenuta a evidenziare l'unicità del Parlamento (sentt. 106 e 306/2002) e la totale diversità delle funzioni rispetto alle assemblee locali (sent. 35/2017), anche rispetto alla diversa forma di governo, senza considerare che trattandosi di un'emergenza nazionale, il ruolo delle autonomie, soprattutto locali, era più marginale.

Su un piano non strettamente giuridico, ma legato comunque alla rappresentanza della nazione, che la Costituzione affida a ciascun parlamentare, è parsa poi difficile da accettare una posizione "ritirata" di deputati e senatori, anche a fronte delle molte persone che hanno continuato a recarsi sul luogo di lavoro.

Rimane da constatare come la questione posta per il Parlamento non lo sia stata, invece, per il Consiglio dei ministri, che consta del Presidente, di ventidue ministri e del sottosegretario alla Presidenza, per un totale di ventiquattro persone (salvo l'invito di viceministri), che, dal 23 febbraio, quando furono adottate le prime misure restrittive, a Pasqua, si è riunito dieci volte, nella sua abituale sala (tranne una presso la Protezione civile), seppure con gli accorgimenti del caso. Questo potrebbe ingenerare l'impressione che il Governo sia ritenuto imprescindibile, a differenza del Parlamento, ai cui componenti può semmai farsi esprimere qualche voto da casa, senza troppe discussioni.

D'altra parte, la riunione in presenza imponeva la ricerca di modalità per farlo in sicurezza, al fine di ridurre il più possibile il rischio di contagio, come per tutte le attività che richiedono la presenza fisica. In questo senso si sarebbe potuto pensare a un potenziamento del ruolo delle Commissioni, nei limiti consentiti dai regolamenti, oltre che – come ad un certo punto è avvenuto – a un ampliamento del perimetro dell'aula, facendo ricorso anche alle tribune e, alla Camera, al c.d. "transatlantico", sembrando immaginabile anche la predisposizione di un circuito chiuso con alcune sale ampie,

comunque all'interno della sede (con garanzia della correttezza del voto e comunque maggiore possibilità di confronto), fermo restando che si sarebbe potuto valutare (*in extremis*) un eccezionale utilizzo di sedi più ampie. Viceversa, non pare accettabile l'autoriduzione dei gruppi, in modo proporzionale, per mantenere gli stessi rapporti di forza. Infatti, la rappresentanza della nazione grava su ciascun parlamentare, che potrebbe benissimo orientarsi diversamente rispetto al proprio gruppo. La linea dell'autoriduzione, anche su base asseritamente "volontaria", oltre a rappresentare una prova generale di riduzione del numero dei parlamentari, pare richiamare molto da vicino la poco fortunata tesi per cui potrebbero votare solo i capigruppo, in contrasto, naturalmente, con l'art. 67 Cost.

Tutte le suesposte considerazioni, quindi, sembrano rendere preferibile una soluzione che, pur nella necessità di adattamenti dei lavori (con il potenziamento dello *smartworking* delle strutture di supporto, come per alcune riunioni informali), consideri imprescindibile che questi siano portati avanti dai parlamentari con la loro presenza.

6. La limitazione della partecipazione politica e il rinvio delle votazioni popolari

Se è vero che la partecipazione politica dei cittadini non gode da tempo di buona salute, con la pandemia le cose sono certamente peggiorate, essendo stato sospeso (*rectius*, rinviato) anche il diritto di voto, per le elezioni (regionali e locali) e il referendum (costituzionale).

Così, mentre poche cariche istituzionali assumevano decisioni fondamentali che condizionavano fortemente la vita di tutti, incidendo sui diritti fondamentali, ancorché a protezione di quello alla salute (nel caso anche collettiva), alla generalità delle persone non rimaneva che assistere a quanto accadeva.

Esse, ove non impegnate – con tutte le difficoltà del caso – in servizi essenziali, si sono trovate chiuse in casa, in condizioni di isolamento sociale, durante il quale nessun partito politico ha pensato di coinvolgerle, nonostante il maggior tempo a disposizione. Ciò nonostante emergesse interesse per le questioni politiche e voglia di partecipazione, stando alle vivaci discussioni sui *social network*, rimaste però del tutto spontanee, nell'assenza di soggetti (quali dovrebbero essere i partiti politici) capaci di veicolarle in sedi organizzate, tentando di trasformarle in indirizzi e proposte. Naturalmente, non si sarebbe preteso che prima di assumere i più urgenti provvedimenti emergenziali si dovesse attendere la discussione nei partiti e quindi la loro canalizzazione nelle istituzioni attraverso i loro eletti, per avviare, anche all'interno di queste, un confronto da cui far scaturire la decisione, ma questo lavoro avrebbe potuto essere avviato per giungere, da un certo punto in poi, a dettare indirizzi frutto di una più ampia condivisione e legittimazione.

Invece, i partiti non si sono attivati in nessun modo e del resto, da più parti, soprattutto sui grandi media, è stato teorizzato come, di fronte all'emergenza, la contrapposizione politica, elemento essenziale della partecipazione democratica, fosse inopportuna. Come se il confronto tra idee e proposte diverse fosse da considerare un

lusso per i tempi di agiatezza e serenità, dovendovi essere, invece, di fronte all'emergenza, sempre un'unica soluzione e non potendosi perder tempo a discutere di altre.

Questa particolarmente evidente latitanza dei partiti è stata peraltro favorita dal rinvio dei previsti appuntamenti elettorali, che, di solito, costituiscono le occasioni in cui essi si fanno ancora vivi con gli elettori.

Infatti, il referendum costituzionale, già previsto per il 29 marzo, è stato inizialmente rinviato (con d.p.R. 5 marzo 2020), soltanto nelle more della pubblicazione di questi lavori essendone stato deciso lo svolgimento per il 20 e 21 settembre.

Sorte analoga è toccata alle elezioni di sette Regioni e di molti Comuni, la cui durata è stata prorogata con d.l. n. 26/2020 e per il cui rinnovo sono state recentemente individuate le medesime date del 20 e 21 settembre, che saranno quindi “*election days*”, segnando il ritorno alla votazione su due giorni, eliminata nel 2013, come misura di *spending review* e ora reintrodotta al fine di evitare assembramenti e favorire il distanziamento sociale.

Lo spostamento di queste scadenze elettorali è, in fin dei conti, avvenuto senza che si ponessero troppe questioni, dando sostanzialmente per scontata la totale prevalenza della tutela del diritto alla salute su quella di esercizio del diritto di voto.

Rispetto al rinvio delle elezioni, pare peraltro da ricordare che la Costituzione prevede l'impossibilità di procedervi per le Camere che giungano a scadenza naturale. Infatti, in questo caso, la proroga può essere prevista dalla legge solo in caso di guerra (la tipizzazione dell'unico caso sembrando escludere interpretazioni sistematiche), con la conseguenza che, ferma restando la possibilità di fissare la data fino al settantesimo giorno successivo allo scioglimento, al rinnovo si dovrebbe procedere anche nel bel mezzo di una pandemia. Cosa che, peraltro, adottate le necessarie misure, non parrebbe proibitiva (anche alla luce di quanto accaduto, ad esempio, in Corea del sud), potendosi semmai nutrire maggiori perplessità sulla parità di *chances* delle diverse forze politiche nel confronto elettorale, considerata la inevitabile sovraesposizione della maggioranza di governo in simili frangenti.

In definitiva, quindi, i diritti di partecipazione politica sono stati tra quelli che più hanno sofferto, ma rispetto ai quali sembra esserci stata minore preoccupazione, quasi che non rappresentassero il fondamento stesso della nostra società, ma una sorta di lusso.

Da tutto questo sembra emergere un quadro nel quale, in realtà, la pandemia ha costituito un'ulteriore occasione per diminuire gli spazi di partecipazione, favorendo quella “verticalizzazione” del potere, di cui da tempo è stata sostenuta la necessità nell'ambito del dibattito pubblico e pure in sede scientifica, e che si è già tradotta in due (pur diverse) riforme costituzionali respinte dagli elettori nel 2006 e nel 2016 e anche poco prima dello scoppio della pandemia riproposta attraverso il ripescaggio della vecchia idea del c.d. “Sindaco d'Italia”, con cui sostanzialmente si vorrebbe prevedere, anche per lo Stato, la forma di governo oggi vigente per i Comuni e, in modo sostanzialmente analogo, per le Regioni.

I Domanda

Alla prova della pandemia, le deroghe all'ordinario esercizio dei poteri previste dalla Costituzione risultano adeguate? In particolare risulta condivisibile la mancata previsione di uno "stato di eccezione" o "d'urgenza" previsto invece in altre Costituzioni?

GIOVANNI AVERSENTE

La Costituzione italiana non reca una specifica previsione sullo "stato di eccezione", ma, piuttosto, fornisce gli strumenti utili ad affrontare situazioni eccezionali.

Il principale strumento è rappresentato dal decreto-legge, che richiama i "casi straordinari di necessità e urgenza", all'interno dei quali possono adottarsi provvedimenti provvisori dotati di forza di legge, ideando uno schema emergenziale capace di coinvolgere il Governo, il Parlamento e il Capo dello Stato. I diritti, altresì, conoscono possibili e specifiche restrizioni nel rispetto della riserva di legge, come il caso del diritto alla circolazione e al soggiorno, il quale può subire limitazioni per motivi, proprio, di sanità o di sicurezza. La normale funzione legislativa, inoltre, conosce deroghe in casi di urgenza, laddove si assicura la possibilità di stabilire procedimenti abbreviati o termini diversi per la promulgazione dei disegni di legge dichiarati "urgenti", e laddove viene prevista la possibilità di riunione, in casi straordinari, delle stesse Camere.

La mancata previsione di una specifica clausola sullo "stato di eccezione", tuttavia, fu una scelta consapevole dei Costituenti, i quali erano al corrente dei possibili rischi che avrebbe comportato l'inserimento, all'interno dell'ordinamento, di un "diritto eccezionale". Come talune esperienze straniere rivelano, l'organo maggiormente emarginato, nell'architettura dello stato d'urgenza, risulta essere il Parlamento, in favore, bensì, di più ampi poteri decisionali riconosciuti in seno all'organo esecutivo. Perfino laddove è prevista una deroga espressa agli ordinari poteri, azionabili al rincorrere di casi straordinari, si è ritenuto evitare l'attivazione di quella particolare clausola eccezionale, nelle more dell'emergenza sanitaria: in Francia, in effetti, è stata approvata una specifica legge parlamentare finalizzata ad organizzare la gestione dell'emergenza da CoVid-19 (l. 2020-290, attraverso cui si è modificato il "Code de la santé publique"), piuttosto che esercitare i poteri ex art. 16 Cost., secondo il quale il Presidente della Repubblica francese è autorizzato ad impiegare "tutte le misure richieste dalle circostanze". Verosimilmente, tale scelta è stata dettata dalla consapevolezza del valore politico che scaturisce dall'attivazione di una clausola d'emergenza, la quale rimanda all'accentramento, in capo ad un unico soggetto politico, di poteri riconosciuti direttamente in Costituzione, che sembrano rivelarsi indeterminati sia nella loro ampiezza che nella loro limitazione temporale.

A parere di chi scrive, pertanto, appare opportuno evitare l'inserimento, direttamente all'interno della nostra Carta costituzionale, di una simile clausola emergenziale.

D'altronde, l'ordinamento può già reagire con misure derogatorie al sorgere di concrete situazioni emergenziali, seppur all'interno dei limiti stabiliti dalla Costituzione: tali misure, tuttavia, risulterebbero illegittime se protratte nel tempo senza alcuna giustificazione (Corte cost., sent. 15 del 1982).

Da tempo, il nostro ordinamento si è dotato di strumenti legislativi al fine di fronteggiare emergenze di qualsivoglia portata, nazionale o territorialmente circoscritte. Lo schema costituzionale può dirsi, così, integrato dalla previsione delle cd. ordinanze contingibili e urgenti (previste in talune fonti primarie: l. n. 833 del 1978, d. lgs. n. 112 del 1998, d. lgs. n. 267 del 2000 e d.lgs. n. 1 del 2018): questi atti sono ammessi purché i poteri degli organi amministrativi, legittimati ad emanarli, siano ben definiti nel contenuto, nei tempi e nelle modalità di esercizio e purché sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione e, soprattutto, purché sia assicurato il rispetto dei principi generali dell'ordinamento (Corte cost., sent. 127 del 1995).

GIACOMO CANALE

La risposta alla domanda posta dipende dal senso da attribuire alla valutazione di adeguatezza. Se, infatti, si fa riferimento alla capacità di reagire dell'ordinamento vigente ad una emergenza improvvisa, la risposta non potrebbe non essere positiva come dimostra l'enorme mole di provvedimenti emanati in un arco temporale limitato. Non vi è dunque stato un problema di paralisi dei processi decisionali dei pubblici poteri, anzi. Se invece traggiamo la problematica dal punto di vista della tenuta delle garanzie e di un ragionevole equilibrio tra i poteri dello Stato, allora la risposta non potrebbe non essere assolutamente negativa, in quanto la reazione ha visto come protagonisti assoluti, se non esclusivi, gli esecutivi, anzi più correttamente le figure monocratiche di vertice degli Esecutivi, con particolare riferimento al Presidente del Consiglio, con un mortificante svilimento delle istituzioni rappresentative, soprattutto del Parlamento.

Pertanto, la questione della eventuale introduzione nella nostra Costituzione dello "stato di eccezione" o dello "stato di urgenza" dovrebbe semmai svolgersi per assicurare che anche in questi drammatici contesti vi sia il necessario coinvolgimento sostanziale del Parlamento, come peraltro avviene nei principali ordinamenti che hanno una disciplina costituzionale dell'emergenza. D'altronde, se già ora la Costituzione prevede la deliberazione della Camere per lo stato di guerra, che certamente rappresenta la situazione più estrema per un ordinamento, non si capisce perché il Parlamento debba restare escluso dal processo decisionale di crisi di minore gravità o che comunque sono contraddistinte da condizioni temporali e modali che non ne impediscono l'intervento.

In conclusione, si ritiene che l'attuale disciplina costituzionale che prevede lo straordinario strumento della decretazione di urgenza sarebbe più che sufficiente a consentire la gestione tempestiva di qualsiasi crisi e anche potenzialmente di assicurare il mantenimento di un equilibrato rapporto tra i poteri e del rispetto dei diritti fondamentali,

purché, come vedremo *infra*, si recuperi la concezione tradizionale dell'istituto della riserva di legge come riserva di organo.

HUGO FRAZÃO

Rispondo alla domanda soprattutto alla luce della realtà brasiliana, dalla quale provengo. In Brasile, dall'inizio della pandemia, il Presidente della Repubblica e il Parlamento hanno discusso di tale situazione ma sono giunti a due diverse soluzioni: adottare la clausola dello stato di eccezione (“estado de sítio”) – solitamente prevista dall'art. 137 della Cost. in caso di conflitti armati o di natura simile – o modificare l'ordinamento costituzionale del Paese per introdurlo verso un regime capace di far fronte alla crisi? Per quanto riguarda la prima opzione, gli organi politici sospenderebbero temporaneamente alcune garanzie personali e istituzionali previste dalla Costituzione attraverso la dichiarazione di quello stato “de sítio”. Benché questa misura sia utile a contrastare il virus, il rischio che il Presidente della Repubblica accentri i poteri in maniera discrezionale – a discapito dei diritti dei cittadini – ha motivato il Parlamento a rinunciare a questa soluzione fin dall'inizio. Invece, i parlamentari hanno scelto di attuare l'altra opzione: approvare una riforma costituzionale che crei un regime provvisorio in grado di fronteggiare la crisi. La proposta di riforma – appena approvata – è chiamata “bilancio di guerra” (Legge Costituzionale n. 106/2020) e cerca di mobilitare tutte le risorse disponibili per combattere la pandemia. Comunque, questo cambiamento comporta rischi giuridici e fiscali alla società brasiliana. Innanzitutto, la nuova riforma cerca di istituire una gestione della crisi composto solamente dalle autorità del governo dell'Unione (guidato dal Presidente della Repubblica), riducendo la partecipazione dei governi degli altri enti federali (Stati-membro, Distretto Federale e Comuni). Inoltre, la gestione della crisi ha ampie possibilità di nominare funzionari e servizi senza indire un concorso imparziale, mettendo a rischio la sua stessa integrità. Infine, la riforma crea un bilancio extra che consente al Presidente di spendere senza limiti fiscali, e ciò può causare un indebitamento inutile e smisurato. Nonostante la promessa che la riforma porti maggiori finanziamenti alle azioni contro il virus, il prezzo che la federazione e lo Stato di Diritto pagano per questo potrebbe essere troppo alto.

Il caso brasiliano è un esempio per tutti gli altri Paesi che pensano che la Costituzione scritta debba sempre offrire le risposte rispetto ad una crisi di emergenza. Infatti, nel tentativo di mettere tutto per iscritto, rischiamo che la Costituzione diventi uno strumento più fragile di quello che merita di essere. Alla luce di questo, penso che la Carta fondamentale permetta, implicitamente, che le leggi o i decreti-legge disciplinino l'emergenza secondo le proprie necessità; e che gli atti amministrativi mettano in pratica tale regolamento in base alle esigenze nazionali e locali. Malgrado la mancanza di un regime specifico contro l'emergenza possa favorire un'autocrazia, non sono le norme specifiche che proteggono la democrazia, bensì i valori fondamentali e internazionali dei diritti umani garantiti da ogni Paese. E, a questo proposito, sia il Brasile che l'Italia

conservano principi giuridici sufficienti a giustificare gli atti politici compiuti durante l'emergenza.

CRISTINA LUZZI

La mancata previsione in Costituzione di una disciplina *ad hoc* dedicata a un eventuale “stato d’urgenza” è, come noto, il risultato di una decisione dell’Assemblea costituente, riconducibile a quella volontà generale, che ne ha guidato i lavori, di distanziarsi dalla tradizione liberale, e soprattutto dalla vicenda autoritaria, appena conclusa. Era evidentemente fresca, infatti, tra i Padri e le Madri costituenti, l’esperienza di istituti appartenenti al periodo fascista; lo stato di pericolo pubblico, ad esempio, previsto all’art. 214 del testo unico di pubblica sicurezza del 1931, laddove dichiarato, consentiva rispettivamente, al Ministro dell’interno di derogare alla legge vigente sull’intero territorio nazionale mediante ordinanze la cui violazione poteva comportare la detenzione non inferiore a un anno e, ai singoli prefetti, di disporre, al fine «di ristabilire o per conservare l’ordine pubblico» direttamente l’arresto o l’eventuale detenzione di qualunque persona.

Ciò posto, si sa che la Costituzione, pur non contemplando un vero e proprio “stato d’urgenza”, non escluda il verificarsi di eventuali situazioni di assoluta imprevedibilità, riconoscendo, non a caso, al Governo, il potere di legiferare in casi straordinari di necessità e urgenza, sebbene la prassi ci abbia abituati a un utilizzo tanto diffuso, quanto distorto, dello strumento del decreto legge. Di fronte alla pandemia odierna che richiede poi, nello specifico, la tutela preminente della *salus rei publicae*, giova ricordare che lo stesso dettato costituzionale giustifica le limitazioni della libertà di circolazione, «per motivi di sanità» oltretutto di sicurezza, della libertà di domicilio e di quella di riunione per ragioni «di sanità e incolumità pubblica» e, ancora che l’art. 120 attribuisce al Governo il potere sostitutivo delle autonomie territoriali «in caso di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica».

Da tale angolo visuale, e considerato che la deliberazione dello «stato di emergenza nazionale» è, come noto, contemplata dall’art. 24 del codice di protezione civile e ancorata al ricorrere di determinati presupposti positivizzati dal medesimo decreto legislativo, si fa fatica a comprendere l’attivismo di certe parti politiche che, fin da subito, hanno provato ad avviare un dibattito intorno a un progetto di riforma costituzionale per l’introduzione in Costituzione dello stato di emergenza. Senza scendere nel merito di tali tipi di iniziative, delle quali, per le ragioni appena esposte, si dubita dell’effettività utilità e della conformità rispetto alle intenzioni originarie dei Costituenti, lascia comunque perplessi che, anche all’indomani di una pandemia dalla virulenza senza precedenti per i tempi odierni, alcune forze politiche continuino a utilizzare l’argomento di una supposta incompletezza costituzionale a fini anche propagandistici, con tutte le conseguenze che, innanzitutto in termini di “delegittimazione” del progetto costituzionale, questo comporta, e l’evidente compromissione nella visione collettiva, sul lungo termine, della Costituzione vigente come insieme di regole e di limiti ai poteri.

MARTINO PINTUS

Davanti a questo quesito occorre prendere in esame due ordini distinti di problemi per arrivare a un ulteriore nodo problematico solo apparentemente extra-giuridico.

Non prevedendo il nostro ordinamento alcun articolo che disciplini uno stato d'urgenza si pone in primo luogo un problema di copertura costituzionale. Lo stato d'emergenza è stato decretato il 31 gennaio 2020 e disciplinato tramite legge ordinaria con il decreto legislativo del 2 gennaio 2018, art.24 comma 1. Secondo il parere di Gaetano Azzariti (Questione Giustizia, 27 marzo 2020) questi atti sono conformi alla carta secondo gli articoli 16, 17, 41, 32. Si tratta pertanto di verificare se esistano le condizioni di fatto per applicare norme e divieti disposti dalla normazione d'emergenza. Il presupposto di fatto è rinvenuto nella dichiarazione di Emergenza sanitaria globale dell'O.M.S. del 30 gennaio.

C'è un secondo problema sul triplice rapporto tra potere sovrano, diritto ed emergenza. È il problema schmittiano della dittatura. Poiché la normazione d'urgenza deroga al normale esercizio dei poteri eppure appartiene ad essi perché decide secondo il normale esercizio di derogare a questi *si pone la questione se essa sia parte integrante del potere costituito o una riappropriazione del potere costituente*. È noto come Kelsen risolve questa antinomia affermando non esista giuridicità che non sia coestensiva allo stato. Quindi il problema non è più quello di un potere politico sovrano *extra-ordinem* ma le condizioni giuridiche sulle quali l'ordinamento si conserva in situazioni straordinarie. Ciò vale tanto negli ordinamenti in cui il caso d'eccezione è costituzionalizzato, come per l'*état d'urgence* in Francia (art.16 della costituzione del '58), quanto nel nostro ordinamento che non lo prevede in costituzione. In entrambi i casi il problema resta quello della conservazione dell'ordinamento davanti a un fattore di urgenza o necessità e anzi integrando questo nella regolazione giuridica. *Non è in gioco un problema di sovranità*. Questa si fa auto evidente come potere politico integralmente giuridificato, pur nello spostamento dell'asse della normazione sul potere esecutivo. La necessità diventa una fonte di diritto *intra-ordinem*. Santi Romano coglie già questo aspetto nel 1909 nel saggio "Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria".

Ciò che diventa rilevante è pertanto la materia sociale che il diritto mira a regolare, ovvero la natura complessa dell'emergenza che definisce per il diritto il requisito di necessità. Da un punto di vista sociale si impone uno stato di crisi. Crisi sanitaria, ma strutturalmente capitalistica nelle sue origini e nei suoi effetti in quanto incapace di garantire i medesimi livelli di produzione e riproduzione sistemica del rapporto sociale. Di fatto la crisi presenta una nuova normalità e sul suo sviluppo, quindi anche sulle previsioni di temporalità, si verifica uno scontro politico-sociale per definire una normalità a venire. Si pensi solo all'inadeguatezza delle risorse sanitarie, alle rivolte carcerarie, allo scontro nelle fabbriche sulle condizioni di sicurezza. Da un punto di vista giuridico il problema è dunque quello di normare la normalità che *emerge* con la crisi.

L'aspetto della *normatività del normale* viene in primo piano rispetto alla *normalità del normativo* prevista e disciplinata da norme precedentemente stabilite. La necessità dell'emergenza, rappresenta il presupposto di fatto, insieme al requisito della temporaneità, per una normazione in deroga che estende i confini dell'ordinamento con l'obiettivo di rimediare al dissolvimento dell'organizzazione sociale dentro la crisi.

ANDREA RACITI

Da un punto di vista filosofico-giuridico, valutare l'adeguatezza delle deroghe previste dalla Costituzione all'ordinario esercizio dei poteri dipende, *ex definitione*, dalla presa sulla realtà effettiva che l'esercizio dei poteri eccezionali riesce ad avere. Infatti, l'esercizio dei poteri eccezionali da parte del Governo, a seguito della pandemia in corso, non può prescindere dalla suddetta "presa": se di stato di eccezione trattasi, nel caso in questione, si manifesterebbe una giuridicità non semplicemente pre-normativa, bensì *extra* o *praeter*-normativa, fondata su di una *ex-ceptio*, una presa o, meglio ancora, la cattura di un qualcosa di esterno all'ordinamento stesso. Proprio a partire da questa cattura - dalla quale si origina una sorta di soglia d'indistinzione - va inquadrato l'esercizio dei poteri governativi nell'ambito dell'eccezionalità. Certo, quest'ultima viene qui constatata alla luce dell'effettivo esautoramento del pieno esercizio di altre fondamentali libertà, in quanto esse risultano condizionate e trasmutate dall'interno dalla pressoché assoluta esigenza di tutela della salute. L'eccezionalità dei poteri, dal punto di vista dell'analisi giusfilosofica, non viene affermata sulla base dei rapporti formali tra fonti, bensì dedotta dall'esperienza, ovvero dal rapporto tra il contenuto fortemente limitativo dei provvedimenti normativi del Governo e la loro concreta esecuzione: escludere di qualificare come "eccezionali" i poteri esercitati dal Governo durante l'attuale pandemia, quando de facto l'esperienza giuridica sembra dirci il contrario, potrebbe condurre l'indagine a quell'"attaccamento dogmatico al formalismo" che René Girard, ne *La Violence et le sacré* (1972), ritiene tradisca sempre una reale "impotenza a leggere la forma".

La dottrina schmittiana dell'*Ausnahmezustand*, sviluppata in scritti quali *Die Diktatur* (1921) e *Politische Theologie* (1922), a mio avviso, invece, ci potrebbe aiutare a disvelare almeno in parte l'ambiguità dello stato d'eccezione quale situazione che, proprio in quanto *hors de la loi*, provoca una dinamica ordinativa e nomo-genetica che rimane interna al disordine, imponendo una regola che scardina la gerarchia delle fonti, in quanto si colloca al di fuori di essa. Accettata l'ipotesi che, nell'attuale situazione, stiamo effettivamente sperimentando lo stato di eccezione, quest'ultimo non poteva essere in alcun modo fatto oggetto di una fattispecie astratta da parte della costituzione formale o di qualsiasi altra fonte di diritto positivo. Si tratterebbe, in caso contrario, di una *contradictio in adjecto*: la situazione in questione è davvero connotata dall'*ex-ceptio*, ovvero, fuoriesce da qualsiasi ipotesi normativa, e allora opera la dinamica della dichiarazione dello stato d'eccezione da parte dell'organo che, in forza non di una norma, bensì dell'esercizio stesso della "prerogativa" (come la chiama Locke nel Secondo

Trattato sul governo) immanente all'ordine giuridico, risponde regolando una situazione ab-norme, decidendo su di essa e, così facendo, inscrivendola e "catturandola-fuori" nel suddetto ordine giuridico. Si tratta di una dinamica di inclusione-esclusione, poiché una determinata situazione non prevista e non prevedibile da una qualsiasi statuizione positiva, in forza della sua ab-normità viene iscritta nell'ordine giuridico dalla decisione di un'autorità che, secondo Schmitt, "non ha bisogno di diritto per creare diritto" (Politische Theologie): in ciò consiste la valenza nomo-genetica dello stato di eccezione.

Pertanto, il fatto che alcune Costituzioni – a differenza di quella italiana - prevedano l'ipotesi dello stato di eccezione, conferma la contraddizione strutturale data dalla ridefinizione di un ab-norme.

CARLO SALOI

La Costituzione italiana non prevede una disposizione sullo stato di emergenza. Tale mancanza è stata il frutto di una scelta ponderata del Costituente. Quest'ultimo, infatti, ad una clausola emergenziale capace di alterare le normali modalità di esercizio dei poteri pubblici e consentire la sospensione delle garanzie costituzionali, ha preferito l'introduzione nel testo costituzionale di disposizioni che richiamassero strumenti in grado di provvedere in via ordinaria alle necessità derivanti da situazioni imprevedute ed imprevedibili.

Il riferimento è anzitutto alla previsione di cui all'art. 77 Cost., che pone in capo al Governo una fonte del diritto, il decreto legge, in grado ad agire con la massima tempestività in casi emergenziali, delimitata sia nei tempi che nei contenuti e sottoposta ad un controllo da parte del Parlamento e della Corte costituzionale.

Per fronteggiare situazioni eccezionali è dunque verso tale strumento che l'Esecutivo dovrà orientarsi, tenendo però conto del fatto che, sebbene col decreto legge possano evidentemente essere adottate tutte le misure eccezionali necessarie a fronteggiare l'emergenza, esso è pur sempre fonte di rango primario e pertanto subordinato al rispetto dei limiti e dei principi della Costituzione, considerati irrinunciabili a prescindere da ogni realtà sociale e politica.

Soffermandoci sull'emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus Covid-19, può affermarsi che nella gestione di essa il Governo ha fatto un uso della decretazione d'urgenza ponderato e proporzionato rispetto alle necessità derivanti dalla drammatica situazione.

Va da sé però che l'intenso ruolo che l'Esecutivo ha giocato nella gestione della pandemia, caratterizzato da un'inevitabile avocazione di poteri decisori in svariati ambiti, incidendo inevitabilmente sull'ordinario esercizio dei poteri previsti dalla Costituzione, è giustificato dalla situazione di emergenza che, in quanto tale, «è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea» (Corte cost., sent. n. 15/1982). Ciò significa che, una volta raggiunta la fase di ordinarietà, questo spostamento del baricentro decisionale verso il livello centrale avrà perso la sua ragion d'essere e dunque sarà destinato a cessare.

Un'ultima considerazione deve farsi sull'opportunità di inserire in Costituzione una c.d. *emergency clause*.

Una tale previsione potrebbe rappresentare un pericolo per la tenuta dell'assetto costituzionale.

Concetti quali *emergenza*, *necessità* o *eccezione* hanno infatti dei presupposti, dei contenuti e dei confini estremamente labili e difficilmente determinabili. Il pericolo che si annida nella difficoltà di una loro definizione è che chi detiene il potere possa piegare tali concetti in modo tale da avvalersi di poteri di emergenza anche in mancanza della necessità di una loro adozione.

Un ulteriore rischio che una tale disposizione potrebbe generare è quello di un indebolimento della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. In questo senso infatti, mentre in assenza di una *emergency clause* la Corte costituzionale ha buon gioco nel dichiarare illegittimi atti lesivi di libertà fondamentali, in caso di una sua previsione la Consulta sarebbe costretta a parametrare le misure restrittive con la clausola di emergenza e questo potrebbe favorire una dichiarazione di compatibilità costituzionale dei provvedimenti in forza di un'interpretazione estensiva della clausola stessa.

FEDERICO SPAGNOLI

Come noto, la Costituzione italiana non prevede uno stato di emergenza attivabile in presenza di una situazione di emergenza o di pericolo imminente che consenta al Governo di esercitare poteri straordinari per fare fronte alla minaccia secondo modalità diverse da quelle ordinarie.

Si tratta di una scelta diversa da quella di altre costituzioni europee, sia coeve che successive, molte delle quali (es. Legge Fondamentale tedesca del 1949, artt. 80 e 115; Cost. francese del 1958, artt. 16 e 36; Cost. spagnola del 1978, art. 116) contemplano espressamente strumenti di questo tipo, una scelta dovuta principalmente all'intenzione del costituente di non ripetere l'esperienza fascista e nazista, che aveva visto l'abuso degli istituti emergenziali. La Carta del 1948 presenta piuttosto singole disposizioni, di carattere generico o specifico (es. artt. 16, 77, 78), che attribuiscono alle autorità poteri *ad hoc* da impiegare in casi particolari, senza però inserirli in un *framework* costituzionale coerente e coordinato. Di fronte all'attuale crisi sanitaria, tuttavia, può porsi il problema dell'adeguatezza di questa disciplina alle esigenze concrete poste da essa o da eventuali emergenze future analoghe, che farebbe propendere per l'aggiornamento del testo costituzionale per mezzo di un'apposita revisione che introduca norme ritenute necessarie e opportune a questo fine, inclusa la possibilità di dichiarare uno stato d'emergenza o simile.

Anche se in dottrina si riscontano voci a favore (es. CELOTTO), è probabile che ciò non sia strettamente necessario, come la stessa Presidente della Corte Costituzionale Cartabia ha ricordato in un recente intervento. Difatti, nonostante alcune innegabili forzature, sembra che l'azione degli organi costituzionali, fondata sull'esercizio di poteri di fonte costituzionale (es. decreto legge, richiamo all'art. 32) o legislativa (le attribuzioni

della Protezione Civile ai sensi del d.lgs 1/2018), sia stata sufficiente agli scopi perseguiti, senza rendere necessaria la dichiarazione apposita di un formale stato di eccezione. Un simile strumento, a causa del rischio di abusi anche severi, dovrebbe essere oggetto di un'attenta considerazione e di un'adeguata formulazione prima del suo inserimento nel *corpus* costituzionale.

In caso di opzione favorevole, si potrebbe pensare ad una disciplina dettagliata, che distingua diversi tipi di emergenza sulla base dei presupposti e prescriva procedure ed effetti differenziati per le varie fattispecie, come nel caso spagnolo (supportato da una legge organica di attuazione); in più non si può non notare come, nonostante gli esempi prima menzionati, il panorama comparatistico offra anche esempi di ordinamenti privi di una disciplina costituzionale dell'emergenza, eventualmente surrogata da apposite leggi (es. il *National Emergencies Act* negli Stati Uniti o il *Civil Contingencies Act* nel Regno Unito, i quali pongono limiti in teoria stringenti ai poteri eccezionali esercitabili dall'esecutivo).

II Domanda

L'emergenza sanitaria ha portato a introdurre limitazioni delle libertà, a partire da quella di circolazione e di soggiorno. Ciò è previsto dalla Costituzione in presenza di determinati presupposti, quali sembrano integrati, e da parte della legge (o – si ritiene – atto con forza di legge). Quale spazio si ritiene possa essere lasciato a fonti subordinate? E, quindi, nel caso di specie, l'utilizzo di d.P.C.M., ordinanze ministeriali, regionali e locali è risultato corretto sul piano del rapporto tra fonti?

GIACOMO CANALE

Lo spazio che dovrebbe essere lasciato a fonti subordinate dovrebbe essere quello della integrazione e/o specificazione di dettaglio, comprese le eventuali misure di contenimento limitate a ridotti ambiti territoriali. Rinviano alla domanda sulla riserva di legge alcune valutazioni critiche sulla tesi prevalente che considera equipollenti gli atti primari del Governo, si ritiene che sia elusivo del fondamento dell'istituto della riserva di legge la previsione di un meccanismo normativo a catena che, a prescindere dalla sua legittimità, demandi sostanzialmente alla fonte subordinata la scelta delle modalità di limitazione delle libertà fondamentali su una scala spaziale e temporale estesa. In altri termini, un conto è stabilire con d.P.C.M., ordinanza ministeriale, regionale e locale una zona rossa comunale (o analoghi provvedimenti territorialmente delimitati), un altro è invece chiudere tutto un Paese, come purtroppo era necessario fare in un primo momento. Tenuto quindi conto della intensità delle misure restrittive e del loro ambito di applicazione su tutto il territorio nazionale, tale scelta doveva necessariamente essere assunta con decreto-legge per consentire: la valutazione collegiale dell'idoneità delle misure; un preliminare vaglio del Presidente della Repubblica in sede di emanazione; la

conversione in legge e il possibile controllo di costituzionalità. Avere invece preferito il ricorso a fonti subordinate ha costituito un grave precedente nella nostra storia costituzionale, soprattutto se si tiene conto che il d.P.C.M. che ha disposto l'estensione delle misure di contrasto a tutto il territorio nazionale, vietando al contempo ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico, è stato assunto il 9 marzo, cioè ben 15 giorni dopo l'adozione del primo decreto-legge (d.l. n. 6/2020), e cioè non vi era una questione di subitanea emergenza come avrebbe potuto esservi per dei provvedimenti da adottare immediatamente dopo un improvviso attacco militare. Inoltre, la norma di rinvio del decreto-legge ("Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1") non sembra prestarsi ad un'interpretazione così estensiva ed intensiva, dovendosi chiaramente intendere che queste ulteriori misure dovevano più correttamente intendersi come ulteriori misure a carattere territorialmente limitato.

Né sembra possa venire in soccorso la tesi della necessità quale fonte di diritto *extra ordinem*, e per taluni sovraordinata anche alla Costituzione. La tesi, almeno nelle sue formulazioni estreme, pare non condivisibile, in quanto "la costruzione di un «diritto di necessità» per sé stante, il cui esercizio possa attribuirsi al Governo come tale, in circostanze straordinarie, non trova alcun solido fondamento, nel sistema del nostro diritto pubblico. Con questo non si vuol negare che, in taluni casi, possa apparire indispensabile, che il così detto Potere Esecutivo (...) senta il dovere, ed assuma la responsabilità di compiere alcuni atti, che non rientrano nella sfera della sua competenza; quando l'urgenza lo richieda. Non si nega, in altri termini, che esista o possa esistere uno «stato di necessità», (...) Solo si nega, che spetti esclusivamente al Potere Esecutivo di emanare le corrispondenti disposizioni legislative straordinarie. Per queste è, e rimane competente il Parlamento." (Traversa, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico interno*, 1916). Si è voluto proporre questa citazione storica poiché pare assurdo proporre una tesi che già sotto la vigenza dello Statuto non era condivisa dalla migliore dottrina e giurisprudenza (MORTARA) nell'ambito di un ordinamento con una Costituzione rigida che prevede l'indiscussa centralità del Parlamento e una specifica fonte per i casi di straordinaria necessità e urgenza, cioè il decreto-legge.

LORENZO MADAU

Delimitando la risposta al tema più controverso dei dPCM, la tesi di chi scrive è che, dal punto di vista del rapporto formale tra fonti, l'utilizzo di tali decreti, se rigorosamente confinato ai tempi dell'emergenza, non abbia comportato le gravi violazioni costituzionali da più parti denunciate.

Si è molto discusso sulla natura di tali dPCM ma, a ben vedere, lo schema che rimette l'adozione delle misure eccezionali, previste in astratto dalla fonte primaria, a provvedimenti amministrativi emergenziali, in modo da poterle calibrare sulla base delle

necessità imposte dall'evoluzione imprevedibile della pandemia, sembra rispecchiare lo schema tipico delle ordinanze *extra ordinem*.

Il Codice della protezione civile del 2018, in effetti, attribuisce all'art. 5 poteri di ordinanza in materia di p.c. al Presidente del Consiglio, poteri che poi specifica all'art. 25 in connessione alla deliberazione dello stato di emergenza ex art. 24.

Ora, la disciplina delle ordinanze di p.c., come più in generale delle varie tipologie di ordinanze *extra ordinem*, si caratterizza per l'abbondante uso di norme a fattispecie aperta, che lasciano grandi spazi di discrezionalità alle autorità competenti ad adottarle per far fronte all'emergenza. Tali modalità di disciplina, per quanto criticabili, hanno ricevuto il sostanziale avallo da parte della giurisprudenza, pur con tutta una serie di limiti e condizioni da rispettare. Nel codice, tali condizioni sono state abbastanza fedelmente positivizzate: le ordinanze di p.c. possono derogare ad ogni disposizione vigente, ma purché motivatamente e con indicazione delle principali norme derogate, nei limiti e con le modalità indicati nella delibera dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Quel che importa rilevare è che, dunque, già su questa sola base si sarebbe potuto far ricorso direttamente ad ordinanze emergenziali del Presidente del Consiglio.

Tuttavia, pur avendo inizialmente seguito proprio la strada del codice (a partire dalla delibera dello stato di emergenza adottata dal CdM il 31/1), quando l'epidemia è scoppiata in tutta la sua violenza nel Nord Italia, il Governo ha scelto di seguire uno schema parzialmente diverso: l'adozione a monte di un d.l. che autorizza il Presidente del Consiglio ad adottare, tramite dPCM, le misure più opportune per fronteggiare l'emergenza, le quali, però, vengono al tempo stesso fatte oggetto di un lungo elenco da parte del d.l.

Tale schema ha suscitato perplessità ma, a parere di chi scrive, non può essere valutato senza tenere in considerazione la strada alternativa prevista dal codice: in realtà, allora, proprio se paragonato alle amplissime fattispecie aperte ivi previste, lo schema d.l.-dPCM si rivela decisamente più garantista e rispettoso del principio di legalità, dal momento che non viene attribuita una delega in bianco nei confronti dei dPCM, ma le misure da essi adottabili sono indicate a monte dal d.l. Certo, anche il d.l. 6 scontava un deficit di determinatezza in alcune clausole (in buona misura superato dal successivo d.l. 19), ma si deve tener presente che si tratta di un carattere in larga parte inevitabile nella disciplina delle ordinanze *extra ordinem*, essendo chiaramente difficile prevedere *ex ante* tutte le misure necessarie a far fronte ad un'emergenza, ancor più quando questa assume le caratteristiche inopinabili di un'improvvisa pandemia di un virus prima sconosciuto.

MARTINO PINTUS

Sull'impiego di fonti subordinate prendo in considerazione due aspetti. Il primo di gerarchia tra fonti il secondo più strettamente politico.

Sul primo aspetto mi limito a segnalare due profili di criticità. Il primo rileva come in Costituzione l'articolo 117, II comma, lettera q, preveda che l'intervento legislativo in

materia di profilassi internazionale spettò esclusivamente allo Stato. Di fatto però la gestione dell'emergenza, pur dichiarata tramite decreto governativo sul presupposto di fatto della dichiarazione O.M.S., ha lasciato ampio margine di iniziativa ad autorità locali tramite fonti subordinate anche grazie all'indeterminatezza di alcune formulazioni nel testo come quella contenuta nel primo decreto legge del 23 febbraio che all'art. 2 autorizzava le "autorità competenti" ad adottare "ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1", lasciando evidentemente eccessiva discrezionalità a un troppo vasto numero di poteri pubblici per procedimenti innominati e dunque non sottoposti al principio di legalità in quanto non ne vengono stabilite le modalità di esercizio del potere.

Quanto poi all'impiego di fonti subordinate, come i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, atti amministrativi, se questi possono trovare giustificazione nel requisito di urgenza nei decreti legge che regolamentano, emerge sicuramente una criticità nell'impiego di atti amministrativi per disciplinare le limitazioni della libertà di circolazione, almeno fino alla conversione in legge ordinaria dei decreti. C'è inoltre da segnalare come, in base alla legge del 1978 sul servizio sanitario nazionale, si sarebbe potuta considerare la competenza del ministro della salute per emanare più di metà degli atti disposti al contrario tramite Decreto del presidente del consiglio dei ministri. Anche in questo caso si può sostenere comunque che la centralizzazione del potere nella figura del presidente e dunque l'indebolirsi del principio di collegialità dell'esecutivo risponde certamente al requisito d'urgenza di uno stato d'emergenza.

Ma c'è anche un altro aspetto che emerge, di natura più politica e meno attenta al rispetto di una prassi giuridica formalmente corretta. Infatti la legittimazione politica dell'iniziativa governativa è stata costruita principalmente attraverso le video-dirette del Presidente del Consiglio, il quale si dà per scontato abbia il sostegno del resto dell'esecutivo, una maggioranza politica parlamentare e che delle sue decisioni sia informato il Presidente della Repubblica. La comunicazione del Presidente del Consiglio nella situazione d'emergenza diventa un atto di per sé quasi dire giuridicamente performativo con la sua traduzione normativa e la pubblicazione quasi contestuale in Gazzetta come Dpcm. È ovviamente un circuito di legittimazione integralmente politico su cui il consenso e le parole d'ordine – come l'arcinota "state a casa" - regolano primariamente la gestione sociale dell'emergenza con il supporto di atti aventi forza di legge, anche emanati come fonti subordinate, di cui le autorità di polizia devono però tenere subito di conto.

PIER GIUSEPPE PUGGIONI

La gestione della pandemia da 'Covid-19' ci consente di ragionare, in generale, sul significato dell'azione di governo e delle forme 'giuridiche' in cui essa si esprime, potendosi intendere il «governo» in una duplice accezione: per un verso, tale termine indica un certo soggetto pubblico titolare di un potere; per altro verso, esso può alludere

ad una pratica concreta che si esprime attraverso operazioni di vario tipo – legate in larga misura all’organizzazione, alla gestione, al controllo – e secondo forme non necessariamente riconducibili alla configurazione giuridica del rapporto di obbligazione.

Lo schema della validità/invalidità (di cui la legittimità costituzionale è una *species*), che sulla gerarchia delle fonti appoggia – in senso kelseniano – le condizioni di legittimità (competenza, limiti di contenuto, procedure, ecc.) delle norme subordinate, coglie soltanto una parte dell’agire del governo. Infatti, come ha messo in luce Michel FOUCAULT, il governo (soggetto) non adotta soltanto l’approccio propriamente «giuridico» dell’obbligazione, che presuppone un ordine del discorso in cui il governo cerca di plasmare (o ‘disciplinare’) la condotta delle persone, ma agisce anche «su un insieme di fattori apparentemente lontani dal comportamento immediato della popolazione» (ID. *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano 2005) e che appartengono all’ambito *governamentale* (‘governo’ come pratica).

Leggendo in quest’ottica la situazione che stiamo vivendo, alcuni hanno affermato che, benché siano ancora presenti «meccanismi di isolamento (la quarantena, la chiusura dei confini, etc.)», tali dispositivi operino ora «come tattiche di una strategia più complessa» (GAZZOLO), che presuppone operazioni di controllo dello spazio e della circolazione, suffragate da calcoli statistico-probabilistici e previsioni. Senza dubbio, tutte queste prescrizioni possono studiarsi in termini di legalità (*scil.*, legittimità costituzionale), come norme la cui validità è messa in discussione alla luce d’una gerarchia delle fonti che, volendo garantire il cittadino contro il potere politico, assume che quest’ultimo cerchi il controllo delle condotte individuali, mentre il primo vorrebbe la libertà del ‘non-impedimento’. Tuttavia, bisogna ammettere che queste decisioni governamentali, in quanto rivolte ad una gestione ‘scientifica’, dettagliata e suscettibile di grossi mutamenti in tempi brevi, possono operare solo nella forma del provvedimento non avente forza di legge, tramite cui il governo intende per lo più controllare un fenomeno sulla base di regole e strategie ‘tecniche’, piuttosto che agire direttamente sulle condotte dei cittadini.

L’agire del potere politico appare, allora, difficilmente comprensibile attraverso il solo codice della ‘correttezza’ e della ‘scorrettezza’ sul piano delle gerarchie normative, che sembra interpretare il rapporto tra governo e individuo solo in termini di comando-obbedienza e non guarda alle ragioni tecniche della regolamentazione governamentale sulla vita, per cui all’incedere di quest’ultima – adottando solo questo punto di vista – il singolo si sente ‘ferito’ e ‘invaso’ nel proprio spazio privato. D’altra parte, quando in tempo di crisi constatiamo un’evoluzione autoritaria di tale rapporto, potremmo immaginare che il problema si radichi, piuttosto, nella ‘cultura’ politica, nei riguardi della quale – purtroppo – sembra difficile che il diritto costituzionale possa incidere significativamente.

L'emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus Covid-19 ha reso necessaria l'adozione di provvedimenti fortemente limitativi delle libertà costituzionali, prime fra tutte quelle di circolazione e di soggiorno, tutelate dall'art. 16 Cost., dalle cui restrizioni conseguono inevitabilmente compressioni di altri diritti (riunione, culto, istruzione, iniziativa economica, lavoro).

Lo schema seguito dallo Stato per fronteggiare l'epidemia è consistito nell'aver collegato fonti di rango primario (i decreti legge), contenenti la disciplina generale delle misure limitative della libertà, ad una serie di atti normativi di rango secondario (dpcm, regolamenti, decreti ministeriali, ordinanze regionali), attuativi di quanto stabilito dalla fonte superiore e dunque direttamente incidenti sui diritti dei consociati.

Ora, partendo dal presupposto che, come desumibile dalla giurisprudenza costituzionale, la riserva di legge contenuta nell'art. 16 Cost. ha natura relativa (sent. 68/1964) e le norme d'urgenza, quali i decreti legge, possono demandare ad atti normativi la loro attuazione (sent. 99/2018), è possibile affermare che, almeno sul piano formale, la citata impostazione adottata dall'ordinamento per limitare la libertà di circolazione e soggiorno rispetta l'impianto costituzionale e, dunque, risulta corretta sul piano del rapporto tra fonti.

Tuttavia, è necessario tenere ben chiaro che questo impianto regge a condizione che le restrizioni ai diritti prodotte a valle dallo strumento secondario si muovano lungo un perimetro delimitato dal decreto legge a monte. In altri termini, il decreto legge deve costituire la base legale per gli atti secondari, pena il vizio di violazione di legge da parte di essi.

Se così è, nella gestione dell'emergenza si registrano casi in cui le disposizioni di alcuni DPCM non trovano corrispondenza nelle previsioni della fonte di rango primario da cui originano. Ciò significa che tali provvedimenti hanno esercitato una compressione di diritti che non era prevista dai decreti legge che li hanno istituiti. Una tale situazione si è ad esempio registrata con riferimento al discostamento tra le disposizioni comprese nel dl n. 6 del 23 febbraio 2020 e nel DPCM dell'8 marzo 2020 in materia di divieto di circolazione all'interno di territori interessati da contagi, di assembramenti e di allontanamento dal proprio domicilio o residenza.

Guardando ancora al decreto legge sopra citato, alcune sue disposizioni destano perplessità in punto di rispetto del principio di riserva di legge e di quello di legalità.

Se infatti il primo impone alla fonte primaria la disciplina dei fondamenti che reggono la materia oggetto della riserva e il secondo, inteso in senso sostanziale, deve essere concepito anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere, l'art. 2 del dl n. 6, per la genericità della sua formulazione, che attribuisce ad indeterminate «*autorità competenti*» un'indeterminata potestà di imporre restrizioni alle libertà (anche di circolazione e soggiorno), non può che destare dubbi di incostituzionalità.

L'impiego delle fonti costituisce una delle problematiche principali che hanno accompagnato la gestione di quest'emergenza, causando un sovrapporsi di interventi a ritmo anche serrato che ha finito per generare problematiche di competenza e di rispetto dei requisiti di costituzionalità.

In particolare, la Costituzione abitualmente richiede (es. artt. 13 e 16) che le limitazioni di diritti siano effettuate con legge, una condizione che, fatte salve formulazioni più esplicite, la dottrina prevalente ritiene soddisfatta anche dall'impiego di altre fonti di pari rango normativo come decreti legislativi e decreti legge. Di conseguenza, il problema non è rappresentato tanto dai dd.ll. 6 e 19/2020, ma dalle loro misure di implementazione, ossia i numerosi d.P.C.M., ai quali vanno uniti atti adottati da una varietà di altri esponenti del potere esecutivo a livello statale, regionale e locale.

In linea di principio, le fonti secondarie dovrebbero svolgere in quest'ambito un ruolo di attuazione/specificazione delle disposizioni poste dalle fonti sovraordinate ai fini della loro attuazione pratica (un ruolo assai rilevante, dato il carattere specificamente tecnico-scientifico dell'emergenza), lasciando però il compito di predisporre le limitazioni dei diritti propriamente dette alle fonti primarie, le uniche costituzionalmente legittimate. Da questo punto di vista, i d.P.C.M hanno posto difficoltà non trascurabili, agendo sulla base di quella che era formalmente una (ampia, quasi generica) delega posta con decreto legge ma configurandosi di fatto come atti dal contenuto paralegislativo assai incisivo, spingendosi persino a contribuire alla definizione di fattispecie di responsabilità penale secondo uno schema che non si accorda del tutto col principio di legalità ex art. 25 Cost., pur tenendo conto della tecnica legislativa delle norme penali "in bianco".

Anche per quanto riguarda il potere di ordinanza di varie autorità esecutive, il suo esercizio, soprattutto da parte di alcuni Presidenti di Regione, ha spesso condotto all'adozione di normative assai specifiche dal punto di vista dei comportamenti imposti e delle sanzioni relative, introducendo in alcuni casi restrizioni ancor più rigide di quelle previste dal Governo.

In ogni caso, questi interventi di chiara natura eccezionale di fronte ad una situazione di grave ed immediata emergenza dovrebbero dispiegare i loro effetti solo temporaneamente, per non fungere da precedente giustificativo di forme illegittime di normazione.

III Domanda

La necessità di agire con legge (o atti avente valore di legge) chiama naturalmente in causa il Parlamento. Ma l'emergenza sanitaria sta incidendo anche sui lavori parlamentari: le Camere sono scarsamente convocate, sono state previste sedute a ranghi ridotti e voti scaglionati, mentre si discute di prevedere votazioni a distanza piuttosto che altre misure per evitare il contagio. Anche considerato che la

Costituzione non prevede ipotesi di sospensione dell'attività dell'organo, quali limitazioni e modalità alternative di esercizio delle funzioni si possono ritenere legittime?

GIACOMO CANALE

Si condivide la tesi che non ravvisa la possibilità di convocare il Parlamento con modalità telematiche. L'interpretazione incontra dei limiti invalicabili, a meno di non rendere superfluo il dato testuale. Va però detto che il problema posto è serio e, in una prospettiva *de iure condendo*, va debitamente meditato e sviluppato al fine di consentire in futuro l'uso delle tecnologie telematiche anche nelle aule parlamentari, sia per specifiche singole esigenze (il parlamentare impossibilitato a partecipare di persona ma capace di farlo da remoto, ad esempio per una gravidanza pericolosa), sia per eventi eccezionali di portata generale.

GIUSEPPE LAURI

In occasione di importanti voti tenutisi nel pieno della pandemia, gli Uffici di Presidenza hanno inizialmente concordato di far partecipare alle sedute un numero di parlamentari di poco superiori al quorum funzionale, ripartiti proporzionalmente tra i gruppi; un *gentlemen's agreement* tra le forze politiche - che comunque non avrebbe potuto impedire la partecipazione alle sedute di parlamentari non inclusi nell'elenco di quelli ammessi a prendervi parte e della cui compatibilità con l'ordinamento è quantomeno lecito dubitare - che riecheggia il cd. *pairing* del parlamentarismo anglosassone.

Al di là degli accorgimenti tecnici messi in atto dalle Camere - in Commissione, un generalizzato ricorso allo strumento della videoconferenza per le audizioni e l'utilizzo di locali che permettano il distanziamento sociale; in Assemblea, la distribuzione nominale di dpi, l'accesso contingentato su base di cognome e, successivamente, l'utilizzo delle tribune solitamente riservate agli esterni e, alla Camera, del cd. "Transatlantico", per farvi sedere i parlamentari - nella fase attuale dell'emergenza si deve valutare la fattibilità giuridica di alcuni strumenti pure conosciuti ai Parlamenti esteri e a quello europeo, adoperando come parametro l'art. 67 Cost.

Sono tre le modalità principali adoperabili allo svolgimento delle attività dal vivo, pur presidiate dagli strumenti di tutela sanitaria richiesti dalla pandemia. Il voto per delega, tipico tra gli altri del sistema francese, appare lampantemente compatibile col divieto di mandato imperativo. Il voto da remoto, pure adoperato dal Parlamento Europeo, presenta analoghi tratti di incompatibilità dovuti all'assenza di strumenti tecnici capace di garantire l'autonoma libera formazione della volontà del parlamentare - ai cui vizi certamente non sarebbe applicabile la disciplina civilistica in materia - peraltro in un contesto nazionale caratterizzato da un forte *digital divide* dovuto al non ottimale livello dell'infrastruttura tecnologica. Sembra eccessivo, infine, come pure è stato proposto da

alcuni deputati, introdurre in Costituzione una regolamentazione dell'attività parlamentare in tempi di stato d'emergenza basata sulla delega dei lavori delle Camere ad una specifica Commissione bicamerale sul modello di quella speciale istituita ad ogni inizio legislatura prima dell'insediamento del nuovo Governo per l'esame degli atti dell'esecutivo uscente.

Comunque sia, qualunque disciplina organica divergente dallo schema usuale richiederebbe una modifica specifica dei Regolamenti parlamentari, e, conseguentemente, un'attenta ponderazione da parte delle Camere. D'altronde, e per quanto siano ben altra cosa rispetto a queste ultime, organi legislativi come i Consigli regionali e comunali, hanno adottato procedure di lavoro a distanza sulla base di una disposizione nazionale eccezionale (l'art. 73 del d.l. 18/2020). Tra gli organi di rilevanza fondamentale non legislativi, la Corte Costituzionale ha adottato con decreti della Presidente radicali modifiche alle usuali attività comunque cessate d'efficacia lo scorso 20 aprile.

CRISTINA LUZZI

Dal resoconto della Giunta per il Regolamento del 4 marzo 2020, emerge come tra i deputati si sia da subito discusso dell'eventualità di un'estensione straordinaria del cosiddetto "lavoro agile" anche alle attività delle due Camere, soprattutto in seguito all'adozione delle misure limitative della libertà di circolazione, introdotte con il DPCM del 1 marzo 2020 che, nei fatti, avevano impedito gli spostamenti e la partecipazione ai lavori parlamentari ai deputati residenti nella prima "zona rossa".

Si tratta, in generale, di una discussione, allargatasi da subito anche alla dottrina, che ha visto delinearsi differenti posizioni. Da un lato, infatti, taluni hanno ritenuto urgente, data la virulenza della pandemia, la predisposizione di misure che contemperassero l'obbligatoria prosecuzione dei lavori delle Camere con il principio di precauzione, tra le quali è stato da subito promosso, per l'appunto, l'utilizzo del voto a distanza. A sostegno di tale tesi sono stati impiegati l'argomento ora comparatista, ora sovranazionale, facendo riferimento alle peculiari esperienze del voto a distanza del Parlamento europeo o, ad esempio, delle vicine *Cortes* spagnole e contestualmente la lettura, a parere di chi scrive "ultra evolutiva", dell'art. 64 della Costituzione che ammette l'assimilazione della presenza fisica del parlamentare a quella virtuale.

Sebbene tali argomentazioni muovano dai meritevoli intenti di preservare la tutela della salute del parlamentare (pur non comprendendosi quali ragioni ostino a riconoscere il medesimo diritto in capo ai rappresentanti del Governo) e, allo stesso tempo, la continuità dell'esercizio del mandato, esse, tuttavia, come osservato da attenta dottrina, trascurano un triplice rischio. Innanzitutto, estrapolando dal dettato costituzionale, non senza una certa forzatura, la tesi della sovrapposibilità tra presenza virtuale e fisica dei parlamentari, esse aprono alla possibilità di svolgimento delle attività parlamentari da remoto anche in condizioni diverse da quelle dell'emergenza in corso. Tale possibilità, giova ricordare, non è stata contemplata dai Costituenti, non per la semplice

imprevedibilità dei progressi tecnologici, ma semmai per la “sacralità” riconosciuta fin dall’art. 1 della Carta alla democrazia, dunque al momento del dialogo e della mediazione politica, i quali uscirebbero evidentemente sviliti da un’eventuale modalità “a distanza”.

Resterebbe poi da riflettere su quanto, e se, l’eventuale modalità “a distanza” possa favorire in questa circostanza, rispetto alla presenza fisica dei deputati, lo svolgimento delle attività di controllo del Parlamento sull’operato del Governo; e, ancora, sul significato che andrebbe riconosciuto all’identità tra governanti e governati se solo a questi ultimi fosse chiesto di mettere a rischio la propria vita, e quella dei propri cari, per garantire i servizi essenziali e la prosecuzione delle attività ritenute di interesse strategico.

Le possibili soluzioni, dunque, restano al momento prevalentemente logistiche, non impedendo alcuna norma costituzionale né l’eventuale trasferimento del Parlamento ad altra e più sicura sede, né una, certamente più praticabile, diversa e distanziata distribuzione in aula dei deputati, né contestualmente un eventuale vincolo di permanenza per questi ultimi, fino a un livello di certa diminuzione dei rischi di contagio, nella città che ospita il Parlamento.

A richiedere, d’altra parte, che l’attività parlamentare prosegua, si unisce la graduale “stabilizzazione” della straordinarietà della pandemia che imporrebbe, teoricamente, al Parlamento, di riassumere *ab origine* l’esercizio del potere legislativo e non di recuperarlo solo in sede di conversione dei decreti.

ISADORA MIGLIAVACCA

Le situazioni di emergenza richiedono la presenza costante del parlamento, che deve essere in grado di svolgere pienamente le sue funzioni.

In Italia, al fine di contenere il contagio dal virus Covid-19, sono state limitate le modalità di svolgimento delle attività parlamentari. Ciò ha suscitato molte discussioni, riguardanti soprattutto la possibilità di pensare ad altri metodi, spesso meno convenzionali, per il ritorno dei lavori a livelli più ravvicinati alla normalità.

Per valutare, quindi, le proposte di utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento delle attività parlamentari, saranno fatte alcune valutazioni, tenendo conto dell’esperienza dell’ordinamento brasiliano, il quale ha adottato un sistema di votazione e discussione a distanza.

Il Brasile, infatti, a partire della metà del mese di marzo, in considerazione dei primi casi di contagio nel Paese e della grave situazione europea, è stato introdotto un sistema di partecipazione a distanza, denominato Sistema de Deliberação Remota (SDR). Il SDR è stato adottato al fine di diminuire il flusso di persone nelle sedi della Camera dei Deputati e del Senato Federale e, così, ridurre i rischi di contagio da Covid-19.

In sintesi, tale sistema di partecipazione ai lavori parlamentari a distanza è così strutturato.

Il dibattito si sviluppa in una sessione online su un’apposita piattaforma (Zoom) e i parlamentari che risultano presenti (secondo gli ordinari meccanismi dei lavori parlamentari in presenza) vengono chiamati per la dichiarazione di voto.

Il voto (vero e proprio) viene, invece, effettuato su un'altra piattaforma/sistema in grado di generare una chiave per l'autenticazione.

Ad ulteriore garanzia sull'identità del votante, i parlamentari devono inviare una propria foto al momento della conferma del voto.

Occorre segnalare, tuttavia, che tale meccanismo di autenticazione se, per un verso, riesce ad offrire opportune garanzie sull'autenticità del voto e sull'identità del votante, per l'altro, non riesce ad assicurare che il parlamentare abbia espresso il voto senza subire interferenze esterne (di gruppi di potere o economici) che, sebbene sempre presenti, rischiano di accentuarsi a causa della lontananza dei deputati e dei senatori dalla sede parlamentare.

Sebbene riescano ad assicurare la funzionalità del parlamento, l'utilizzo di sistemi di discussione e votazione "da remoto" dovrebbe essere circoscritto strettamente al periodo di emergenza, poiché pone evidenti limiti al dibattito e al confronto parlamentare che solo la presenza fisica nello stesso luogo riesce ad assicurare.

A tal fine potrebbe essere utile l'individuazione di ipotesi (procedura di *impeachment* – per l'ordinamento brasiliano – mozioni di fiducia e sfiducia del Governo e messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica, per l'ordinamento italiano) in cui siano necessario il dibattito e la votazione in aula.

Il ricorso alle modalità di discussione e votazione a distanza alle decisioni può essere, invece, previsto per le scelte per far fronte all'emergenza, perché in queste ipotesi, nonostante la rilevanza dei beni coinvolti, potrebbero considerarsi prevalenti, l'immediatezza e l'efficacia della decisione.

Alla luce dei problemi segnalati, opportuno sarebbe, infine, individuare previamente le situazioni emergenziali nelle quali si possa far ricorso a tali sistemi. In questa direzione si sono mossi la camera dei deputati e il senato brasiliani, i quali, nei documenti istitutivi dello SDR, hanno chiarito che le "sessioni a distanza" possono essere svolte esclusivamente in: situazioni di guerra, di convulsione sociali, calamità pubblica, pandemie, emergenze epidemiologiche, collasso del sistema di trasporto o situazioni di forza maggiore che impediscano la riunione presenziale dei parlamentari.

CARLO SALOI

In una democrazia parlamentare l'organo rappresentativo della nazione costituisce il cuore delle istituzioni. Se così è, in una situazione di grave emergenza come quella generata dal virus Covid-19 è necessario che il Parlamento resti attivo non solo affinché sia garantito il «principio fondamentale della continuità dello Stato, che [...] si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare [...] [delle] Camere [che] sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare» (Corte cost. 1/2014), ma anche per l'esigenza di portare avanti attività indispensabili in una situazione di emergenza, come il controllo dell'operato del Governo nella gestione di quest'ultima attraverso la conversione (o

meno) dei decreti legge o la presentazione di interrogazioni e interpellanze, oppure come la discussione delle misure da predisporre o l'adozione di atti di indirizzo all'Esecutivo.

Naturalmente, l'assoluta necessità che il Parlamento resti attivo deve essere confrontata con la situazione in atto, caratterizzata dal pericolo di contagi. Si pone il problema dunque sul come le Camere potrebbero riunirsi.

L'ipotesi più naturale è quella della riunione in presenza, con la messa a punto di strumenti che garantiscano di ridurre al massimo il rischio di trasmissione del virus, come presidi sanitari, *smart working* per i dipendenti e misure di distanziamento.

Il distanziamento è sicuramente il problema maggiore, ma forse rimediabile. Possibili soluzioni potrebbero essere l'utilizzo delle tribune (come già accaduto), il ricorso ad un circuito chiuso per alcuni parlamentari (magari a turno su scelta dei gruppi), fino alla possibilità di usufruire di sedi più ampie: il Senato potrebbe riunirsi a Montecitorio (aula capace di comprendere tutti i 315 senatori e, al tempo stesso, garantire loro una congrua distanza) e la Camera essere convocata in un auditorium (ipotesi limite, ma non certo vietate). Il tutto accompagnato dalla (forte) raccomandazione ai parlamentari di rimanere in pianta stabile a Roma, evitando il più possibile spostamenti, onde limitare la possibilità di contagio.

All'ipotesi fisiologica si contrappone la possibilità di un Parlamento a distanza, che si riunisca e voti telematicamente.

L'adozione di un tale procedimento è abbastanza complicata, non solo per la difficoltà di superare la lettera della Costituzione (64, co. 3) e dei regolamenti parlamentari (artt. 31, 46, 53, 60, 61, 62 Reg. Camera e artt. 28, 58, 69, 139-bis, 163 Reg. Senato) che interpretano la presenza in Parlamento come fisica, ma anche dal punto di vista della genuinità del voto ai sensi dell'art. 48 Cost, del dibattito che normalmente precedere le votazioni parlamentari e delle tempistiche di voto.

La procedura telematica infatti non è in grado di tutelare il rispetto della segretezza, personalità e libertà del voto del parlamentare, né di garantire la rapidità del procedimento di votazione, specie in presenza di molti emendamenti, e tantomeno può fornire i necessari spazi per il confronto e la discussione fra i membri delle Camere.

Ma anche al netto delle citate perplessità, sussiste una questione di fondo, difficilmente superabile, che impone una convocazione in presenza: il ruolo rappresentativo dei parlamentari (art. 64 Cost.). Se infatti rappresentare significa rendere presenti coloro che sono assenti, ma anche costituire un esempio e un punto di riferimento per i consociati, non può essere sufficiente connettersi ad un computer per "rappresentare", pena la negazione del concetto stesso di democrazia rappresentativa, né si può ammettere che i rappresentati si esponano al rischio di contagio in caso di obbligo ad espletare le loro attività lavorative, mentre i rappresentanti si concedono il lusso di svolgere la propria attività da remoto, il che non può che apparire una contraddizione in termini.

Il costituente concepisce il Parlamento come organo fondamentale della forma di governo italiana, circondandone l'attività e lo status dei membri di particolari garanzie. Tuttavia, è difficile immaginare che il Parlamento possa operare in condizioni di emergenza sanitaria come l'attuale senza nessun tipo di precauzione nei confronti del rischio di contagio dei suoi componenti o del personale delle Camere.

Le misure di prevenzione e protezione adottate dalle Camere (es. uso di mascherine e disinfettanti, partecipazione fisica solo parziale alle sedute etc.) vanno inquadrate in quest'ottica, ma il rischio che si intuisce è quello che i limiti concreti all'operatività dell'assemblea legislativa si traducano in un sostanziale svuotamento del suo ruolo costituzionale, che invece, in un momento di forte difficoltà e complessità, deve necessariamente continuare a svolgersi nella propria pienezza come garanzia di equilibrio fra poteri e dei diritti dei cittadini. Da questo punto di vista, escludendo recisamente la possibilità di una sospensione dell'attività (che la Costituzione non contempla neppure per il caso gravissimo dell'emergenza bellica), è necessario valutare possibili soluzioni costituzionalmente compatibili, che bilancino l'esigenza di tutela della salute con quella di efficienza ed effettività delle iniziative parlamentari.

La dottrina ha valutato in particolare l'ipotesi del voto online, soluzione tecnica volta a prevenire la necessità della compresenza fisica dei parlamentari come condizione per la possibilità e legittimità dei lavori dell'aula, sostenuta da una parte del mondo politico (anche se il Presidente della Camera ha messo in guardia da soluzioni improvvisate non sostenute da una riflessione profonda). Allo stato attuale, si registrano sia opinioni favorevoli (es. Ainis, Ceccanti, Curreri, Fusaro, o anche con riserve, come Caravita), che contrarie (es. Luciani, Mirabelli, Rodio, Tripodina) a tale espediente organizzativo: le prime propugnano un'interpretazione estensiva del concetto di "presenza", anche al fine di impedire uno stato di impotenza ed inattività del Parlamento, e sostengono che non vi siano precedenti in senso contrario; le seconde ritengono che il voto telematico non soddisfi le condizioni poste da alcuni articoli della Costituzione (in particolare gli artt. 48 e 64) e non assicuri la pienezza del dibattito. In ogni caso, si può pensare che, qualunque siano gli accorgimenti operativi scelti, essi debbano essere sufficienti ad assicurare una partecipazione attiva del Parlamento e delle forze politiche ivi rappresentate alla definizione delle politiche nazionali.

Chiudendo con una nota comparatistica, osserviamo che alcune assemblee hanno provvisoriamente adottato modalità di lavoro in tutto o in parte online (così in Spagna, oltre che per il Parlamento Europeo), altre (come in un primo tempo il Congresso degli USA) le hanno ritenute inattuabili o incostituzionali, mantenendo aperte le aule con l'adozione di precauzioni.

IV Domanda

Premesso che, come abbiamo detto, l'emergenza sanitaria ha spostato l'asse della normazione verso il Governo, si nota, all'interno di questo, un accentramento degli interventi nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri, come emerge dall'ampio utilizzo del P.d.C.M., a scapito della collegialità. Quali sono i vantaggi e i limiti di questa scelta?

GIOVANNI AVERSENTE

Il d.l. n. 6 del 2020 ha creato, nel corso della pandemia, un diverso schema di governo dell'emergenza, poi confermato dal successivo d.l. n. 19 del 2020, rispetto ai due sistemi paralleli fino ad allora attivati dal Governo, rappresentati dalle ordinanze contingibili e urgenti in materia sanitaria e in materia di protezione civile [CARDONE].

Questo schema prevede l'adozione di uno o più d.P.C.M. per l'attuazione delle misure emergenziali previste all'interno del decreto-legge, che, oltre a far perdere l'immediatezza degli effetti, propria di queste ultime fonti, dato che per la concreta attuazione delle misure ivi indicate si rimanda alla successiva adozione di atti amministrativi, presenta alcuni vantaggi e taluni limiti da sottolineare.

Per quanto attiene ai primi aspetti, i decreti in commento sembrano garantire una maggior speditezza nell'assunzione delle misure, essendo, questi, provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi, finanche, nelle more dei termini del controllo preventivo della Corte dei conti, i quali, tra l'altro, risultano essere altresì dimezzati.

Questo tipo di atti sembra risultare, ulteriormente, un adeguato strumento diretto a fronteggiare le sfide richieste dalla pandemia, garantendo, difatti, una maggiore prontezza e rapidità nella recezione delle indicazioni tecniche, che variano in base all'evoluzione della pandemia e richiedono, pertanto, continui e progressivi adeguamenti.

Un aspetto ulteriormente rilevante sembra essere il raccordo ideato con il Parlamento, all'interno del quale il Presidente del Consiglio dei ministri, o un Ministro da lui delegato, si impegna a rendere noto le misure adottate, con cadenza specificamente prevista (ogni quindici giorni): seppur soltanto un debole raccordo e seppur a decreto già emanato, l'informativa è comunque un modo per far emergere la responsabilità politica degli atti impiegati dal Governo.

Non possono non considerarsi, tuttavia, taluni limiti.

Anzitutto, si vuole porre l'accento sulla mancanza di trasparenza e, principalmente, di controllo su tale tipo di atto, specie laddove i decreti incidano sulle modalità di esercizio di talune libertà costituzionali, le cui limitazioni, invero, avrebbero bisogno di un avvallo parlamentare e, almeno, di un esame in sede di emanazione da parte del Capo dello Stato.

L'adozione di questi atti sembra minare, altresì, la funzione collegiale propria del Consiglio dei ministri, il quale è risultato, perlomeno, in un certo lasso di tempo, l'unica vera sede politica di confronto istituzionale, in virtù delle limitate riunioni effettuate dall'organo parlamentare. Lo schema concepito sembra avere rilevanza, così, nei rapporti

interni allo stesso Governo, spostando la responsabilità della gestione della crisi sanitaria dall'organo collegiale al singolo Presidente del Consiglio: bisogna considerare, invero, che spetta al Consiglio dei ministri determinare la politica generale del Governo e al Presidente del Consiglio la direzione di questa.

L'utilizzo di questi decreti in commento e l'istituzione di taluni comitati tecnico-scientifici, come il Comitato di esperti in materia economica e sociale, istituito con d.P.C.M. 10 aprile, al fine di proporre al Presidente del Consiglio misure utili per la graduale ripresa nei diversi settori socioeconomici, potrebbero inserirsi, infine, nella più generale tendenza all'accentramento di attività e funzioni proprio presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

GIACOMO CANALE

L'accentramento degli interventi nelle mani del Presidente del Consiglio dei ministri presenta più svantaggi che reali vantaggi. Quest'ultimi dovrebbero essere quelli di avere una maggiore tempestività decisionale, la quale in verità è già garantita dall'accentramento degli interventi in mano al Governo. Un ulteriore accentramento nella persona del Presidente del Consiglio rischia di determinare un'alterazione monocratica della forma di governo. Peraltro, come forse la vicenda di questi mesi dimostra, l'accentramento monocratico potrebbe essere molto meno efficace di quanto si possa pensare, perché la mancata collegialità può condurre a valutazioni unilaterali che omettono di considerare la complessità delle problematiche da ogni punto di vista. E forse questo spiega la percezione di una cacofonia indistinta dovuta al fatto che ciascun membro del Governo ha seguito una partitura diversa in una sfrenata corsa all'esibizionismo mediatico per accreditarsi come l'uomo della provvidenza sanitaria. E naturalmente a questa competizione non si sono sottratti i Presidenti di Regione, qualche Sindaco e anche i Commissari straordinari, di cui forse ricorderemo più le conferenze e/o dichiarazioni stampa che i reali provvedimenti adottati utilmente, come nel caso emblematico del prezzo calmierato delle mascherine.

Purtroppo va tenuto conto che nella contemporanea società della comunicazione istantanea e pervasiva, il dato comunicativo spesso finisce con il rappresentare il principale elemento di riferimento anche per la determinazione dei comportamenti da adottare, posto che in questo specifico caso sarebbe stato impossibile per un qualunque cittadino comune districarsi nella caotica babele provvedimentale.

LORENZO MADAU

A ben guardare, la scelta operata dal Governo, volta ad attribuire il potere di adottare in concreto le necessarie misure emergenziali ad atti monocratici del Presidente del Consiglio, non è affatto estemporanea, ma prende evidentemente ispirazione dal modello generale offerto dalla disciplina del codice di p.c. del 2018.

E' infatti tale codice che costruisce il sistema di p.c. attorno alla figura centrale del Presidente del Consiglio, che viene individuato come «autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia» (art. 3) e a cui, a tal fine, viene attribuito il potere di adottare direttive di indirizzo e coordinamento nonché ordinanze di p.c. (art. 5).

La collegialità è prevista dal codice, invece, per la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, la quale è deliberata dal CdM, su proposta del Presidente (art. 24). Sulla base di tale dichiarazione, il Presidente (il quale può anche avvalersi del Capo Dip. della p.c.) può adottare ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (art. 25).

E' ciò che ha previsto la delibera del 31 gennaio 2020 (che, peraltro, si avvaleva della possibilità di attribuire il potere di ordinanza direttamente al Capo della p.c.), mentre, come già detto, a partire dal d.l. 6 il Governo ha scelto di avvalersi di un procedimento diverso, ma sempre caratterizzato da atti emergenziali del Presidente del Consiglio, presi attraverso dPCM.

In particolare, sulla base dell'art. 3 del d.l. 6, tali dPCM sono adottati dal Presidente, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri de: interno, difesa, economia e finanze e gli altri competenti per materia, al fine di garantire la collaborazione alla decisione dei titolari dei dicasteri maggiormente coinvolti dalle misure.

La ragione della scelta, prima del codice e poi dei dd.ll., è evidente, cioè quella di utilizzare provvedimenti amministrativi dotati di agilità e speditezza, caratteri indispensabili per far fronte a situazioni emergenziali, ancor più nel caso unico di questa pandemia, la quale si è caratterizzata, soprattutto all'inizio, per una diffusione ed evoluzione rapidissime ed imprevedibili nella loro portata ed effetti, a cui si è dovuto "correre dietro" nel tentativo di arginarla; era chiaro, dunque, che occorresse necessariamente fronteggiarla con strumenti rapidi e flessibili, continuamente rimodulabili o rivedibili sulla base delle esigenze concrete.

La collegialità avrebbe chiaramente rappresentato una maggior garanzia di ponderatezza, ma avrebbe anche determinato un inevitabile rallentamento della risposta provvedimentale che, d'altronde, spettava comunque già ex codice al Presidente, il quale avrebbe potuto legittimamente adottare già sulla sua base delle incisive ordinanze di protezione civile. Allora, la scelta di utilizzare lo schema del previo d.l. ha permesso, se non altro, di garantire la piena collegialità a monte dei provvedimenti presi.

FEDERICO SPAGNOLI

L'emergenza ha contribuito all'indubbio rafforzamento della figura del Presidente del Consiglio, la cui presenza, anche politica e mediatica, è in questo periodo sicuramente prevalente su quella dei suoi colleghi del Governo. Questa scelta, che l'ordinamento stesso delinea per mezzo, fra l'altro, dell'art. 5, d. lgs. 1/2018, ha le sue motivazioni: essa presuppone un'unica autorità competente a dirigere e coordinare la risposta nazionale all'emergenza, e la individua nel Presidente del Consiglio, il soggetto che ai sensi della Costituzione "dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile [e m]antiene

l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promovendo e coordinando l'attività dei ministri" (art. 95).

Essa si inserisce nel quadro di una tendenza, ormai risalente nel nostro ordinamento, al rafforzamento del Presidente del Consiglio all'interno della compagine governativa, allontanandosi dall'originaria e teorica configurazione di *primus inter pares*, una tendenza particolarmente forte durante gran parte della c.d. Seconda Repubblica (e che, paradossalmente, aveva conosciuto un attenuamento proprio in occasione del Governo Conte I). Il Presidente del Consiglio, per le sue attribuzioni costituzionali e legislative, e per via della sua preminenza personale a livello politico, può essere visto come il soggetto meglio posizionato per esercitare poteri di direzione ed attuazione di misure d'emergenza dal respiro assai ampio, che interessano numerosi settori dell'ordinamento, scavalcando le più lente procedure decisionali del Consiglio dei Ministri e del Parlamento.

Tuttavia, un'eccessiva accentuazione dei poteri e della posizione del Presidente del Consiglio a scapito degli altri componenti del Governo può determinare un pericoloso svuotamento delle loro competenze e della loro partecipazione, ponendo pericoli di centralizzazione e personalizzazione del potere non controbilanciati da un'adeguata responsabilizzazione personale (intercorrendo il rapporto di fiducia parlamentare con l'intero Governo). Inoltre, l'esteso ricorso ai d.P.C.M., anziché a provvedimenti che, come i decreti legge, presuppongono una previa discussione ed approvazione in senso al plenum del Consiglio dei Ministri, priva il procedimento normativo di un utile momento di trasparenza e riflessione collettiva che può, in linea di principio, contribuire alla migliore qualità del prodotto mediante l'apporto di visioni e conoscenze differenti.

Ad ogni modo, l'accentramento dei poteri nella figura apicale dell'esecutivo non è esclusivo del nostro ordinamento, ma ricorre in molti altri sistemi (anche se solitamente corredata da un'apposita disciplina costituzionale o legislativa), da quelli di natura presidenziale o semipresidenziale (Stati Uniti, Francia) a quelli parlamentari (Spagna), dove viene loro espressamente conferito il potere di adottare atti normativi d'emergenza di rango primario.

V Domanda

Se l'emergenza sanitaria finisce per incidere sui rapporti tra le Camere e il Governo e nei rapporti interni a questo, ciò si ripercuote anche sul ruolo del Presidente della Repubblica?

GIACOMO CANALE

La criticabile scelta di procedere con d.P.C.M. ha tagliato fuori il Presidente della Repubblica dal circuito decisionale in un momento così drammatico. Forse, la riconosciuta saggezza del Presidente avrebbe consentito di evitare qualche passo falso di troppo. E difatti alcuni suoi interventi, opportunamente mirati e condotti con sobrio stile

comunicativo, hanno sortito validi effetti, a cominciare dal duro richiamo alle istituzioni europee, dopo la sfortunata dichiarazione della Presidente della BCE nella sua prima conferenza stampa.

LORENZO MADAU

Così come il ruolo del Parlamento – vero punto dolente della gestione governativa di quest'emergenza – deve rimanere centrale e non può venir meno neanche in una situazione di emergenza, anche il ruolo di controllo e garanzia del Presidente della Repubblica non può essere oggetto di elusione.

Tuttavia, con riferimento all'abbondante utilizzo dei dPCM, la tesi già sopra sostenuta è nel senso che essi ricevano una copertura sufficiente nei decreti legge che li hanno autorizzati e questo vale anche dal punto di vista del controllo presidenziale sugli atti del Governo.

E' vero, infatti, che i dPCM sfuggono a tale controllo (mentre, *de jure condendo*, appare interessante la proposta di RUGGERI di introdurre un controllo presidenziale anche su dm e dPCM) ma, fintantoché essi si mantengano ragionevolmente all'interno del perimetro delineato dai decreti legge autorizzativi, non pare si possa parlare di elusione del controllo stesso; esso, infatti, ha potuto pienamente svolgersi a monte, in sede di emanazione dei decreti legge, ed è lì che, eventualmente, il Capo dello Stato avrebbe potuto rilevare ipotetici vizi relativi ad un eventuale spazio troppo ampio o indefinito lasciato ai decreti del Presidente del Consiglio; così come il controllo continua ad esplicarsi in sede di promulgazione delle leggi di conversione.

In ogni caso, è ora il caso di precisare che il giudizio cautamente positivo che si è espresso in questi quesiti e in queste righe, è sottoposto ad una rigida condizione sospensiva, relativa alla stretta delimitazione temporale di efficacia che deve caratterizzare l'attuale assetto normativo.

Infatti, i presupposti che giustificano l'adozione di provvedimenti emergenziali – nella specifica forma prevista dal codice o in quella inaugurata nei dd.ll. – sono rigidamente legati al permanere di un effettivo stato di emergenza sul territorio nazionale, su cui si fondano sia la delibera del CdM del 31/1, la quale ha dichiarato la sussistenza di tale stato fino al 31/7/2020, sia i decreti legge che vi hanno rinvenuto i presupposti straordinari di necessità ed urgenza. A fornire dei criteri orientativi è la giurisprudenza formatasi in tema di ordinanze *extra ordinem*, la quale ricorda sempre come la legittimità di tali provvedimenti emergenziali, comportanti una deroga al principio di legalità sostanziale, sia necessariamente legata al loro carattere temporaneo e provvisorio, strettamente connesso all'effettiva sussistenza della situazione di fatto eccezionale e imprevedibile cui hanno fatto fronte.

Il pericolo più serio, su cui occorrerà costantemente vigilare, appare proprio quello di una insidiosa protrazione a tempo indefinito dell'assetto normativo emergenziale, anche una volta che la situazione di fatto abbia perso i connotati di eccezionalità ed

imprevedibilità, potendo così portare ad una surrettizia ed illegittima stabilizzazione dello stesso.

Con una metafora virologica, il rischio è che si produca il c.d. *spillover*, da parte del *virus* delle regole emergenziali, dall'effettivo e straordinario stato di emergenza ad una situazione di ristabilita ordinarietà. Contro ogni tentazione di tal tipo, è necessario rinforzare da subito gli "anticorpi".

FEDERICO SPAGNOLI

Nel nostro ordinamento, al Presidente della Repubblica spetta un ruolo di potere "neutro", partecipe ad alcune funzioni di tutti e tre i poteri tradizionali dello Stato senza però appartenere propriamente ad uno dei tre; inoltre, egli ha per consuetudine una posizione *super partes* rispetto alle forze politiche, rappresentando l'unità nazionale. Alla luce dell'indubbia incidenza che l'emergenza sanitaria ha avuto sugli equilibri della forma di governo, possiamo considerare gli effetti che essa ha svolto anche sul ruolo del Capo dello Stato.

Di fronte alla marginalizzazione del Parlamento a tutto favore del Governo, ed in particolare del Presidente del Consiglio, e al copioso impiego dello strumento normativo regolamentare del d.P.C.M., anziché di leggi o decreti legge, il Presidente della Repubblica è di fatto escluso dal circuito del controllo di costituzionalità sulle misure, non essendo prevista né una previa autorizzazione alla presentazione del progetto né l'abituale controllo politico in sede di promulgazione. Si può arguire che un simile controllo sia già avvenuto in relazione ai decreti leggi della cui delega di poteri a favore del Presidente del Consiglio i d.P.C.M. costituiscono l'attuazione; tuttavia, è pur vero che le previsioni dei d.P.C.M., in alcuni casi, si sono spinte molto più nel dettaglio rispetto al testo originario, rendendo meno rilevante il controllo preventivo. In più, se si allenta il rapporto di controllo-responsabilità fra Parlamento e Governo, possono aprirsi spazi inediti di manovra per il Presidente, chiamato a svolgere un ruolo di garanzia per assicurare la stabilità dell'esecutivo e più in generale del sistema parlamentare in un momento difficile per l'ordinamento costituzionale e per il Paese.

Nella situazione attuale, si può affermare che il Capo dello Stato abbia fatto meno uso delle sue prerogative formali (ma si segnala, ad esempio, il DPR del 9 aprile 2020, di annullamento straordinario dell'Ordinanza Sindacale n. 105 del 5 aprile 2020 del Sindaco di Messina, comunque imputabile sostanzialmente al Governo), ricorrendo piuttosto a poteri politico-informali come quelli di esternazione e di invio di messaggi per confermare la legittimità costituzionale dell'operato del Governo e rassicurare l'opinione pubblica, cercando comunque di favorire la collaborazione fra forze politiche e di non esporsi troppo dal punto di vista personale.

VI Domanda

Si parla insistentemente di rinvio delle elezioni regionali e locali, cosa che sarebbe possibile intervenendo con legge, ma la Costituzione (art. 60, comma 2), esclude che ciò possa avvenire per le Camere. Alla luce dell'emergenza sanitaria senza precedenti emersa nelle ultime settimane, si tratta di una soluzione ragionevole o meriterebbe un ripensamento?

GIACOMO CANALE

La problematica è stata oggetto di scarso interesse da parte del dibattito pubblico, ma anche della comunità scientifica, probabilmente a causa della sostanziale responsabile concordanza unanime sulla misura.

A tutti è parso opportuno rinviare l'appuntamento elettorale delle amministrative e del referendum confermativo che altrimenti avrebbero dovuto svolgersi in piena (o quasi) emergenza sanitaria.

Però ciò non deve indurre a sottovalutare la questione, nel senso di sottostimare le possibili conseguenze negative qualora qualcuno volesse tentare di trarre politicamente profitto di questo inevitabile rinvio, magari strumentalizzando la gestione della crisi per accrescere il proprio consenso da raccogliere al momento opportuno. Pertanto, si dovrebbe presumere che vi sia unanime (o comunque ampio) consenso anche per l'individuazione dello svolgimento delle elezioni rinviate per evitare che una parte si senta pregiudicata.

Inoltre, quanto accaduto pone in evidenza, forse ancor più che per l'aspetto prima discusso, la problematica di introdurre il ricorso al voto elettronico, al fine di evitare che situazioni analoghe possano bloccare in futuro la democrazia per un tempo lungo, con il rischio che ciò può comportare.

GIUSEPPE LAURI

L'insorgere di una pandemia come quella che stiamo conoscendo a ridosso del rinnovo delle Camere potrebbe revocare in dubbio la validità della scelta, operata dal Costituente, di prorogare il loro mandato se non all'esito della dichiarazione dello stato di guerra e con legge. In realtà, tale opzione appare comunque adeguata laddove si consideri una serie di argomenti. Intanto, in caso di estrema necessità - una situazione sanitaria che comportasse conseguenze perniciosissime per l'ordine pubblico e per l'incolumità dei cittadini - sarebbe comunque possibile al Parlamento, normalmente operante, pur tra vari accorgimenti, come hanno dimostrato queste settimane, approvare una legge costituzionale derogatoria dell'art. 60, c. 2 Cost. (sul modello di altre emanate in passato, quale la n. 1 del 1997 che introduceva una vistosa eccezione allo schema di revisione costituzionale fissato dall'art. 138 Cost.), la quale comunque dovrebbe rispondere alla ben nota dottrina dei principî supremi condensata dalla sentenza

costituzionale n. 1146 del 1988, con cui peraltro fu riaffermata la piena sindacabilità da parte della Corte di ogni legge di revisione della Carta fondamentale.

Di converso, e per venire ad un argomento di matrice più pratica, una deroga come quella sopra descritta risulterebbe eccessiva laddove si consideri che una cosa è la proroga straordinaria della durata delle Camere, un'altra è tutelare l'incolumità dei cittadini nell'esercizio del diritto di voto, fondamentale quanto quello alla salute. Su queste basi, dunque, si potrebbe legittimamente ammettere – per non dire che sarebbe doverosa – l'adozione di una legislazione ordinaria e di una regolamentazione tecnica (straordinaria) che si preoccupi di fornire l'elettore delle necessarie garanzie in ordine alla sicurezza personale nell'esercizio del voto: utilizzo di dispositivi di protezione personale per il personale di seggio e gli elettori, previsione di misure per garantire il distanziamento fisico, il ricorso a locali anche diversi da quelli scolastici laddove questi ultimi siano inadeguati ad ospitare le operazioni, ridisegno straordinario delle sezioni elettorali, voto in due giornate anziché in una e, in generale, ogni misura adeguata al singolo contesto emergenziale. D'altronde – e ferma restando la necessità di procedere sempre con cautela nel comparare le procedure per le elezioni del Parlamento con quelle relative al rinnovo di altre assemblee legislative – in sede di conversione del d.l. n. 26/2020 sulle consultazioni elettorali (amministrative e referendarie) per l'anno in corso, sono già state avanzate le proposte di tenere le operazioni di scrutinio in due giornate e di demandare ai Ministeri competenti l'emanazione, entro sessanta giorni dalla conversione del decreto, di un apposito protocollo di sicurezza per le operazioni elettorali.

FEDERICO SPAGNOLI

La Costituzione si premura di assicurare la continuità di funzionamento delle Camere ed il loro regolare rinnovamento, spingendosi sino a vietare ogni proroga delle stesse se non per legge (quindi per loro decisione) e nel caso specifico e del tutto eccezionale dello stato di guerra (art. 60, 2° comma), con l'esclusione di altre fattispecie di emergenza, come quella sanitaria. Tuttavia, in assenza di certezze sulla possibile durata, non è incongruo porsi il problema dell'opportunità di svolgere o meno elezioni in costanza di una pandemia.

Quest'ultima evenienza, soprattutto nella sua gravità attuale, non era affatto stata presa in considerazione dai costituenti, i quali hanno limitato il riferimento all'emergenza dalla quale l'Italia era allora appena uscita, ed è difficile sostenere un'interpretazione adeguatrice della formulazione dell'art. 60, atta a far coincidere il concetto di "guerra" (configurato in termini piuttosto precisi nel nostro ordinamento) con quello più generico di emergenza. In realtà, l'incidenza della pandemia sulle operazioni di voto, per quanto grave, potrebbe rivelarsi in teoria inferiore a quella causata da una guerra con i suoi sconvolgimenti, per cui non è inconcepibile immaginare, in caso di necessità, di tenere regolari elezioni legislative, purché le misure organizzative seguite siano sufficienti a minimizzare i rischi per la salute delle persone coinvolte, anche a prezzo di alcuni adattamenti dell'iter elettorale ordinario (come lo svolgimento in più giorni, una

differente organizzazione delle postazioni elettorali, adeguati dispositivi di protezione, possibilità di voto a distanza etc.).

In alternativa, occorrerebbe una revisione costituzionale che specifichi fattispecie e modalità della proroga, opinione condivisibile qualora si ritenga maggiore il rischio dato dallo svolgimento.

Il problema si pone anche in altre realtà nazionali: si pensi alle difficoltà che la diffusione del virus sta causando negli Stati Uniti, influenzando pesantemente il regolare svolgimento delle elezioni primarie a livello statale e ponendo dubbi in vista delle elezioni presidenziali di novembre (ma il Congresso potrebbe, con legge, modificare la data delle elezioni). Alcuni esempi dal mondo mostrano varie possibili strategie (sia pur in presenza di previsioni costituzionali o legislative meno stringenti di quella nostrana): così, in Spagna alcune Comunità Autonome hanno deciso di posporre le proprie elezioni a dopo la fine dello stato d'allarme (nonostante l'iniziale tentativo dei Paesi Baschi di procedere altrimenti); in Francia le elezioni municipali si sono svolte ugualmente senza particolari accorgimenti, ma hanno visto un'affluenza scarsa al primo turno, ed il secondo è stato rinviato a causa della pandemia; infine, in Israele e Corea del Sud si sono tenute regolarmente le elezioni legislative, pur ricorrendo ad apposite precauzioni (es. obbligo di mascherine, distanziamento e disinfezione, incremento del voto per posta).

I PARTECIPANTI AL FORUM

Giovanni Aversente, Dottorando – Università di Pisa

Giacomo Canale, Dottorando – Università di Pisa

Hugo Frazão, Dottorando – Università di Pisa

Giuseppe Lauri, Dottorando – Università di Pisa

Cristina Luzzi, Dottoranda – Università di Pisa

Lorenzo Madau, Dottorando – Università di Pisa

Isadora Migliavacca, Dottoranda – Università di Pisa

Andrea Pertici, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Pisa

Martino Pintus, Dottorando – Università di Pisa

Pier Giuseppe Puggioni, Dottorando – Università di Pisa

Andrea Raciti, Dottorando – Università di Pisa

Carlo Saloi, Dottorando – Università di Pisa

Federico Spagnoli, Dottorando – Università di Pisa