GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2022/01

Contributi di:

A.M. Acierno, A.E. Attard Bellido, E. Aureli, L. Bartolucci, M. Bignami, E. Bindi, M. Carducci, A. Conzutti, E. Corn, C. Corsi, M. D'Amico, L. Di Majo, C. Equizi, N. Fiano, G. Gonzales Mantilla, T. Groppi, R.S. Juárez, R. Martínez Dalmau, A. Mastromarino, L. Pegoraro, S. Residori, S.D. Sánchez Juárez, C. Siccardi, F. Sicuro, I. Spigno, J.G. Valencia Carrizo, V.M. Vera García, A. Vuolo, G. Zampetti

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

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

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

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

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 1/2022

Elia AURELI, *Il ruolo dell'emergenza nell'evoluzione di prassi, convenzioni e consuetudini costituzionali che incidono sulla forma di governo* 1

Cristina EQUIZI, *I rapporti finanziari fra Stato e Regioni: supremazia o collaborazione?* 21

Andrea CONZUTTI, "Granital revisited" revisited*? Tendenze espansive nel nuovo cammino europeo della Corte costituzionale* 44

Alfonso VUOLO, *L'*Amicus curiæ 74

Giovanni ZAMPETTI, *Apertura del processo costituzionale e ampliamento del contraddittorio nel giudizio incidentale alla luce della riforma delle Norme Integrative* 106

Franco SICURO, *Alcune riflessioni sul principio del libero mandato parlamentare* 122

Marco BIGNAMI, *Trent'anni dopo: il processo costituzionale nella nebulosa* 141

Marilisa D'AMICO, *Lo sport come diritto della persona: analisi dei progetti di revisione costituzionale* 152

Nannerel FIANO, *Esperti ed* amici curiæ*: riflessioni sul processo costituzionale e sulle tipologie decisionali a partire dall'esperienza tedesca* 168

Le recensioni

Sonia RESIDORI, *Sovversive, ribelli e partigiane. Le donne vicentine tra fascismo e resistenza (1922-1945)*, Sommacampagna (VR), Cierre Edizioni, 2021

Recensione di Lucio PEGORARO 198

Replica dell'Autrice 205

Luca BARTOLUCCI, Luca DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022

Recensione di Antonia Maria ACIERNO 209

Replica dei Curatori..... 224

Cecilia SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021

Recensione. Ai confini dei diritti di Cecilia CORSI 227

Replica dell'Autrice 233

Il Forum

Si può parlare di un "neocostituzionalismo" in America Latina? 236

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE" – 29 SETTEMBRE 2021

IL RUOLO DELL'EMERGENZA NELL'EVOLUZIONE DI PRASSI, CONVENZIONI E CONSUETUDINI COSTITUZIONALI CHE INCIDONO SULLA FORMA DI GOVERNO*

ELIA AURELI**

SOMMARIO: 1. Il ruolo di prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale e nella definizione della forma di governo. – 2. 'Crisi' ed 'emergenza' come catalizzatori dell'evoluzione delle fonti non scritte. – 3. L'emersione di nuovi fenomeni in grado di incidere sulla forma di governo. – 3.1. Il ruolo di crescente centralità assunto dall'esecutivo e, al suo interno, della Presidenza del Consiglio e il declino dell'istituzione parlamentare nella forma di governo. – 3.2. L'emersione di importanti precedenti in merito al ruolo del Presidente della Repubblica nel quadro della forma di governo. – 4. Conclusioni. Quale futuro per precedenti e prassi sorti nella fase emergenziale?

1. *Il ruolo di prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale e nella definizione della forma di governo*

Il sistema delle fonti contemporaneo si presenta come un complesso e stratificato apparato normativo volto alla disciplina capillare, tramite norme scritte, di ogni aspetto dell'ordinamento[1].

È stato sostenuto che all'interno di questo sistema non vi sia più uno spazio rilevante per il diritto consuetudinario, ormai "*non più che un relitto di epoche giuridiche tramontate*"[2].

---

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottorando di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei nell'Università degli studi di Trento.

[1] R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, III ed., Torino, 2019.

[2] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Introduzione di P. GROSSI, Torino, 2010, 29 (ed. originale N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942). L'illustre giurista prosegue,

Sebbene ciò possa valere per alcune branche del diritto, esistono, tuttavia, due rilevanti eccezioni, individuabili nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale. Con diritto costituzionale, in questo contesto, si intende quanto attiene alla disciplina e al funzionamento delle istituzioni e dei rapporti tra di esse, con particolare riferimento a quelle che formano il circuito politico e della rappresentanza[3]. Pertanto, è opportuno inserire, all'interno dello studio della materia, anche norme di rango sub costituzionale, quali leggi, regolamenti e i regolamenti parlamentari.

Al contempo, rileva ai fini dello studio anche tutta quella galassia di norme non scritte, variamente qualificate come prassi, convenzioni e consuetudini, che intervengono -a volta in maniera assai significativa- a definire il concreto funzionamento delle dinamiche istituzionali. In un quadro costituzionale caratterizzato da uno scarso livello di razionalizzazione, infatti, residua un ampio spazio di intervento per le fonti legislative e per i regolamenti parlamentari per disciplinare le attività e le procedure interne a ciascuna istituzione. Contestualmente, ed in particolare ove anche queste fonti non stabiliscano capillarmente la materia in esame, aumenta il rilievo delle fonti convenzionali che si consolidano nell'esperienza politica ed istituzionale[4].

Lo studio del ruolo delle fonti non scritte nell'ambito del diritto costituzionale[5], e, al suo interno, del diritto parlamentare[6], è un tema che ha interessato lungamente la dottrina giuspubblicistica. Gli studi sul punto sono numerosi e assai diversificati tra loro, tanto dal punto di vista dell'inquadramento del tema, quanto da quello delle conclusioni raggiunte[7].

---

tuttavia, affermando con grande lucidità come "*vi saranno sempre rapporti che o sfuggiranno alla disciplina legislativa o saranno insoggettabili per la loro quantità e varietà ad una determinazione generale e statica come è quella della legge*". V. anche R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XIII ed., Torino, 2012, 312.

[3] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4/2006, 1643-1668.

[4] A sottolineare il collegamento tra la scarsa razionalizzazione della forma di governo e il ruolo delle convenzioni e consuetudini costituzionali: G. DEMURO, *Gli organi di governo nella realtà costituzionale*, XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, In *Rivista AIC*, 4/2014, 2; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019, 24.

[5] cfr. *ex multis* G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970; C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992; C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. Premesse generali*, Napoli, 1992; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 381 ss.; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003; M. PIAZZA, *Consuetudine e diritto costituzionale scritto. Dalla teoria generale all'ordinamento italiano*, Roma, 2008; molti interventi di grande interesse nel volume: A. BARBERA, T. F. GIUPPONI, (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.

[6] Cfr. F. FABRIZI, *Precedente giudiziale, giudicato sostanziale «esterno», precedente parlamentare: profili di un possibile confronto*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, funzioni, apparati*, Roma, 1998, 233 ss.; M. DI PIAZZA, *La rilevanza delle fonti non scritte nel diritto parlamentare*, in *Nuove Autonomie*, 2002, 353 ss.; M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2007, 309 ss.; C. BERGONZINI, *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2008, 741 ss.; G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, 4.

[7] Il tema del ruolo di convenzioni e consuetudini costituzionali all'interno del sistema delle fonti è un tema assai risalente, che ha interessato la dottrina fin dall'epoca statutaria. Sul punto, senza alcuna pretesa

Se è pacifico che esse abbiano un ruolo rilevante nell'ordinamento, è controverso il punto relativo al fatto che siano o meno in grado di incidere sulla forma di governo, fino a poterne essere definite un elemento qualificante. Si tratta di posizioni ampiamente argomentate e autorevolmente sostenute. Da un lato, è stato asserito che, se la forma di governo rappresenta "*l'insieme delle regole giuridiche dei rapporti fra i poteri e organi costituzionali titolari di attribuzioni decisionali di natura politica* […], *rientrano nel concetto le consuetudini, anche costituzionali, ma non la prassi, neppure in forma di convenzione, ove non assurta al rango di consuetudine*"[8]. Dall'altro, con impostazione maggiormente aperta ad un allargamento degli elementi caratterizzanti la forma di governo, si è affermato che "*le norme sulla forma di governo (e particolarmente quelle relative al governo parlamentare in senso proprio) sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo*"[9].

È forse possibile trovare un punto di incontro tra le differenti argomentazioni spostando l'attenzione sul concetto di forma di governo. La sua concezione tradizionale è quella che prende in considerazione il contenuto delle disposizioni costituzionali in materia di allocazione dei poteri tra gli organi costituzionali ed ai rapporti tra di essi[10]. Questo genere di analisi delle forme di governo, per quanto utile a comprendere in linea di principio l'architettura costituzionale e il riparto dei poteri nei vari Paesi, incontra un limite nel fatto che considera come elementi qualificanti soltanto -o almeno primariamente- quelli che disciplinano la distribuzione della funzione di indirizzo politico a livello costituzionale[11]. Sebbene sia indubbia l'importanza centrale che assume la

---

di completezza, si vedano: S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909; O. RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1913; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano, 1939; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit. Sul punto, nei primi anni dell'ordinamento repubblicano: C. CARBONE, La *consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova, 1948; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione*, in *Foro padano*, 1951, IV, 185 ss.; A. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, 1957, II; C. ESPOSITO, *Consuetudine (diritto costituzionale),* in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961.

[8] M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010, 540; si veda, per ulteriori e più recenti spunti, anche ID., *Partiti e forma di governo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3/2018.

[9] L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 649. Più recentemente, con analoghe considerazioni: M. DOGLIANI, *Intervento*, in *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 999.

[10] Lo studio del concetto di forma di governo è uno dei temi classici del costituzionalismo contemporaneo; il panorama giuspublicistico italiano, in particolare, si dimostra particolarmente ricco di spunti sul tema. Si vadano, a questo proposito, le riflessioni di Bobbio, il quale ripercorre con occhio critico l'evoluzione storica della teoria delle forme di governo: N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, 9 ss.

Con riferimento alla definizione, al contenuto e alla classificazione delle forme di governo si vedano, *ex multis*: L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 640 ss.; C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni,* Padova 1973, 3; G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, 1989, 4, M. VOLPI, *Forme di governo*, in L. PEGORARO (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Roma, 2009, 142; M. LUCIANI, *Governo (forme di*), cit., 540 ss.; G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, II ed., Bologna, 2012, 12-21.

[11] Con note assai critiche M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 224, il quale ritiene che siano stati compiuti "*gravi errori*" nella

normativa costituzionale nel definire il quadro generale della forma di governo, attualmente viene pacificamente riconosciuto come vi siano ulteriori elementi che incidono sul tema in esame rispetto a quelli formalizzati nel testo della Costituzione[12]. Tra i fattori maggiormente studiati in questo senso c'è il sistema elettorale, inteso come il complesso delle norme giuridiche che regola la traduzione dei voti in seggi[13], così come il ruolo del sistema dei partiti all'interno dell'ordinamento[14], nonché il modo in cui questi due elementi si combinano e influenzano vicendevolmente[15].

---

manualistica classica, la quale ha omesso di tenere in debita considerazione elementi che si sono dimostrato storicamente centrali nella concreta definizione delle forme di governo, quali in primis i partiti politici.

[12] Se il presupposto è sostanzialmente unanime, lo stesso non può certamente dirsi in merito alle posizioni concernenti quali siano detti elementi. Già Elia affermava, oltre cinquant'anni fa, che "*il nodo del tema consiste proprio nella valutazione degli elementi giuridicamente rilevanti ai fini di una tipizzazione*". L. ELIA, *Governo (forme di),* cit., 634.

[13] Il concetto non comprende soltanto la legislazione elettorale in senso stretto, ma anche le procedure e le condizioni di elezione, la regolazione delle campagne elettorali e dell'informazione politica, l'eventuale presenza di primarie all'interno dei partiti e il loro finanziamento da parte dello Stato o di soggetti privati. Sul punto T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, Milano, 2011, 224. Cfr. G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, Bologna, 2006, 8; M. COSULICH, *I sistemi elettorali*, in C. AMIRANTE (a cura di), *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?*, Torino, 2016, 49-58; G. TARLI BARBIERI*, La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, 2018. Sul rilievo del sistema elettorale nell'assetto della forma di governo la dottrina ampiamente maggioritaria concorda nell'attribuire ad esso un ruolo essenziale. Sul punto: F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981, 150; S. MANGIAMELI, *La forma di governo parlamentare: l'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania ed Italia*, Torino, 1998, 27-41; P. GRIMAUDO, *Sistemi elettorali e democrazia pluralista*, in G. MOSCHELLA, P. GRIMAUDO (a cura di), *Riforma elettorale e trasformazione del "partito politico"*, Milano 2008, 103 ss.: Nello stesso volume S. GAMBINO, *Del rappresentare e del governare. La difficile riforma della 'costituzione materiale' del paese, fra riforme elettorali (partigiane), partiti politici (sregolati) e governi (deboli)*, 19-60; M. LUCIANI, *Governo (forme di*), cit., 572; O. MASSARI, *Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e la riforma elettorale,* in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015.

[14] Pur essendo ampiamente riconosciuto il ruolo del sistema dei partiti tra gli elementi che in concreto incidono sul tema, non è universalmente accolta la teoria per cui ciò determinerebbe un vero e proprio inserimento del sistema dei partiti all'interno degli elementi che qualificano la forma di governo. si discute se essi siano "*elemento essenziale e costitutivo della nostra forma di governo* […] *ovvero elemento accidentale e solo condizionante*" O. CHESSA, *L'incerto monismo. Modello e prassi della forma di governo negli anni 1953-1970*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 41. Tra gli Autori a favore del ruolo costitutivo del sistema partitico nella forma di governo: M. DUVERGER, *Les parties politiques*, 1967. trad. ita., *I partiti politici*, Milano, 1970, 431; L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 638 ss.; S. BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici. Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Milano, 1993, 153 ss.; S. MERLINI, *La prassi nell'evoluzione della forma di Governo*, in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI, (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, cit., 587 ss.; S. STAIANO, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *Federalismi.it*, 3/2012, 1 ss. Con posizioni critiche verso l'allargamento del concetto di forma di governo fino a ricomprendere il sistema dei partiti quale elemento qualificante della stessa: M. LUCIANI, *Governo (forme di*), cit., 551 ss. Sul punto cfr. anche G. AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, in G. AMATO, A. BARBERA, (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1995, 43; M. VOLPI, *Le forme di governo contemporanee tra modelli teorici e esperienze reali*, in *Quaderni costituzionali*, 1997; G. DEMURO, *gli organi di governo nella realtà costituzionale*, cit., 1-15.

[15] S. CECCANTI*, La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, 107-126, spec. 109 ss.; P. GRIMAUDO, *Sistemi elettorali e democrazia pluralista*, in G. MOSCHELLA, P. GRIMAUDO (a cura di), *Riforma elettorale e trasformazione del "partito politico"*, Milano, 2008, 103 ss.: Nello stesso volume S. GAMBINO, *Del rappresentare e del governare. La difficile riforma della 'costituzione materiale' del paese, fra riforme elettorali (partigiane), partiti politici (sregolati) e governi (deboli)*, 19-60; A. SAITTA, *Prassi, convenzioni, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale: un dibattito tra costituzionalisti*, XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014, *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, In *Rivista AIC*, 4/2014;

Utilizzando un'analoga argomentazione, è possibile ampliare ulteriormente il campo di studio e provare a dare una definizione di forma di governo 'in senso sostanziale'[16]. Il criterio distintivo per l'individuazione di ciò che rientra nella forma di governo, in questo senso intesa, prescinde dalla qualificazione formale degli elementi considerati: ciò che ne connota la rilevanza è il fatto che essi incidano a livello sostanziale su quella che è la concreta distribuzione dei poteri tra le istituzioni di indirizzo politico, sul loro funzionamento e sui loro rapporti. In questa accezione, pertanto, rientrano a pieno titolo tra i fattori che contribuiscono alla definizione degli assetti istituzionali non solo le fonti di rango costituzionale e legislativo (ivi compresa la legislazione elettorale) ma anche i regolamenti parlamentari[17], e il sistema dei partiti. Inoltre, incidono sulla forma di governo in senso sostanziale anche le consuetudini, le convenzioni e le prassi costituzionali.

Questa accezione della forma di governo consente di evitare la nota discussione in merito al ruolo delle fonti fatto all'interno dell'ordinamento[18], limitandosi a riconoscere l'evidente circostanza per cui esse abbiano un ruolo non secondario all'interno delle dinamiche istituzionali, a maggior ragione all'interno di una forma di governo scarsamente razionalizzata, quale quella italiana.

G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico, Atti del convegno Partiti Politici E Dinamiche Della Forma Di Governo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 134-165.

[16] È possibile individuare una concezione in qualche modo simile a quella qui esposta in: A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e la difesa di essa attraverso la prassi*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 3-15; P. CARNEVALE, *A Corte… così fan tutti?, Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della corte costituzionale*, atti del XXIX Convegno annuale AIC – Catanzaro 2014, in *Rivista AIC*, 4/2014, 1-81; G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, cit., 134-165.

[17] Gli studiosi del diritto parlamentare tendono a riconoscere pacificamente il valore dei regolamenti parlamentari quale fonte in grado di incidere sulla forma di governo, almeno per quanto concerne il funzionamento delle Camere e dei rapporti tra di esse e l'esecutivo. In questo senso i regolamenti parlamentari assumono il ruolo di "*camera di compensazione fra i mutamenti della costituzione materiale, che sono stati profondi, e la disciplina costituzionale della forma di governo, che è rimasta invariata*" V. LIPPOLIS, *Intervento,* in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, in *Quaderni della rassegna parlamentare*, Milano, 2001, 303. Cfr. L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, spec. 41; F. POLI, D*inamiche del sistema politico e formazione delle regole di diritto parlamentare: una tassonomia dei pareri delle Giunte per i regolamenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015, 1-29.

[18] Per alcuni Autori sono in grado concorrere a configurare l'assetto della forma di governo soltanto le "*regole propriamente giuridiche in quanto positivamente vincolanti (ancorché non necessariamente ognuna di esse sia enforceable con mezzi giurisdizionali). Per questo rientrano nel concetto (oltre – ovviamente – alle norme scritte) le consuetudini, anche costituzionali, ma non la prassi, neppure in forma di convenzione, ove non assurta al rango di consuetudine"*. M. LUCIANI, *Governo (forme di),* cit., 538 ss.; cfr. S. FOIS, *Costituzione legale e Costituzione materiale*, in A. CATELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, cit., 21-41; Altri sostengono, invece, che le fonti fatto che vanno ad incidere concretamente sul funzionamento delle istituzioni e sui loro rapporti siano parte integrante della forma di governo, e sia pertanto necessario riconoscerne il valore costitutivo e qualificante, pur mancando della forma scritta e, nella maggior parte dei casi, della giustiziabilità. Vd. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., 639 ss.; G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, 20; A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e la difesa di essa attraverso la prassi*, cit., 11; S. STAIANO, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, cit., 4 ss.; G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla "normalità costituzionale" o conferma delle nuove prassi?*, in *Federalismi.it*, 13/2021, 13.

È noto il rilievo del consolidamento in via di prassi di alcune particolari elementi propri delle più delicate procedure istituzionali, poi sedimentate in convenzioni, se non in consuetudini costituzionali. In particolare, in relazione all'estensione dei poteri e del ruolo istituzionale del Presidente della Repubblica, al procedimento di formazione e di dimissioni degli esecutivi, così come all'interno delle procedure parlamentari e nei rapporti tra Camere e Governo, la nascita e l'evoluzione delle convenzioni ha plasmato a tutti gli effetti il concreto attuarsi della forma di governo tracciata dalla Carta costituzionale[19].

Un ulteriore elemento di interesse nello studio delle prassi istituzionali concerne l'eventualità, non certo rara, che alcune norme sorte in via fattuale, una volta consolidatesi, siano state trasposte all'interno della normativa scritta. A livello parlamentare si pensi all'istituto, di rilievo fondamentale per l'evoluzione dei rapporti tra le Camere e l'esecutivo, della questione di fiducia[20], nato in tempi assai risalenti ed utilizzato fin dalla prima legislatura e poi inserito all'interno dei regolamenti parlamentari agli articoli 116 r.C. e 161, comma 3-bis r.S.

Non è esente da questo fenomeno anche la disciplina del funzionamento dell'esecutivo: la stessa legge 400 del 1988 ha ricalcato sotto molti aspetti le prassi che si erano fino ad allora consolidate; è possibile citare, a titolo esemplificativo, la figura dei vice presidenti del consiglio, sorti in via di prassi come organo non necessario dell'esecutivo (il primo caso nella storia repubblicana fu quello di Pietro Nenni, nel governo De Gasperi I, che restò in carica dal 10 dicembre 1945 fino al 14 luglio 1946) formalizzati all'art.8 della legge 400 del 1988. Si pensi anche ad elementi di maggiore dettaglio o tecnicità, quali l'istituto del cd. Preconsiglio[21], riunione preparatoria di grande importanza nelle attività dell'esecutivo, nella quale vengono esaminati collegialmente i provvedimenti da iscrivere all'ordine del giorno del Consiglio dei ministri. Esso può essere considerato il momento conclusivo dell'istruttoria normativa, ed è elemento necessario della stessa, in quanto l'art. 4, comma 2, Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 10 novembre 1993, recante il regolamento interno del Consiglio dei Ministri, stabilisce che "*nessuna questione e nessuna proposta concernente disegni di legge, atti normativi o provvedimenti amministrativi generali può essere inserita nell'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri se non sono state esaminate nella riunione* [del Preconsiglio]".

[19] Per una interessante disamina di come prassi e convenzioni costituzionali abbiano inciso sulla forma di governo della neonata Repubblica: O. CHESSA, *L'incerto monismo. Modello e prassi della forma di governo negli anni 1953-1970*, cit., 31 ss.: cfr. S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959.

[20] Una versione "*embrionale*" del voto di fiducia è individuabile già nel 1860, con un "*voto formale di indirizzo politico*": M. PACELLI, G. GIOVANNETTI, *Interno Montecitorio. I luoghi, l'istituzione, le persone*, II ed., Torino, 2020, 95; ampiamente, sulla nascita e sullo sviluppo dell'istituto nell'esperienza repubblicana: M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996, spec. 88 ss. e 217 ss.

[21] Sull'istituto in esame cfr. A. MARCHETTI, *Il procedimento governativo di approvazione dei decreti-legge tra regole formali e prassi: il requiem della collegialità ministeriale*, in *Osservatorio sulle fonti,* 3/2016, 9 ss.; M. MALENA, *L'esercizio del potere regolamentare del Governo*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI, *La Prassi degli organi costituzionali*, cit., 170.

È quindi chiaro come lo studio e la conoscenza delle norme convenzionali non possano essere tralasciati, se ci si propone di rappresentare in maniera efficace la realtà costituzionale[22].

2. *'Crisi' ed 'emergenza' come catalizzatori dell'evoluzione delle fonti non scritte*

In questo contesto si inserisce un fattore ulteriore, potenzialmente dirompente, ossia quello dell'emergenza. Le fonti convenzionali, come noto, si reggono sulla clausola del *rebus sic stantibus*[23]; sono pertanto destinate a venir meno, o ad essere modificate, in virtù della circostanza per cui muti la situazione che intendono disciplinare. In particolare, qualora i cambiamenti avvengano in maniera grave e repentina, come in un contesto di crisi, si esercita un forte stimolo alla loro rimozione e alla nascita di nuove modalità di risoluzione del mutato contesto di riferimento. Quello dell'emergenza è pertanto un elemento che funge da catalizzatore per accelerare, e in parte giustificare, il venir meno delle regole non scritte e la loro sostituzione con nuove prassi, così come l'adozione di atti e comportamenti fuori dalle regole -non soltanto quelle di natura convenzionale. Se l'esistenza di un contesto di eccezionalità rappresenta quasi di per sé un'accettabile giustificazione se non per trasgredire, quantomeno per mettere in discussione i precedenti consolidati, è facilmente intuibile come un periodo di oltre un decennio dominato da un costante riferimento all'emergenzialità del quadro sociale, economico e sanitario abbia certamente dato modo di destabilizzare prassi, convenzioni e consuetudini che si credevano ormai ben salde. Ciò si è riflesso anche sul funzionamento effettivo delle istituzioni, sulla produzione normativa, sui rapporti sostanziali tra i poteri.

Il fenomeno ha riguardato in maniera particolarmente evidente il periodo dell'emergenza pandemica[24], ma si riscontrava già pienamente anche negli anni precedenti, in particolare dall'avvento della crisi economico-finanziaria, che ha comportato lo stravolgimento di rilevanti convenzioni costituzionali già dagli ultimi anni della XVI legislatura[25]. Da quel momento in avanti, a ben vedere, i concetti di crisi e di

---

[22] "*Secondo la nostra lettura tradizionale, non si tratta di elementi costitutivi in senso stretto della forma di governo, ma è pur vero che, senza la loro contestuale considerazione, non ci è modo di comprendere il funzionamento delle nostre istituzioni governanti*". S. BARTOLE, *La repubblica italiana e la sua forma di governo*, Modena, 2018, 13.

[23] Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 321; M. CAVINO, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2015, 50; G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politic*o, cit., 134 ss.

[24] Sul punto, tra i moltissimi contributi relativi al tema dell'emergenza pandemica, cfr. U. RONGA, *Il governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020, 1 ss.; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 705; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta online*, 1/2020, 192; E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 727-746; F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 258 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria,* in *Rivista AIC*, 1/2021, 391 ss.

[25] Vd. I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2012; 1-23; G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 1-26; G.

emergenza hanno svolto un ruolo di assoluti protagonisti nella vita politico-istituzionale nazionale e internazionale, così come sulla società nel suo complesso, influenzando profondamente l'indirizzo politico di qualunque governo. In detto periodo, a fronte di una marcata evoluzione dei rapporti sostanziali tra i poteri e degli equilibri al loro interno, i rapporti formali tra i poteri dello Stato non sono stati oggetto di riforme strutturali. Le uniche riforme normative intervenute nell'ambito della forma di governo in senso stretto sono state, a livello costituzionale, la riforma del settembre 2020 sul cd. 'taglio dei parlamentari' -che pure ha modificato soltanto il numero di deputati e senatori, non anche le loro funzioni o quelle delle Camere-, e, recentemente, la parificazione dell'elettorato attivo -a diciotto anni- per l'elezione di Camera e Senato contenuto nella legge costituzionale n. 1/2021.

Ed è proprio dall'analisi e dall'individuazione dei cambiamenti avvenuti a livello di fonti non scritte che si procederà ad indagare gli spostamenti di equilibrio fattuali di potere, da cui dipende l'assetto sostanziale della forma di governo.

3. *L'emersione di nuovi fenomeni in grado di incidere sulla forma di governo*

Senza alcuna pretesa di completezza, si proverà di seguito ad evidenziare alcuni fenomeni emersi o consolidatisi nel corso del periodo in esame (dalla crisi economica all'emergenza pandemica), i quali potrebbero aver determinato la variazione dell'articolazione sostanziale della forma di governo[26].

Si delimiterà, inoltre, il campo di analisi all'evoluzione del rapporto trilatero tra Parlamento, Governo e Presidenza della Repubblica. Nello studio della forma di governo e dei suoi cambiamenti sostanziali non sono però da sottovalutare, e meriterebbero ulteriori approfondimenti, la posizione sempre più rilevante dell'Unione Europea all'interno dell'ordinamento nazionale[27], così come l'attivismo recentemente dimostrato

---

SAVINI, *L'attività legislativa tra governo e parlamento: continuità ed innovazioni nell'esperienza del Governo Monti*, Padova, 2014; F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *L'eccezionale 'bis' del Presidente della Repubblica Napolitano*, Torino, 2014; C. PINELLI, *Cambiamento o razionalizzazione della forma di governo?*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, cit., 75 ss.

[26] Sul punto, interessanti spunti in Forum del Gruppo di Pisa, "*Emergenza Covid e organi costituzionali*" del 10 agosto 2020; "*Emergenza Pandemica e Forma di Governo: la Verticalizzazione del Potere tra Tendenze Sistemiche e Discontinuità*" convegno del 18 ottobre 2021, La Sapienza, Roma; "*Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali*" Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 4 dicembre 2020. Con prospettiva comparata, inoltre, si v. R. TARCHI (a cura di) *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, *Fascicolo monografico della Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020.

[27] Ciò si concretizza in primo luogo sotto l'aspetto della notevole produzione normativa di origine comunitaria, che si inserisce direttamente o indirettamente all'interno dell'ordinamento, considerati anche il numero e rilevanza delle materie devolute all'Unione. Al contempo, la centralità delle politiche comunitarie si ripercuote in maniera rilevante anche sullo stesso indirizzo politico degli esecutivi -necessariamente influenzato da quanto deciso in sede di Consiglio europeo e di Commissione europea- e della forma di governo in senso stretto: nell'analisi dei rapporti tra le istituzioni, che definiscono appunto la forma di governo, non è più possibile prescindere, se si intende fornire una rappresentazione realistica della stessa, dalla presenza delle istituzioni europee. Cfr. T.E. FROSINI, *La dimensione europea della forma di stato e di governo*, in *Federalismi.it*, 5/2012; N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *I limiti di un approccio esclusivamente nazionale ai problemi della forma di governo*, in R. CERRETO (a cura di), *La democrazia*

dalla Corte costituzionale nello stimolare l'attività legislativa parlamentare[28].

3.1. *Il ruolo di crescente centralità assunto dall'esecutivo e, al suo interno, della Presidenza del Consiglio e il declino dell'istituzione parlamentare nella forma di governo*

Se si esclude la rilevante eccezione del primo Governo Conte, caratterizzato dalla -almeno iniziale- assoluta compressione della posizione politica ed istituzionale del Presidente del Consiglio[29] i governi che si sono succeduti nel corso del periodo in esame hanno assunto un ruolo di assoluto rilievo all'interno del panorama istituzionale. Il

italiana: forme, limiti, garanzie, Roma, 2010, 288 ss.; R. IBRIDO, *L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costituzionale dei sei Stati fondatori*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione Europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 57 ss.; all'interno dello stesso volume: G. RIVOSECCHI, *I riflessi dell'Unione Europea sul rapporto Governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del Governo*, ivi, 361.

Con riferimento alle dinamiche che hanno portato alle dimissioni del primo Governo Conte, legandole ai risultati delle elezioni europee del 2019 e alla conseguente formazione di una maggioranza ostile allo stesso in seno a Parlamento e Commissione: N. LUPO, *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *Federalismi.it*, 28/2020, spec. 6 ss. Sul rafforzamento degli esecutivi, ed in particolare del Presidente del Consiglio in virtù dell'ingresso dell'Unione all'interno della forma di governo: P. MILAZZO, *Art. 95*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2021, 233 ss.

[28] Il fenomeno si riscontra in particolar modo con riferimento a materie sulle quali la Consulta non ha ritenuto di poter agire direttamente, anche per via della materia trattata. L'utilizzo di sentenze con 'incostituzionalità a termine', contenenti indicazioni non solo nel merito dell'auspicato intervento delle Camere, ma anche un termine entro il quale sarebbe opportuno che il Parlamento legiferasse, rappresenta un interessante sviluppo della costruttiva dialettica tra le due istituzioni. Allo stesso modo, il ricorso della Corte a strumenti che esulano dall'ordinario *iter* del ricorso incidentale, quali il porsi della stessa quale giudice *a quo*, si inseriscono nella tendenza del giudice delle leggi ad un maggiore interventismo in caso di -colpevole- inerzia del legislatore. All'interno della vastissima produzione dottrinale cfr. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 1/2020, 53 ss.; 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*, 2/2020, 1-3; D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020; G. D'AMICO, *Il volto giuridico delle scelte di fine vita. Brevi note a proposito della "creatività" delle decisioni della Corte sul c.d. caso Cappato*, in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020, 311 ss.; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.,* 9/2020, I, 2565 ss.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it,* 27/2020, 206 ss.; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1411 ss.

[29] Sul particolare indebolimento della figura presidenziale in tale frangente, in cui il Presidente del Consiglio è sembrato tornare ad un assai risalente ruolo di mediazione tra i partiti che sostengono il governo, senza essere portatore di alcun indirizzo politico proprio: A. D'ANDREA, *Del ridimensionamento per contratto del ruolo del Presidente del Consiglio (e di altre forzature imposte dai capipartito)*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018, 681 ss.; G. TARLI BARBIERI, V*icepresidenti o Co-Presidenti del Consiglio? Alcune notazioni sparse su una carica controversa,* in *Rassegna parlamentare*, 2/2019, 369 ss.; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale*?, cit., 13-24.

fenomeno è stato particolarmente evidente nei periodi di maggiore criticità dell'emergenza[30], come testimoniano gli esempi dei governi Monti[31], Conte II e Draghi.

L'accentramento sostanziale dei poteri nelle mani dell'esecutivo si è manifestato a livello di produzione normativa, attraverso il vasto utilizzo degli atti aventi forza di legge e in quella "*fuga dalla legge*"[32], ormai da anni denunciata come elemento di criticità, che si è ulteriormente evoluta in "*fuga dal regolamento*"[33]. Durante la drammatica esperienza dell'emergenza pandemica si è verificato un uso esponenziale dello strumento del Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri[34], cui gli esecutivi hanno ricorso per operare con la necessaria prontezza (ma anche in sostanziale autonomia[35]) le riforme normative che si sono dimostrate necessarie[36] per fronteggiare l'aggravarsi della situazione sanitaria.

---

[30] Collimato nella dichiarazione ufficiale dello stato d'emergenza con Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera c), e l'articolo 24, comma 1, del il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

Sul punto: U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale*, 2020, 300 ss.; G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale*, 2020, 542 ss.

[31] Si pensi al fatto che, fino all'11 luglio 2012, e dunque per i primi otto cruciali mesi dell'esecutivo, il Presidente del Consiglio Monti ha mantenuto la delega all'economia, con risultato di un inedito ed notevole accentramento dei poteri in capo alla Presidenza. Sul ruolo cruciale assunto nelle più recenti legislature dal ministro dell'economia: L. BARTOLUCCI, *I rapporti tra presidente del Consiglio e ministro dell'economia (1992-2018*), in L. TEDOLDI (a cura di), *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione europea*, Milano, 2020, 374 ss. Sulla prassi, ormai consolidata, di nomina di un tecnico al ministero dell'economia: Y. M. CITINO, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 51.

[32] Cfr. *ex multis* D. TEGA, *Gli atti normativi primari del Governo nelle recenti tendenze*, in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI, (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, cit., 135 ss.; R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011; G. MAZZOLA, *Esperienze di "fuga dalla legge" tratte dall'ultima legislatura nazionale e regionale,* in *Amministrazione in Cammino*, 2011.

[33] N. LUPO, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, 3/2017.

[34] Non si è trattato, tuttavia, di una novità nel quadro della produzione normativa di origine governativa. Già nel 2016 la dottrina più attenta aveva stato evidenziato l'incremento del ricorso ai dpcm: V. DI PORTO, *La carica dei dpcm*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2016, 1-13. Cfr. E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019; A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (...dell'emergenza coronavirus)*, in *Federalismi.it*, 28/2020, 234-253.

[35] Molte voci hanno sollevato note critiche in merito all'operato del governo dal punto di vista delle procedure normative utilizzate, quali l'emanazione di decreti-legge contenenti rinvii a successivi d.P.C.M., i quali avrebbero dovuto disciplinare nel dettaglio rilevanti limitazioni alle libertà costituzionali. Cfr. 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, 174 ss.; E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?,* cit., 732; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, 1-8; E. RAFFIOTTA, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, 4 ss.; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19,* in *Questione giustizia*, 27 marzo 2020.

[36] Il termine non è utilizzato causalmente: nella larga maggioranza dei casi le norme introdotte tramite dpcm o decreto legge sono state accompagnate, nella loro fase di esposizione all'opinione pubblica (spesso mediante dirette televisive o a mezzo di social network), da una clausola di necessità delle stesse, in quanto suffragate dal parere del Comitato tecnico scientifico istituito in seno alla Protezione Civile. Sul punto, evidenziandone le problematiche conseguenze, E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?,* cit., 729-732; molti interessanti interrogativi sul rapporto tra tecnica e legislazione, ed in particolare sull'influenza della tecnica sulle scelte politiche in: G. GRASSO, (a cura di),

Un'altra prassi sorta nel periodo della crisi economica, e andata consolidandosi negli anni successivi, sebbene sembri in via di ridimensionamento in particolare durante il Governo Draghi, è quella dei cd. decreti legge salvo intese[37]. Con tale espressione ci si riferisce alla discutibile approvazione di decreti legge privi di un testo definitivo, in quanto non ancora raggiunto un accordo (sul merito, o su questioni di mera forma o dettaglio tecnici; in tal caso vengono definiti 'salvo intese tecniche') in seno al Consiglio dei ministri. Sebbene il decreto legge venga annunciato come approvato e sia fatto riferimento ai suoi contenuti, a livello politico e mediatico, come se si trattasse di un provvedimento sostanzialmente già in vigore, in realtà il testo non è stato ancora pubblicato in Gazzetta Ufficiale, garantendo quindi la possibilità di apportare integrazioni e correzioni prima della pubblicazione e del conseguente invio del testo alle Camere[38].

Il lasso di tempo intercorrente tra la notizia dell'approvazione del decreto legge 'salvo intese' e la sua effettiva pubblicazione in gazzetta ufficiale può estendersi per diversi giorni, fino a superare la settimana, rappresentando tanto una violazione delle procedure formali di produzione legislativa, quanto un segnale di scarsa trasparenza nell'attività dell'esecutivo.

La tendenza in esame appare evidente anche sul piano politico e mediatico, tanto (con)causa quanto conseguenza della sempre maggiore rilevanza del Governo e del Presidente del Consiglio[39] all'interno degli equilibri di potere e della narrazione mediatica.

Questo fenomeno non rappresenta certamente una novità all'interno dell'ordinamento italiano, ed era stato ampiamente segnalato dalla dottrina nel corso delle precedenti legislature[40], ma appare se possibile ulteriormente accelerata nel periodo più

Il Governo tra tecnica e politica, Napoli, 2016. Si v. in particolare P. CARROZZA, *Tecnica e politica: la necessaria complementarità*, ivi, 81-99.

[37] A. SAITTA, *Prassi, convenzioni, consuetudini costituzionali e gli organi di governo nella realtà costituzionale: un dibattito tra costituzionalisti*, cit., 6 ne parla come di "*autentico scandalo costituzionale*"; Con riferimento alle più recenti vicende cfr. A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del Governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; P. VIPIANA, *La recente adozione di due decreti-legge salvo intese*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 894 ss.

[38] Come correttamente evidenziato in, E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?,* cit., 735, è incerto se questa prassi, lesiva del ruolo del Parlamento, incida anche sul ruolo del Capo dello Stato, in quanto "*non si sa bene se al Presidente della Repubblica vengano inviati i testi in itinere al fine di verificare via via la legittimità e di «cooperare» a questo fine con il governo*".

[39] Non è probabilmente casuale l'insistere del sistema televisivo e giornalistico sul termine, giuridicamente inesatto, di "*Premier*" per definire il Presidente del Consiglio dei ministri.

[40] Sull'incremento del peso istituzionale del Governo e della Presidenza del Consiglio vi è vastissima letteratura scientifica. Si vedano, con riferimento agli anni precedenti all'emersione della crisi: P. PEREZ TREMPS, *Il rafforzamento dell'esecutivo come conseguenza della integrazione nella Comunità europea,* in G. ROLLA (a cura di*), Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Milano, 1991, 93 ss.; E. FROSINI, *Premierato e sistema parlamentare*, in *Il Politico*, 1/2004, 5-25; G. AMATO, *La funzione di governo, oggi. Relazione generale (ricordando Alberto Predieri*), in *Rivista AIC*, Annuario 2001, *Il Governo*, Padova, 2002, 259 ss., spec. 266; Più recentemente: I. CIOLLI, *La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il Presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana*, Napoli, 2018; E. CATELANI, *Presidente del Consiglio e Unione europea*, in L. TEDOLDI (a cura di), *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all'Unione europea*, Milano, 2019, 438 ss.; T.E. FROSINI, *L'espansione dei poteri normativi del Governo*, in F. MUSELLA (a cura di), *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 153 ss.; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 34-4; L. CAPPUCCIO, *Forma di governo italiana ed integrazione europea:*

recente, e si accompagna ad un simultaneo ulteriore indebolimento del Parlamento, sempre meno centro politico-decisionale del Paese e sempre più in crisi dal punto di vista della sua rappresentatività[41].

In particolare, nella presente legislatura, da un lato la situazione di eccezionalità ha portato alla nascita di un "*diritto parlamentare speciale, temporaneo e condiviso da tutti i gruppi politici, costituzionalmente giustificato dal diritto-dovere del Parlamento di affrontare l'emergenza*"[42] -si pensi alle discussioni circa alle modalità di riunione delle Camere, alle conseguenti modalità di voto e di conteggio degli stessi, alle eventuali limitazioni all'ingresso dei parlamentari sprovvisti di certificato vaccinale-, dall'altro, nei rapporti con l'esecutivo e con le sue linee politiche, l'istituzione rappresentativa sembra essersi spesso limitata ad accettare acriticamente le decisioni del governo[43] (e le opposizioni, altrettanto acriticamente, a contestarle).

Inoltre, nel contesto vigente, in cui la produzione legislazione si basa stabilmente, ed in maniera ampiamente maggioritaria, sulle previsioni dei decreti legislativi e dei decreti legge, risulta chiaro lo svilimento del ruolo del Parlamento e della sua funzione costituzionale[44]. Ciò viene ulteriormente rimarcato dal massiccio e ormai sistematico ricorso alla questione di fiducia sui disegni di legge di maggior impatto ordinamentale o di particolare rilevanza nel programma di governo. A delimitare ulteriormente gli spazi normativi per quello che si dovrebbe definire il 'legislatore' si inserisce anche l'Unione Europea, ormai dotata di ampie competenze in materia legislativa. Perfino sulla legge di bilancio, forse l'archetipo della legislazione di stretta competenza parlamentare, a livello

---

il progressivo rafforzamento del Governo, in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, 1/2020, spec. 4 ss.

[41] G. RIVOSECCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, cit., 1-25; E. MANFRELLOTTI, *Quindici uomini sulla cassa del morto: questione di fiducia e funzioni costituzionali del Parlamento*, in *Forumcostituzionale.it*, 18 aprile 2019; A. RUGGERI, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta Online*, 1/2021, 124-149.

[42] S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?*, cit., 706. In merito all'ampia discussione dottrinale sul punto si rinvia, *ex multis*, a: F. CLEMENTI, *La democrazia si difende anche con il voto a distanza*, in *Quaderni costituzionali,* 2/2020, 379-381; A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza Covid-19*, *in Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 268-283; N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto «a distanza» dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una «re-ingegnerizzazione» dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020 23-32; A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020, 24 ottobre 2020; F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento «telematico»*, in *Federalismi.it*, 18/2020, 25-48.

[43] Tra i numerosi autori che hanno segnalato questa sostanziale abdicazione del Parlamento dal suo ruolo di decisore politico, o almeno di mediazione e bilanciamento dell'indirizzo politico espresso dal Governo: F. PASTORE, *Emergenza Covid-19 e dinamiche dei rapporti tra governo, maggioranza e minoranze parlamentar*i, in *Diritti fondamentali*, 3 giugno 2020, 20; S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?*, cit., 705 ss.; A. RUGGERI, *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica,* cit., 124-149; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 395 ss.; P. ARMAROLI, *Se le assemblee parlamentari non battono più un colpo*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 marzo 2020.

[44] La crisi sanitaria "*determina, sul piano giuridico-costituzionale, la conferma dello svuotamento dei poteri normativi delle Camere a tutto vantaggio dell'esecutivo*". G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit., 384.

sostanziale si riscontra oggi il dominio dell'esecutivo[45], accompagnato dalle rilevanti ingerenze in merito alla sostenibilità dello stesso provenienti dalle istituzioni europee[46].

In questo contesto si inseriscono le interessanti riflessioni relative alle conseguenze che il referendum costituzionale del 2020 sul taglio dei parlamentari potrà avere sul rilievo istituzionale e sulla rappresentatività delle Camere[47] (oltre che, chiaramente, sul loro funzionamento), una volta divenuto operativo con la XIX legislatura.

[45] Quella della posizione della questione di fiducia nella fase di approvazione della legge di bilancio è ormai una prassi ampiamente consolidata. Al contempo, l'esperienza più recente dimostra la tendenza alla presentazione del disegno di legge in grave ritardo rispetto ai tempi formalmente previsti dalla procedura di bilancio, con rilevante compressione dei tempi, per i parlamentari, di analisi del vasto, e spesso scarsamente comprensibile, contenuto dello stesso. Il risultato, se si considera la combinazione di questi due elementi con le drammatiche conseguenze che avrebbe la mancata approvazione del bilancio e il ricorso all'esercizio provvisorio, è quello per cui a livello sostanziale le Camere si limitino ad una ratifica di quanto proposto dall'esecutivo, limitandosi ad un'operazione di inserimento di norme puntuali all'interno dei vari capitoli di spesa, su impulso delle diverse sensibilità politiche, territoriali, e dei portatori di interesse. Con riferimento alla procedura di bilancio e alle recenti prassi instauratesi: cfr. C. BERGONZINI, *Parlamento e procedure di bilancio,* Milano, 2014, 21 ss.; più recentemente ID., *La sessione di bilancio 2020, tra pandemia e conferma delle peggiori prassi*, in *Osservatorio AIC*, 1/2021, 215-232; Sul precedente della legge di bilancio del 2018, che ha rappresentato il caso maggiormente critico in un contesto generale comunque assai discutibile: F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi.it*, 4/2019, 1-6; A. FALCONE, *L'approvazione della legge di bilancio 2018 e la violazione dell'art. 72 Cost.: un problema di sovranità. Prime riflessioni critiche e possibili soluzioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 gennaio 2019, 1-5; G. CAVAGGION, *Nuovi profili evolutivi del conflitto di attribuzione tra poteri nel contesto della crisi della democrazia rappresentativa*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 476-529.

[46] Cfr. N. LUPO, *Le sessioni di bilancio, ieri e oggi*, in G. CARBONI (a cura di), *La funzione finanziaria del Parlamento. Un confronto tra Italia e Gran Bretagna*, Torino, 2009, 37 ss.; G. RIZZONI, *Il "semestre europeo" fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 7 ss.; I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di Bilancio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2012, 1-23; C. BERGONZINI, *Parlamento e procedure di bilancio*, cit.

[47] Sul punto la dottrina maggioritaria ha evidenziato criticamente il rischio di un ulteriore affievolimento della rappresentatività del Parlamento, così come di una sua ulteriore marginalizzazione dal punto di vista delle dinamiche istituzionali, prospettando un ulteriore rafforzamento del Governo nei suoi confronti. Non si tratta, tuttavia, di un'opinione condivisa dalla totalità degli autori: vi sono infatti autorevoli pareri che vedono nella riforma costituzionale del 2020 la possibilità, per il Parlamento, di aumentare la propria efficienza e di migliorare la propria rappresentatività, riducendo il drammatico distacco ormai presente tra il corpo elettorale e i suoi rappresentanti nelle due Camere. Sul punto, con riflessioni a sostegno di entrambe le opinioni, si vedano gli interessanti contributi presenti in E. ROSSI (a cura di), *Meno parlamentari, Meno parlamentari, più democrazia?*, 2020. Sul punto cfr. anche P. CARROZZA, *È solo una questione di numeri? Le proposte di riforma degli artt. 56 e 57 Cost. per la riduzione dei parlamentari*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, n° speciale, 2019, 81 ss.; M. VOLPI, *La riduzione del numero dei parlamentari e il futuro della rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; G. AZZARITI, *La trappola: a proposito del referendum sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Diritto Pubblico Europeo*, Rassegna on-line, 13/2020, 1-3. Con specifico riferimento alle conseguenze della riforma sulle procedure parlamentari: L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Senato e Camera*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020; 559 ss.; S. CURRERI, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in *Federalismi.it*, 15/2020, 2 ss.; L. CIAURRO, *Riduzione del numero dei parlamentari e procedure parlamentari*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020.

3.2 *L'emersione di importanti precedenti in merito al ruolo del Presidente della Repubblica nel quadro della forma di governo*

Nel corso dell'ultradecennale periodo di crisi il Presidente della Repubblica ha svolto un ruolo di fondamentale importanza nel mantenimento degli equilibri istituzionali[48]. Riprendendo la felice metafora dei poteri presidenziali quali una 'fisarmonica'[49] che si dilata o si restringe a seconda del grado di stabilità del circuito della rappresentanza e dei rapporti tra Governo e Parlamento, il prolungato periodo crisi delle istituzioni e di emergenza internazionale ha certamente contribuito all'apertura della fisarmonica presidenziale fino ai suoi estremi[50].

Al contempo, in un contesto di progressivo incremento della centralità degli esecutivi, non adeguatamente bilanciato da un forte ruolo del Parlamento, è emersa la figura presidenziale quale garante degli equilibri costituzionali[51]. In questo senso l'operato del Presidente della Repubblica è stato improntato, in numerose occasioni, al ridimensionamento della prepotenza normativa dei governi o alla tutela delle procedure legislative che avrebbero voluto eludere[52]. È comunque da sottolineare come entrambi i Presidenti della Repubblica in carica nelle legislature prese in esame abbiano utilizzato i

[48] Sul fondamentale ruolo di prassi e convenzioni costituzionali nella concreta declinazione del ruolo del Presidente della Repubblica, proponendo un pregevole tentativo di mappatura dei precedenti inerenti alla XVII legislatura e al primo scorcio di XVIII: G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, cit., 134 ss.

[49] L'espressione è attribuita a Giuliano Amato. Si veda sul punto G. PASQUINO, *La fisarmonica del Presidente*, in *La rivista dei libri*, 3/1992, 8 ss.; ID., *Minima Politica. Sei lezioni di Democrazia*, Torino, 2020. Cfr. inoltre M. TEBALDI, *Poteri e prassi del Presidente della Repubblica nel sistema politico italiano. Interpretazioni dell'esperienza maggioritaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 11/2011, 419.

[50] Tra i molti A. che hanno evidenziato questa tendenza: R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2013, 7-19; M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 1-7; M. GRISOLIA, *Intervento*, in *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, La Sapienza, Roma, 6 giugno 2018, in *Osservatorio AIC*, 2/2018. Sul punto, legando la scarsa razionalizzazione delle forma di governo ad un fisiologico ruolo presidenziale di garante della stabilità istituzionale, in particolare oltre vengano a mancare altri fattori di solidità del sistema: C. FUSARO, *Da Ciampi a Draghi (passando per Dini e Monti): verso una forma di governo parlamentare sotto tutela?,* in *Quaderni costituzionali*, 1/ 2021, 173-176.

[51] Sul ruolo progressivamente assunto dal Presidente della Repubblica di controllo e di confronto dialettico con l'esecutivo, in particolare a fronte dell'affievolimento del controllo parlamentare: Q. CAMERLENGO, *Il Presidente della Repubblica e l'attività normativa del Governo*, in Quaderni costituzionali, 1/2010, 35-58; B. CARAVITA, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo: i poteri di nomina e di scioglimento delle Camere*, in *Federalismi.it*, 22/2010, 1-18; F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 1-35; G. DI COSIMO, *Chi comanda in Italia. Governo e Parlamento negli ultimi vent'anni*, 2014; G. VOSA, *La pretesa "responsabilità istituzionale" del Presidente della Repubblica: un'accorata denuncia dei mutamenti profondi che solcano il diritto dell'Europa*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 186-210.

[52] È tuttavia necessario considerare che non è specifico compito della Presidenza della Repubblica quello di operare valutazioni di merito rispetto alle strategie governative, anche in merito agli strumenti normativi utilizzati. Pertanto, le indicazioni presidenziali possono riguardare soltanto il rispetto della correttezza procedurale nella formazione degli atti e la necessaria adesione alle prescrizioni costituzionali, spesso evase con specifico riferimento alla legislazione d'urgenza e alla sua conversione in legge. Sul punto cfr. Q. CAMERLENGO, *Il Presidente della Repubblica e l'attività normativa del Governo*, cit., 35-58; Con note critiche sul fatto che la tendenza in parola possa far emergere un volto eccessivamente 'politico' del Presidente della Repubblica, rischiando così di mettere in discussione il suo costituzionale di garanzia: A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 1-21.

propri poteri di influenza nei confronti delle istituzioni di indirizzo politico mediante un ampio ricorso a strumenti di *soft power*, limitando nette prese di posizione contrarie a quanto espresso dagli esecutivi e il ricorso agli strumenti più chiaramente critici dell'operato dei governi e delle Camere[53] (quale, ad esempio, il rinvio di disegni di legge alle Camere con messaggio motivato, istituto utilizzato con grande parsimonia tanto da Napolitano quanto da Mattarella[54]).

La rilevanza istituzionale del Quirinale non è certamente venuta meno, anzi se possibile si è ulteriormente rafforzata, manifestandosi tuttavia mediante orientamenti, messaggi e comunicazioni forse più informali, meno mediaticamente evidenti, ma non meno influenti a livello sostanziale[55]. Anche l'evoluzione dello stile comunicativo dei Presidenti, in particolare quando vada ad incidere sui rapporti con gli altri poteri dello stato, è un elemento da tenere in debita considerazione per una piena comprensione degli sviluppi sostanziali della forma di governo[56].

Anche considerando le convenzioni costituzionali consolidate, le ultime tre legislature hanno presentato alcuni importanti precedenti nell'ambito delle norme che afferiscono al Capo dello Stato. La più evidente è stata forse il venir meno della convenzione costituzionale relativa all'impossibilità -sostanziale- di una rielezione del Presidente della Repubblica[57]. Nel 2013, proprio in ragione della situazione emergenziale

---

[53] Cfr. A. D'ANDREA, *Questioni metodologiche e qualche rilievo a caldo sulla «Presidenza Napolitano»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2013, 42-45; R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, cit., 7-20; A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, 2/2013, 3 ss.; M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella*, in *Federalismi.it*, 6/2018, 1-19; D. CHINNI, *Una promulgazione con lettera a governo e Parlamento, ma rivolta a giudici e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 817-820.

[54] Sulla Presidenza Napolitano: "*Per esercitare la sua 'influenza', raramente ha usato i suoi poteri formali: nessun messaggio inviato alle Camere,* […] *e un solo rinvio di un testo di legge; può dirsi davvero che il rifiuto di emanare il decreto legge 'Englaro' (marzo 2009) e il decreto legislativo in materia di federalismo fiscale municipale (febbraio 2011) costituiscono due rilevanti eccezioni spiegabili con insuperabili carenze formali delle rispettive delibere*", A. D'ANDREA, *Questioni metodologiche e qualche rilievo a caldo sulla «Presidenza Napolitano»*, cit., 44. L'unico esempio di esercizio del potere ex art. 74, primo comma, Cost., da parte di Mattarella, risale al 31 ottobre 2017 e ha riguardato un progetto di legge di iniziativa parlamentare, recante "*Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo*". Per un'accorta analisi del precedente: M. FERRARA*, Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella*, cit., spec. 6 ss.

[55] Con riferimento al presidenziale ad esternazioni, osservazioni, messaggi ai Presidenti delle Camere o agli esecutivi e promulgazioni con osservazioni critiche, la dottrina si dimostra concorde nel considerarle un elemento assai rilevante nella per l'analisi dell'articolazione sostanziale dei rapporti interistituzionali. Sulle presidenze Napolitano: R. BIN*, Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, cit., 7-19; M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, cit., 1-7. Con spunti più recenti, e con uno sguardo comparativo tra i più recenti Presidenti della Repubblica: A. BURATTI, "*Preferirei di no". Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell'archivio storico del Quirinale*, in *Diritto e Società*, 2/2014, 187-265; G. D'AMICO, *Rieleggibilità del Capo dello Stato e semestre bianco: la versione del Quirinale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 404-407; G. DELLEDONNE, L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, 321-353.

[56] Un esempio calzante è ripreso in D. CHINNI, *Una promulgazione con lettera a governo e Parlamento, ma rivolta a giudici e Corte costituzionale*, cit., 817-820.

[57] Per alcuni autori quella in parola era stata utilizzata come esempio di quella che si poteva a tutti gli effetti definire una consuetudine costituzionale. Cfr. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 165 ss., spec. 183; G. DI COSIMO, *Sviluppi del Governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 52, parla di "*deroga ad una regola consuetudinaria*". Lo stesso Presidente Ciampi, nel 2006, negli ultimi giorni del suo mandato, parlava di una "*consuetudine*

e della forte instabilità parlamentare, si è verificata per la prima volta la rielezione del Presidente uscente, seppur accompagnata dalla dichiarazione di Napolitano in merito alla presentazione di dimissioni anticipate -come effettivamente avvenuto nel gennaio 2015- nel momento in cui si fossero risolti i più urgenti problemi istituzionali e attivato un piano di riforme strutturali.

Il precedente, che potrebbe aver di per sé eliminato la convenzione fino a quel momento esistente, è stato talvolta richiamato anche con riferimento alle elezioni presidenziali del 2022, ipotizzando un secondo mandato, anch'esso legato al contesto emergenziale, per il Presidente Mattarella. Nel caso in cui si ripetesse immediatamente tale eventualità, si potrebbe considerare definitivamente tramontata la convenzione relativa al divieto di rinnovo della carica presidenziale. Lo stesso Mattarella ha prontamente smentito l'ipotesi in parola, senza peraltro esporsi direttamente[58], citando precedenti esternazioni presidenziali scettiche in merito alla possibilità o all'opportunità di una rielezione[59], cercando quindi se non di re-instaurare la convenzione, almeno di non reiterare immediatamente il precedente del 2013.

Un ulteriore episodio in netta discontinuità con le regole di comportamento consolidate si è registrato in relazione alla formazione del I Governo Conte, nel 2019, con riferimento al cd. caso Savona. Come in più occasioni evidenziato[60], la peculiarità di quanto avvenuto non ha riguardato tanto le remore presidenziali, arrivate finanche al veto, relative all'indicazione di un ministro da parte del Presidente del Consiglio incaricato, quanto le modalità in cui il confronto si è svolto. La prassi, ampiamente consolidata, che è venuta meno in detto frangente è stata quella della riservatezza del confronto tra Presidenza della Repubblica e forze politiche a sostegno del nascituro esecutivo (così come diverse norme di correttezza e galateo istituzionale).

---

significativa" con riferimento al divieto di rinnovo del mandato presidenziale, adducendo che "*il rinnovo di un mandato lungo, quale è quello settennale, mal si confà alle caratteristiche proprie della forma repubblicana del nostro Stato*", Comunicato della Presidenza della Repubblica, 3 maggio 2006.

[58] È stato segnalato l'uso, già affermatosi in precedenza ma utilizzato con particolare frequenza dall'attuale Presidente, del ricorso ad esternazioni, nel corso di incontri pubblici e ufficiali, che facciano riferimento alle dichiarazioni di precedenti inquilini del Quirinale, al fine di esternare il proprio parere su questioni di cronaca istituzionale senza esporsi in maniera diretta. Sul punto, con ampi riferimenti ed esempi: G. DELLEDONNE, L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, cit., 321-353.

[59] L'11 novembre 2021, nel corso di un incontro al Quirinale in memoria di Giovanni Leone nel ventesimo anniversario della scomparsa dell'ex presidente della Repubblica, il Presidente Mattarella ha ricordato come "*Leone ripropose la sollecitazione, già sottolineata dal presidente Segni, di introdurre la non rieleggibilità del presidente della Repubblica, con la conseguente eliminazione del semestre bianco*". Si veda https://www.repubblica.it/politica/2021/11/11/news/quirinale_mattarella_allontana_il_bis_anche_leone_chiese_la_non_rielegibbilita_del_presidente_della_repubblica_-326003430/

[60] Sul punto si vedano i numerosi interventi in: *La intricata vicenda della formazione del governo Conte, Forum de Il Gruppo di Pisa*, 7 novembre 2018, 1-51; si v., inoltre, pur con posizioni tra loro differenti in merito alla valutazione del comportamento istituzionale di Presidenza e partiti politici: C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 360-375; G. VOSA, *La pretesa "responsabilità istituzionale" del Presidente della Repubblica: un'accorata denuncia dei mutamenti profondi che solcano il diritto dell'Europa*, cit., 186-210; A. ANZON DEMMIG, *Partecipazione alle consultazioni e principio di leale collaborazione*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 1-4; A. D'ALOIA, *Nomina dei Ministri, interessi costituzionali fondamentali, poteri del Presidente della Repubblica. Appunti a margine del caso 'Savona'*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 1-6.

Un tratto comune alle Presidenze Napolitano e Mattarella è stato, visti anche i precedenti citati, l'aver subito accuse, spesso con toni marcatamente ostili, in merito al loro presunto attivismo politico e alla loro mancanza di imparzialità presidenziale[61]. Si potrebbero forse ricercare delle similarità, sul punto, con a quanto accaduto durante la Presidenza Scalfaro, in cui alcuni comportamenti che si sono distanziati dalla prassi consolidata e un certo attivismo del Quirinale all'interno delle dinamiche istituzionali si possono giustificare a fronte dell'eccezionalità della situazione nazionale e internazionale e per l'innovatività delle questioni cui il Capo dello Stato si è visto chiamato a rispondere[62].

Merita una riflessione conclusiva, sul punto, una questione a prima vista di ambito strettamente sociologico/politologico, che ha avuto in realtà ricadute notevoli in merito al concreto funzionamento delle relazioni interistituzionali. Ci si riferisce alla tendenza, da parte dell'opinione pubblica[63], alla ricerca di figure autorevoli e affidabili che guidino le posizioni più mediaticamente esposte dell'ordinamento costituzione, che siano in grado di ispirare sicurezza e nelle quali riporre fiducia, all'interno di un contesto emergenziale senza precedenti. Questo fenomeno ha determinato, a livello sostanziale, un rafforzamento in particolare della Presidenza della Repubblica e della figura del Presidente del Consiglio. Nei momenti di massima crisi, a fronte di una ormai consolidata perdita di fiducia nel sistema partitico, si sono spesso invocati gli interventi di quelle figure che godono di un elevato livello di stima, quali i migliori tecnici e le figure dotate di autorevolezza ed imparzialità, Presidente della Repubblica *in primis*.

Prendendo in considerazione il Presidente del Consiglio, invece, si rileva la tendenza ad una evoluzione di quella 'democrazia del leader'[64] e 'leaderizzazione' dei partiti che ha caratterizzato gli ultimi decenni dello scenario politico. La maggior parte dei partiti sono rimasti legati al modello del partito personale, con il leader quale sostanzialmente unico punto di riferimento, e che nella cui figura il partito stesso tende a identificarsi. All'interno di questo modello, tuttavia, la presente legislatura ha in particolare messo in luce come, rispetto alla leaderizzazione di ispirazione populista che ha caratterizzato il periodo precedente, in cui il leader del partito doveva al tempo stesso risultare riconoscibile ma anche far il modo che ogni cittadino vi si potesse identificare nei modi, nei toni e negli argomenti, nei momenti più drammatici dell'emergenza è stato richiesto l'intervento di figure dallo spiccato senso istituzionale e dall'alto profilo

[61] Tra gli Autori che hanno evidenziato come il ruolo assunto in determinato frangenti dal Presidente della Repubblica di argine al rafforzamento del governo, o di collaborazione con lo stesso, possa determinare criticità dal punto di vista della sua posizione di imparzialità istituzionale: M. Luciani, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, cit., 1-7; G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla "normalità costituzionale" o conferma delle nuove prassi?,* cit., 12-62.

[62] Cfr. M. PACELLI, G. GIOVANNETTI, *Il colle più alto: Ministero della Real casa, Segretariato generale, Presidenti della Repubblica*, Torino, 2017.

[63] Così come anche degli stakeholders e dei 'mercati'. Risulta sempre assai evocativa la suggestione proposta da Ruggeri in: A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: "il Governo deve avere la fiducia dei mercati". Nota minima a commento della nascita del Governo Monti*, in *Federalismi.it*, 23/2011, 1-8.

[64] M. CALISE, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2010; R. CERCHI, *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?,* in *Costituzionalismo.it*., 3/2015, 138 ss.; M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016.

professionale[65]. Sarà interessante indagare se la tendenza in atto sarà destinata ad arrestarsi in concomitanza dell'auspicato termine del periodo emergenziale o se ciò possa portare ad un'evoluzione più duratura delle dinamiche politico-elettorali.

4. *Conclusioni. Quale futuro per precedenti e prassi sorti nella fase emergenziale?*

Svolta un breve panoramica riguardo a come stanno evolvendo i rapporti interistituzionale e del rilievo che in tale contesto assumono le fonti fatto, è necessario porsi l'interrogativo in merito al futuro di questi fenomeni, emersi o sviluppatisi nel contesto eccezionale degli ultimi anni.

Come accennato in precedenza, uno degli elementi che mantiene in vigore le norme convenzionali è la clausola del *rebus sic stantibus*, ed è pertanto possibile che alcuni fenomeni che hanno caratterizzato il periodo in esame, in particolare quelli sorti in via di prassi, vengano meno al termine della fase di crisi[66]. Tuttavia, non sembra altrettanto scontato pronosticare la decadenza di altre 'novità' istituzionali, quali ad esempio l'ampio uso dei Dpcm anche con riferimento ad interventi normativi di primissima importanza[67], o alla centralizzazione del potere mediatico nella figura del Presidente del Consiglio, rafforzandone l'immagine di 'capo del Governo' che si interfaccia direttamente con la cittadinanza, anche mediante il ricorso a strumenti quali dirette televisive e *social network*[68].

Va, in questo senso, tenuto conto del fatto che i precedenti possono sedimentarsi e diventare prassi, e finanche formalizzarsi in norme scritte, in particolar modo se il nuovo assetto venutosi a creare risultasse congeniale al funzionamento delle istituzioni, o,

[65] I leader di partito hanno mantenuto la propria importanza all'interno del sistema dei partiti, ma sono mutate le caratteristiche che questi devono possedere per ottenere un maggior successo elettorale. Si prenda a titolo esemplificativo la figura di Giuseppe Conte, personalità dal profilo spiccatamente tecnico, il quale è divenuto leader di una forza politica, il Movimento 5 Stelle, che più di ogni altra aveva, negli anni precedenti, sostenuto posizioni critiche nei confronti della classe dirigente e del crescente ruolo dei cd. tecnici all'interno del sistema istituzionale. Cfr. L. DELL'ATTI, *Elementi costituzionali dell'organo Presidente del Consiglio dei ministri. un aggiornamento alla luce dell'esperienza dei governi Conte*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 455 ss.

[66] Si pensi al rilievo assunto, nel corso del periodo pandemico, dai comitati tecnici che coadiuvano le decisioni assunte dal Consiglio dei ministri. Ciò non vuole certamente intendere che il ruolo della tecnica sulla politica sia destinato a diminuire, ma che realisticamente non sarà più utilizzato come elemento di giustificazione delle scelte intraprese in ambito politico. Sul rapporto tra tecnica e politica, in particolar modo con riferimento all'operato del Governo: S. FABBRINI, *Tecnici al governo e governi tecnici: alcune riflessioni comparative sull'Italia*, in *Ventunesimo Secolo*, 36/2015, 65-79; M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del seminario annuale del Gruppo di Pisa, Napoli, 52 ss.; M. TERZI, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 285-294; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, 1-7.

[67] Cfr. 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, 181 ss.

[68] Sul punto L. DELL'ATTI, *Elementi costituzionali dell'organo Presidente del Consiglio dei ministri. un aggiornamento alla luce dell'esperienza dei governi Conte*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 469 ss.

quantomeno, agli interessi della maggioranza. Come la dottrina più attenta ha prontamente evidenziato, ciò che si è introdotto quale misura eccezionale può facilmente stabilizzarsi e permanere nell'ordinamento[69].

Inoltre, anche ipotizzando che alcuni dei cambiamenti che hanno inciso sulla forma di governo sostanziale vengano meno al termine del periodo emergenziale, non è affatto detto che, con il ritorno ad una situazione di normalità, tornino in auge le precedenti prassi, accantonate in virtù dell'eccezionalità del contingente; non vi è, dunque, alcuna garanzia di un ritorno alla situazione precedente all'avvento della ormai ultradecennale situazione di crisi. Quello che potrebbe, invece, accadere, è un'ulteriore evoluzione degli equilibri istituzionali, che porti all'instaurazione di nuove prassi, differenti tanto da quelle che hanno contraddistinto la fase dell'emergenza, quanto da quelle in vigore negli anni ad essa precedenti.

Pertanto, all'interno di una situazione emergenziale della quale è forse possibile iniziare ad intravedere uno speranzoso allentamento, giunge il momento di chiedersi se sia o meno auspicabile che l'articolazione sostanziale della forma di governo che è venuta a crearsi per ragioni eccezionali si consolidi anche *pro futuro*. Quest'analisi andrebbe svolta valutando caso per caso i singoli fenomeni, pur tenendo sempre in debita considerazione il quadro d'insieme dei mutamenti negli equilibri tra i poteri. Di certo alcuni elementi appaiono assai allarmanti[70], primo tra tutti il definitivo svilimento delle prerogative parlamentari in merito alla produzione normativa primaria, sostanzialmente affidata al Governo, cui si accompagna una assai limitata, o e poco efficace, funzione di controllo sull'operato dell'esecutivo stesso. Altri elementi, al contrario, potrebbero risultare un valido stimolo per ulteriori evoluzioni del sistema, per superare equilibri non funzionali e per introdurre nuove norme convenzionali più efficaci di quelle previgenti e più rispettose dell'equilibrio istituzionale rispetto a quelle sorte durante l'emergenza pandemica[71].

---

[69] Su tutti: E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?,* cit., 727-746. Con un approccio che guarda con preoccupazione alla possibile stabilizzazione dei fenomeni emersi durante l'emergenza pandemica ed esprime valutazioni critiche in merito a questa possibilità: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 120; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, cit. Sul tema, con specifico riferimento al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di salute: M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni*?, in *Le Regioni*, 3/2021, spec. 579-580.

[70] Una ferma condanna in G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitari*a, cit., 388, in cui ci si auspica di "*tornare al più presto alla normalità istituzionale, per evitare che restino nella nostra vita pubblica scorie pericolose di quanto è accaduto e ancora sta accadendo*".

[71] È corretto mantenere sempre un elevato grado di attenzione con riferimento a fenomeni che deviano dalla prassi consolidata, in particolare se le nuove tendenze rischiano di contrastare con le norme scritte, *a fortiori* se di rango costituzionale, e se il loro sostanziale risultato configurerebbe un allontanamento dall'assetto costituzionalmente previsto dal punto di vista del riparto dei poteri. Come è stato ampiamente evidenziato, non è possibile attribuire alcuna validità a prassi e convenzioni *contra legem*, o *contra constitutionem*. Cfr. C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, (1962), ora in ID., *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992, 312; M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2007, 324 ss. Al tempo stesso, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile abbandonare la diffusa tendenza a diffidare di qualunque genere di innovazione che interessi l'ambito istituzionale. In una società che evolve in maniera continua non è ipotizzabile il mantenimento di un rigido *status quo*, osteggiando i cambiamenti in quanto tali. L'effetto, paradossale, a cui talvolta si giunge è quello del

Per questi motivi lo studio dell'evoluzione della forma di governo sostanziale, ed in particolar modo quanto attiene alle fonti non scritte, è importante, poiché consente di individuare le nuove prospettive di evoluzione del sistema, in quanto, spesso, le novità in quest'ambito tendono ad emergere quali precedenti o prassi innovative, e non direttamente quali proposte di riforma della normativa scritta.

mantenimento in vigore di norme scritte ormai non più adeguate alla realtà nella quale si inseriscono, che devono essere integrate (quando non sostanzialmente innovate) in via interpretativa e di prassi applicativa. Pertanto, la norma scritta che si voleva tutelare dalle innovazioni che l'evoluzione dell'ordinamento sembrava indicare, finisce per essere comunque riformata, ma al livello non scritto, indebolendo l'intero impianto normativo. In quest'ottica, porterebbe forse a migliori risultati cambiare l'approccio verso i cambiamenti, anche in ambito istituzionale, potendo essi ben essere il portato della fisiologica evoluzione del funzionamento della forma di governo.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE" – 29 SETTEMBRE 2021

I RAPPORTI FINANZIARI FRA STATO E REGIONI: SUPREMAZIA O COLLABORAZIONE?*

CRISTINA EQUIZI**

SOMMARIO: 1. L'autonomia finanziaria. – 1.1. I nuovi criteri di finanziamento: costi e fabbisogni standard. – 1.2. La revisione costituzionale del 2012. Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria. – 2. I rapporti tra Stato e Regioni fra supremazia e collaborazione. – 2.1. L'armonizzazione dei bilanci pubblici tra autonomia e centralità. – 2.2. L'autonomia regionale contabile come tutela della democrazia rappresentativa. – 3. La tutela dei diritti a livello regionale. – 3.1. L'erogazione delle prestazioni tra centro e periferia. La sanità. – 3.2. La giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra diritto alla salute ed esigenze di bilancio. – 3.3. I rapporti tra Stato e Regioni al tempo del Coronavirus. – 4. Conclusioni.

1. *L'autonomia finanziaria*

L'autonomia finanziaria regionale costituisce un elemento indefettibile in quanto senza la disponibilità di risorse finanziarie l'autonomia stessa non viene in essere. Prima della riforma costituzionale del 2001 veniva privilegiata una lettura centralistica del Titolo V della Costituzione, che portava a chiudere tutti gli spazi di autonomia previsti dall'ex art. 119 cost. La disciplina della finanza contenuta nel nuovo art. 119 cost., lascia invece trasparire tre diverse scelte strategiche: superare la disciplina precedente, fissando chiari limiti all'azione dello Stato e garantendo spazi di manovra sufficientemente determinati alle Regioni; responsabilizzare le Regioni attraverso

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.
** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi dell'Aquila.

l'introduzione del federalismo fiscale ed avvicinare l'autonomia finanziaria degli enti locali a quella delle Regioni.

L'attuazione del c.d. federalismo fiscale[1], rappresenta una componente decisiva del processo di riforma avviato nel 2001, anche se la legge delega di attuazione n. 42 del 2009[2] è intervenuta solo otto anni dopo. Tuttavia, in questo anno in cui ricorrono i 20 anni dalla riforma costituzionale del 2001, che tra le molte modifiche introdotte ha revisionato anche l'art. 119 Cost. sull'autonomia finanziaria, possiamo constatare come, sfortunatamente, per una lunga serie di motivi, l'attuazione di quanto disposto non risulta essere ancora del tutto realizzata.

Di fatto, l'intervento normativo del 2009 ha ulteriormente posticipato l'effettiva attuazione della riforma del federalismo fiscale, limitandosi all'enunciazione di principi generici, demandando la disciplina della materia ad una serie di decreti governativi poco coordinati tra di loro e non ancora del tutto attuati.

Se dopo dodici anni ancora non sono stati varati tutti i decreti legislativi è evidente che qualcosa non ha funzionato. Tra i fattori contingenti che hanno reso difficile il tentativo di cambiamento c'è la congiuntura storica straordinaria nella quale la riforma del federalismo fiscale è caduta, vale a dire quella di una crisi economica epocale che certamente non ha favorito un processo di dimensioni strutturali[3]. Ciò ha condotto, da un lato, a comportamenti del centro non sempre giustificabili e, dall'altro, a rivendicazioni degli enti territoriali colpiti dalle manovre di finanza pubblica. Ma una crisi economico-finanziaria dovrebbe esaltare, e non indebolire, le ragioni del federalismo fiscale che è una riforma che intende rafforzare la responsabilità delle autonomie territoriali nella gestione dei propri bilanci a partire da una ripartizione delle risorse pubbliche tra i livelli di governo e tra enti decentrati ispirata a criteri di equità[4]. Un secondo fattore che non ha giocato a favore della riforma è stata la cd. retorica del federalismo, oltre ad una generalizzata cultura degli amministratori locali, più

[1] Sul tema vi è ampia dottrina: F. GALLO, *I principi del federalismo fiscale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1/2012, 3 ss.; ID., *Federalismo fiscale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1996; F. PUTZOLU, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali, profili giuridici del federalismo fiscale*, Padova, 1996; D. FAUSTO, F. PICA, (a cura di), *Teoria e fatti del federalismo fiscale*, Bologna, 2000; P. GIARDA, *Federalismo fiscale*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 2004, 342; L. TOSI, *La fiscalità locale nel disegno di legge sul federalismo*, in *Federalismo fiscale*, 2008, 39; E. DE MITA, *Le basi costituzionali del federalismo fiscale*, Milano, 2009; L. ANTONINI, *Le coordinate del nuovo federalismo fiscale,* in *Diritto e pratica tributaria*, 2009, 23; ID., *Un requiem per il federalismo fiscale*, in *Rivista Federalismi*, 16/2016, 1; L. GORI, *L'attuazione del federalismo fiscale: una storia di "destini" incrociati*. *Le prime scelte compiute, fra decreti legislativi, interferenze e aggiornamento progressi-vodella legge delega*, in *Federalismo fiscale*, Napoli, 1, 2010, 57 ss.; N. LUPO, *Il procedimento di attuazione della delega sul federalismo fiscale e le nuove sedi della collaborazione tra i livelli territoriali: Commissione bicamerale, Commissione tecnica paritetica e Conferenza permanente*, in *Federalismi.it*, 2009, 1 ss.; G. C. DE MARTIN , G. RIVOSECCHI, *Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali alla luce della legge delega n. 42 del 2009*, in *Amministrazione in cammino*, 2009, 1-10; R. BIFULCO, *Il Parlamento nella tenaglia degli esecutivi: il federalismo fiscale e la riforma del Senato*, in *nelMerito.com* , 2009; F. POLITI, *Diritto Pubblico*, Torino, 2021, 454.

[2] Legge 5 maggio del 2009 n. 42, Delega *al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*.

[3] L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC,* 4/2014, 6.

[4] Cfr., F. BASSANINI, *Una riforma difficile (ma necessaria): il federalismo fiscale alla prova della sua attuazione*, in *Astrid*, 22 luglio 2010.

favorevole, dopo molti decenni di finanza derivata, ad acquisire maggiore potere di spesa piuttosto che maggiore potere impositivo[5].

1.1. *I nuovi criteri di finanziamento: costi e fabbisogni standard*

Il nuovo assetto dei rapporti economico-finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali delineato dalla legge n. 42 del 2009 è incentrato sul superamento del sistema di finanza derivata e sull'attribuzione di una maggiore autonomia di entrata e di spesa agli enti decentrati, nel rispetto dei principi di solidarietà, riequilibrio territoriale e coesione sociale sottesi al nostro sistema costituzionale. A tal fine la legge stabilisce in modo puntuale la struttura fondamentale delle entrate di Regioni ed enti locali, definisce i principi che regoleranno l'assegnazione di risorse perequative agli enti dotati di minori capacità di autofinanziamento e delinea gli strumenti attraverso cui sarà garantito il coordinamento fra i diversi livelli di governo in materia di finanza pubblica[6]. Per le funzioni concernenti i diritti civili e sociali, spetta allo Stato definire i livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale in condizione di efficienza e di appropriatezza. Ad essi sono associati i *fabbisogni standard* necessari ad assicurare tali prestazioni; le altre funzioni o tipologie di spese decentrate saranno invece finanziate secondo un modello di perequazione delle capacità fiscali che dovrebbe concretizzarsi in un tendenziale avvicinamento delle risorse a disposizione dei diversi territori, senza tuttavia alterare l'ordine delle rispettive capacità fiscali. Per quanto riguarda le modalità di finanziamento delle funzioni, si afferma che il normale esercizio di esse dovrà essere finanziato dalle risorse derivanti dai tributi e dalle entrate proprie di Regioni ed enti locali, dalle compartecipazioni al gettito di tributi erariali e dal fondo perequativo.

La prospettiva adottata dalla riforma assume come presupposto la ricerca della dimensione ottimale del fabbisogno finanziario degli enti territoriali mediante la determinazione quantitativa dei bisogni da soddisfare e dei diritti da garantire in condizioni di efficienza e di efficacia. Si è tentato di individuare il nesso tra costo e fabbisogno standard assumendo questi come strumenti dinamici del coordinamento della finanza pubblica, nel tentativo di contemperare vincoli di bilancio e ragioni dell'autonomia. Il costo *standard* si configura come la determinante quantitativa del fabbisogno finanziario *standard* che, a sua volta, costituisce il parametro fondamentale

[5] L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, cit., 7.

[6] Nel definire i principi fondamentali del sistema di finanziamento delle autonomie territoriali, la legge distingue le spese che investono in diritti fondamentali di cittadinanza, quali: sanità, assistenza, istruzione e quelle inerenti le funzioni fondamentali degli enti locali - per le quali si prevede l'integrale copertura dei fabbisogni finanziari - rispetto a quelle che, invece, vengono affidate in misura maggiore al finanziamento con gli strumenti propri della autonomia tributaria, per le quali si prevede una perequazione delle capacità fiscali, ossia un finanziamento delle funzioni che tiene conto dei livelli di ricchezza differenziati dei territori.

ai fini dei meccanismi di perequazione, con particolare riferimento alla copertura finanziaria dei livelli essenziali e delle funzioni fondamentali[7].

Con la legge n. 42 del 2009 si è passati dal criterio della spesa storica, che per anni ha finanziato indistintamente servizi ed inefficienze, a quello dei fabbisogni standard che almeno per definizione vanno a finanziare solo i servizi, identificandone i costi che divengono così il parametro in base al quale rapportare le risorse finanziarie autonome. Costi e fabbisogni standard rappresentano un processo di razionalizzazione della spesa pubblica decisivo per superare la perdurante logica dei tagli lineari operati a Regioni ed enti locali[8]. La sostituzione del criterio della spesa storica con quello del costo standard determina in sé un effetto virtuoso, perché l'inefficienza non viene più finanziata[9]. Il costo associato alla prestazione standard/fabbisogno standard è definito nella legge delega come costo della prestazione standard o fabbisogno obiettivo che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica nonché gli obiettivi di servizio cui devono tendere le amministrazioni regionali e locali nell'esercizio delle rispettive funzioni.

Tuttavia, nonostante le importanti previsioni contenute nella legge delega n. 42, l'attuazione del federalismo fiscale ad oggi non risulta essere ancora del tutto attuata, soprattutto in riferimento alle Regioni, tanto che nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza[10], adottato dal nostro paese per finanziare la ripresa post-pandemica, esso viene posto tra le cd. riforme abilitanti da completare entro il 2026.

1.2. *La revisione costituzionale del 2012. Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria*

Quando si parla di autonomia finanziaria non si può tralasciare il rapporto che essa ha con l'armonizzazione contabile. In particolare, tra autonomia finanziaria e armonizzazione contabile intercorre un delicato equilibrio.

La materia armonizzazione dei bilanci pubblici è stata individuata, in Costituzione, con la riforma del Titolo V del 2001 che l'ha inserita nell'ambito della competenza concorrente, mentre, da quella stessa riforma, l'art. 119 veniva declinato prefigurando una maggiore autonomia di entrata e di spesa. Con la legge costituzionale

[7] G. ARACHI, P. LIBERATI, *Responsabilizzazione dei governi regionali e perequazione fiscale*, in *I quaderni di italianieuropei*, 1/2009, 233 ss.

[8] L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, cit.

[9] L. ANTONINI, *La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova legge sul Federalismo fiscale*, in *I quaderni della sussidiarietà*, 2009.

[10] Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) si inserisce all'interno del programma *Next Generation EU* (NGEU), il pacchetto da 750 miliardi di euro, costituito per circa la metà da sovvenzioni, concordato dall'Unione Europea in risposta alla crisi pandemica. La principale componente del programma NGEU è il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, RRF), che ha una durata di sei anni, dal 2021 al 2026, e una dimensione totale di 672,5 miliardi di euro (312,5 sovvenzioni, i restanti 360 miliardi prestiti a tassi agevolati).

del 2012, n. 1[11], che ha introdotto nel nostro ordinamento costituzionale il principio dell'equilibrio di bilancio, è stata poi portata nella competenza esclusiva statale[12].

Il rapporto tra autonomia finanziaria e armonizzazione era stato travisato dalla riforma del 2001 che, assegnando quest'ultima materia alla competenza concorrente e limitando ai soli principi fondamentali il ruolo uniformatore dello Stato, aveva generato il dilagare dei cd. dialetti contabili, creando così un anomalo federalismo contabile che impediva quella confrontabilità delle politiche che costituisce, invece, la ragione stessa del federalismo fiscale. In questo contesto il sistema di contabilità pubblica non era in grado di svolgere correttamente la funzione conoscitiva sua propria, in quanto consentiva l'adozione di sistemi contabili diversi, di schemi di bilancio differenti, di principi contabili non uniformi. È stata quindi molto indovinata la scelta compiuta con la legge costituzionale n. 1 del 2012 di riportare la materia dell'armonizzazione contabile nell'ambito della competenza esclusiva statale, permettendo così uno svolgimento dell'autonomia territoriale armonico ai principi del federalismo fiscale che si fondano essenzialmente sull'autonomia di entrata e di spesa ma non sulla confusione contabile[13].

Il processo di armonizzazione si colloca nell'ambito delle riforme della contabilità pubblica che hanno preso le mosse dalla legge delega n. 42 del 2009 e che hanno trovato sviluppo nella legge di contabilità n. 196 dello stesso anno[14]. L'armonizzazione dei sistemi contabili è rivolta a consolidare i conti pubblici e ad aumentare la trasparenza attraverso l'affermazione di un linguaggio comune che li renda omogenei e confrontabili.

La legge costituzionale n. 1 del 2012, oltre all'introduzione dell'equilibrio di bilancio, contiene alcuni elementi che hanno assunto i connotati di una vera e propria contro-riforma dell'autonomia regionale e locale rispetto al testo costituzionale riformato nel 2001, in particolare sotto il profilo dell'autonomia finanziaria. È con questa legge che sono stati introdotti una serie di nuovi e stringenti limiti nei confronti delle autonomie. In riferimento all'art. 119 cost., la legge cost. ha declinato il principio dell'equilibrio di bilancio nella disciplina relativa alla finanza delle Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni. La riforma è posta, quindi, a presidio della salvaguardia dell'equilibrio unitario della finanza pubblica in attuazione dei principi di coordinamento finanziario contenuti nei novellati artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. e costituisce, in tale ottica, un fondamentale snodo del processo di rafforzamento dei

[11] Sulla riforma della legge costituzionale n. 1 del 2012 la dottrina è innumerevole. A titolo esemplificativo si vedano: F. BILANCIA, *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*,2/2012; A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del cd. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2012; D. CABRAS, *Il pareggio di bilancio in Costituzione: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 4/2012; M. NARDINI, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche*, in *Rivista amministrazione in cammino*, 5 maggio 2012; P. SANTORO, *La costituzionalizzazione eteronoma del pareggio di bilancio*, in *Giustamm.it*, 2012.

[12] L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, 1/2017.

[13] *Ibidem*.

[14] L. 31 dicembre del 2009, n. 196, *Legge di contabilità e finanza pubblica*.

controlli, al fine di garantire il consolidamento delle finanze pubbliche, soprattutto sotto la spinta dei vincoli europei[15]. In questo ambito bisogna sottolineare come gli obblighi comunitari, che hanno come responsabile di ultima istanza lo Stato, vengono espressamente qualificati dalla Costituzione come fonte di possibili limiti all'autonomia finanziaria che il legislatore può imporre agli enti territoriali, i quali sono espressamente chiamati a concorrere al rispetto dei medesimi vincoli comunitari e dunque degli obiettivi economico-finanziari, anche in termini di saldo individuale o di comparto che il legislatore statale riterrà, a tal fine, di imporre.

La nuova regola contabile dell'equilibrio di bilancio - declinata in termini di equilibrio di bilancio, definendola in termini di saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate finali e le spese finali -, è stata introdotta dalla legge n. 243 del 2012[16] che ha dettato le disposizioni per assicurare l'equilibrio dei bilanci delle Regioni e degli enti locali e il concorso dei medesimi alla sostenibilità del debito pubblico, dando così attuazione, con riferimento agli enti territoriali, a quanto previsto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012. Quest'ultima, riformulando l'articolo 81 della Costituzione ha introdotto il principio dell'equilibrio tra entrate e spese del bilancio dello Stato, al netto degli effetti del ciclo economico e salvo eventi eccezionali, correlandolo ad un vincolo di sostenibilità del debito di tutte le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle regole in materia economico-finanziaria derivanti dall'ordinamento europeo.

2. *I rapporti tra Stato e Regioni fra supremazia e collaborazione*

La riforma costituzionale del 2001 sembrava aver completato il quadro delle autonomie delineando un modello «*imperniato sull'autosufficienza finanziaria e sull'autonomia di entrata e di spesa di tutti gli enti di governo*»[17] ed attuando un «*passaggio da un automatismo derivato di tipo gerarchico e piramidale ad uno relazionale*»[18]. L'obiettivo finale del federalismo era quello di contribuire a rendere stabili i conti pubblici, per poter definire *ex novo* i concetti di autonomia dei territori ed uguaglianza tra i cittadini[19]. Il fallimento è stato sicuramente determinato dal ritardo con cui si è agito, senza tralasciare il fatto che nel 2009 siamo stati "colpiti" da una profonda crisi dei mercati mondiali. Ma a minare il federalismo sono stati anche gli

[15] G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci pubblici degli Enti territoriali: orientamenti e prospettive alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista della Corte dei conti*, 3-4/2016, 556 ss.

[16] L. 24 dicembre 2012, n. 243, *Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, sesto comma, della Costituzione*. In particolare, la nuova regola è andata a sostituire il patto di stabilità interno che dal 1999 al 2016 ha costituito lo strumento con il quale sono stati stabiliti gli obiettivi ed i vincoli della gestione finanziaria di Regioni ed enti locali, ai fini della determinazione della misura del concorso dei medesimi al rispetto degli impegni derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

[17] D. IMMORDINO, *L'autonomia finanziaria a dieci anni dalla riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 416.

[18] G. ROLLA, *Il principio unitario nei sistemi costituzionali a più livelli*, in *Le Regioni*, 5/2003, 710.

[19] M. BONI, *Armonizzazione e democraticità dei bilanci regionali. La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio. (a proposito della sentenza n. 184/2016)*, in *Federalismi.it,* 22 marzo 2017.

stessi attori istituzionali che avevano, ognuno per la propria parte, la responsabilità per l'attuazione, andando a generare il dilagante avvento dei cd. dialetti contabili[20].

Con la riforma del 2012 sono stati dettati criteri più stringenti che hanno condotto verso una «*totale centralizzazione di politiche e determinazioni generata dall'azione di contenimento della crisi*», i cui effetti hanno riportato nelle mani dello Stato la fetta più significativa dei processi decisionali riguardanti le autonomie locali.

Il bilancio esprime le scelte politiche che riguardano le modalità di reperimento delle risorse pubbliche, il loro impiego e la loro riallocazione. Esso rappresenta dunque la democraticità delle scelte e per questo è necessario che «*le rappresentanze del popolo siano poste a conoscenza e partecipino alla gestione dei beni collettivi e all'esercizio del potere di delibera delle spese pubbliche*»[21]. Le scelte contabili producono inevitabilmente effetti sulla collettività amministrata ed è per questo motivo che studiandole è possibile rilevare la chiave del funzionamento della democrazia[22]. Il restringimento dell'autonomia di bilancio delle Regioni produce il rischio di un effetto negativo anche «*sull'autonomia come fatto di democrazia, ossia come autogoverno delle comunità territoriali con organi direttamente rappresentativi che rispondano alle comunità stesse, garantendo comunque il pluralismo*»[23].

Le Regioni continueranno ad avere un senso nel disegno costituzionale, solo laddove, poste nella condizione di avere ancora autonomia politica, vale a dire, la capacità di soddisfare gli interessi della comunità di cui sono ente esponenziale[24].

2.1. *L'armonizzazione dei bilanci pubblici tra autonomia e centralità*

L'armonizzazione dei bilanci e l'introduzione di una tassonomia contabile comune a tutti gli enti territoriali - tale da consentire l'omogeneità e la raffrontabilità dei conti - costituisce uno strumento imprescindibile di attuazione dell'autonomia finanziaria nel quadro dei principi di coordinamento, funzionali a garantire inderogabili esigenze unitarie. Con legge n. 42 del 2009 e successivi decreti è emersa la tendenza ad introdurre schemi di bilancio unici per tutti i diversi enti territoriali. Questa tendenza andrebbe però adeguata al principio autonomistico che dovrebbe indurre ad individuare nel bilancio dell'ente territoriale uno strumento, non solo di rappresentazione delle grandezze contabili, ma anche di realizzazione delle politiche pubbliche.

Con lo spostamento dell'armonizzazione nelle competenze esclusive dello Stato, è avvenuta l'ulteriore attrazione a favore di quest'ultimo dei profili di coordinamento della finanza pubblica, poiché la giurisprudenza costituzionale ha costantemente

[20] L. ANTONINI, *Armonizzazione contabile e autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 2.

[21] Corte cost., sent. 20 giugno 2016, n. 184.

[22] M. BONI, *Armonizzazione e democraticità dei bilanci regionali. La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio. (A proposito della sentenza n. 184/2016)*, *cit*.

[23] G.C. De MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Istituzioni del federalismo*, 1/2014, 33.

[24] M. BONI, *Armonizzazione e democraticità dei bilanci regionali. La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio. (a proposito della sentenza n. 184/2016)*, cit., 6 ss.

interpretato armonizzazione dei bilanci e coordinamento della finanza pubblica alla stregua del loro stretto nesso funzionale[25], quasi come un'endiadi[26], funzionale ad assicurare la raffrontabilità dei bilanci, il consolidamento dei conti pubblici e l'unità economica della Repubblica[27].

Alla luce del vigente Titolo V, Parte II della Costituzione notiamo come alla piena valorizzazione dell'autonomia finanziaria e tributaria, che risulta essere insita nell'assetto delle autonomie, corrisponda l'affermazione di inderogabili istanze unitarie, assumendo il canone del coordinamento della finanza pubblica quale architrave della costituzione finanziaria[28].

Il coordinamento assume sia una valenza formale in termini di armonizzazione contabile, sia sostanziale in termini finanziari, al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di bilancio. La definizione di coerenti politiche fiscali a livello nazionale, diretta a coinvolgere tutti i soggetti del settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche, è inscindibilmente connessa con la «*disciplina delle regole di natura contabile che nell'ambito della finanza pubblica allargata sono serventi alla funzione statale di monitoraggio e vigilanza sul rispetto dei complessivi obiettivi*»[29].

La soluzione al cd. "*conflitto*" tra autonomia riconosciuta dall'art. 5 Cost. agli enti territoriali ed il principio di unità della Repubblica sancito dallo stesso, è stata ricercata nel coordinamento, inteso quale relazione organizzativa riferibile ad una pluralità di «*attività di soggetti a cui l'ordinamento riconosce una qualche autonoma individualità, pur disponendone l'armonizzazione*»[30]. Infatti, pur presupponendo la persistenza e il mantenimento di una posizione di autonomia dei soggetti che ne sono destinatari, il coordinamento si realizza attraverso la definizione di regole giuridiche nei rapporti intersoggettivi suscettibili di imporre vincoli per la salvaguardia di preminenti valori di unità dell'ordinamento.

La Corte costituzionale ha individuato nella legge generale di coordinamento della finanza pubblica e nell'armonizzazione dei bilanci la precondizione per poter procedere all'attuazione del disegno autonomistico, sottolineando la necessità di estendere i principi di coordinamento all'intero sistema delle autonomie territoriali, al

[25] M. CECCHETTI, Legge *costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della Parte II della Costituzione: profili di controriforma dell'autonomia regionale e locale*, in *Federalismi.it*, 24/2012.

[26] Corte cost., sent. n. 17/2004. Sul punto Cfr., W. GIULIETTI, M. TRIMARCHI, *Nozione di amministrazione pubblica e coordinamento statale nella prospettiva dell'interesse finanziario*, n AA. VV., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 204.

[27] G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali alla luce della giurisprudenza costituzionale: orientamenti e prospettive*, *cit*. In particolare, il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario è stato costantemente interpretato in stretta connessione con l'armonizzazione dei bilanci pubblici rispondendo, in tal modo, all'imprescindibile esigenza di garanzia della raffrontabilità dei conti, al fine di assicurare l'unitarietà del sistema finanziario rispetto alla tutela degli interessi di rilievo nazionale e di quelli posti dal Diritto dell'Unione europea

[28] In questo senso, G. M. SALERNO, *Alcune riflessioni sulla nuova costituzione finanziaria della Repubblica*, in *Federalismo fiscale*, 1/2007, 119 ss.

[29] Corte cost., sent. 6 marzo 2014, n. 39.

[30] V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione dell'economia*, Milano, 1597.

fine di conseguire l'equilibrio unitario della finanza pubblica[31]. La progressiva riduzione degli spazi dell'autonomia regionale contabile ha innescato un acceso contenzioso di fronte alla Corte costituzionale. In realtà la questione risulta essere aperta fin dall'avvio del regionalismo quando la Consulta aveva garantito l'autonomia contabile regionale sulla considerazione che «*il bilancio e la contabilità (...) rappresentano mezzi e strumenti giuridici indispensabili perché l'ente Regione possa concretamente operare per il perseguimento dei vari fini assegnatigli», purché il suo esercizio «avvenga nel rispetto dei precetti della Costituzione e dello statuto e con l'osservanza dei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato*»[32].

Stante la continua sollecitazione, la Corte costituzionale ha poi ridefinito il punto di equilibrio tra esigenze unitarie (e comunitarie) e istanze autonomistiche, legittimando per lo più i provvedimenti del governo. Questa sorta di «*clausola di supremazia implicita*»[33] ha causato «*il sottodimensionamento delle garanzie di tipo giuridico/costituzionale dirette a tutelare i volumi delle risorse regionali*». Il coordinamento ha mostrato di possedere una forza ascensionale, in grado di piegare a favore dello Stato qualsiasi resistenza dell'autonomia regionale. E se all'inizio la Corte consentiva forme stringenti di coordinamento solo in riferimento all'autonomia di entrata, col tempo si è prodotta un'autentica trasfigurazione giurisprudenziale di quella funzione. In tal modo, alle frequenti esondazioni statali, giustificate dall'emergenza, nelle materie spettanti alle competenze regionali, la giurisprudenza costituzionale ha posto spesso flebili argini, limitandosi a richiamare criteri quali la globalità, temporaneità e non esaustività delle prescrizioni.

Tuttavia, un bilancio privo delle risorse adeguate viola «*il principio dell'eguaglianza sostanziale a causa dell'evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi*»[34].

Dunque, se coordinamento e armonizzazione consentono riduzioni della spesa e impongono trasparenza nella gestione delle risorse pubbliche, non possono spingersi fino alla compressione intollerabile dei servizi sociali, pena la violazione di principi fondamentali come l'uguaglianza sostanziale, la ragionevolezza e il buon andamento della pubblica amministrazione.

È in questo contesto che si inserisce la sentenza n. 184 del 2016 che pone l'obiettivo di salvaguardare sia gli equilibri di bilancio che la tutela dell'autonomia regionale. La novità che introduce è un'accezione nuova del bilancio regionale, potenzialmente estensibile a ogni rendiconto di competenza di un soggetto pubblico

[31] G. RIVOSECCHI, *L'armonizzazione dei bilanci degli enti territoriali alla luce della giurisprudenza costituzionale: orientamenti e prospettive*, cit., 12.

[32] Corte cost., sent. 26 giugno 1970, n. 107.

[33] G. G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, 2/2014, 7.

[34] Corte cost., sent. n. 10 del 2016. Sulla scia di ciò, si è ribadito che in assenza «*di adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento, in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate*».

avente una funzione rappresentativa, con alcune considerazioni che richiamano il legame tra attività contabile e democraticità delle istituzioni[35].

L'armonizzazione dei bilanci non può esporre a compromissione la garanzia di altri valori costituzionali. La sentenza ricorda che l'armonizzazione dei bilanci pubblici è «*finalizzata a rendere i documenti contabili delle amministrazioni pubbliche omogenei e confrontabili*». La vera questione è quella di stabilire quale sia il grado di omogeneità dei flussi informativi e, quindi, di uniformità dei documenti di bilancio[36] che riesca ad assicurare le finalità tassative. Tutto questo senza risultare compressivo dei livelli qualitativi dell'autonomia riconosciuta in Costituzione agli enti territoriali. La Corte ritiene che sia sufficiente esigere un livello minimo di omogeneità, riducendo, così, le potenzialità invasive della materia armonizzazione, affermando che «*non può essere disconosciuta la potestà di esprimere nella contabilità regionale, pur nel rispetto dei vincoli statali, le peculiarità connesse e conseguenti all'autonomia costituzionalmente garantita alla Regione*»[37].

Per ottenere questo risultato, in conclusione, la sentenza n. 184 del 2016, arriva ad affermare come «*il bilancio è un "bene pubblico"*[38] *nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato*»[39]. È stato precisato inoltre che l'armonizzazione si colloca contemporaneamente in posizione autonoma e strumentale rispetto al coordinamento della finanza pubblica, sicché non può non residuare spazio alla contabilità regionale ai fini della realizzazione delle politiche pubbliche. In definitiva, l'armonizzazione dei bilanci costituisce strumento prezioso di controllo democratico dell'ente territoriale poiché, consentendo il confronto tra il programmato e il realizzato, viene a contemperare le esigenze dell'autogoverno con quelle del coordinamento della finanza

[35] M. BONI, *Armonizzazione e democraticità dei bilanci regionali. La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio. (A proposito della sentenza n. 184/2016)*, cit., 16.

[36] Vale a dire il grado di espansione del potere legislativo statale negli ambiti materiali della contabilità delle Regioni e degli enti territoriali in generale;

[37] «*In definitiva, può concludersi che il sistema contabile regionale – indipendentemente dalla sua possibile configurazione come autonoma materia ascrivibile alla potestà residuale dell'ente – non è stato totalmente sottratto ad un'autonoma regolazione, ma che questa è, tuttavia, intrinsecamente soggetta a limitazioni necessarie "a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti*», Corte cost., sent. n. 279 del 2006. In particolare, «*l'autonomia della Regione in questo settore normativo trova il suo limite esterno nelle disposizioni poste dallo Stato nell'ambito della salvaguardia degli interessi finanziari riconducibili ai parametri precedentemente richiamati*». Con riferimento al principio di equilibrio di bilancio deve essere rilevato che, se è vero che il legislatore costituzionale riserva allo Stato la legge di disciplina del suddetto principio, è altrettanto vero che sono riconducibili al coordinamento della finanza pubblica gli aspetti riferibili alle autonomie territoriali, e, quindi, in particolare, l'attuazione dell'art. 119 Cost., ove, come noto, il suddetto valore costituzionale viene richiamato al primo comma, quale limite all'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ed al sesto comma, quale condizione per il ricorso all'indebitamento.

[38] Cfr., L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

[39] In questo stesso senso si veda Corte cost., sent. n. 227 del 2019.

pubblica e del consolidamento dei conti, contribuendo a consentire l'emersione del significato più profondo della nozione di autonomia, indissolubilmente legata a quella di responsabilità.

2.2. *L'autonomia regionale contabile come tutela della democrazia rappresentativa*

La sentenza n. 184 del 2016 avverte il rischio di un'eccessiva contrazione dell'autonomia regionale, pertanto, individua dei criteri che limitano la esclusività dell'intervento statale, lasciando margini di manovra a favore delle Regioni, affinché possa individuarsi una certa democraticità – vale a dire rappresentatività – delle scelte di bilancio a livello locale. Salvaguardare i margini di autonomia contabile regionale significa, dunque, difendere la natura politica delle Regioni, ossia il loro essere enti dotati di legittimazione democratica. Entra così in scena il tema della democrazia di bilancio[40]. Viene evidenziato che il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo (…) presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività e la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche. È solo il rispetto di tali criteri che può giustificare agli occhi della comunità amministrata le politiche realizzate, quelle rinviate o mutate rispetto alla precedente gestione[41].

La formazione dei bilanci, così pervasiva sulle regole della democrazia, pone il problema di assicurare l'equilibrio tra il risanamento dei conti pubblici e la cd. *accountability* sociale degli attori politici di fronte ai loro rappresentati.

L'effetto recessivo sui diritti sociali che ne deriva spesso dipende proprio dalla limitazione dell'autonomia contabile degli enti di prossimità, che hanno l'onere maggiore nell'elargizione degli strumenti di *welfare*[42].

È indubbio che l'autonomia politica regionale si misuri anche in base a quella contabile, ossia, in termini più generali, che c'è una coessenzialità tra principio democratico e autonomia finanziaria. Assicurare alle Regioni una seppur parziale capacità di redazione delle proprie regole di bilancio significa perciò garantirne l'autonomia dell'azione politica.

È importante rafforzare la funzione politica del bilancio regionale, come strumento principale per attivare un circuito virtuoso tra organo politico e comunità amministrata, per cui il primo adotta le scelte di programmazione economica e finanziaria e redige un documento contabile che ha il compito di consentire alla seconda di valutarne le scelte e decidere, nelle forme proprie della democrazia rappresentativa, se approvarle o meno. Se lo Stato si sostituisse integralmente alla Regione nel dettare le norme contabili, verrebbe meno anche in tal modo la democraticità dello strumento

[40] M. BONI, *Armonizzazione e democraticità dei bilanci regionali. La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio. (A proposito della sentenza n. 184/2016)*, cit., 19.

[41] Corte cost., sent. 184/2016, *cit*.

[42] C. SALZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 12 ss.

di gestione delle risorse pubbliche regionali[43]. Lo sforzo della sentenza n. 184 è stato quello di mantenere, in capo alle Regioni, un margine di autonomia, in grado di continuare a giustificare, dinanzi all'opinione pubblica e soprattutto alla collettività amministrata dall'ente, la legittimazione delle proprie scelte in termini di allocazione delle risorse.

Ma tutto ciò apre un nuovo scenario in quanto pare esserci una terza via tra la supremazia dello Stato e la rivendicazione dell'autonomia contabile da parte delle Regioni, le quali non sempre si sono dimostrate capaci di allinearsi ai migliori parametri di efficienza e di equilibrio.

Questo è il caso della legge della Regione Abruzzo n. 28, del 24 agosto 2018, "*Abruzzo 2019 - Una legge per L'Aquila Capoluogo: attraverso una ricostruzione, la costruzione di un modello di sviluppo sul concetto di Benessere Equo e Sostenibile – BES*" che non ha superato il vaglio di legittimità costituzionale per violazione del principio della necessaria copertura finanziaria di cui all'art. 81 Cost.[44]. Secondo la Consulta il principio della copertura[45] «*trova una delle principali ragioni proprio nell'esigenza di evitare leggi-proclama sul futuro, del tutto carenti di soluzioni attendibili e quindi inidonee al controllo democratico ex ante ed ex post degli elettori*». Secondo la Corte, l'intera legge «*esprime una mera ipotesi politica, la cui fattibilità giuridica ed economico-finanziaria non è supportata neppure da una schematica relazione tecnica. Ciò appare in evidente contraddizione con le radicali innovazioni organizzative e programmatiche, le quali comportano ictu oculi consistenti oneri finanziari*».

I bilanci pubblici, come principale strumento di governo della collettività, devono essere redatti in modo «*da costruire un consenso ragionevole, fondato sullo stato di conoscenza e sulla partecipazione effettiva dei cittadini al processo delle decisioni*»[46]. L'irrazionalità messa in luce dalla Regione Abruzzo risiede proprio nel fatto che una

---

[43] M. BONI, *Armonizzazione e democraticità dei bilanci regionali. La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio. (A proposito della sentenza n. 184/2016),* cit., 21 ss.

[44] Cfr. A. FONZI, *L'obbligo di copertura finanziaria e l'equilibrio di bilancio. La prevalenza dell'interesse finanziario nelle leggi regionali - proclama*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020.

[45] Sull'obbligo di copertura finanziaria delle leggi prima della riforma intervenuta con legge costituzionale n. 1 del 2012 si vedano in dottrina a titolo esemplificativo e non esaustivo: V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, 151 ss.; ID., *Portata e limiti dell'obbligo di indicazione della "copertura" finanziaria delle leggi che importano nuove o maggiori spese*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1966; A. BRANCASI, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale,* in C. PINELLI – T. TREU, *La Costituzione economica: Italia Europa*, Bologna, 2010, 347 ss.; ID., *Legge finanziaria e legge di bilancio,* Milano, 1985; ID*., Bilancio (equilibrio di), in Enciclopedia del diritto,* Annali VII, Milano, 2014, 167; L. GIANNITI, *Il pareggio di bilancio nei lavori della costituente*, in *Rivista Astrid*, 2011; P. DE IOANNA, *Sulla copertura finanziaria delle leggi di spesa e di minore entrata: un'analisi introduttiva,* in S. TRAVERSA (a cura di), *Scienza e tecnica della legislazione: lezioni*, Napoli, 2006, 83-119; ID., *La copertura finanziaria delle leggi di spesa,* in D. DA EMPOLI, P. DE IOANNA, G. VEGAS, *Il Bilancio dello Stato,* Milano, 2000, 217 ss.; ID., C*opertura finanziaria delle leggi di spesa,* in A. BARETTONI ARLERI (a cura di) *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, 1989, 119 ss.; ID., *L'obbligo di copertura (art. 81, 4° comma, Cost.) come vincolo procedurale per una decisione politica responsabile in materia di finanza pubblica*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari,* Quaderno n. 2*,* Milano, 1991, 95-110; G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico- finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007; G. VEGAS, *Il bilancio pubblico,* Bologna, 2014.

[46] P. DE IOANNA, *Democrazia cognitiva e* governance *della finanza pubblica,* in *eticaPA*, 90.

legge così complessa e caratterizzata da interdipendenze finanziarie tra lo Stato, la Regione e gli enti territoriali, avrebbe dovuto essere corredata, quantomeno, da un quadro degli interventi integrati finanziabili, dall'indicazione delle risorse effettivamente disponibili a legislazione vigente, da studi di fattibilità di natura tecnica e finanziaria e dall'articolazione delle singole coperture finanziarie, tenendo conto del costo ipotizzato degli interventi finanziabili e delle risorse già disponibili. Dunque, la copertura finanziaria è risultata essere priva di quella chiarezza minima richiesta dalla costante giurisprudenza in riferimento all'art. 81 Cost.[47], impedendo in tal modo agli elettori un controllo democratico sul raffronto tra programmato e realizzato.

3. *La tutela dei diritti a livello regionale*

L'esigenza della tenuta dei conti pubblici tende a far passare in secondo piano la necessità di tutelare i diritti sociali, soprattutto in tempo di crisi economica[48]. In questo quadro, la Corte costituzionale è stata chiamata ad operare un bilanciamento tra le esigenze di risanamento dei bilanci pubblici e la tutela dei diritti fondamentali. È evidente che la disponibilità di risorse finanziarie condiziona i poteri locali nella realizzazione delle proprie politiche, e proprio perché le politiche regionali sulla base delle loro funzioni e competenze possono conformare determinati diritti, va da sé che le risorse finanziarie condizionano le prestazioni che le Regioni sono in grado di garantire. Le Regioni sulla base della potestà statutaria loro riconosciuta e sulla base delle competenze legislative, loro affidate dall'art. 117 Cost., non hanno una competenza generale sui diritti. Infatti, ad esse è concesso di intervenire solo sugli aspetti organizzativi, relativi a standard strutturali e qualitativi. Si è a lungo discusso circa la definizione del contenuto incomprimibile dei diritti, ma da una lettura della giurisprudenza costituzionale[49], si evince come spetti allo Stato determinare gli standard quantitativi e qualitativi al di sotto dei quali le Regioni non possono scendere nell'esercizio delle loro funzioni, legislative e amministrative, andando in questo modo a garantire un certo livello di omogeneità nel godimento dei diritti sull'intero territorio nazionale.

Sulla base dell'art. 117 Cost., secondo comma, lett. *m*), concernente la materia «*diritti civili e sociali*», riservati alla competenza esclusiva dello Stato, che «*devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*», si può affermare che la tutela dei diritti

[47] Corte cost., sent. 30 ottobre 2019, n. 227.

[48] Sul tema, tra gli altri: L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015; I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2012, M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; G.U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e delle Regioni*, in S. GAMBINO (a cura di), Il *'nuovo' ordinamento regionale, Competenze e diritti. Confronti europei*, Milano, 2003.

[49] Cfr. Corte cost., sentt. 121/2010, 207/ 2010; 248/2011; 115/2012 207/2012; 111/2014; 125/2015; 87/2018.

fondamentali assume la funzione di elemento unificante dell'ordinamento[50]. Allo Stato spetta stabilire standard minimi[51] invalicabili per assicurare l'eguaglianza nell'effettivo godimento dei diritti, mentre le Regioni, nelle materie di loro competenza, possono assicurare standard superiori. Una volta individuate come essenziali alcune prestazioni, la politica economica e finanziaria dello Stato e delle Regioni dovrebbe essere proiettata esclusivamente alla loro concreta erogazione, senza mai modificare le prestazioni erogabili in relazione alle risorse disponibili, così da non diminuire in alcun modo la garanzia della tutela dei diritti civili e sociali delle persone.

Con la sentenza n. 275 del 2016, la Corte costituzionale ha affermato a chiare lettere che esiste un nucleo incomprimibile di tutela dei diritti che non può essere sacrificato neppure a fronte di stringenti esigenze di bilancio. Tale precisa statuizione, che da tempo orienta le scelte politiche e legislative, è stata la risposta della Corte ad una specifica eccezione della Regione Abruzzo resistente nel giudizio *a quo*, che sosteneva di non essere in grado di garantire il finanziamento del servizio di trasporto degli alunni disabili per via degli stringenti vincoli di bilancio imposti dalle norme statali. La Corte abbracciando un'impostazione diversa ha ritenuto, come già sostenuto da un'autorevole dottrina[52], che la scarsità delle risorse non può essere sufficiente per giustificare il mancato finanziamento di prestazioni costituzionalmente necessarie.

In altri termini, le scelte e le politiche di bilancio devono essere orientate prioritariamente verso la tutela dei diritti, anche in tempo di crisi. Ciò vuol dire, in sostanza, che le risorse non necessariamente siano di per sé scarse, perché è ben

[50] È stato affermato che, nella prospettiva della loro tutela, la Costituzione assegna «*al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto*» (Corte cost. n. 111 del 2014). Si tratta, dunque, «*non tanto di una "materia" in senso stretto, quanto di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle*» (Corte cost., sent. 207/ 2012). «*I LEA rappresentano quindi degli "standard minimi"*» (Corte cost., sent. 115 /2012) da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, per cui «*la deroga alla competenza legislativa delle Regioni, in favore di quella dello Stato, è ammessa solo nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato*» (Corte cost., sent. 207/2010), «*ferma comunque la possibilità delle singole Regioni, nell'ambito della loro competenza concorrente in materia, di migliorare i suddetti livelli di prestazioni*» (Corte cost., sent. 200/2009).

[51] Il dibattito scientifico si è concentrato sul significato del termine "*essenziali*". In particolare, ci si è domandati se i livelli così qualificati siano da considerare minimi, o se invece ad essi possa essere attribuito un senso ulteriore e più pieno, legato al significato etimologico della parola; se, in altri termini, l'espressione indichi le prestazioni più ridotte che siano ammissibili o se invece si riferisca a quelle che costituiscono l'essenza e, dunque, la sostanza del diritto cui si riferiscono. Appare preferibile la lettura dei livelli essenziali come idonei a tratteggiare il nucleo irriducibile del diritto. Cfr. R. BALDUZZI, *Alcune conclusioni: la difficile equivalenza dei sottosistemi sanitari regionali*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, *Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 151 ss.; Cfr., A. MATTIONI, *La legge quadro 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in E. BALDONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003.

[52] Si veda in particolare M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 14.

possibile che tale scarsità sia il riflesso di politiche allocative non del tutto efficienti[53]. Dobbiamo proprio a questa sentenza la specificazione del fatto che «*è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*»[54].

La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni è strettamente connessa all'individuazione delle risorse necessarie a finanziarli. Infatti, la fissazione di uno specifico livello deve essere necessariamente corredata della previsione di adeguate risorse finanziarie statali da utilizzare nel caso, comunque eccezionale, in cui le Regioni non fossero in grado di garantirlo con le proprie.

3.1. *L'erogazione delle prestazioni tra centro e periferia. La sanità*

A seguito delle analizzate relazioni finanziarie tra Stato e Regioni è possibile esaminare la capacità delle autonomie di realizzare politiche pubbliche e di operare a beneficio dei diritti. È bene partire dal finanziamento delle prestazioni legate alla garanzia del diritto alla salute in quanto, come già sappiamo, è esso che assorbe le maggiori risorse dell'ente Regione ed esprime un particolare modello collaborativo volto a favorire la partecipazione regionale all'individuazione delle prestazioni da erogare e delle relative risorse, con l'effetto di limitare l'incidenza del modello di finanza prevalentemente derivata e del coordinamento finanziario[55].

Il finanziamento della sanità regionale, infatti, ancora oggi continua ad essere assicurato da quote di finanza derivata e limitatamente compartecipata, perché le risorse provengono, in larghissima parte, dal Fondo sanitario nazionale (a cui spetta anche compensare eventuali minori entrate regionali IRAP) e dalla compartecipazione all'IVA[56]. Peraltro, una quota delle risorse statali è vincolata al conseguimento di determinati obiettivi, tra i quali il miglioramento dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, vincoli che si aggiungono ai finanziamenti di scopo previsti dalle singole

---

[53] A. CAROSI, *Prestazioni di bilancio e diritti sociali*, in *Atti del convegno Incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo,* in *www.cortecostituzionale.it, 2016,* 2.

[54] La Regione si era peraltro difesa invocando il principio di equilibrio del proprio bilancio ex art. 81: l'assistenza al disabile sarebbe stata condizionata dalla sostenibilità economica dei relativi oneri finanziari. Sul tema: A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti,* cit.; R. CABAZZI, *Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017; A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali visti da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a caldo della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.

[55] G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia,* cit., 18.

[56] Le fonti di finanziamento del fabbisogno sanitario sono così sintetizzabili: a) entrate proprie delle aziende sanitarie (ticket e ricavi derivanti dall'attività dei dipendenti); b) IRAP, destinata per il 90 per cento alla spesa sanitaria, e addizionale regionale all'IRPEF, che transitano nei conti di Tesoreria e sono erogate mensilmente alle Regioni: in caso di gettito effettivo inferiore a quello stimato, il differenziale è assicurato dal fondo di garanzia previsto dall'art. 13 del decreto legislativo n. 56 del 2000 a compensazione delle minori entrate; c) contributo statale essenzialmente attraverso la compartecipazione all'IVA; d) contributi delle autonomie speciali, che sono tenute a concorrere in base agli accordi (in quota fissa per la Regione siciliana, per la quale l'aliquota di compartecipazione è fissata dal 2009 nella misura del 49,11 per cento del suo fabbisogno sanitario).

leggi di settore e da misure annualmente contenute nella legge di bilancio, largamente diffuse anche in materia sanitaria[57].

Le Regioni possono incidere in modo assai limitato soltanto sulle aliquote dell'IRAP e dell'addizionale regionale all'IRPEF (destinate in quota fissa al finanziamento della sanità). Se ciò non è sufficiente a coprire la spesa sanitaria, gli enti sub-statali possono incrementare le modalità di compartecipazione degli assistiti al costo delle prestazioni sanitarie[58]. Dunque, il finanziamento del diritto alla salute è determinato in maniera esogena dal centro.

Al mancato rafforzamento della finanza autonoma[59], ha fatto in realtà seguito un modello pattizio volto a realizzare la collaborazione tra Stato e Regioni nella determinazione dell'entità del fabbisogno sanitario nazionale, in coerenza con i vincoli di finanza pubblica e con il fabbisogno derivante dalla determinazione dei LEA. Spesso però le procedure si sono rivelate insufficienti a realizzare l'effettiva garanzia dei diritti a causa della tendenza dello Stato, nei momenti di crisi economica, ad aggirare gli obblighi collaborativi, richiedendo risparmi alle Regioni in sede di manovra annuale, con l'effetto di pregiudicare quella corrispondenza tra risorse e livello di prestazioni da erogare che si era cercato di garantire.

Ad oggi è possibile riscontrare che la storica dissociazione tra potere impositivo e potere di spesa ha contribuito ad appannare la responsabilità finanziaria dei diversi livelli territoriali di governo nella gestione del servizio sanitario[60].

È risaputo che la riforma sul federalismo fiscale, intesa ad affermare un principio autonomistico nella spesa sanitaria e a ritagliare, quindi, alla Regione un ruolo da protagonista, è fondamentalmente imperniata sui costi piuttosto che sugli effettivi bisogni individuali[61]. Ciò ha incontrato numerosi limiti. In primo luogo, si è posto il

---

[57] Oltre ai finanziamenti statali con vincolo di scopo che riguardano particolari terapie (espressamente previsti anche dal decreto legislativo n. 68 del 2011) e agli specifici programmi di spesa per determinate aree geografiche talora disposti sotto forma di risorse aggiuntive ex art. 119, quinto comma, Cost., consentiti anche dalla giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, sent. n. 45 del 2008, con riguardo a programmi di diagnosi e terapia nel campo dell'oncologia e delle malattie rare).

[58] Con l'aumento dei c.d. ticket o di misure alternative per raggiungere il riequilibrio finanziario (cfr. art. 17, comma 6, del decreto-legge n. 98 del 2011).

[59] Deve essere qui ricordato che il decreto legislativo n. 56 del 2000 aveva previsto l'incremento della quota di finanza compartecipata e delle entrate proprie regionali anche al fine di superare i trasferimenti erariali, ma la riforma non ha trovato attuazione a causa degli ingenti disavanzi di alcuni dei servizi regionali, riconducibili, tra l'altro, alla scelta di perpetuare il criterio della spesa storica per il finanziamento delle funzioni.

[60] Cfr., S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it*, 23/2014. In realtà, l'introduzione dei costi e dei fabbisogni standard si è risolta in strumento di razionalizzazione della spesa, ma non certo di garanzia dei diritti. I dati degli ultimi anni confermano almeno due nodi critici: il primo risiede nella circostanza che la progressiva riduzione delle risorse, effetto di scelte allocative statali, rischia di compromettere l'esigibilità delle prestazioni sanitarie su cui incide il coordinamento finanziario. In secondo luogo, si manifestano profondi divari tra le aree del territorio nazionale, in quanto le Regioni centro-settentrionali hanno generalmente tenuto sotto controllo il fabbisogno sanitario, accrescendo i livelli di rendimento; quelle meridionali, invece, non sono riuscite a contenere le dinamiche di spesa, senza peraltro garantire determinati standard qualitativi dei servizi. È dunque qui che più si rilevano notevoli differenze nella gestione finanziaria e profonde asimmetrie nella qualità delle prestazioni sanitarie e nella capacità di assicurare l'integrale finanziamento dei LEA.

[61] L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2012, 40.

problema di assicurare risorse proporzionate ai bisogni sanitari espressi dalla popolazione nell'ambito del territorio regionale, garantendo al contempo una gestione «*economica*» delle risorse stesse[62]. A ciò bisogna aggiungere che la grave difficoltà in cui versano le Regioni fortemente indebitate, che rischia di accentuare ulteriormente la scarsa uniformità nell'erogazione delle prestazioni sanitarie sul territorio nazionale, imponga la previsione di strumenti perequativi che consentano di dare effettiva attuazione al precetto costituzionale sui LEA di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m)*[63]. Parlando di salute ciò che appare maggiormente problematico non è il diritto dello Stato di esercitare, in un sistema regionalizzato e federalista, un ruolo forte di garanzia dell'unita nazionale, bensì la circostanza che l'unica leva che lo giustifichi e/o legittimi sia quella economica, laddove il dissesto nei bilanci è espressione di un *deficit* di governo e di politiche pubbliche assai risalente nel tempo[64]: una *governance* sbilanciata che si deve riequilibrare affiancando alla prospettiva economico-finanziaria nuove logiche di governo sanitario, più vicine alle attese dei cittadini e degli stessi operatori del SSN[65].

3.2. *La giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra diritto alla salute ed esigenze di bilancio*

Il diritto alla salute è sicuramente quello più condizionato dalle risorse finanziarie e tra i diritti sociali è quello che maggiormente è stato decentrato. Se governo e parlamento tagliano il finanziamento al diritto alla salute, sono le Regioni che si trovano costrette nell'alternativa tra introdurre ticket sanitari, aumentare l'addizionale regionale all'IRPEF o ridimensionare i servizi sanitari offerti alla popolazione.

È proprio sul c.d. de-finanziamento che è intervenuta la sentenza n. 169 del 2017 nella quale la Corte costituzionale ha rivolto al legislatore un esplicito monito a "*corredare le iniziative legislative incidenti sull'erogazione delle prestazioni sociali di*

---

[62] S. MIRATE, *La semplificazione come armonizzazione e razionalizzazione della finanza pubblica e dei vincoli di spesa: le prestazioni sanitarie tra pareggio di bilancio e federalismo fiscale,* in C. VIDETTA (a cura di), *Tutela della salute e semplificazione. Una riflessione a più voci, 2015,* 22 ss.

[63] G. DE MAIO, *Federalismo sanitario, crisi economica e perequazione*, *cit*., 137; M. SICLARI, *Il "federalismo sanitario"* (Appunti preliminari), in *Rivista Astrid*, ottobre 2011, 7-8. In argomento, G. *BERNABEI, Il ruolo della perequazione nel sistema multilivello di finanza locale, in Federalismi.it,* 20/2018. Sulla difficoltà di valutare l'eguaglianza in ambito di prestazioni sanitarie, E. GRANAGLIA, *Equità orizzontale in un contesto di federalismo sanitario: implicazioni dalla prospettiva della giustizia distributiva*, in *Politiche sanitarie*, 1/2008, 5 ss. Nel senso che *«[i]l rischio più immediato e che penalizzazioni improprie, derivanti dalla nuova normativa, facciano abortire sul nascere i tentativi di riscatto che, in alcune Regioni, storicamente più inefficienti, pure sono stati messi in atto, e con risultati significativi*», F. SPANDONARO , *Federalismo ed equità nel Sistema sanitario nazionale*, in A. CICCHETTI (a cura di), *Efficacia ed equità nell'assetto federale del Servizio sanitario nazionale*, 2013, 47, secondo cui occorre riportare l'attenzione sui contenuti equitativi dei sistemi sanitari pubblici, centralisti o federalisti che siano, al fine di sviluppare una reale capacita di governare in modo socialmente giusto i livelli di solidarietà sociale.

[64] A. TANESE, *I sistemi sanitari regionali verso il federalismo. Appunti per una riflessione sull'evoluzione del Ssn*, in A. D'ADAMO (a cura di), *La formazione manageriale. Il motore dello sviluppo in sanità*, 2011, 63 ss.

[65] F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità*, in *Istituzioni del federalismo*, 2008, 813.

rango primario con un'appropriata istruttoria finanziaria" e, a questo fine, ha sollecitato l'attuazione del d. lgs. n. 68 del 2011[66], ed in particolare l'introduzione del meccanismo dei c.d. *costi standard*. Infatti, è solo mediante tale strumento che è possibile definire il fabbisogno finanziario per la copertura dei LEA. La Corte, nel ribadire la centralità del diritto alla salute, ha affermato la contrarietà a Costituzione di disposizioni "*sproporzionatamente riduttive di risorse destinate all'erogazione di prestazioni sociali di carattere primario*" e la necessità di "*una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria*" fra Stato e Regioni negli specifici ambiti tutelati dall'art. 117, secondo comma, lett. *m*), della Costituzione.

In particolare, le Regioni reclamavano contro l'introduzione di un sistema di tagli lineari alla spesa sanitaria e contro la mancata applicazione dei costi standard. La Corte ha implicitamente riconosciuto che l'introduzione dei tagli lineari si pone in contrasto con il quadro costituzionale per violazione sia delle regole di finanziamento adottate in attuazione degli artt. 117 e 119 Cost., sia del principio di ragionevolezza, in quanto tale operazione prescinderebbe completamente dalla considerazione dell'adeguatezza delle risorse rispetto alla tutela del diritto alla salute. Allo stesso modo però la Corte, da un lato, ha considerato insufficienti i dati prodotti dalle Regioni nei bilanci poiché sprovvisti di una coerente proiezione macroeconomica dei costi in termini di fabbisogno regionale, e, dall'altro, ha rivolto implicite critiche alle Regioni circa la chiarezza e la comprensibilità dei relativi bilanci.

Sempre in tema di salute è intervenuta la sentenza n. 62 del 2020[67], nella quale la definizione della questione del corretto finanziamento delle prestazioni che soddisfano i livelli essenziali in sanità, diventa motivo di un'ampia riflessione sul diritto alla tutela della salute e sul sistema preposto a sua garanzia. La decisione – pubblicata nel mese di aprile 2020, quando il sistema sanitario di alcune Regioni sosteneva lo sforzo imprevedibile di una risposta straordinaria ad una situazione di contagio ancora largamente sconosciuta nelle sue modalità di diffusione e nei suoi effetti – assume una valenza del tutto particolare: nel mezzo di accesi dibattiti circa l'opportunità di indirizzare ingenti risorse finanziarie al comparto sanitario e di rivedere la ripartizione della competenza concorrente a vantaggio dello Stato, la sentenza ha il merito da un

[66] Decreto relativo a "*Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario".*

[67] Con la sentenza 15 gennaio - 10 aprile 2020, n. 62 la Corte costituzionale ribadisce la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni; tale affermazione si fonda sul principio costituzionale della centralità della persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza, in ragione della socialità del servizio sanitario. Il Presidente del Consiglio dei ministri solleva una questione di legittimità costituzionale su alcuni aspetti della legge di stabilità della Regione Sicilia (legge 8/2018) per violazione dei seguenti articoli: art. 81, co. 3 Cost.; art. 117 co. 2 lett. e), m) e co. 3 Cost. La pronuncia in esame è strettamente connessa alla sentenza n. 197 del 2019, con cui la Corte costituzionale ha chiesto informazioni alla Regione Sicilia e al Governo sul finanziamento dei livelli assistenziali e sull'uso dei fondi strutturali. Con un'ordinanza istruttoria, sono state domandate le informazioni per verificare il rispetto dei livelli essenziali di assistenza. Inoltre, è stato chiesto alle parti di precisare la destinazione dei fondi strutturali, mettendo a confronto la relativa disciplina di utilizzazione, con le modifiche previste dalla legge siciliana. Lo Stato non ha provveduto a fornire la documentazione richiesta nei tempi previsti, mentre la Regione Sicilia è stata più diligente e, sulla sola scorta delle informazioni da questa fornite, la Consulta ha operato le proprie valutazioni.

lato, di esaltare la finalizzazione alla persona umana del sistema pubblico di protezione della salute, dall'altro di articolare ragioni convincenti in tema di organizzazione regionalizzata dell'apparato sanitario, contribuendo a distinguere con chiarezza compiti dello Stato e compiti delle autonomie. Anticipando le conclusioni si può affermare che è solo nel rispetto di questo doppio livello di funzioni che si possono raggiungere gli obiettivi preposti[68]. Il problema che sta alla base della decisione è quello della determinazione del Fondo sanitario regionale siciliano, e di conseguenza della sua adeguatezza alle esigenze dei LEA: la controversa ripartizione degli oneri tra Stato e Regione e l'individuazione delle fonti di finanziamento sono aspetti dai quali dipende il funzionamento del sistema e, dunque, il soddisfacimento del diritto.

Per la Corte nel bilancio e nel rendiconto regionale non è stato assicurato il completo flusso finanziario delle risorse necessarie ai LEA verso la finalità costituzionalmente vincolata. È stato ricordato come l'obbligo di copertura finanziaria, che è condizione di salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, vada letto in stretta connessione con l'obbligo di finanziamento e di garanzia dei LEA. Se l'effettività del diritto alla salute è assicurata dal finanziamento e dalla corretta ed efficace erogazione della prestazione, tale regola va intesa secondo il principio di fondo desumibile dalla Costituzione e richiamato dalla sentenza n. 275 del 2016: "*è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*". Secondo la Corte, l'opportunità che il servizio sanitario pubblico rimanga affidato alle Regioni ha senso se le risorse per tale funzione continueranno ad essere adeguatamente determinate ed assegnate in giusta misura alle istituzioni territoriali: queste potranno rispondere al meglio al bisogno di salute delle persone se riusciranno ad instaurare un dialogo improntato alla collaborazione con gli apparati centrali, scevro da qualsiasi finalità politica e unicamente volto a reagire all'unisono per il benessere della collettività.

La decisione n. 62 del 2020 ricorda a tutti gli attori coinvolti che la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni "*impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario*"[69]. La dimensione di socialità delle cure di salute conferma l'importanza del ruolo delle amministrazioni del territorio, a cui la Costituzione affida l'organizzazione di un servizio che va assicurato in ragione dell'appartenenza stessa ad una comunità. Tali amministrazioni devono avvertire la responsabilità relativa a questo servizio, la cui insufficienza mina il benessere di una collettività locale ma anche quello della collettività nazionale[70].

---

[68] C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, 663.

[69] Corte cost. sent. 62/2020.

[70] C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, cit., 676 ss.

3.3. *I rapporti tra stato e regioni al tempo del coronavirus*

La sfida che il *COVID-19* ci ha posto è quella di ricercare soluzioni ai grandi interrogativi giuridico-istituzionali che l'emergenza pone[71].

Fra le diverse criticità emerse nei rapporti tra Stato e Regioni merita di essere analizzata quella legata al principio di leale collaborazione con riguardo allo specifico ambito della tutela della salute.

Nella gestione dell'emergenza è parso venir meno proprio tale principio, che invece dovrebbe caratterizzare il rapporto tra Stato e Regioni[72]. L'esperienza di questi mesi ha fatto sedimentare, dunque, un ordinamento emergenziale di carattere duale e concorrenziale, in cui Stato e Regioni non sono riusciti a coordinarsi, alimentando così i conflitti tra l'unità da preservare e le istanze autonomistiche[73].

Le criticità evidenziate discendono anche da motivazioni più strettamente politiche (la figura dei singoli Presidenti delle Regioni, lo svolgimento delle elezioni regionali, la contrapposizione politica con il governo statale, ecc.), ma non vanno dimenticate le incertezze discendenti dalla revisione costituzionale del 2001 e dalla decretazione d'urgenza di questi ultimi mesi. Inoltre, più in generale, come atteggiamento che dovrebbe caratterizzare sempre i rapporti fra livelli territoriali, bisognerebbe riscoprire - o meglio scoprire una volta per tutte -, il principio di leale collaborazione[74] capace di operare come reciproca garanzia dei diversi soggetti coinvolti, affinché nessuno veda prevaricate le proprie competenze, rafforzando il modello di regionalismo cooperativo, nel quale la leale collaborazione agisce come principio informatore dei rapporti tra Stato e Regioni[75].

La salvaguardia del diritto alla salute sta ponendo numerose questioni complesse da risolvere. La prima constatazione è che il sistema sanitario appare per lo più afflitto da criticità e bisognoso di correzioni e miglioramenti. Addirittura, c'è chi pensa che potrebbe risultare necessario un ripensamento generale, attraverso una revisione costituzionale che riporti allo Stato la competenza[76].

---

[71] Sul tema si vv. Q. CAMERLENGO, I*l governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, 4/2020, 739-752; G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 4/2020, 753-780; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, 333-360.

[72] Ad esempio, possono citarsi alcune proposte o soluzioni adottate da presidenti di regione circa la possibile chiusura dei confini regionali (Campania), così come l'obbligo di vaccinazione influenzale (Lazio). Spesso i presidenti sono intervenuti con proprie ordinanze prevedendo misure più restrittive rispetto ai dpcm ritenendo le misure statali non sufficienti per il loro territorio.

[73] Sul punto, V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, 985.

[74] Principio ampiamente richiamato anche dalla Presidente della Corte costituzionale M. CARTABIA nella *Relazione dell'attività della Corte nel 2019*, 28 aprile 2020.

[75] Cfr. M. COSULICH, *Lo Stato regionale alla prova dell'emergenza virale*, in *Amministrazione in cammino*, 2020.

[76] Proposta di legge costituzionale CECCANTI ed altri: "*Introduzione dell'articolo 116-bis e modifica all'articolo 117 della Costituzione, in materia di conferenze per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali e di clausola di supremazia statale*". Nella proposta si legge: Art. 1. "*Dopo l'articolo 116 della Costituzione è inserito il seguente: «Art. 116-bis. – La legge statale istituisce la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e la*

Le indicazioni che però provengono dalla Corte costituzionale[77] mostrano che è un bene che il sistema sanitario continui a funzionare sulla base di due livelli di governo.

L'attuale emergenza ha portato in evidenza soprattutto questioni di insufficiente finanziamento, problema ampiamente noto già prima di questa situazione straordinaria. In modo particolare ci si è interrogati sulle risorse con le quali avremmo finanziato la ripresa delle attività. Tra i primi strumenti approvati dall'UE per fronteggiare gli effetti della crisi da *COVID-19* sul piano economico e sociale, vi è l'attivazione di una nuova linea di credito per sostenere la gestione della crisi pandemica che, istituita nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità (MES) attuale, è volta a finanziare i costi dell'assistenza sanitaria nazionale[78]. L'unico requisito per accedere a tale credito consiste nell'impegno, da parte degli Stati richiedenti, ad utilizzare le risorse per sostenere il finanziamento interno dell'assistenza sanitaria diretta e indiretta e i costi relativi alla cura e alla prevenzione causati dall'emergenza. C'è stato un ampio dibattito circa l'opportunità di utilizzare tale strumento, ad ogni modo ciò che dovremmo imparare da questa esperienza è l'importanza del recupero della centralità dei diritti sociali e dei costi che essi richiedono perché le prestazioni pubbliche possano soddisfare i relativi bisogni.

4. *Conclusioni*

Sin dalla data del loro effettivo avvio - nonostante la previsione del vecchio art. 119 cost. -, le Regioni hanno operato per decenni con un sistema rinchiuso nell'ambito della finanza del trasferimento. Ciò le ha condotte verso la totale estromissione dalle decisioni riguardanti la provvista dei mezzi finanziari che ha così determinato una vanificazione della responsabilità politica dei titolari degli organi regionali nei confronti delle collettività sottostanti. La questione dell'autonomia finanziaria risulta essere sempre attuale in quanto, essendo il nostro contesto caratterizzato da risorse limitate, essa costituisce una modalità istituzionale diretta a favorire l'*accountability* e quindi il controllo democratico degli elettori. Il principio di democraticità ci conduce ad evidenziare come il bilancio vada ad esprimere scelte politiche che riguardano le modalità di reperimento delle risorse pubbliche, il loro impiego e la loro ricollocazione. Connesso a questo principio vi è la cd. "*democrazia di bilancio*" attraverso la quale è facile affermare che l'autonomia regionale si misura anche in base a quella contabile.

Conferenza per i rapporti tra lo Stato, le città e le autonomie locali per realizzare la leale collaborazione e promuovere accordi e intese. Le Conferenze si riuniscono in sede unificata qualora siano chiamate a esprimersi su un medesimo oggetto». Art. 2. 1. *All'articolo 117 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Su proposta del Governo e previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, la legge statale può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica ovvero la tutela dell'interesse nazionale».*

[77] Corte cost., sent.169/2017 e 62/2020.

[78] Il Meccanismo europeo di stabilità (MES) è stato istituito nel 2012 per fornire assistenza finanziaria ai Paesi dell'Eurozona che si trovano in gravi difficoltà finanziarie o ne sono minacciati.

Ma il bilancio regionale, quale bene pubblico, viene ad essere connesso anche ai principi di trasparenza e di controllabilità dei conti.

Dalle risorse finanziarie regionali dipendono molti diritti sociali e proprio in questo senso la Corte costituzionale che ha affermato che *"esiste un nucleo incomprimibile di tutela dei diritti che non può essere sacrificato neppure a fronte di stringenti esigenze di bilancio"*[79]. Alla luce della grande sfida che il mondo intero è chiamato ad affrontare in questo peculiare anno, questa affermazione dovrebbe essere elevata a principio di sistema.

E' indubbio che vi sia una strettissima connessione tra equilibri di bilancio, autonomia finanziaria degli enti territoriali e garanzia dei diritti fondamentali. La prevalenza nella tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti non può, però, essere generalizzata, svincolandola dal terreno della programmazione degli obiettivi di finanza pubblica[80]. Al contrario, come riconosciuto dalla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per il Veneto[81], nel dare applicazione a quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 275/2016, «*entrambe le esigenze suddette – quella di preservare l'equilibrio di bilancio degli enti locali e quella di garantire l'effettività dei servizi al cittadino – devono essere soddisfatte attraverso la corretta programmazione e lo stanziamento di risorse finanziarie certe e sufficienti*»[82].

La giurisprudenza più recente della Corte costituzionale mira a superare la pericolosa frattura tra equilibrio tendenziale dei bilanci pubblici e diritti fondamentali. Essa cerca di contemperare interessi costituzionali che, altrimenti, non soltanto rischierebbero di contrapporsi senza via d'uscita, ma che, se letti esclusivamente attraverso un certo prisma ideologico, giustificano una prevalenza di alcuni su altri, anziché un loro equo bilanciamento[83].

Oltre a ciò, c'è la necessità di sottolineare come l'interrelazione dei principi di valorizzazione delle autonomie territoriali e delle garanzie delle prestazioni essenziali fornisca un forte impulso alla questione inerente alla imparzialità dello Stato nel regolare e gestire i flussi finanziari verso le Regioni e gli enti locali, soprattutto nell'attuale contesto di ristrettezze economiche e di sostanziale inattuazione della legge n. 42 del 2009. Il sostanziale accentramento della disciplina tributaria e dei processi di riscossione e devoluzione agli enti territoriali dei tributi ha posto un problema in termini di imparzialità dello Stato nel distribuire le risorse in modo congruente con gli obiettivi del federalismo fiscale[84]. La politica dei tagli lineari ha avuto anche un forte impatto sul regime delle responsabilità politiche di coloro che nei vari livelli territoriali sono

[79] Corte cost., sent. 275/2016.

[80] G. BOGGERO, *La garanzia costituzionale della concessione adeguata tra funzioni e risorse. Un "mite" tentativo di quadratura del cerchio tra bilancio, diritti e autonomie*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 360.

[81] Delibera n. 426/2017, rel. DIMITA.

[82] Così: Sezione Regionale Di Controllo della Corte dei conti per il Lazio (rel. Pria e Serbassi), Rendiconto generale della Regione Lazio – Esercizio Finanziario 2018, Relazione di accompagnamento alla decisione di Parifica, Vol. II, Udienza del 23 luglio 2019, 66 ss.

[83] A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, *cit*., insiste sulla necessità per la Corte di rinunciare a "gerarchie fisse", 6.

[84] ID.

preposti all'attività di governo. Questo dovrebbe indurre a verificare quanti e quali risultati sono stati raggiunti dall'ente deputato alla resa delle prestazioni sociali[85].

In conclusione, possiamo constatare come, in tema di diritti, l'autonomia effettiva delle Regioni, dipenda soprattutto dal dato finanziario - fiscale. Fermo restando che, a prescindere dal riparto di competenze, il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, anche in tempi di crisi economica, non può essere compromesso dalla scarsità delle risorse - e, anzi, la sua garanzia effettiva deve orientare le scelte allocative di Stato e Regioni[86] -, è innegabile che le disponibilità finanziarie delle Regioni raramente consentano loro di realizzare le politiche dei diritti prefigurate dalla riforma del Titolo V Cost. Vero è che l'autonomia delle Regioni è un bene costituzionale da tutelare in quanto funzionale alla realizzazione del progetto costituzionale: efficace finanziamento dell'organizzazione e tutela dei diritti.

Infine, per quanto più strettamente connesso ai rapporti fra Stato e Regioni l'emergenza del Coronavirus ci ha posto di fronte a nuove sfide. Ricostruire ciò che è avvenuto a livello normativo è difficile, soprattutto se si considera la sovrapposizione di competenze, di ordinanze e la contraddittorietà degli interventi attuati ai diversi livelli di governo.

Oltre a ciò, vi è la necessità di evidenziare come le classi politiche troppo spesso si riducono ad una gestione dell'emergenza fortemente politicizzata, risentendo pesantemente delle forme di "degenerazione personalistica"[87], con la tendenza di apparire titolari di poteri che in realtà non hanno. Il maggior problema da cui siamo afflitti, oltre alla pandemia naturalmente, non è quello della ricerca della migliore suddivisione dei poteri fra Stato, Regioni ed enti locali, ma della capacità della politica di rappresentare – con l'immediatezza che oggi, ahimè, tutti esigono – i bisogni effettivi della collettività.

---

[85] Dalla sent. della Corte costituzionale n. 184 del 2016 riemerge la tematica della "*contabilità di mandato*", cioè l'illustrazione preventiva e successiva degli obiettivi perseguiti, delle risorse impiegate e dei risultati conseguiti. «*Occorre ricordare che il bilancio è un "bene pubblico" nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato. In altre parole, la specificazione delle procedure e dei progetti in cui prende corpo l'attuazione del programma, che ha concorso a far ottenere l'investitura democratica, e le modalità di rendicontazione di quanto realizzato costituiscono competenza legislativa di contenuto diverso dall'armonizzazione dei bilanci. Quest'ultima, semmai, rappresenta il limite esterno – quando è in gioco la tutela di interessi finanziari generali – alla potestà regionale di esprimere le richiamate particolarità. Il carattere funzionale del bilancio preventivo e di quello successivo, alla cui mancata approvazione, non a caso, l'ordinamento collega il venir meno del consenso della rappresentanza democratica, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche*».

[86] «*Il contenuto essenziale dei diritti – sia esso inteso in senso assoluto, quale soglia invalicabile opponibile alla discrezionalità del legislatore; o relativo, quale si determina, cioè, nel giudizio di bilanciamento – risulta comunque indifferente al riparto di competenze tra Stato e Regioni, poiché esso deve ritenersi costituzionalmente garantito o a priori in quanto indisponibile al legislatore o a posteriori in quanto presidiato nel giudizio di bilanciamento*». Così G. RIVOSECCHI, *Poteri diritti e sistema finanziario fra centro e periferia*, cit., 36.

[87] U. DE SIERVO, *Stato - Regioni. Il fallimento di un sistema*, in *lastampa.it*, 17 novembre 2020.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

"*GRANITAL REVISITED*" *REVISITED*? TENDENZE ESPANSIVE NEL NUOVO CAMMINO EUROPEO DELLA CORTE COSTITUZIONALE[*]

ANDREA CONZUTTI[**]

SOMMARIO: 1. Prologo. L'*obiter dictum* della sent. n. 269 del 2017. – 2. Le precisazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale successiva: il temperamento del modello. – 3. Capacità espansiva del nuovo orientamento: oltre la Carta dei diritti fondamentali. – 4. Brevi riflessioni sulla normativa europea involgente diritti fondamentali. – 5. Osservazioni conclusive: la prospettiva della leale collaborazione tra Corti.

1. *Prologo. L'***obiter dictum** *della sent. n. 269 del 2017*

Con la pubblicazione dell'ormai notissima e pluri-commentata sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, è stato inaugurato il nuovo cammino europeo[1] del Giudice delle leggi, quantomeno in materia di incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea relativo a diritti fondamentali[2].

[*] Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

[**] Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Trieste, sede convenzionata dell'Università degli Studi di Udine.

[1] Si mutua, qui, la fortunata espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost*., 1973, 2406 ss.

[2] La sent. n. 269 del 2017 rappresenta la prima tappa della saga sulla c.d. doppia pregiudizialità, che ha visto la Corte costituzionale prendere posizione sul proprio ruolo di giudice dei diritti tutelati, ad un tempo, sia dalla Costituzione che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La letteratura su questa vicenda giurisprudenziale è ormai sterminata. Per limitarsi ad alcuni riferimenti A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, 3/2017, 234 ss.; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017; e *ivi*, A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*; A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della*

Questo nuovo filone giurisprudenziale ha preso l'avvio, «in punta di piedi»[3], con un *obiter dictum*, contenuto per l'appunto nella sent. n. 269 del 2017, con cui il Giudice costituzionale ha, innanzitutto, rilevato come, «fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale», il riconoscimento del medesimo valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in seguito: CDFUE o Carta) – la quale presenta un «*contenuto di impronta tipicamente costituzionale*», in quanto enuncia principi e diritti che intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (oltre che dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri) – possa generare casi di c.d. *doppia pregiudizialità*, vale a dire controversie capaci di dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto europeo[4].

In aggiunta, la Corte costituzionale, rivendicando nuovi spazi e nuove competenze, ha rimarcato che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)»[5]. Di conseguenza, in siffatte ipotesi, la Corte

---

Carta europea dei diritti fondamentali; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Diritti comparati*, 4/2017, 280 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2017, 2955 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 197 ss.; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018, 1 ss.; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018; e *ivi*, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, che definisce la svolta della sent. n. 269 del 2017 come la «più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza n. 170 del 1984».

[3] Così, espressamente, A.O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 450.

[4] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). In merito alla distinzione tra doppia pregiudizialità "propria" e "impropria" v. F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, 729 ss. Più in generale, per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità si vedano, *ex multis*, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice costituzionale di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 5/1997, 222 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 1193 ss.; L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune domande aperte*, in *I quaderni europei*, 16/2009, 11 ss.; A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2013, 2897 ss.

[5] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*. È questo, a detta di M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2019, 748, l'argomento più forte addotto dalla Corte costituzionale per giustificare il proprio *revirement* rispetto alla consolidata giurisprudenza precedente in materia di incompatibilità europea. Peraltro, secondo A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 64 ss., a partire dalla sent. n. 269 del 2017, il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi viene ad essere qualificato sostanzialmente come un principio

«giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex* artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito»[6].

Poste queste premesse, i Giudici di Palazzo della Consulta sono giunti all'innovativa conclusione per cui «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli *garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* in ambito di rilevanza comunitaria, *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»[7]. Così facendo, il Giudice delle leggi è sembrato, in qualche modo, deviare dalla consolidata giurisprudenza *Granital*[8], elaborata in risposta alla sentenza *Simmenthal* della Corte di giustizia[9], forgiando quella che, per tale ragione, è stata

---

supremo dell'ordinamento costituzionale, alla stregua di quanto già sostenuto da una risalente proposta dottrinaria: ID., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 65. In senso analogo G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 20, secondo cui il sindacato accentrato di costituzionalità potrebbe essere ricompreso nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, che fonda l'identità nazionale dello Stato ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE.

[6] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*. V. in merito R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 7-8/2018, 2231, il quale rimarca come questa decisione rappresenti una deroga rispetto alla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale.

[7] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). In dottrina, P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti comparati*, 2018, 1 ss., leggendo l'indirizzo interpretativo inaugurato dalla sent. n. 269 del 2017 *in unum* con la presa di posizione contenuta nella sent. n. 115 del 2018 (che ha scritto l'ultimo capitolo della c.d. saga Taricco), ha rimarcato che «in contesti diversi e con strumenti diversi, la Corte costituzionale pare comunque intenzionata a profondere uno sforzo deciso per rivendicare il suo centrale ruolo nella tutela dei principi e diritti fondamentali della Costituzione italiana». Sulla medesima lunghezza d'onda si vedano anche C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, *Osservatorio europeo*, dicembre 2017, 1 ss.; F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in *Federalismi.it*, 18/2018, 6 ss.

[8] Corte cost., sent. n. 170 del 1984. Come noto, l'orientamento accolto dalla giurisprudenza costituzionale a partire da questa pronuncia è nel senso che le norme di diritto dell'Unione europea prevalgono sulle concorrenti previsioni nazionali, salvo il limite dei principi supremi, ed affermano il proprio primato o nella forma della non-applicazione della previsione interna oppure attraverso l'invalidazione della norma nazionale incompatibile, e ciò a seconda che le norme europee siano o meno dotate di effetto diretto. Tale indirizzo interpretativo ha conseguentemente importato, per lungo tempo, l'onere della previa delibazione della pregiudiziale comunitaria (qualificata quale *prius* logico e giuridico) rispetto a quella costituzionale, che si imponeva al giudice comune a pena di inammissibilità per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 152 del 1987; 78, 389 e 450 del 1990; 8, 79 e 269 del 1991; 294 del 1994; 38 e 536 del 1995; 319 del 1996; 284 del 2007; 48 del 2017.

[9] Corte di giustizia, sent. del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, con cui la Corte di giustizia aveva riconosciuto che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle

provocatoriamente definita la regola "*Granital revisited*"[10] (o "modello 269"), ossia un nuovo, ed aggiornato, criterio di composizione dei contrasti tra diritto europeo e diritto nazionale[11].

L'inciso contenuto nella sent. n. 269 del 2017 se, per un verso, ha suscitato notevoli perplessità circa la perdurante possibilità, per il giudice comune, di rivolgersi alla Corte di giustizia prima della conclusione del giudizio di costituzionalità, per l'altro, non ha nemmeno chiarito l'ampiezza del potere che residuerebbe in capo al giudice nazionale dopo un eventuale rigetto (ovvero accoglimento solo parziale) della questione sollevata alla Corte costituzionale[12]. In effetti, questo passaggio era sembrato limitare persino la possibilità di rivolgersi al Giudice di Lussemburgo e/o di procedere alla disapplicazione di una disposizione normativa già sottoposta al vaglio del Giudice delle leggi alla sola ipotesi in cui detta disposizione, superato indenne il previo scrutinio interno di costituzionalità, fosse comunque reputata contraria al diritto dell'Unione «*per altri profili*»[13].

---

norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

[10] Definita così in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

[11] Per un quadro di sintesi della dottrina *Granital* e della giurisprudenza costituzionale in materia di incompatibilità tra diritto interno e diritto europeo precedente alla sent. n. 269 del 2017, si rinvia, per tutti, a G.P. DOLSO, *I controlimiti "comunitari" tra passato e presente*, in *Nomos*, 2/2017, 1088 ss.; G. FAMIGLIETTI, *L'integrazione europea (anche) attraverso le relazioni tra diritto nazionale e diritto dell'U.E.*, in S. PANIZZA (a cura di), *Costituzione repubblicana e dimensione sovranazionale. Tra vincoli e rappresentatività delle istituzioni*, Pisa, 2018, 57 ss. Più specificamente, in merito all'impiego della CDFUE da parte di questa giurisprudenza costituzionale, si rimanda all'indagine effettuata da L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *Consulta online*, 1/2016, 51 ss., che ragiona, a seconda dei diversi casi, di un uso "citazionista", "*ad adiuvandum in abundantiam*", "*ad definiendum*" nonché "interpretativo *ad abundantiam*" della Carta.

[12] Su queste, ed altre, perplessità sollevate dal discusso *obiter dictum* v. R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, 1 ss.

[13] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*. Al riguardo è stato osservato da 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*, 2/2019, 6, che la pronuncia in esame ha deviato anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia successiva a *Simmenthal* – le decisioni *Melki e Abdeli* (sent. del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10) e *A. c. B.* (sent. dell'11 settembre 2014, causa C-112/13) – che «viene sì richiamata dalla Corte costituzionale, ma con una evidente *interpolazione*». Difatti, in queste sentenze, il Giudice di Lussemburgo aveva individuato tre condizioni per considerare compatibile con il diritto dell'Unione la previa rimessione obbligatoria al Giudice costituzionale, ossia che i giudici comuni rimangano liberi: (i) di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; (ii) di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; (iii) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione. La Corte costituzionale, però, ammettendo la disapplicazione della disposizione interna che sia stata reputata costituzionalmente legittima *soltanto* laddove venga considerata contraria al diritto dell'Unione «*per altri profili*», ovvero per aspetti diversi da quelli già valutati dal Giudice delle leggi, ha finito, evidentemente, per riformulare l'ultima condizione individuata dalla Corte di giustizia. Detta interpolazione è stata oggetto di differenti reazioni giurisprudenziali: per tutti, L.S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte* costituzionale italiana, in *Federalismi.it*, 16/2018, 1 ss.

Inutile, ad ogni modo, nascondere la svolta che si è realizzata attraverso questo articolato *obiter dictum*, il quale, intervenuto su una tematica particolarmente gravida di implicazioni sistematiche, come certamente è quella dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, ha inevitabilmente dato adito a non pochi dubbi, sia nella dottrina – drasticamente divisasi tra coloro che hanno supportato un ruolo maggiormente attivo del Giudice delle leggi[14] e coloro che, al contrario, ne hanno evidenziato varie incoerenze e criticità[15] – che in parte della giurisprudenza di legittimità, circa la sua effettiva portata precettiva[16].

2. *Le precisazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale successiva: il temperamento del modello*

La Corte costituzionale è tornata sul tema della doppia pregiudizialità con quattro decisioni pronunciate tutte nei primi mesi del 2019, che, pur non smentendo il punto di partenza accolto dal discusso *obiter dictum*, hanno contribuito a stabilizzare progressivamente il quadro complessivo[17]. Difatti, alla luce dei chiarimenti contemplati dalle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 nonché, successivamente, dalle decisioni nn. 112 e 117 del medesimo anno, sono stati fortemente ridimensionati i principali profili di

[14] Così A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, cit.; A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, cit.; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, cit.

[15] Tra gli altri, A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit., 234 ss.; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, cit., 1 ss.; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, cit.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, cit., 1 ss.

[16] Si è, infatti, assistito ad una gamma di reazioni alla sent. n. 269 del 2017 piuttosto varia e diversificata: Cass., sez. lav., sent. n. 13678 del 2018, ha optato per il rinvio pregiudiziale; Cass., sez. lav., sent. n. 12108 del 2018, Cass., sez. V civ., sent. n. 27564 del 2018 e Cass., sez. V pen., sent. n. 45829 del 2018, hanno scelto la strada dell'applicazione diretta, considerata l'avvenuta assimilazione dei principi costituzionali nell'ordinamento dell'Unione europea; Cass., sez. II civ., sent. n. 3831 del 2018, ha dato seguito alle sollecitazioni rivolte con la sent. n. 269 del 2017; la Corte d'Appello di Napoli, con due ordinanze del 18 settembre 2019, ha attivato parallelamente la giurisdizionale sovranazionale e quella costituzionale (su questa insolita iniziativa processuale assunta dal giudice partenopeo v. *infra* nota 75). Al riguardo cfr. A. COSENTINO, *La Carta d Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, 1 ss.; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione giustizia*, 12 marzo 2018; A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta online*, 1/2018, 82 ss.

[17] In questo senso F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 104. Sul punto v. anche G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 2 ss.; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema 'a rete' di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 2 ss.

potenziale criticità del nuovo assetto del sindacato sull'incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, consegnato dalla dirompente sent. n. 269 del 2017[18] (tant'è che, non a caso, si è iniziato a discorrere di "modello 269 temperato"[19]).

Innanzitutto, il Giudice costituzionale ha smussato uno degli elementi maggiormente problematici dell'*obiter dictum*: la regola della *priorité constitutionnelle*. In altri termini, quello che precedentemente pareva essere un vero e proprio *obbligo* per il giudice comune di rivolgersi alla Corte in *tutti i casi* in cui sospettasse una congiunta violazione della CDFUE e della Costituzione, ha mutato configurazione, venendo a qualificarsi come una mera *facoltà*[20]. In effetti, mentre nella sent. n. 269 del 2017 il Giudice delle leggi aveva espressamente affermato che «le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità* di un intervento *erga omnes* di questa Corte»[21], soggiungendo che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento alla Costituzione quanto in relazione alla Carta «*debba* essere sollevata la questione di legittimità costituzionale», già nella successiva sentenza in materia di doppia pregiudizialità, la n. 20 del 2019, i passaggi menzionati sono stati richiamati con una sostanziale modifica: *ivi*, infatti, il Giudice costituzionale si è limitato a riconoscere che in siffatte ipotesi «va preservata l'*opportunità* di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte»[22].

Questo palese cambio di approccio ha trovato, poi, ulteriore conferma, in termini ancora più espliciti, nella sent. n. 63 del 2019, con cui la Corte, dopo aver ribadito la sussistenza del «potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale», ha precisato che laddove «*sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale* che coinvolga anche le norme della Carta,

---

[18] V., in proposito, le precisazioni fornite da V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 3/2019, 793 ss. Cfr. anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia,* Bologna, 2020, 237 ss.

[19] Il rilievo è comune in dottrina: per tutti, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, *dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 14; M. MASSA, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte Cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 10 ss.

[20] Rimane, dunque, fermo il fatto che ove il giudice comune valuti l'opportunità di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale per ottenere una pronuncia con effetti *erga omnes*, detta scelta non viene più sanzionata, come invece avveniva in passato, con l'inammissibilità per difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Sul punto v. F. VIGANÒ, *Introduzione*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: efficacia e effettività*, Napoli, 2018, 9 ss.

[21] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). In dottrina, G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 6; D. TEGA, *Il superamento del "modello Granital". Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in *Consulta online*, 27 gennaio 2020, 3.

[22] Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.1 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). In merito alla "trasformazione" della doverosità della previa rimessione alla Corte costituzionale in mera opportunità di interpellare in prima battuta detto giudice, cfr. G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *Federalismi.it*, 24/2018, 1 ss.; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, *dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 8; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 1 ss.; G. REPETTO, G. MARTINICO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 738.

questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta»[23]. Un analogo orientamento si rinviene anche nelle più recenti decisioni nn. 112 e 117 del 2019, che hanno segnato, al riguardo, un definitivo mitigamento degli effetti dell'*obiter dictum*[24].

Inoltre, quanto all'altra fondamentale questione posta dalla sent. n. 269 del 2017, relativa alla perdurante possibilità per il giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale – possibilità che detta pronuncia, anche a causa dell'ambigua dizione «*per altri profili*», era sembrata escludere –, la Corte, già nella sent. n. 20 del 2019, ha rimodulato la propria posizione specificando che resta «fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, *sulla medesima disciplina*, *qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria*»[25]. E questo, dal momento che in generale «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera […] un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, *per definizione, esclude ogni preclusione*»[26].

Sulla medesima lunghezza d'onda, nella sent. n. 63 del 2019, il Giudice delle leggi ha ribadito come rimanga fermo «il *potere* del giudice comune di *procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE, *anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, e – ricorrendone i presupposti – di *non applicare*, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, *la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta*»[27]. La Corte finisce, così, per riconoscere

---

[23] Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). Su questa pronuncia v. G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *I Post di AISDUE*, 1/2019, 27 ss.

[24] Cfr., ad esempio, V. TENORE, *La portata applicativa del principio "nemo tenetur se edere", ovvero del "diritto al silenzio", innanzi alla Consulta (nota a Corte cost., 10 maggio 2019 n. 117/ord.)*, in *www.lexitalia.it*, 14 maggio 2019, 1 ss.

[25] Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). Sulla possibilità che il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni si possa estendere anche agli stessi profili già oggetto dell'incidente di costituzionalità, v. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, cit., 26 ss.; G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, 261 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta online*, 1/2019, 113 ss.; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019.

[26] Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). In proposito cfr. O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 434 ss.

[27] Corte cost., sent. n. 63 del 2019, punto 4.3 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). Per tale via la Corte costituzionale si è riallineata alla soluzione di cui alle citate sentenze *Melki e Abdeli* e *A. c. B.*, già, almeno in parte, delineata nella precedente decisione *Mecanarte* (sent. del 27 giugno 1991, causa C-348/89) relativa alla questione prioritaria di costituzionalità del sistema portoghese, in cui il Giudice di Lussemburgo aveva osservato che il ricorso obbligatorio alla Corte costituzionale non può impedire al giudice comune di esercitare la facoltà, né dispensarlo dall'obbligo, di esperire il rinvio pregiudiziale su questioni concernenti l'interpretazione ovvero la validità del diritto comunitario, al fine di consentirgli di giudicare se una norma interna sia o meno compatibile con quest'ultimo. Cfr. anche, recentemente, Corte di giustizia, sent. del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet Ltd*; sent. del 16 luglio 2020,

apertamente la possibilità per il giudice *a quo* di disapplicare la normativa nazionale e di procedere al rinvio pregiudiziale, anche all'esito dell'incidente di costituzionalità e per *qualsiasi profilo*[28]. Questa precisazione si rinviene anche, in maniera ancora più marcata, nell'ord. n. 117 del 2019, laddove il semplice *potere* è diventato un vero e proprio *dovere* «di non applicare»[29].

In estrema sintesi, il nuovo panorama giurisprudenziale delineatosi a valle della sent. n. 269 del 2017 riconosce che, in presenza di una norma interna sospettata di confliggere tanto con regole della Carta dotate di effetto diretto quanto con previsioni della Costituzione, il giudice comune dispone di un certo margine di discrezionalità nella scelta tra seguire il percorso europeo ovvero quello interno. Nella prima ipotesi, procederà all'immediata disapplicazione della norma nazionale, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia; nella seconda ipotesi, solleverà la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale onde ottenere uno scrutinio sulla norma nazionale alla luce dei parametri interni e/o europei, in quest'ultimo caso interposti per il tramite degli artt. 11 e 117 della Costituzione[30]. Peraltro, anche optando

---

causa C-686/18, *Adusbef e a.*; nonché, in dottrina, R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2014, 4089 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B. e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti comparati*, 2 ottobre 2014.

[28] Il riferimento al potere del giudice comune di procedere al rinvio pregiudiziale «anche dopo» l'incidente di costituzionalità presuppone, peraltro, che detta strada sia percorribile *anche prima* di questo giudizio. In questo senso M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2019. Alla medesima conclusione era già giunto anche A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta online*, 1/2019, 169 ss.

[29] Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 2 *Considerato in diritto*. Molto si è detto in merito a questa ordinanza di rinvio pregiudiziale, *ex* art. 267 TFUE, della Corte costituzionale (su cui vedi *infra* nota 102), la quale ha suscitato, in dottrina, la speranza dell'avvio di una stagione di rinnovata collaborazione tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, dopo la temuta rottura dei rapporti tra le due Corti, avvenuta con la sent. n. 269 del 2017: per tutti, A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, 2/2019, 242 ss.; 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*, 4/2019, 1 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, 170 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, 179 ss.; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 2/2019, 1 ss.; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, in *Diritti fondamentali*, 1/2020, 57 ss.

[30] Nella seconda ipotesi su considerata, la Corte utilizzerà, anche nel giudizio di costituzionalità in via incidentale, la normativa europea *self-executing* quale parametro interposto, così come già avviene nei giudizi in via principale. Sull'impiego delle norme europee come parametro interposto nei giudizi in via principale, per tutti P. GIANGASPERO, *Note sull'utilizzazione del diritto comunitario immediatamente applicabile nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1994, 3482 ss. A tale riguardo, A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, 3/2020, 679, ha, peraltro, osservato che le norme della CDFUE sono qualificabili come norme interposte solo nel senso che integrano il parametro costituzionale interno, mentre non lo sono se si ritiene che la nozione di norma interposta implichi una sorta di subordinazione della norma integrata alle norme costituzionali. Si tratta di una questione sollevata anche da L. MONTANARI, *La Carta di Nizza, tra corti*

per il secondo percorso, il giudice rimettente potrà sempre, prima o dopo l'incidente di costituzionalità, effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per profili analoghi ovvero diversi; dovrà, inoltre, anche all'esito dello scrutinio di costituzionalità, disapplicare la norma interna, eventualmente non dichiarata incostituzionale dal Giudice delle leggi, laddove in contrasto con il diritto dell'Unione europea[31].

3. *Capacità espansiva del nuovo orientamento: oltre la Carta dei diritti fondamentali*

Se questo è, almeno per sommi capi, il quadro generale, così come ridefinito dalla giurisprudenza costituzionale successiva alla sent. n. 269 del 2017, occorre, adesso, fare riferimento a recenti pronunce che sembrerebbero preludere ad un ulteriore allargamento dell'innovativo schema di giudizio in tema di doppia pregiudizialità.

Si è anticipato come il Giudice delle leggi, nell'inaugurare il suo nuovo cammino europeo, avesse fatto proprio un canone di matrice *assiologico-sostanziale*: il «*contenuto di impronta tipicamente costituzionale*» della CDFUE, che, in quanto tale, finisce per attrarre nel sindacato di costituzionalità – quale parametro interposto per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – ogni sua previsione, anche a prescindere dalla diretta efficacia, considerata la tendenziale sovrapponibilità tra il parametro costituzionale e quello della Carta[32]. Tuttavia, la premessa di questo cambio di passo nell'orientamento della Corte costituzionale in materia di incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea parrebbe essere stata ulteriormente precisata in senso espansivo[33]. Il Giudice delle leggi ha infatti, più volte, affermato la propria competenza a pronunciarsi sulle questioni sollevate dai giudici comuni, anche in ipotesi in cui il parametro europeo invocato fosse rappresentato non direttamente da una previsione della CDFUE, bensì da un'altra norma europea, dei Trattati ovvero di diritto derivato, che ne concretizza il contenuto[34].

---

europee e corti nazionali, al convegno *on line* organizzato dalla *Rivista AIC*, *La Carta di Nizza vent'anni dopo*, 2 luglio 2020.

[31] In questo senso A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, cit., 663, secondo la quale «Non è facile, per vero, immaginare quando il giudice debba procedere alla non applicazione dopo l'incidente di costituzionalità: per esempio quando, al di là dei vizi di illegittimità costituzionale dichiarati infondati, residuino altre incompatibilità tra legge interna e diritto europeo che non attengono a diritti e interessi costituzionali». Sulla medesima lunghezza d'onda anche R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 9 ss.

[32] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). Sul criterio *assiologico-sostanziale* summenzionato si rinvia ad A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit., 239.

[33] In questo senso v. R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019.

[34] Cfr. S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 644, la quale evidenzia che l'*obiter dictum* contenuto nella sent. n. 269 del 2017 presenta «una vocazione inevitabilmente espansiva, non potendosi affatto escludere

Tracce di questa tendenza espansiva del nuovo *judicial protocol* si sono immediatamente intraviste nelle pronunce che hanno fatto seguito all'*obiter dictum* del 2017, come nel caso della già menzionata sent. n. 20 del 2019[35]. Detta decisione è originata da un atto di promovimento del TAR Lazio, secondo cui l'art. 14, commi 1-*bis* e 1-*ter* del d.lgs. 4 marzo 2013, n. 33 – equiparando i dirigenti pubblici ai titolari di incarichi politici ai fini degli obblighi di trasparenza sulla pubblicazione dei dati personali e patrimoniali – si sarebbe posto in contrasto tanto con le disposizioni costituzionali (artt. 2, 3 e 13 Cost.) quanto – per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. – con gli artt. 7, 8 e 52 CDFUE nonché 6, par. 1, lett. c) e 7, lett. c) ed e) della direttiva 95/46/CE[36]. Nel caso di specie, il conflitto tra fonti coinvolgeva non soltanto la Carta, ma anche una direttiva, di cui i Giudici di Lussemburgo avevano già riconosciuto la diretta applicabilità[37], che avrebbe quindi potuto condurre alla disapplicazione della disciplina interna, motivando, al contempo, una declaratoria di inammissibilità della questione di costituzionalità per irrilevanza[38].

La Corte costituzionale ha, invece, deciso di attrarre anche le menzionate previsioni di diritto europeo derivato nell'orbita dello scrutinio di costituzionalità in considerazione della loro «*singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE*»: sia nel senso che le norme della direttiva «forniscono specificazione o attuazione» alle norme primarie della Carta; sia nel senso, addirittura inverso, che ne rappresentano il «modello», la stessa fonte di ispirazione, tanto che «partecipano all'evidenza della loro stessa natura»[39]. E così, a far data dalla sent. n. 20 del 2019, la Corte ha prefigurato l'estensione del giudizio di costituzionalità ben oltre la sfera della contestuale violazione della Carta e della Costituzione, coinvolgendo, più in generale, l'intero diritto europeo inerente a diritti fondamentali[40].

---

che una norma di impronta tipicamente costituzionale si situi in altra fonte comunitaria, diversa». Così anche C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, cit., 3, che rimarca come «il ragionamento contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 possa essere esteso anche alle disposizioni dell'Unione europea che si collegano strettamente con quelle della Carta di Nizza, nonché alle norme UE, come ad esempio quelle dei Trattati, che possano essere considerate partecipi del carattere materialmente costituzionale e che riconoscano diritti ai singoli».

[35] R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra carte e corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European papers*, 1/2020, 502.

[36] Relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di detti dati.

[37] In fattispecie analoga a quella *sub iudice*, la Corte di giustizia delle Comunità europee (sent. del 20 maggio 2003, nelle cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/0120, *Österreichischer Rundfunk e altri*) aveva, infatti, affermato, a seguito di apposito rinvio pregiudiziale, che gli artt. 6, paragrafo 1, lettera c), e 7, lettere c) ed e), della citata direttiva 95/46/CE contengono norme direttamente applicabili. Similmente v. Corte di giustizia (Grande Sezione), sent. del 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione c. Germania*.

[38] Lo argomenta G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 323.

[39] Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.1 *Considerato in diritto*.

[40] Così, ancora, G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 323.

In questa chiave, la seconda delle decisioni che meritano un approfondimento è la sent. n. 11 del 2020[41]. Si tratta di una pronuncia con cui il Giudice costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata da un collegio arbitrale nei confronti della nuova normativa sulle incompatibilità tra pubblico impiego e partecipazione a società di capitali che operano nel settore farmaceutico (art. 8, comma 1, lett. c) della l. 8 novembre 1991, n. 362). A giudizio del rimettente, la disciplina censurata avrebbe violato, stante il *vulnus* arrecato alla libera iniziativa economica, sia i principi costituzionali interni (artt. 2, 3, 4, 35, 41, 47 Cost.) sia, per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost., talune previsioni europee, tra le quali l'art. 3 TUE[42], l'art. 49 TFUE[43] e, soprattutto, l'art. 16 CDFUE[44]. L'Avvocatura dello Stato, per parte sua, aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni, fra l'altro, per erronea evocazione, come norme interposte, di disposizioni dei Trattati provviste di effetto diretto, che il rimettente avrebbe dovuto applicare direttamente[45].

Eppure i Giudici di Palazzo della Consulta, respingendo l'eccezione di inammissibilità proposta dalla difesa erariale, hanno deciso di pronunciarsi nel merito, ribadendo che, «qualora sia lo stesso giudice comune, nell'ambito di un incidente di costituzionalità, a richiamare, come norme interposte, disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni, "questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione" (*ex plurimis*, sentenza n. 63 del 2019)»[46]. Dunque, di fronte all'evocazione di disposizioni dei Trattati quali parametri interposti, i Giudici costituzionali hanno, qui, concluso in senso diametralmente opposto rispetto a quanto argomentato nella sent. n. 269 del 2017, con la quale avevano dichiarato inammissibili le questioni sollevate in riferimento agli artt. 49 e 56 del TFUE, rimproverando al rimettente di aver «dedotto una violazione non di diritti fondamentali codificati nella CDFUE, ma della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi», ossia di libertà contemplate in disposizioni dei Trattati delle quali era stata invocata la diretta efficacia[47]. Anche in questa ipotesi, quindi, come già nella sent. n. 20 del 2019, l'indirizzo interpretativo inaugurato con l'*obiter dictum* del 2017 ha finito per superare

[41] Per un commento v. M. RUOTOLO, *Le incompatibilità nella gestione delle farmacie. Un piccolo omaggio a mio fratello Antonio (in forma di nota alla sent. n. 11 del 2020)*, in *Consulta online,* 1/2020, 80 ss.

[42] Tale previsione definisce quella europea come un'«economia sociale di mercato».

[43] L'art. 49 TFUE garantisce la libertà di stabilimento.

[44] L'art. 16 CDFUE enuncia la libertà d'impresa. V., al riguardo, G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 323.

[45] Corte cost., sent. n. 11 del 2020, punto 1.1.2 *Ritenuto in fatto.*

[46] Corte cost., sent. n. 11 del 2020, punto 3.4 *Considerato in diritto*.

[47] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*. In dottrina, cfr. G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 324.

«le colonne d'Ercole della Carta dei diritti e si estende sull'intero diritto UE, pur dotato di diretta efficacia»[48].

Nello stesso sentiero si inserisce, sebbene in modo meno esplicito, anche la sent. n. 44 del 2020, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 12, lett. b), della legge regionale lombarda 8 luglio 2016, n. 16 (Disciplina regionale dei servizi abitativi), che subordinava l'accesso ai servizi abitativi pubblici al requisito della residenza anagrafica ovvero dello svolgimento di attività lavorativa nella Regione per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda[49]. Nell'ordinanza di rimessione, il Tribunale di Milano aveva invocato la violazione di diversi parametri costituzionali (artt. 3 e 10 Cost.) nonché –attraverso il solito parametro interposto dell'art. 117, comma 1, Cost. – dell'art. 11 della direttiva 2003/109/CE, concernente lo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

Nonostante vi fosse astrattamente la possibilità di procedere alla disapplicazione diretta, stante il contrasto della legge regionale *sub iudice* con una previsione europea provvista di efficacia diretta, la Corte ha comunque deciso di trattenere la questione e di pronunciarsi nel merito delle censure di costituzionalità[50]. Per tale ragione, non pare

---

[48] Il virgolettato è tratto ancora da G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 324.

[49] La pronuncia è annotata da C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consulta online,* 1/2020, 173 ss.; M. GORLANI, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 353 ss.; C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020, 573 ss.; F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020, 431 ss.

[50] Cfr. Corte cost., sent. n. 44 del 2020, punto 1 *Ritenuto in fatto*. Dalla ricostruzione in fatto emerge come il giudice *a quo* avesse escluso di poter procedere alla diretta disapplicazione della legge regionale censurata in ragione di una valutazione negativa circa l'efficacia diretta della previsione contenuta nella direttiva menzionata. Peraltro, nessuna specifica eccezione di irrilevanza era stata sollevata in merito a questo specifico profilo, il che spiegherebbe perché la Corte non abbia speso alcun argomento sul punto. Le parti non avevano, evidentemente, alcun interesse a sostenere la possibilità di una diretta disapplicazione della norma in questione: i ricorrenti per ottenere un annullamento *erga omnes* della disposizione, la Regione per non smentire la legittimità della propria legge. Occorre, però, rilevare come la motivazione con cui il rimettente aveva escluso la disapplicazione fosse assai stringata e sbrigativa, ragione per cui sarebbero, plausibilmente, sussistiti tutti i presupposti per una dichiarazione di irrilevanza delle questioni, considerato il contrasto della norma interna con una previsione europea *self-executing*. In particolare, il giudice *a quo* aveva escluso, in poche righe, l'efficacia diretta dell'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2003/109/CE – che prevede il diritto del soggiornante di lungo periodo alla parità di trattamento con riferimento alle procedure di assegnazione degli alloggi – limitandosi ad osservare che detta previsione, sebbene chiara e precisa, non sarebbe incondizionata, in quanto riconosce la possibilità di un intervento limitativo dello Stato membro. A detta di C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, cit., 176, si tratta, però, di una conclusione erronea in quanto «la circostanza che il diritto alla parità di trattamento del soggiornante di lungo periodo possa essere in qualche misura limitato non significa che la norma non abbia effetto diretto (v. ad es. sent. Corte di Giustizia *Van Duyn*, 4 dicembre 1974, C-41/74, § 4-7 del Diritto, e *Baumbast*, 17 settembre 2002, C-413/99, § 84-86 e 94): l'applicabilità dell'art. 11, par. 1, lett. f) non è condizionata ad un ulteriore intervento normativo degli Stati membri ma è solo previsto che essi possano limitare il diritto riconosciuto dallo stesso art. 11; dunque, i soggiornanti di lungo periodo possono far valere davanti al giudice il diritto alla parità di

forzata una lettura nel senso di intendere anche la sent. n. 44 del 2020 – in cui il parametro interposto consisteva solo nella direttiva 2003/109/CE – riconducibile al filone giurisprudenziale che vede il Giudice delle leggi estendere la regola "*Granital revisited*" a fattispecie nelle quali vengono in gioco violazioni di diritti non radicati nella Carta, ma in altre norme di diritto dell'Unione europea, pur provviste di efficacia diretta[51]. In effetti, il caso in esame pare idoneo a rientrare nel summenzionato filone giurisprudenziale per vari ordini di ragioni:

i) la questione, riguardando il diritto alla parità di trattamento, rivestiva fuor di dubbio «rango costituzionale»[52], tanto è vero che la Corte costituzionale ha sovente giudicato questioni simili, alla luce sia dell'art. 3 Cost. sia dei parametri europei;

ii) il rimettente, pur non invocando espressamente come parametri interposti previsioni della CDFUE, aveva, però, richiamato in due punti tanto l'art. 21 (principio di non discriminazione) quanto l'art. 34 (diritto all'assistenza abitativa) della Carta. Dunque, il diritto invocato sulla base della direttiva (parità di condizioni per l'accesso all'edilizia pubblica) può agevolmente essere ricondotto nell'alveo della CDFUE;

iii) nella decisione, sebbene i parametri europei non siano stati esplorati, non manca comunque un riferimento all'art. 34 CDFUE, già menzionato nell'atto di promovimento;

iv) ricorreva l'opportunità di una pronuncia *erga omnes*, al fine di evitare una tutela "a macchia di leopardo" dei diritti fondamentali degli stranieri, da parte sia della Pubblica amministrazione che dei giudici[53].

Per tutti i motivi anzidetti, la sent. n. 44 del 2020, pur nella diversità di fattispecie rispetto ai precedenti menzionati, pare, effettivamente, consolidare l'indirizzo espansionista, affermatosi a partire dalla sent. n. 20 del 2019, favorevole a giudicare nel merito questioni concernenti contrasti tra norme interne e norme europee *self-executing*, non contemplate dalla CDFUE, e lesive anche di un diritto costituzionale[54].

---

trattamento qualora esso sia compresso al di là delle limitazioni consentite dalla direttiva o qualora esso sia compresso senza che lo Stato abbia introdotto alcuna limitazione». In aggiunta, l'efficacia diretta dell'art. 11, par. 1, della direttiva menzionata è ricavabile dalla pronuncia della Corte di giustizia *Kamberaj* (sent. del 24 aprile 2012, causa C-571/109), riguardante una discriminazione dei soggiornanti di lungo periodo in relazione ad un sussidio per l'alloggio riconosciuto dalla Provincia autonoma di Bolzano, ed è stata recentemente affermata anche dalla Corte di cassazione in relazione all'assegno per il nucleo familiare (Cass., sez. lav., sent. n. 28745 del 2019).

[51] Difatti, considerato che l'eventuale declaratoria di inammissibilità per irrilevanza sarebbe stata rilevabile d'ufficio, una decisione nel merito della Corte non può considerarsi priva di alcun significato. Così, ancora, C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, cit., 177.

[52] In questo senso Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.3 *Considerato in diritto*, dove si riconosce che «La "prima parola" che questa Corte, per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco». In merito al criterio del rango costituzionale della questione v., per tutti, A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, cit., 667.

[53] Giunge a questa conclusione C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, cit., 178.

[54] *Ibidem*. Ma v. *contra* R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra carte e corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 508, che non considera sostenibile una siffatta lettura.

Questa tendenza espansiva del nuovo cammino europeo della Corte costituzionale sembra confermata da un'ultima pronuncia, che merita di essere brevemente richiamata, ossia l'ord. n. 182 del 2020[55]. In particolare, la Corte di cassazione, attraverso una serie di ordinanze di rimessione dal contenuto affine[56], aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 125, della l. 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. bonus bebè) e dell'art. 74, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (assegno di maternità) per violazione degli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in rifermento agli artt. 20, 21, 24, 33, 34 CDFUE[57]. Come si apprende dagli atti di promovimento, i giudici di merito, nelle controversie delle quali erano stati investiti, avevano disapplicato la normativa nazionale per contrasto con l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE – richiamata anche dalla Corte di cassazione –, che sancisce il principio della parità di trattamento nei confronti dei cittadini di Paesi terzi titolari del permesso unico di lavoro nei settori della sicurezza sociale[58]. All'opposto, la Corte di cassazione, pur ritenendo possibile la disapplicazione, aveva optato per la rimessione della questione al Giudice delle leggi[59].

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha deciso di interpellare i Giudici di Lussemburgo sulla possibilità di includere, tra le garanzie approntate dall'art. 34 CDFUE, gli assegni di natalità e di maternità di base, al fine di verificare se sussista un contrasto tra la Carta e la disciplina di recepimento italiana, che, escludendo i cittadini stranieri titolari di un permesso unico, ai sensi della direttiva 2011/98/UE, dalla fruizione di tali provvidenze, le consentirebbe di emettere una declaratoria d'incostituzionalità delle norme oggetto di giudizio[60]. Nel fare ciò, peraltro, il Giudice delle leggi, dopo aver ravvisato una «*connessione inscindibile* tra i princìpi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla Carta, *arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici*», ha rimarcato che

---

[55] Cfr. D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, 4/2020, 308 ss.; N. LAZZERINI, *Dual Preliminarity Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European papers*, 3/2020, 1463 ss.; G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale, in Nomos*, 1/2021, 1 ss.

[56] Si tratta delle ordinanze del 17 giugno 2019, iscritte ai numeri 175, da 177 a 182 e da 188 a 190 del registro ordinanze 2019 e pubblicate nella G.U. n. 44 e 45, prima serie speciale, del 2019.

[57] In argomento, F. MASCI, *Sull'accesso al welfare dei cittadini di Paesi terzi: le decisioni in materia di assegni per il nucleo familiare anticipano quanto dirà la CGUE in materia di assegni di natalità e maternità?*, in *DPCE online*, 1/2021, 1399 ss.

[58] In merito v. S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus*, 2/2021, 100.

[59] Nel dettaglio, con riferimento all'assegno di maternità, la Corte di cassazione aveva precisato che le questioni inerivano ad un periodo precedente alla scadenza del termine di recepimento della direttiva (25 dicembre 2013), che di conseguenza veniva ritenuta non invocabile; la direttiva risultava, invece, applicabile con riferimento al cd. bonus bebè. Tuttavia, la Corte, trovatasi dinanzi al "bivio" tra l'applicazione immediata dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, dotato di effetto diretto, ed il giudizio di costituzionalità, ha optato per la seconda strada. Lo evidenzia R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un "livello comune di tutela" dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3/2020, 74 ss. Sulla diretta efficacia della previsione richiamata, v. anche D. GALLO, A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 320.

[60] C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1284 ss.

spetta a sé stesso salvaguardare tali diritti «in una prospettiva di massima espansione»[61]. In questo modo, si è consolidato esplicitamente, anche nel dialogo con il Giudice dell'Unione, l'allargamento del "modello 269 temperato": il diritto europeo, pur diverso dalla Carta, è stato, infatti, presentato alla Corte di giustizia come una fonte integrativa del diritto fondamentale alla sicurezza e all'assistenza sociale, che, in quanto tale, legittima il Giudice costituzionale ad intervenire con una propria pronuncia *erga omnes*[62].

4. *Brevi riflessioni sulla normativa europea involgente diritti fondamentali*

Come si può notare, nella più recente giurisprudenza costituzionale, sin qui ricostruita, il nuovo orientamento del Giudice delle leggi in materia di doppia pregiudizialità sembra essersi definitivamente svincolato dal riferimento alla sola CDFUE: ciò che rileva, ormai, è esclusivamente che la norma interna censurata violi anche un diritto tutelato da una disposizione costituzionale, a prescindere dalla norma europea interposta invocata[63]. Le richiamate pronunce della Corte costituzionale rappresentano, perciò, la piena conferma che nessuna inversione di rotta vi è stata da parte di quest'ultima quanto all'intendimento, rinvenibile già *in nuce* nella sent. n. 20 del 2019, di attrarre nell'orbita dello scrutinio di costituzionalità anche le censure proposte in riferimento a previsioni europee diverse dalla Carta, che partecipino, però, della sua stessa natura, in quanto involgenti diritti fondamentali[64].

La decisione n. 20 del 2019 costituisce, in effetti, il paradigma dell'estensione della regola "*Granital revisited*" all'intero diritto europeo, nella misura in cui forgia il criterio della «singolare connessione»[65]. Si tratta di una soluzione – per la verità,

[61] Corte cost., ord. n. 182 del 2020, punto 3.2 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta). Sul prosieguo di questa vicenda giurisdizionale v. *infra* § 5.

[62] La Corte costituzionale, inoltre, nel motivare l'opportunità di rivolgersi al Giudice di Lussemburgo, osserva che «In un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea)». Sul punto v. B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del "dialogo" tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 688.

[63] Si finisce così, di fatto, per degradare la CDFUE e, più in generale, il diritto europeo che tutela diritti fondamentali, a mera norma interposta di rango sub-costituzionale, secondo uno schema sostanzialmente analogo a quello già applicato nelle ipotesi di contrasto tra una previsione interna e una disposizione della CEDU (seppur in quest'ultimo caso sia previsto un obbligo, e non una mera facoltà, di rimessione alla Corte costituzionale). Lo evidenzia P. MORI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, in *Giustizia insieme*, 27 aprile 2019.

[64] Su questo aspetto, nel dettaglio, G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2019, 255 ss.; F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2019, 87 ss.

[65] Corte cost., sent. n. 20 del 2019, punto 2.1 *Considerato in diritto*. Per un'analisi critica sul punto si rinvia ad A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"*, in *Consulta online*, 3/2019, 474, a detta del quale il criterio della "singolare connessione" solleva numerosi problemi teorico-pratici di non agevole soluzione.

piuttosto elastica e ancora non sistematizzata[66] – in base alla quale, laddove il conflitto si instauri tra una norma interna e una norma europea dotata di effetto diretto, si apre l'incidente di costituzionalità quando quella norma europea può comunque ricondursi ad un principio della Carta, ossia riflette, esprime, traduce, attua una norma della CDFUE sostanzialmente sovrapponibile ad una norma costituzionale[67]. Per converso, se la norma europea provvista di effetto diretto non esprime diritti o interessi di rango costituzionale, la risoluzione dell'incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea rimane nelle mani del giudice comune mediante la non applicazione[68]. Ciò detto, preme, ancora, rimarcare come, anche alla luce dell'attuale stagione di "riaccentramento" della giustizia costituzionale, sia, a ben vedere, plausibile che la Corte possa finire per intendere questo innovativo indirizzo interpretativo in senso ampio, a maglie alquanto larghe, allo scopo di accogliere il maggior numero di

[66] Il criterio è stato solamente accennato in alcune pronunce della Corte (sent. n. 20 del 2019; ord. n. 182 del 2020), tuttavia, anche laddove non espressamente menzionato, questo pare, comunque, potersi rinvenire nelle pieghe argomentative delle varie decisioni su richiamate, che preludono un'estensione del nuovo assetto del sindacato sull'incompatibilità europea anche al diritto dell'Unione *self-executing* diverso dalla Carta, sebbene ad essa legato a doppio filo. Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. n. 182 del 2020.

[67] Proprio per limitare questa capacità espansiva del "modello 269 temperato", parte della dottrina ha suggerito di perimetrare con ragionevole certezza lo spazio entro il quale il giudice comune potrebbe rimettere la questione alla Corte, ricorrendo al criterio del grado di armonizzazione del diritto derivato. Secondo tale criterio il sindacato accentrato troverebbe spazio laddove vi sia un margine di discrezionalità in capo agli Stati nell'attuazione del diritto europeo, mentre un siffatto sindacato dovrebbe arrestarsi di fronte ad atti vincolati, in quanto il giudizio sulla norma interna finirebbe inevitabilmente per tradursi in un giudizio diretto sulla norma europea di cui la norma interna costituisce puntuale attuazione. Quello descritto rappresenta, peraltro, un approccio che la Corte costituzionale è sembrata fare proprio nell'ord. n. 117 del 2019, ove ha introdotto il concetto di «armonizzazione normativa» e ha valorizzato gli incisi della normazione derivata rilevante nella fattispecie che fanno rinvio al diritto nazionale, i quali «parrebbero far salva in ogni caso la necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell'ipotesi in cui essi fossero più elevati di quelli riconosciuti a livello del diritto dell'Unione». Cfr. sul punto A.O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, cit., 465. Anche il *Bundesverfassungsgericht* in due recenti pronunce, cosiddette *Right to be forgotten I e II* (BVerfG, ordd. del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 e I BvR 276/17) ha sposato un simile criterio. In merito v. L.S. ROSSI, *Il nuovo corso del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *Federalismi.it*, 3/2020, iv ss. Più in generale, nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, si può rinvenire una maggiore apertura verso soluzioni nazionali autonome in ambiti materiali non pienamente armonizzati: cfr. Corte di giustizia, sent. del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*. Al riguardo si rinvia a M.E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2019, 55 ss.; M. WENDEL, J.H. REESTMAN, M. CLAES, *Better In Than Out: When Constitutional Courts Rely on the Charter*, *Editorial*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2020, 4.

[68] Insiste sul punto A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, cit., 671, la quale precisa che il criterio della "singolare connessione" governa un rapporto del tutto interno al diritto europeo. L'Autrice riferisce questo criterio esclusivamente ai rapporti tra norma derivata e norma primaria della Carta, entrambe in funzione di parametro interposto. Non pare, però, forzato estendere il criterio in esame anche ai rapporti fra Trattati e Carta, ove a venire in gioco siano disposizioni dei primi *quodammodo* "connesse" alla seconda e, dunque, «attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati dai parametri costituzionali interni». Cfr. Corte cost., sent. n. 11 del 2020.

questioni possibili, limitandosi, in tal guisa, a svolgere un mero controllo *ab externo* sulle motivazioni addotte in merito dal giudice *a quo*[69].

Inutile nascondere che, se così fosse, se, cioè, l'intendimento della Corte costituzionale fosse realmente quello di estendere il "modello 269 temperato" fino a renderlo un sistema di carattere generale, tale da ricomprendere non solo i casi – dai quali l'*obiter dictum* aveva preso spunto – in cui la norma parametro europea sia la CDFUE, bensì tutte le ipotesi in cui a venire in gioco sia una regola di diritto dell'Unione europea *self-executing*, in qualsiasi fonte prevista, purché attuativa di diritti fondamentali, le conseguenze non sarebbero assolutamente di poco momento[70].

Innanzitutto, sul versante esterno, il Giudice costituzionale rischierebbe di compromettere l'*acquis communautaire* in tema di primato e di effetto diretto, ponendosi in palese contrasto con la granitica giurisprudenza della Corte di giustizia, che sostiene la perdurante validità della dottrina *Simmenthal*, alla stregua della quale:

i) elemento cardine dell'ordinamento dell'Unione europea è il riconoscimento del potere, in capo al giudice comune, di procedere all'immediata disapplicazione di una norma interna confliggente con una norma europea direttamente efficace, comprese, dunque, le previsioni della CDFUE, laddove provviste di effetto diretto[71];

ii) non possono essere ammesse costruzioni normative ovvero prassi giurisprudenziali che abbiano per effetto di sottrarre al giudice comune il potere di

---

[69] Lo osserva A.O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, cit., 465. In merito alla c.d. crisi dell'incidentalità e ai conseguenti tentativi di riaccentramento del sindacato di costituzionalità v., per tutti, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., 2226 ss.; E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, 2020, 243 ss.; G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Napoli, 2020.

[70] La deroga apportata alla dottrina *Granital* viene, però, circoscritta da G. SORRENTI, *CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? (ancora sulla doppia pregiudizialità…passando per Saint Exupery)*, in *Consulta online*, 1/2021, 6, la quale evidenzia che l'attrazione delle norme *self-executing* delle direttive attuative di diritti fondamentali sanciti nella CDFUE nel raggio d'azione del sindacato di costituzionalità, in qualità di parametro, «non costituisce *tout court* un arretramento rispetto al tradizionale *status* di norme potenzialmente auto-applicative ad esse tributato», in quanto nelle controversie tra parti private «data la mancanza di efficacia orizzontale, la direttiva comunque non potrebbe sostituirsi alla disciplina nazionale valevole per i rapporti *inter privatos* e non è certo la riconducibilità della disposizione *de qua* alla sfera assiologico-semantica dei diritti fondamentali (e quindi al "modello 269") a privarla di uno statuto operativo, che a monte non le spetta». In particolare, sulla possibilità di predicare l'effetto diretto per le direttive, pur se *self-executing*, esclusivamente quando la loro disciplina è volta ad operare in rapporti verticali, che si instaurano tra consociati e pubbliche autorità, e non laddove debba essere applicata a rapporti orizzontali, cfr. Corte di giustizia, sent. del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*; sent. dell'8 maggio 2019, causa C-24/17, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*; sent. dell'8 maggio 2019, causa C-396/17, *Martin Leitner*. Questi aspetti vengono messi in luce anche da A. AMATO, *Giudice comune e Carta dei Diritti: quale spazio per la disapplicazione?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2021, spec. 79 ss.

[71] Considerato che, ove così non fosse, si produrrebbe un'applicazione della normativa europea dotata di effetto diretto "a macchia di leopardo", circostanza, questa, espressamente rifiutata dai Giudici di Lussemburgo già nella sent. del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. Enel*, ove avevano rimarcato che «se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro […] ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato».

disapplicare immediatamente le norme interne incompatibili con il diritto dell'Unione e di riservarlo ad organi diversi[72].

Ovviamente, non può nascondersi che sarebbe certamente illusorio ritenere di poter porre una chiara e netta linea di demarcazione tra l'ambito di applicazione dei diritti radicati nella CDFUE, da un lato, e le norme di diritto europeo, primario o derivato, dall'altro. E questo perché, come noto, ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE, la Carta non può trovare applicazione se non nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione europea, ossia «come "ombra" che accompagna una regola di diritto sostanziale dell'Unione»[73]. Ne deriva che la CDFUE finisce, in un modo o nell'altro, per esercitare una *vis* attrattiva tale da ricondurre nella propria sfera tutte le altre norme di diritto europeo, anche se dotate di diretta efficacia[74].

In concreto, quindi, qualora si tratti di vagliare la conformità di una norma interna alla Carta, questa operazione richiede necessariamente che l'attività legislativa nazionale si sia svolta in sede attuativa del diritto europeo[75]. Cionondimeno, se la

[72] V. Corte di giustizia, sent. del 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, par. 24, secondo cui «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». In senso conforme, recentemente, Corte di giustizia, sent. del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC*, con cui i Giudici di Lussemburgo hanno ribadito l'applicazione anche rispetto alla CDFUE della loro consolidata giurisprudenza sul primato, sull'effetto diretto e sul rinvio pregiudiziale. In merito C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Legislazione penale*, 4 febbraio 2019.

[73] Così R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, cit., 504, il quale richiama la sent. della Corte di giustizia, del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, par. 21, a stregua della quale «dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione; l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta». Peraltro, la Corte di giustizia ha precisato che il collegamento richiesto dall'art. 51, par. 1, CDFUE tra un atto di diritto dell'Unione europea e la misura nazionale in questione «non si identifica nella mera affinità tra le materie prese in esame e nell'indiretta influenza che una materia esercita sull'altra». Così Corte di giustizia, ord. del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ contro Balga srl*, recentemente richiamata anche da Corte cost., sent. n. 254 del 2020.

[74] V. G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 325.

[75] Cfr., a tale riguardo, l'iniziativa assunta dalla Corte d'Appello di Napoli, il 18 settembre 2019, di adottare due ordinanze parallele di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e di rimessione alla Corte costituzionale, secondo una lettura inedita della doppia pregiudizialità, nel senso di ritenere che il percorso europeo e quello nazionale possano essere intrapresi contemporaneamente. In particolare, con il rinvio pregiudiziale il giudice partenopeo aveva domandato alla Corte di giustizia la corretta interpretazione delle regole della CDFUE e, nello specifico, dell'art. 30 che garantisce la tutela del lavoratore avverso licenziamenti ingiustificati, letto alla luce dell'art. 24 della Carta sociale europea; l'ordinanza di rimessione al Giudice delle leggi sollevava, invece, una questione di legittimità costituzionale del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (c.d. *Jobs Act*) per violazione di varie previsioni costituzionali, tra cui l'art. 117 Cost., utilizzando quale parametro interposto la CDFUE (art. 20, 21, 30 e 47). In questa vicenda si è pronunciata per prima la Corte di giustizia dell'Unione europea che, con ord. del 4 giugno 2020, causa C-32/20, *TJ contro Balga srl*, ha dichiarato manifestamente irricevibili le questioni proposte, stante l'assenza «di un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione», collegamento, invece, richiesto dall'art. 51, par. 1, CDFUE. Successivamente, ha preso posizione sulla questione anche la Corte costituzionale, con sent. n. 254 del 2020, che, dopo aver

conseguenza di questa, del tutto condivisibile, premessa fosse quella di spostare in *toto* l'asse dell'incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea sullo scrutinio interno di costituzionalità, allora l'allontanamento dalla "regola aurea" della disapplicazione della legge nazionale anticomunitaria su cui poggia la giurisprudenza *Simmenthal* e, conseguentemente, l'equiparazione dei Trattati europei a qualsiasi altra fonte di diritto internazionale convenzionale si rivelerebbero pressoché completi[76].

Inoltre, sul versante interno, il Giudice costituzionale finirebbe per porsi in frontale contrapposizione con l'originaria *ratio* giustificatrice posta alla base del suo nuovo cammino europeo, con il rischio di smentire, ad un tempo, oltre ai principi di fondo della complessa architettura normativa dell'Unione europea, persino se stesso.

Preme, al riguardo, rimarcare come la sent. n. 269 del 2017, capostipite di questo nuovo corso, nell'enunciare la regola "*Granital revisited*", avesse eretto un preciso argine al fine di delimitare la portata della priorità del giudizio costituzionale rispetto alla pregiudizialità comunitaria[77]. Pareva, in effetti, chiaro, in quella decisione, che esclusivamente la violazione di «*diritti fondamentali codificati nella CDFUE*» e allo stesso tempo radicati nella Costituzione, avrebbe potuto giustificare l'intervento in prima battuta del Giudice delle leggi, ossia il suo *ius primi verbi*[78]. Non a caso, come già ricordato, la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità di determinate questioni sollevate dal rimettente perché, nel caso di specie, erano stati evocati quali parametri interposti non già previsioni della Carta, bensì dei Trattati[79]. Il che rende evidente come il Giudice costituzionale avesse mostrato una particolare cura nell'affermare il carattere selettivo e circoscritto dell'innovazione introdotta, distinguendo espressamente i diritti contemplati dalla CDFUE da quelli previsti da altre fonti di diritto europeo[80].

---

richiamato testualmente alcuni passaggi dell'ordinanza della Corte di Giustizia e aver, così, constatato come la situazione giuridica del ricorrente nel procedimento principale non rientrasse «nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» ha soggiunto che l'interpretazione delle disposizioni della Carta «non ha alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale» (punto 2.2 *Considerato in diritto*). In questo modo, quindi, il Giudice delle leggi, ha ribadito il proprio costante orientamento circa l'inidoneità della CDFUE a costituire parametro interposto in relazione a fattispecie non disciplinate dal diritto europeo. V. in merito le valutazioni di C. BAISI, *Licenziamento collettivo e Jobs Act: un non liquet denso di significato*, in *Giustizia insieme*, 16 dicembre 2020; M. MAZZETTI*, La legittimità della disciplina italiana contro il licenziamento collettivo*, in *Questione giustizia*, 12 febbraio 2020; S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 183 ss.

[76] R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European papers*, cit., 505. Si tratta di un rischio ipotizzato, all'indomani della sent. n. 269 del 2017, anche da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 260.

[77] In questo senso v. G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 326.

[78] Cfr. Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.3 *Considerato in diritto* (enfasi aggiunta).

[79] *Ivi*.

[80] Cfr. G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021, 258, secondo cui «L'inversione della doppia pregiudiziale può trovare, in definitiva, solide giustificazioni teoriche, se e nella misura in cui la Corte rivendichi la priorità del giudizio costituzionale nell'interpretazione dei diritti radicati ad un tempo nella Costituzione e nella Carta di Nizza. Appare invece meno solida nei casi in cui si pretenda di attrarre all'area del controllo costituzionale anche norme europee diverse dalla Carta». Il trattamento giuridico differenziato per i diritti previsti rispettivamente nella Carta e nelle altre fonti europee viene, invece, considerato opinabile da C. PADULA, *Il ruolo della Corte costituzionale, fra*

Ora, svincolare il nuovo orientamento dal necessario riferimento alla Carta avrebbe come diretta, ed inevitabile, conseguenza quella di abbandonare le solide giustificazioni teoriche su cui poggia il nuovo assetto del sindacato sull'incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea[81]. È, infatti, appena il caso di evidenziare che quando il Giudice costituzionale è giunto, nella suddetta sent. n. 269 del 2017, alla dirompente affermazione secondo la quale «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale», ciò è avvenuto esclusivamente sulla base della premessa concettuale per cui «occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di *caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale*»[82]. Tanto che, rispetto alle altre previsioni europee di diversa origine, dunque prive del medesimo statuto assiologico, la Corte aveva precisato come rimanessero fermi «i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale»[83].

A onore del vero, in una recentissima sentenza, la n. 182 del 2021, che rappresenta, almeno apparentemente, un'ulteriore e significativa testimonianza dell'estensione del "modello 269 temperato" al diritto europeo diverso dalla Carta – nel caso di specie, si trattava della direttiva 2016/343/UE, concernente la tutela delle garanzie procedurali degli accusati, riconducibile all'art. 48 CDFUE –, si rinviene un passaggio che potrebbe indurre a pensare che la Corte costituzionale sia, in qualche modo, ritornata sui suoi passi[84]. In effetti, il Giudice delle leggi, dopo aver ribadito che l'evocazione di previsioni dell'Unione europea deve essere considerata ammissibile

---

entropia e discrezionalità. Riflessioni sulla sent. 269/2017 e sui casi relativi alle elezioni politiche, in AA.VV., *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 548.

[81] Giunge a questa conclusione ancora R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European papers*, cit., 503. Le menzionate premesse teoriche vengono messe in rilievo in G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., 170 ss.

[82] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*.

[83] *Ivi*. Cfr., in merito G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, cit., 326, a detta del quale «quando concorrono fra loro due Carte dei diritti (Costituzione e Carta di Nizza) di contenuto largamente analogo e di valore giuridico tipicamente costituzionale, diventa difficile conciliare la diretta applicazione della CDFUE, che reca quale suo corollario il sindacato diffuso, con il principio supremo dell'ordinamento repubblicano che affida alla Corte costituzionale la garanzia giurisdizionale dei diritti radicati in Costituzione e con ciò stesso esclude, in principio, la diretta applicazione giudiziale delle norme costituzionali».

[84] Con la pronuncia in esame la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate due questioni di legittimità dell'art. 578 c.p.p., sollevate dalla Corte d'appello di Lecce per asserito contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6, par. 2, CEDU, nonché con gli 11 e 117 Cost. in riferimento agli artt. 3 e 4 direttiva 2016/343/UE e all'art. 48 CDFUE. Per un commento a tale decisione, cfr. G. DE MARZO, *Azione civile nel processo penale, prescrizione del reato e presunzione di innocenza*, in *www.foroitaliano.it*, 3 agosto 2021; A. NAPPI, *Processo penale e accertamento della causalità agli effetti civili*, in *Giustizia insieme*, 8 settembre 2021; E. GRISONICH, *Verso una tutela integrata dei diritti fondamentali dei prevenuti: doppia pregiudizialità, Carta di Nizza e direttive di Stoccolma alla luce di un rilevante approdo della Consulta in relazione all'art. 578 c.p.p.*, in *Sistema penale*, 21 settembre 2021.

quando il rimettente «richiami, come norme interposte, disposizioni del predetto ordinamento attinenti ai medesimi diritti fondamentali tutelati da parametri interni»[85], ha aggiunto l'inciso, di non univoca lettura, secondo cui ciò vale «*ove non ricorrano i presupposti della non applicabilità della normativa interna contrastante con quella europea*»[86].

Ebbene, non può sottacersi come tale precisazione, se presa sul "serio", non solo porrebbe un evidente freno alle tendenze espansive del nuovo corso europeo della giurisprudenza costituzionale, ma addirittura sconfesserebbe lo stesso elemento cardine della svolta realizzata dalla Corte a partire dalla pronuncia n. 269 del 2017, ossia il criterio *assiologico-sostanziale*, in base al quale il Giudice delle leggi si ritiene competente a scrutinare questioni che riguardino ipotesi di concorso fra norme parametro (Costituzione e Carta) dotate di eguale caratura costituzionale, *a prescindere dal carattere self-executing delle previsioni in rilievo*[87]. Sennonché, stante l'assenza di ulteriori approfondimenti, nella pronuncia, su questo specifico passaggio, pare difficile credere che la Corte abbia voluto, così, quasi di soppiatto, neutralizzare il cambio di passo faticosamente impresso in tale ambito; e questo, soprattutto, se si considera che la sent. n. 182 del 2021 ha comunque richiamato taluni rilevanti precedenti che hanno contribuito a fondare il nuovo approccio europeo[88].

Ad ogni modo – anche al netto di qualsiasi valutazione sull'effettiva portata di quest'ultimo inciso – l'impressione è che, se la rilettura della regola "*Granital revisited*" arrivasse effettivamente al punto di aprire la strada al coinvolgimento del Giudice costituzionale anche in casi di conflitto tra norme interne e norme europee *self-executing* estranee alla CDFUE, seppur ad essa *quodammodo* "connesse", come quelle su ricordate, diverrebbe obiettivamente complesso porre un argine all'allargamento delle ipotesi in cui il nuovo criterio di composizione dei contrasti tra diritto europeo e diritto nazionale possa trovare il suo terreno di elezione e di più (o meno) pertinente applicazione[89].

---

[85] Corte cost., sent. n. 182 del 2021, punto 4.2 *Considerato in diritto*.

[86] *Ivi*.

[87] Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, *dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 15, la quale, a sua volta, richiama le considerazioni svolte da A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, cit., 238 ss.

[88] Il riferimento è a Corte cost., sentt. nn. 11 del 2020; 63 del 2019; 20 del 2019; 269 del 2017. In questo senso v. E. GRISONICH, *Verso una tutela integrata dei diritti fondamentali dei prevenuti: doppia pregiudizialità, Carta di Nizza e direttive di Stoccolma alla luce di un rilevante approdo della Consulta in relazione all'art. 578 c.p.p.*, cit.

[89] In termini piuttosto critici F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Federalismi.it*, 8/2019, 17, a detta della quale, in questo modo, «la Corte effettua una vera e propria trasfigurazione del sindacato di costituzionalità, con un'espansione del proprio ruolo che va ben oltre quanto previsto dalla stessa Costituzione». È dello stesso avviso anche A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, cit., 113, che ha visto nella sent. n. 20 del 2019 una «dilatazione in modo pressoché indefinito ed incontenibile dell'area in cui può affermarsi il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità invece di quello dell'applicazione diretta». *Contra* C.

5. *Osservazioni conclusive: la prospettiva della leale collaborazione tra Corti*

Alla luce delle considerazioni sopra svolte sembrerebbe che i più recenti pronunciamenti in materia di doppia pregiudizialità, ampliando ulteriormente l'area di intervento del sindacato di costituzionalità, finiscano, inevitabilmente, per mettere sotto scacco i principi cardine dell'architettura giuridica dell'Unione. E, tuttavia, questa giurisprudenza costituzionale può essere letta anche in un altro modo, indubbiamente più conciliante. A chi scrive pare, infatti, che il nuovo orientamento del Giudice delle leggi abbia già in se stesso anticorpi e antidoti, capaci di prevenire e financo bloccare eventuali applicazioni di portata potenzialmente dirompente sui rapporti fra ordinamento nazionale ed europeo.

Nello specifico, la svolta operata dalla Corte costituzionale, se, per un verso, ha messo in discussione il monopolio di intervento del giudice comune sulle questioni di incompatibilità tra diritto europeo e diritto nazionale[90], per l'altro, ha mutato i rapporti tra Giudice delle leggi e Corte di giustizia, attraverso un ampliamento delle ipotesi di ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale. Detto diversamente: «il protagonismo rivendicato dalla Consulta, in reazione a un'oggettiva, crescente emarginazione, si accompagna a una più ampia disponibilità al dialogo diretto con la Corte di giustizia, anche al fine di disattivare potenziali conflitti in via preventiva, e dunque, ridurre il ricorso, sempre traumatico, all'arma dei controlimiti»[91].

In sostanza, il Giudice costituzionale, il quale, sul fronte interno, sollecita i giudici comuni ad interpellarlo previamente nelle ipotesi di doppia pregiudizialità, si offre come attento recettore dei loro quesiti, che può rielaborare con maggiore libertà inquadrandoli

---

AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, cit.; ID, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, *dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 15, secondo cui sarebbe, invece, sensato guardare «alla sostanza e non alla forma e, quindi, a ciò che viene tutelato e non al come, al tipo di fonte che assicura la tutela, anche se questa impostazione amplia evidentemente le maglie dell'approccio "269 temperato"». In linea generale, quanto ai possibili riflessi negativi sull'ordinamento dell'Unione europea derivanti dal nuovo indirizzo interpretativo della Corte costituzionale in tema di doppia pregiudizialità, cfr., da ultimo, i rilievi di A. RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 6/2021, 212 ss.

[90] G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, Cedu e Carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, 3/2020, spec. 148 ss.

[91] Così, G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., 171; ID, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 7, il quale rileva che, nel dialogo tra corti, conta spesso di più disporre della "prima parola" piuttosto che della famosa "ultima parola", soprattutto quando si può ricorrere esclusivamente allo strumento "brutale" dei controlimiti. Sui rapporti tra il nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea e la dottrina dei controlimiti: per tutti, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 159 ss.; ID., *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *European Law Journal*, 2019, 452 ss.

nella cornice costituzionale e che, sul fronte esterno, può indirizzare al Giudice dell'Unione nell'ottica di un confronto dialettico[92]. Questa dinamica, consentendo alla Corte di giustizia – mediante un ricorso più frequente alla forma processuale del rinvio pregiudiziale – di pronunciarsi sulla *quaestio sub iudice* prima della decisione dell'incidente di costituzionalità, presenta l'indubbio pregio di alleggerire le ipoteche che altrimenti graverebbero sulla domanda di centralità espressamente avanzata dalla giustizia costituzionale in ordine al controllo sui diritti fondamentali, la cui estensione è stata tendenzialmente riscritta dalla CDFUE[93].

Tutto ciò appare di ancora maggiore rilievo se si considera che, fino al *revirement* operato con l'ord. n. 207 del 2013[94], la Corte costituzionale – forse anche per evitare di sottostare essa stessa ai *dicta* dei Giudici del Kirchberg – aveva sempre rifiutato, nei giudizi di legittimità in via incidentale, di considerarsi organo giurisdizionale di ultima istanza, in quanto tale soggetto all'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE[95].

---

[92] G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., 171. Sull'impiego degli strumenti di dialogo tra Corti v. A. APOSTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali al di là della Costituzione nazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 8 ss.; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 1 ss.

[93] In questo senso A. MORRONE, *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 215 ss. A tale riguardo preme ricordare che gli effetti potenzialmente dirompenti della CDFUE per la giustizia costituzionale erano già stati rilevati da M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 18, il quale, in tempi non sospetti, segnalava che l'inclusione «della Carta di Nizza, e, in prospettiva, della CEDU, nell'ambito materiale del diritto dell'Unione costituisce il più insidioso attacco che la giurisdizione costituzionale abbia mai dovuto fronteggiare».

[94] Cfr. Corte cost., ord. n. 207 del 2013, secondo cui «deve ritenersi che questa Corte abbia la natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale». Come noto, invece, per i giudizi di costituzionalità in via principale, la Corte aveva già riconosciuto, a partire dall'ord. n. 103 del 2008, che essa «pur nella sua peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE [ora art. 267(3) TFUE] e, in particolare, una giurisdizione di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni – per il disposto dell'art. 137, terzo comma, Cost. – non è ammessa alcuna impugnazione): essa, pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE». E questo, in quanto «in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia», di conseguenza «ove nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale non fosse possibile effettuare il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE, risulterebbe leso il generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario, quale interpretato dalla Corte di giustizia». Sul punto v. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 4-5/2008, 898 ss., il quale osserva che «se per l'innanzi la Corte costituzionale dava l'impressione di volersi considerare estranea alla crescita dell'ordinamento comunitario, con l'ordinanza in commento essa dimostra di sentirsi coinvolta in quella vicenda».

[95] Come risaputo, già nella sent. n. 13 del 1960, la Corte costituzionale aveva negato di essere giurisdizione ai sensi dell'allora art. 177 CEE. Il diniego è divenuto, successivamente, sistematico a partire dall'ord. n. 536 del 1995. Questa posizione era stata fortemente criticata da una parte della dottrina poiché contrastante con l'orientamento della Corte di giustizia in tema di "giurisdizione nazionale": cfr., per tutti, E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, 452 ss.; A. ADINOLFI, *Una «rivoluzione silenziosa»: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 1250 ss. In particolare,

Non è, quindi, un caso che essa, dopo aver per lungo tempo stentato ad adeguarsi, abbia dapprima modificato detto orientamento[96], attivando più frequentemente rinvii pregiudiziali al Giudice dell'Unione e, solamente poi, con la sent, n. 269 del 2017, abbia smussato l'obbligo di disapplicazione gravante sui giudici comuni in casi di incompatibilità tra diritto interno e diritto dell'Unione europea posto a presidio dei diritti fondamentali[97].

In effetti, se inizialmente la Corte costituzionale, escludendo un proprio rapporto diretto con la Corte di giustizia, non poteva che rimettere al giudice comune la decisione delle questioni di incompatibilità tra norma interna e norma europea, una volta aperto e valorizzato il canale dell'interlocuzione diretta con i Giudici di Lussemburgo, le ragioni per sostenere la priorità della pregiudizialità eurounitaria rispetto al giudizio costituzionale devono sicuramente essere apparse meno stringenti che in passato[98]. La regola "*Granital revisited*" rappresenta, evidentemente, il frutto di una giurisprudenza costituzionale che, superando antiche resistenze e l'isolamento in cui il Giudice delle leggi aveva finito per rinchiudersi, ha progressivamente reagito alla marginalizzazione di esso nel circuito della tutela dei diritti, anche attraverso un impiego più convinto di strumenti di dialogo, in passato trascurati, che hanno portato a tessere un rapporto sintonico con il Giudice dell'Unione[99].

---

il rifiuto del Giudice delle leggi di considerarsi giurisdizione ai fini del rinvio pregiudiziale era stato giustificato da G. ZAGREBELSKY, *Intervento introduttivo alla seduta su «Corti europee e Corti nazionali»*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea. Atti del Seminario, Roma, Facoltà di Giurisprudenza della LUISS*, Milano, 2002, 536, in quanto preordinato a garantire la stessa autonomia istituzionale del Giudice delle leggi. Ragionano, invece, di una motivazione di carattere "politico" legata all'esigenza di non appiattire completamente l'ambito di intervento della Corte costituzionale sulla giurisprudenza della Corte di giustizia: S. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato Ce, tra (ingiustificato) horror obsequii della Corte costituzionale ed irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 352; R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015, 244.

[96] Cfr. Corte cost., ordd. nn. 102 e 103 del 2008; 207 del 2013; 24 del 2017. Senza dubbio una dimostrazione dell'utilità dell'intervento della Corte costituzionale nel dialogo tra le Corti si può rinvenire nella c.d. saga Taricco. La letteratura sul punto è sconfinata. Basti qui richiamare: A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018.

[97] Lo evidenzia A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, cit., 16, richiamando anche quanto sostenuto da R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraggo un po'). In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"*, in *Consulta online*, 3/2019, 649.

[98] Così, ancora, A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, cit., 16. A tale riguardo N. LUPO, *La Corte costituzionale nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi*, in *Amministrazione in cammino*, 27 marzo 2010, 5, ritiene che con l'*obiter dictum* di cui alla sent. n. 269 del 2017 la Corte costituzionale abbia compiuto una svolta non già rispetto ai principi della sent. n. 170 del 1984, a detta dell'Autore rimasti sostanzialmente immutati, bensì rispetto «ad alcuni orientamenti che a questa sentenza avevano fatto seguito: e in particolare rispetto ai contenuti dell'ordinanza n. 536 del 1995, con cui la Corte costituzionale, nel restituire gli atti al giudice *a quo*, aveva negato di essere sottoposta all'obbligo, previsto dai trattati europei, di sollevare rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia».

[99] In questo senso possono leggersi le riflessioni di P. FARAGUNA, *Constitutional Rights First: The Italian Constitutional Court fine-tunes its "Europarechts freundlichkeit"*, in *VerfBlog*, 14 marzo 2018.

Da tale angolo visuale, il fatto che all'accentramento nella Corte costituzionale delle questioni doppiamente pregiudiziali, effetto fisiologico dell'inversione sancita con la sent. 269 del 2017, segua di necessità non una diminuzione delle ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, come da taluni sostenuto, bensì un incremento delle occasioni di più stretta collaborazione tra le Corti, è dimostrato da due recenti ordinanze di rimessione del Giudice delle leggi[100]. Si tratta delle già menzionate ordd. nn. 117 del 2019 e 182 del 2020, nelle quali la Corte costituzionale, formulando dei rinvii estremamente accurati, ha domandato al Giudice dell'Unione la soluzione di alcuni quesiti pregiudiziali, subordinando alla risposta di quest'ultimo la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al suo scrutinio.

In disparte ogni approfondimento sul merito delle vicende[101], ciò che preme qui rimarcare è che, in tali ipotesi, i Giudici di Palazzo della Consulta, posti di fronte a questioni di costituzionalità che investivano anche la CDFUE, hanno, sì, confermato le linee argomentative del "modello 269 temperato", ma, allo stesso tempo, hanno valorizzato il dialogo con la Corte di giustizia, «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia»[102]. In questa maniera, il Giudice costituzionale, servendosi di uno strumento tanto prezioso quanto potente come il rinvio pregiudiziale, ha esposto alla Corte di giustizia tutta una serie di elementi utili per risolvere, in modo equilibrato e compatibile con le esigenze del sistema costituzionale

---

Sulla stessa lunghezza d'onda v. anche A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in *Consulta online*, 1/2019, 51, secondo cui, nella sent. n. 269 del 2017, si assiste al «tentativo di recuperare a beneficio del giudice costituzionale quella centralità di ruolo in ordine alla salvaguardia dei diritti costituzionali che è parsa appannata o, come che sia, messa a rischio dall'infittirsi del «dialogo» tra i giudici comuni e la Corte dell'Unione per effetto di un utilizzo viepiù intenso e fecondo dello strumento del rinvio pregiudiziale».

[100] È di tale avviso G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., 171. Ma v. *contra* A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"*, cit., 476, che rimarca come il sindacato accentrato, in vece di quello diffuso, porti naturalmente e fatalmente ad un calo drastico dei rinvii pregiudiziali.

[101] Con l'ord. n. 117 del 2019 è stata posta, per la prima volta, dalla Corte costituzionale non solo una questione di interpretazione, ma anche di validità di norme europee, e segnatamente dell'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE e dell'art. 30, par. 1, let. b), del regolamento (UE) n. 596/2014, in riferimento agli art. 47 (diritto ad un ricorso effettivo) e 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa) CDFUE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di carattere punitivo. In particolare, il diritto al silenzio, peraltro tutelato dall'art. 24 Cost., nell'ipotesi in cui non fosse garantito dal diritto europeo derivato, si rivelerebbe incompatibile con gli art. 47 e 48 CDFUE e, pertanto, le predette previsioni normative risulterebbero invalide. Cfr., a tale proposito, B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 1/2021, 97.

In merito all'ord. n. 182 del 2020 vedi *supra* § 4.

[102] V. Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 2 *Considerato in diritto*; Corte cost., ord. n. 182 del 2020, punto 3.1 *Considerato in diritto*, che richiamano, entrambe, quanto già affermato in Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*.

italiano, i dubbi sull'interpretazione e la validità delle norme europee condizionanti la validità di quelle nazionali censurate[103].

Peraltro, la circostanza per cui, attraverso uno dei due atti di rinvio in commento, l'ord. n.117 del 2019, la Corte costituzionale abbia sollevato, per la prima volta nella sua storia, oltre ad una questione di interpretazione, anche una domanda pregiudiziale *di validità*, non sembra accidentale, bensì frutto di una strategia ben meditata[104]. Questa scelta, in effetti, rimuovendo l'ultimo ostacolo al pieno impiego degli strumenti di collaborazione istituzionale all'uopo predisposti dall'ordinamento europeo, finisce per chiudere idealmente il percorso avviato con l'ord. n. 207 del 2013, con cui, come detto, il Giudice delle leggi aveva definitivamente vinto le proprie resistenze a formulare domande pregiudiziali[105].

I Giudici di Lussemburgo, dal canto loro, rispondendo ai quesiti pregiudiziali con due pronunce rispettivamente del febbraio e del settembre 2021[106], hanno reso noto il

---

[103] Così C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale, dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 19, che evidenzia come la scelta della Corte costituzionale di esperire il rinvio pregiudiziale sia preordinata a far sentire la propria "voce" dinanzi ai Giudici del Kirchberg ed orientare, in questo modo, la sua decisione.

[104] G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, cit., 171.

[105] *Ibidem*.

[106] Ci si riferisce a Corte di giustizia, sent. del 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *D.B. c. Consob*; sent. del 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e altri c. INPS*.

Con la prima pronuncia la Corte di giustizia ha risposto ai quesiti pregiudiziali sollevati con l'ord. n. 117 del 2019 della Corte costituzionale, affermando che il diritto al silenzio, tutelato dagli artt. 47 e 48 CDFUE, si situa «al centro della nozione di equo processo» ed osta, in particolare, a che una persona fisica imputata venga sanzionata a causa del suo rifiuto a fornire, all'autorità competente, risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi natura penale. A seguito della riassunzione del giudizio all'esito del rinvio pregiudiziale, con sent. n. 84 del 2021, che ha riprodotto integralmente le argomentazioni già esposte nella richiamata ord. n. 117 del 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) nonché, in via consequenziale, di altre previsioni normative dall'analogo tenore, nella parte in cui si applicano anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo ovvero per un reato. Per un commento su questa vicenda v. L. MARIN, *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 227 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Interazione tra le Corti e riconoscimento di un nuovo diritto nell'ordinamento europeo*, in *Diritti comparati*, 9 febbraio 2021; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizia insieme*, 6 aprile 2021; A. MARCHESELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in *Consulta online*, 2/2021, 530 ss.; S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84*, in *Consulta online*, 3/2021, 767 ss.; T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2/2021, 1 ss.

Con la seconda decisione, il Giudice dell'Unione si è pronunciato sul rinvio pregiudiziale attivato dal Giudice delle leggi con l'ord. n. 182 del 2020. In particolare, la Corte di giustizia, seguendo un ragionamento imperniato non già sulla portata dell'art. 34 CDFUE, letto alla luce del diritto secondario – su cui aveva, invece, posto l'accento il rimettente –, bensì sul solo diritto derivato rilevante per la questione, ha riconosciuto l'incompatibilità tra la disciplina italiana in materia di assegni di natalità e maternità e la direttiva 2011/98/UE. La normativa italiana, infatti, nella misura in cui non consente la

proprio orientamento nei confronti dell'innovativa regola "*Granital revisited*", mostrando un atteggiamento altrettanto collaborativo[107]. Sembra, infatti, che lo spirito di cooperazione che ha animato la Corte costituzionale nei due atti di promovimento sia stato condiviso anche dalla Corte di giustizia. Del resto, le ordinanze in epigrafe si prestavano senz'altro ad offrire ai Giudici del Kirchberg la possibilità di pronunciarsi in merito alla riaffermata competenza della Corte costituzionale ad intervenire sulle ipotesi di contrasto tra norme europee e norme nazionali. Eppure, la Corte di giustizia si è limitata a ripercorrere il passaggio dell'ordinanza di rimessione che conferma l'accentramento del giudizio di costituzionalità in materia di diritti fondamentali, evitando accuratamente di formulare alcuna osservazione esplicita sul nuovo *judicial protocol* inaugurato dal Giudice delle leggi[108]. Il che, concedendo molto al rimettente, ha dato prova di come anche il Giudice dell'Unione, nonostante la rivisitazione della dottrina *Granital*, e di conseguenza *Simmenthal*[109], da parte della Corte costituzionale, reputi una relazione ispirata a leale collaborazione con quest'ultima troppo preziosa per lasciare spazio a prese di posizione che importino una chiusura nei confronti del proprio interlocutore[110].

Non pare, dunque, esservi alcuna ragione per dubitare, alla luce delle vicende ora richiamate, che il merito dell'indirizzo interpretativo inaugurato con l'*obiter dictum* contenuto nella sent. n. 269 del 2017, malgrado tutte le perplessità cui ha dato adito, sia quello di lasciare al Giudice delle leggi un adeguato spazio di intervento per servirsi al meglio delle potenzialità proprie del rinvio pregiudiziale, in un confronto proficuo con la Corte dell'Unione, che consenta la creazione di un sistema integrato ed osmotico di massima tutela dei diritti a livello europeo[111]. Le recenti iniziative di rinvio prese in

---

fruizione di tali prestazioni ai cittadini stranieri in possesso del c.d. permesso unico di lavoro, viola il diritto alla parità di trattamento sancito dall'art. 12, par. 1, let. e), di tale direttiva. Occorrerà, ora, attendere la risposta della Corte costituzionale. Sul punto si rinvia ampiamente a B. SBORO, *Assegni di natalità e maternità e cittadini stranieri con permesso unico: la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale*, in *Diritti comparati*, 28 ottobre 2021.

[107] Per un'analisi dettagliata della posizione assunta dalla Corte di giustizia in merito al nuovo orientamento europeo della Corte costituzionale si rinvia a P. MORI, *Il rapporto tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di giustizia*, in *I Post di AISDUE*, 26 luglio 2021, 1 ss.

[108] Corte di giustizia, sent. del 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e altri c. INPS*, par. 23.

[109] Cfr. R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2015, 4089 ss.

[110] B. SBORO, *Assegni di natalità e maternità e cittadini stranieri con permesso unico: la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale*, cit.

[111] B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti comparati*, 5 luglio 2021. Similmente, a proposito di una tutela integrata dei diritti fondamentali, v. F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 481 ss. Quanto all'intrinseca virtuosità che lo strumento del rinvio pregiudiziale sottende v. R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 30 ss.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, cit., 119 ss. Del resto, come sottolinea G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 1050, il rinvio pregiudiziale presenta l'indubbio pregio «di offrire la possibilità di soddisfare le esigenze poste dalla normativa costituzionale dei singoli Stati membri, senza introdurre deroghe nell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione, che deriverebbero invece da un'applicazione unilaterale dei controlimiti».

esame, nel loro intento di prevenire possibili contrasti tra giurisdizioni, chiamate – ciascuna per la propria parte – a garantire i diritti fondamentali, appaiono, infatti, una chiara conferma dell'approccio collaborativo, fatto proprio dalla Corte costituzionale e condiviso dalla Corte di giustizia, nella definizione di elevati *standard* comuni di salvaguardia di tali diritti, in una prospettiva sistemica e non frazionata[112].

Ovviamente, non è possibile, in linea di principio, escludere che in casi isolati il rapporto dialettico non sia in grado di centrare l'obiettivo e che le divergenze interpretative tra le Corti permangano, producendo delle potenziali fratture nell'ordinamento dell'Unione[113]. Tuttavia, laddove una siffatta interlocuzione venga condotta – come si auspica – secondo uno spirito di reciproca attenzione e di comprensione delle caratteristiche essenziali degli ordinamenti di riferimento, una circostanza del genere resterà confinata a casi del tutto marginali, destinati, prima o poi, a ricomporsi[114]. D'altro canto, la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia sul *principio di primauté* del diritto europeo testimonia la capacità di questi due attori giurisdizionali di sanare col tempo fratture, persino profonde. L'integrazione degli ordinamenti sta, infatti, anche in questo, ossia nella capacità di comporre le divergenze che possono eventualmente manifestarsi[115].

Si tratta, in sostanza, di valorizzare quanto più possibile l'idea, avanzata in dottrina, di un "sistema a rete", governato dal meta-principio di leale collaborazione[116], in cui «i rapporti di sovraordinazione gerarchica, tra le fonti del diritto così come tra i giudici, sono ridotti al minimo»[117]. Nella logica di questo sistema, dove «il concorso di

---

[112] A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, 189. Del resto, è stato osservato da L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, cit., 6, che l'accentramento del sindacato in capo al Giudice costituzionale si impone anche per scongiurare il rischio che la tutela di taluni diritti fondamentali «possa svilupparsi in modo frammentario e squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e per assicurare che il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento sia di segno positivo e garantisca un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali».

[113] Cfr. J.H.H WEILER, *Editorial: Judicial Ego*, in *ICON*, 2011, 1 ss. Più in generale, sulle problematiche connesse al concetto stesso di "dialogo" fra Corti v. di recente A. RUGGERI, *Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire*, in *Consulta online*, 3/2021, spec. 723 ss.

[114] In questo senso F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 760.

[115] F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, cit., 761. Al riguardo si veda anche M. CARTABIA, *"Taking Dialogue Seriously": The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper*, 12/2007, 2 ss.

[116] Così Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*, con passaggio ripreso anche dall'ord. n. 117 del 2019. Della necessità di «tessere un rapporto non ostile, ma sintonico fra Corte costituzionale e CGUE», ragiona espressamente S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 51.

[117] Lo suggerisce N. LUPO, *La Corte costituzionale nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi*, in *Amministrazione in cammino*, cit., 19, secondo cui il meta-principio di leale collaborazione «discende, nell'ordinamento europeo, dal dovere di fedeltà e di lealtà degli Stati membri, i quali, ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE, si sono impegnati ad adottare "ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione", a facilitare "all'Unione l'adempimento dei suoi compiti", e altresì ad astenersi "da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". Tale

rimedi giurisdizionali arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali» escludendo ogni preclusione, i vari attori giurisdizionali devono, in particolare, riconoscere di non essere mai interpreti esclusivi, ricorrendo ad una forte dose di *self-restraint* onde consentire anche agli altri di esercitare le proprie prerogative e di svolgere il proprio ruolo[118]. Ed è questa la ragione per cui i giudici che, per converso, preferiscono arroccarsi assolutizzando le proprie posizioni, rischiano, in un modo o nell'altro, di essere emarginati[119].

Volendo trarre le fila del discorso, la prospettiva che deve leggersi nel nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale, anche per scongiurare i risvolti potenzialmente eversivi[120] di un'estensione generalizzata della regola "*Granital revisited*" all'intero diritto europeo, primario e derivato, risiede probabilmente in una diversa declinazione del rapporto dialettico tra giurisdizioni di vertice: in un rinnovato dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia da cui può originare una «*fusione degli orizzonti interpretativi*» che si ponga come obiettivo l'edificazione di un «*diritto comune* giurisprudenziale, quale base su cui costruire il *diritto costituzionale europeo*»[121].

In ogni caso, quel che pare certo è che i futuri pronunciamenti di questi due attori giurisdizionali potranno dire molto sul grado di rendimento e di tenuta di tale innovativo modello dialogico[122]. Potranno, cioè, svelare se l'instaurazione di un'interlocuzione diretta (e costante) tra Roma e Lussemburgo sia, effettivamente, in grado di contribuire a disinnescare un possibile conflitto tra ordinamenti, rappresentando il giusto compromesso per giustificare il rinvigorimento del sindacato accentrato di

---

principio discende altresì, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, dalle limitazioni di sovranità richieste dall'art. 11 Cost., che impongono allo Stato italiano di muoversi nella direzione di favorire l'integrazione europea». Sul principio di leale collaborazione v., per tutti, M. KLAMERT, *The principle of loyalty in EU Law*, Oxford, 2014.

[118] Così, ancora, N. LUPO, *La Corte costituzionale nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi*, in *Amministrazione in cammino*, cit., 19. In particolare, la Corte costituzionale dovrebbe interloquire con il Giudice dell'Unione, evitando di sottrarre a tale giudice la competenza di «interprete qualificato del diritto dell'Unione», secondo, peraltro, la sua consolidata giurisprudenza: v. Corte cost., sentt. nn. 113 del 1985 e 389 del 1989.

[119] In questo senso sempre N. LUPO, *La Corte costituzionale nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi*, in *Amministrazione in cammino*, cit., 19., il quale evidenzia come, in un siffatto sistema, una dote sicuramente richiesta sia «l'"umiltà" delle Corti».

[120] Del pericolo di una deriva antieuropeista ragiona espressamente F. SALMONI, *Unità nella diversità o diversità nell'unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 542.

[121] Questa la lettura di A. MORRONE, *Oltre Granital. Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 222. Sulla medesima lunghezza d'onda anche A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in *Diritti comparati*, 2/2019, 24, il quale riconosce come le tutele approntate a livello europeo «si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione».

[122] Sul punto M. CARTABIA, E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2020, 808, secondo cui «Oggi, indipendentemente dalla circostanza se il diritto europeo sia ritenuto dotato o meno di effetto diretto, la Corte costituzionale ha ritenuto di dover assicurare il proprio intervento quando le questioni di legittimità costituzionale le vengano prospettate sia in riferimento a disposizioni di diritto europeo, sia contemporaneamente in relazione a principi della Costituzione italiana».

costituzionalità, posto a «fondamento dell'architettura costituzionale»[123], anche rispetto a norme di diritto europeo provviste di effetto diretto diverse dalla Carta[124]. Non resta quindi che attendere.

[123] Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.2 *Considerato in diritto*.

[124] In merito all'operatività della categoria pretoria dell'"effetto diretto" nel nuovo quadro disegnato dal "modello 269 temperato", v. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 39 ss. Sul punto si veda anche R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020, 7, il quale rileva che «Lo sganciamento da una rigorosa delimitazione dell'"effetto diretto" delle norme europee – di cui la Corte di giustizia condivide la responsabilità – induce un certo tasso di arbitrarietà da parte dei giudici comuni nella "scelta" della fonte e della norma da applicare al caso». È nota, difatti, la tendenza emersa in giurisprudenza (ordinaria, amministrativa e tributaria) all'applicazione diretta della CDFUE, e alla conseguente disapplicazione della normativa nazionale confliggente, anche quando ciò non sarebbe stato, a rigore, possibile. Lo evidenziano criticamente A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 1 ss.; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., 3.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL PROCESSO COSTITUZIONALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 12 NOVEMBRE 2021

L'*AMICUS CURIAE*[*]

ALFONSO VUOLO[**]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione della fonte competente. – 3. I contenuti della riforma. – 4. Il dibattito sviluppatosi dopo la pubblicazione della novella. – 5. I soggetti finora ammessi. – 6. Il decreto del Presidente. – 7. Le modalità della partecipazione al giudizio. – 8. Il rilievo della partecipazione al giudizio dell'*amicus curiae*. – 9. Il dilemma: opinione o intervento? La conversione della forma di accesso: da interveniente ad *amicus* e viceversa? – 10. L'*amicus curiae* negli altri giudizi innanzi alla Corte. – 11. Qualche osservazione conclusiva.

1. *Premessa*

La locuzione *amicus curiae* non è adoperata nel lessico normativo[1], salvo alcune disposizioni legislative – di identico tenore – in tema di negoziazione, davanti a collegi arbitrali, derivanti dalla stipula di accordi internazionali[2].

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

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

[1] Per una ricostruzione storica, da ultimo, R. CHIEPPA, *Partecipazione collaborativa di soggetti esterni al processo, dal diritto romano all'*amicus curiae *dei nostri giorni e all'apertura della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2, spec. 996 ss.; nonché, tra gli altri, G. CRISCIUOLI, Amicus curiae, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988.

[2] Cfr., ad esempio, l. n. 258 del 2016, recante "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo interinale in vista di un accordo di partenariato economico tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la parte Africa centrale, dall'altra, con Allegati, fatto a Yaound", e la l. n. 186 del 2016, recante "Ratifica ed esecuzione dei seguenti Accordi: a) Accordo di partenariato e cooperazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica dell'Iraq, dall'altra, con Allegati, fatto a Bruxelles l'11 maggio

In questo senso può parlarsi di un'autentica novità terminologica che assume maggior valore se si considera l'inarrestabile sovrapproduzione di anglicismi, specie durante il tempo della pandemia.

Potrebbe sembrare, sotto quest'aspetto, che la Corte sia andata, per così dire, in controtendenza, ma, invero, l'utilizzo della locuzione non discende dall'esperienza giuridica romana quanto da quella in corso davanti alle Corti supreme e agli organi di giurisdizione costituzionale esistenti negli altri paesi, come in effetti è riconosciuto anche nella relazione del Presidente relativa all'anno 2019[3].

Al netto di qualche divagazione, è da chiedersi, per stare in tema, se valga l'antico brocardo "*nomen omen*".

Ma su questo sarà possibile soffermarsi solo alla fine della indagine, incentrata sull'ingresso di tale nuova figura nel processo in via incidentale, per poi sviluppare qualche considerazione relativamente agli altri giudizi.

È utile un'avvertenza: il contributo richiama gli articoli delle Norme integrative nella versione ancora vigente, mentre quelle che entreranno in vigore a dicembre saranno indicate, di volta in volta, a seconda delle esigenze[4]. Ai nostri fini è importante evidenziare che l'art. 6 del nuovo testo, rubricato "Amici curiae", riproduce pressoché pedissequamente il contenuto dell'art. 4-*ter* in vigore.

2. *La questione della fonte competente*

Conviene prendere le mosse da alcune pronunce rese prima delle modifica alle Norme integrative, in cui la Corte costituzionale ha escluso la partecipazione al processo di soggetti diversi dalle parti e dagli interventori istituzionali.

Ad esempio, in relazione alla richiesta avanzata, in via subordinata rispetto a quella dell'intervento, dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale di essere ammesso al contraddittorio in qualità di *amicus curiae*, il Giudice delle leggi ha lapidariamente chiarito che "una tale figura non è allo stato prevista dalle fonti che regolano i giudizi di legittimità costituzionale"[5].

Il diniego è stato opposto anche quando è stato adoperato un argomento di non modesto valore: il soggetto che avrebbe voluto inserirsi nel giudizio in via principale sosteneva che l'intervento assumeva "i connotati della collaborazione offerta dall'amicus curiae", già, di fatto, riconosciuta nel giudizio di ammissibilità

2012; b) Accordo quadro di partenariato e cooperazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica delle Filippine, dall'altra, fatto a Phnom Penh l'11 luglio 2012".

[3] *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, in *cortecostituzionale.it*. Si veda anche lo studio *L'intervento di terzi nei giudizi di costituzionalità concreti*, a cura di P. Passaglia, ottobre 2016, in *www.cortecostituzionale.it*; nonché G. BATTAGLIA, *L'intervento di "terzi" di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo e la recente "apertura" del processo costituzionale: spunti di riflessione retrospettivi e prospettici*, versione provvisoria in www.gruppodipisa.it.

[4] Le nuove Norme integrative, deliberate il 22 luglio 2021, sono state pubblicate in Gazzetta, serie generale n. 262, del 3.11.2021 e, ai sensi dell'art. 40, entrano in vigore trenta giorni dopo la loro pubblicazione.

[5] Ordinanza del 22 ottobre 2019, allegata alla sentenza 253 del 2019 in materia di c.d. ergastolo ostativo.

del referendum[6]. Ma, richiamati l'art. 127, Cost., e agli artt. 31 e seguenti, l. n. 87 del 1953, la Corte ha invocato il suo consolidato indirizzo, secondo il quale il contenzioso, promosso in via di azione, "è configurato come svolgentesi esclusivamente fra soggetti titolari di potestà legislativa"[7].

Traspare, dunque, da queste pronunce l'avviso del Giudice costituzionale di ritenere imprescindibile una previsione normativa al fine di ammettere la partecipazione, nella qualità di *amicus*, ai vari tipi di giudizio.

Le decisioni, però, non offrono spunti su quale fonte sia abilitata a farlo.

Secondo qualche autore, non lo sarebbero le Norme integrative: la presenza degli *amici* nel giudizio costituzionale dovrebbe avere fondamento legislativo[8].

Il rilievo, invero, dovrebbe coerentemente estendersi anche all'ingresso nel giudizio degli intervenienti e, se si vuole, agli esperti.

Sul terreno concreto non si può ignorare la precedente prassi di ammettere in via giurisprudenziale, quantunque con molta cautela, l'intervento di terzi, tant'è che questo, prima delle modifiche alle Norme integrative, era stato oggetto di una inconsueta forma di regolamentazione mediante nota del Presidente inviata alla cancelleria[9]. Per cui si è assistito, da un lato, al limitato allargamento del contraddittorio, in via pretoria, per l'interveniente e, dall'altro, all'insuperabile sbarramento, sempre in via pretoria, per l'*amicus*. Con il risultato che, come si vedrà meglio più avanti, la novella alle Norme integrative ha avuto un effetto razionalizzante per il primo e del tutto innovativo per il secondo[10].

Naturalmente, tenendo conto della giurisprudenza della Corte, le due ipotesi di ingresso nel giudizio non rispondono alla stessa logica: l'intervento ha un aggancio indiscutibile nel diritto di difesa costituzionalmente sancito (si pensi al caso emblematico del controinteressato pretermesso), con la conseguenza che le Norme integrative si limiterebbero a stabilire il *quomodo* ma non sarebbero fondative dell'*an* dell'accesso; la presenza dell'*amicus*, invece, risente di una ibridazione concettuale (partecipazione funzionale alla Corte non scevra dall'implementazione di istanze interessate) che si riflette, a valle, con riguardo alle sue (limitate) prerogative quanto, a monte, con riferimento specie all'*an* dell'accesso medesimo.

Viene qui in evidenza la peculiarità del Giudice costituzionale che, per espressa previsione legislativa, è *faber* delle norme del suo processo, le quali, a volte, superano

---

[6] Inoltre, si adduceva che la partecipazione popolare al giudizio, in materia d'immissione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, sarebbe stata obbligatoria in ragione degli obblighi di consultazione pubblica stabiliti dalla normativa di settore (art. 9 della direttiva 2001/18/CE, art. 12, d.lgs. n. 224 del 2003, e art. 23 del Protocollo di Cartagena ratificato con la legge n. 27 del 2004).

[7] Ordinanza letta all'udienza pubblica del 22 febbraio 2005 e allegata alla sentenza n. 150 del 2005. Analogamente la Corte si è determinata nella sentenza n. 129 del 2006.

[8] M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'*amicus curiae, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 501.

[9] Nota del 21 novembre 2018, inviata Presidente Lattanzi alla cancelleria della Corte, reperibile in *www.cortecostituzionale.it*.

[10] Tuttavia, A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, 434, sottolinea che la partecipazione dell'*amicus* non era prevista ma nemmeno esclusa dalle Norme integrative, in quanto l'art. 4, c. 3, N.I., introdotto con delibera del 10 giugno 2004, ammetteva "eventuali interventi di altri soggetti".

anche il significato letterale delle disposizioni di rango superiore[11]. Interrogarsi sulla fonte competente, quindi, potrebbe costituire un mero esercizio accademico, dato che, in definitiva, è sempre la Consulta a stabilire la regola processuale da osservare.

Invero, anche con riguardo al tema in oggetto è confermata la possibilità per le Norme integrative, largamente praticata nel corso del tempo, di introdurre istituti processuali anche innovativi, in una ottica di integrazione *praeter legem* delle lacune legislative: com'è stato ripetutamente notato, alla Corte è consentito di "regolare la propria attività per quelle parti direttamente condizionate dall'esperienza"[12].

3. *I contenuti della riforma*

È noto che il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è atipico rispetto al modello processuale generale. La partecipazione delle parti e dei c.d. interventori istituzionali è solo eventuale, sicché il giudizio può svolgersi anche in assenza di contraddittorio. Prevale l'interesse superiore dell'ordinamento ad espungere dal sistema la norma legislativa illegittima: esso non tollera impedimenti, prescindendo dal comportamento delle parti del giudizio principale e finanche delle sorti complessive di quest'ultimo.

Dunque, non è affatto remota la probabilità che, al netto della discussione in camera di consiglio, il giudizio si riduca all'impulso iniziale, l'ordinanza di rimessione, e alla decisione finale, la pronuncia della Consulta: il tutto si risolverebbe in una domanda e una risposta tra giudice (comune) e giudice (costituzionale).

In questo quadro, negata la possibilità di ammettere la figura dell'*amicus*, si colloca l'eventualità per soggetti terzi, ovvero diversi dalle parti del processo principale e dagli interventori istituzionali, di essere ammessi al giudizio. Con estremo rigore, in talune occasioni, il Giudice delle leggi lo aveva permesso[13].

La Corte, nel frattempo, ha iniziato a coltivare il proposito di aprirsi al confronto con la società civile, riuscendovi secondo varie modalità[14].

La modifica alle Norme integrative, compiuta nel 2020, costituisce anche il frutto di questa nuova visione che il Giudice costituzionale ha del suo ruolo.

In particolare, con la modifica dell'art. 4 e l'inserimento dell'art. 4-*bis* è stato razionalizzato l'intervento di terzi, ammesso solo se sussista un interesse qualificato,

---

[11] Emblematico il caso della costituzione in giudizio entro i venti giorni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'ordinanza di remissione ai sensi dell'art. 3 delle Norme integrative, piuttosto che dalla notificazione dell'ordinanza medesima, così come previsto dall'art. 25, l. n. 87 del 1953.

[12] In dottrina G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano, I. Il sindacato incidentale*, Napoli 1957; 17; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 49, G. AMOROSO-G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 46-47. Più in generale sui poteri della Corte nel conformare i giudizi costituzionali si veda S. STAIANO, *Un riaccentramento del giudizio costituzionale*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 100 ss.

[13] Sia consentito rinviare ad A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *federalismi.it*, 2020, 16, spec. 413 ss.

[14] A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica alle Norme integrative*, in *Consulta online*, 2020.

inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio[15]; invece, per effetto di quanto stabilito dall'art. 4-*ter*, è stata introdotta la figura, del tutto inedita, dell'*amicus curiae*.

È utile richiamare le seguenti previsioni del citato articolo 4-*ter*: *a*) "(…) le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta" (primo comma); *b*) "con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità" (terzo comma); *c*) "le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni sono state ammesse con il decreto di cui al comma 3 non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza" (ultimo comma).

L'*amicus*, dunque, non è una parte del giudizio; non può essere assimilato ad un interventore istituzionale o a un terzo interveniente; non può, pertanto, ottenere copia degli atti e non è ammesso all'udienza[16]. Il suo ingresso nel giudizio si limita ad una opinione scritta, soggetta, peraltro, a stringenti limiti dimensionali.

Anzi, potrebbe dirsi che l'*amicus* si fermi all'*ingresso* – inteso come anticamera[17] – della Corte, essendo inibito l'accesso all'aula per la discussione orale e, ancor prima, agli uffici della cancelleria per la visione degli atti.

4. *Il dibattito sviluppatosi dopo la pubblicazione della novella*

Sotto il profilo soggettivo risalta, innanzitutto, che, a differenza del terzo interveniente, l'*amicus* non può essere un individuo *uti singulus*. Sono state espresse perplessità su tale esclusione[18], che, però, sembra rispondere all'esigenza di prevenire un accesso indiscriminato al processo costituzionale.

Si deve trattare, invece, di una formazione sociale o di un soggetto istituzionale. La formula è ampia: si è discorso di "insiemi vuoti" che possono essere riempiti da svariati oggetti (o, meglio, soggetti). Ma non basta perché si aggiungono ulteriori condizioni.

---

[15] Nell'ordinanza n. 111 del 2020, è stato precisato che: "La previsione, recata ora dall'art. 4, comma 7, delle Norme integrative, recepisce l'orientamento già espresso da questa Corte, secondo il quale un interesse qualificato sussiste allorché si configuri una «posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall'esito del giudizio incidentale» (sentenza n. 159 del 2019; ordinanza dibattimentale allegata alla sentenza n. 194 del 2018)".

[16] Così R. ROMBOLI, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle Norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 518.

[17] Anticamera, peraltro, virtuale tenuto conto che il c. 3 dell'art. 4-*ter* prevede che: "L'opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica". Occorre segnalare che le Norme integrative, deliberate il 22 luglio 2021, estendono ora il deposito in modalità telematica a tutti gli atti del giudizio, ivi inclusa l'ordinanza di rinvio.

[18] In tal senso A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 485.

Per le formazioni sociali è espressamente stabilito che non devono avere scopo di lucro: la precisazione sarebbe stata ultronea per i soggetti istituzionali, i quali, al netto di qualche ambiguità che pur si annida sulla configurazione di tale categoria, non dovrebbero, per loro natura, perseguire fini speculativi[19].

All'indomani della novella, tra le "formazioni sociali senza scopo di lucro" sono state annoverate le associazioni (anche di categoria), i partiti politici, i sindacati[20], le organizzazioni non governative[21], le fondazioni, le organizzazioni del c.d. terzo settore[22].

Si è ipotizzato che al novero dei "soggetti istituzionali portatori d'interessi collettivi" sono riconducibili i consigli degli ordini professionali, l'Anci[23] o anche i comuni e le province essendo enti esponenziali della collettività di riferimento ai sensi dell'art. 3, d. lgs. n. 267 del 2000.

Non appare persuasiva una interpretazione estensiva che possa spingersi al punto di comprendere, sulla base di quanto previsto dall'art. 2 della Carta, ogni forma di comunità, come, ad esempio, una famiglia o una unione tra omosessuali: non sarebbero rappresentative di interessi collettivi o diffusi, sicché appare ineludibile la "entificazione" del soggetto che si propone come *amicus*[24].

Tra i soggetti portatori d'interessi diffusi, invece, potrebbero includersi le associazioni ambientaliste o, anche, quelle rappresentative di utenti o consumatori. Probabilmente in quest'ultima categoria possono essere inclusi anche i comitati, i quali sono ammessi alla partecipazione al procedimento amministrativo per espressa previsione dell'art. 9, l. n. 241 del 1990[25]. Tuttavia, non va sottaciuto che in molti dei casi appena

---

[19] S. LIETO, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Napoli, 2020, 80, ipotizza che possano essere anche soggetti istituzionali privati.

[20] Sui quali si veda O. RAZZOLINI, Amicus curiae *e partecipazioni delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 514.

[21] È utile ricordare che nel comunicato stampa dell'11 gennaio 2020 si legge che "la Consulta (…) si apre così all'ascolto dei cosiddetti *amici curiae*: soggetti istituzionali, associazioni di categoria, organizzazioni non governative".

[22] L. SALVATO, *L'*amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il procuratore generale della Corte di cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 734-735; così anche R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta online*, 3/2020, 603. L'art. 4, c. 1, d. lgs. n. 117 del 2017, contiene un ampio elenco di enti del Terzo settore.

[23] L'Associazione nazionale dei comuni d'Italia è menzionata da G. L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla* Corte *costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, cit., 98, ma il discorso, naturalmente potrebbe estendersi, condividendo la stessa *ratio*, all'Unione province d'Italia e così via.

[24] Il profilo è affrontato da G. P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, 628.

[25] Sempreché, evidentemente, non siano parti del giudizio *a quo*. A tal riguardo secondo il Giudice amministrativo: "Nella materia riguardante la dismissione delle linee ferroviarie, la semplice qualità delle associazioni (ferroviarie, ecc.) occasionalmente costituite e dei privati utenti del servizio ferroviario non vale a differenziare la loro posizione da quella che qualsiasi altro soggetto può vantare rispetto alla legalità dell'azione amministrativa, la quale, pertanto, non assurge alla dignità di interesse legittimo, tutelabile con azione giurisdizionale amministrativa. Infatti, l'art. 9 della l. 7 agosto 1990, n. 241, nel prevedere la facoltà di intervento nel procedimento dei soggetti «portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento», non riconosce di per sé legittimazione processuale a tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento", C.d.S., sez. I, 14.11.2013, n. 4728, in *Foro Amministrativo - C.d.S.*, 11/2013, 3182. E ancora: "Dalla facoltà di intervento nel procedimento amministrativo dei soggetti "portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento" non scaturisce automaticamente la legittimazione processuale di tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano

descritti gli interessi diffusi, essendo fatti valere da enti esponenziali, assurgerebbero, in realtà, a interessi collettivi, proprio perché riferibili a un centro organizzativo[26].

Viene spontaneo congetturare di una sorta di categoria residuale (pur con le sue specificità), nella quale può confluire una quota di quelle richieste d'ingresso nel processo costituzionale che, finora, non hanno trovato sbocco nell'altro canale di accesso, costituito dai terzi intervenienti[27].

L'*amicus* è portatore di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità. Dunque, deve conseguire un vantaggio dall'inserimento nel giudizio costituzionale: un vantaggio obiettivo – sindacabile dal Presidente – desumibile dagli interessi che, in generale, sono promossi e che, nello specifico, concernono l'incidente instaurato. Si delinea in tal modo il requisito *soggettivo* alla partecipazione nella veste di *amicus*, necessario – quanto quello *oggettivo* (l'utilità dell'apporto per la Corte) – ai fini dell'ammissione al giudizio. In altri termini, a rigore dovrebbe essere estromessa financo un'opinione "utilissima", presentata, però, da un soggetto che non sia portatore degli interessi descritti dall'art. 4-*ter*[28]. Per effetto di questa differenziazione, è scongiurato il pericolo che la partecipazione scada al rango di succedaneo dell'*actio popularis*[29], essendo, di contro, assicurato l'efficienza del rito.

Stabilita la sua esistenza, non è agevole, però, delineare con esattezza la dimensione del requisito soggettivo. Mettendo a raffronto la sua posizione con quella dell'interveniente, l'*amicus* è titolare di un interesse, per così dire, minore: forse non deve neppure assurgere ad interesse "indiretto e mediato", volendolo dedurre all'inverso rispetto alla situazione di cui è portatore l'interveniente nel giudizio costituzionale.

L'interesse indiretto e mediato, infatti, evoca la legittimazione all'intervento nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 28, c.p.a. L'Adunanza plenaria, di recente, ha ribadito che, nel processo amministrativo impugnatorio, l'intervento, tanto *ad adiuvandum* quanto *ad opponendum*, può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale[30]:

---

in concreto partecipato al procedimento, restando rimesso all'autorità giudiziaria il compito di verificare nel singolo caso se il soggetto interveniente abbia effettiva legittimazione processuale in quanto portatore di un interesse differenziato e qualificato; in linea particolare il suddetto principio vale a fronte della facoltà astratta riconosciuta ai soggetti individuati dall'art. 9 l. n. 241 del 1990, cosicché nell'ipotesi di concreta ed attiva partecipazione è ben possibile verificare la sussistenza di un interesse differenziato, quantomeno sotto i profili concretamente evidenziati ovvero attinenti alle modalità di partecipazione e, in tal caso quindi, la verifica in merito alla sussistenza di un interesse si sposta sulle singole censure e sulla riferibilità o meno ai predetti profili", T.a.r. Liguria, sez. II, 13.10.2010, n. 9201, in *Foro amministrativo TAR*, 10/2010, 3142.

[26] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 511. Così anche B. GAGLIARDI, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2/2017, 373. Da ultimo, si veda anche C.d.S., Ad. Plen., 20.2.2020, n. 6.

[27] Ipotizza una tale possibilità A. M. LECIS COCCO-ORTU, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere* amicus curiae *e esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020.

[28] Non sfugge che l'opinione "utilissima", ma inammissibile in quanto presentata da soggetto non abilitato, entri comunque nel patrimonio conoscitivo del Presidente e del relatore, i quali potrebbero veicolarla alla restante parte del collegio al momento della decisione.

[29] Prospettiva paventata da V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1997, spec. 8 e 23.

[30] C.d.S., Ad. Plen., 26.10.2020, n. 23, secondo la quale, nell'occasione, non era legittimato il soggetto costituito in un altro giudizio che era stato sospeso in attesa della enunciazione del principio di diritto da

si può trattare anche di un interesse semplice o di mero fatto[31], volto a ottenere un vantaggio indiretto e riflesso[32]. L'emigrazione di tale riflessione nel processo costituzionale, relativamente alla figura dell'*amicus*, è per lo meno problematica, tenuto conto del tenore delle Norme integrative e della casistica formatasi.

Egli, infatti, vanta una posizione autonoma rispetto agli altri soggetti del giudizio, coltiva un interesse proprio: non connesso a quello delle parti ma connesso, invece, alla pregiudiziale sollevata, in ragione dell'attinenza con questa degli scopi perseguiti[33]. L'interesse sottostante alla partecipazione dell'*amicus* è avulso dalla situazione concreta del giudizio *a quo*, mentre si plasma nella dimensione astratta della questione di costituzionalità[34]. Il suo apporto può – ma non deve necessariamente – essere adesivo o accessorio rispetto all'uno o all'altro soggetto costituito. Può offrire un punto di vista, che, nell'eventualità, può indurre la Corte a considerare una soluzione diversa rispetto a quella desiderata dalle parti o dalla stessa autorità remittente nell'ordinanza di rinvio: si

---

parte del massimo consesso della giustizia amministrativa: l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingueva i due procedimenti non consentiva di configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento, tanto più se si considera che la funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria non condiziona inevitabilmente l'esito del giudizio in cui è parte chi ha spiegato l'intervento, ai sensi dell'art. 99, c. 3, c.p.a.

[31] Invero, la giurisprudenza amministrativa profila qualche diversità di accento tra le due tipologie di intervento. Ad esempio, è stato chiarito che "affinché una parte possa spiegare in appello l'intervento ad opponendum c.d. "proprio" (ovvero quello svolto a sostegno dell'amministrazione resistente in primo grado), è sufficiente la semplice titolarità di un interesse di mero fatto sotteso al mantenimento dell'assetto determinato dai provvedimenti impugnati, che consenta di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dalla reiezione del ricorso", così C.d.S., sez. VI , 13.7.2020, n. 4527. Sotto altro versante è stato sancito che: "Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento adesivo dipendente ad adiuvandum nel giudizio amministrativo, l'iniziativa processuale deve essere espressione di un interesse connesso, derivato, dipendente o almeno accessorio o riflesso rispetto a quello proprio della parte principale. È stato da ultimo osservato che: "Le condizioni che legittimano la proposizione dell'intervento adesivo sono rappresentate: dalla alterità dell'interesse vantato rispetto a quello che legittimerebbe alla proposizione del ricorso in via principale, visto che l'intervento è volto a tutelare un interesse diverso, ma collegato, rispetto a quello fatto valere dal ricorrente principale: con la conseguenza che la posizione dell'interessato è meramente accessoria e subordinata rispetto a quella della parte principale; e dalla configurabilità di un vantaggio derivante, anche in via mediata e indiretta, dall'accoglimento del ricorso principale. Per apprezzare tali elementi, è necessario guardare alla effettiva *causa petendi*, come desumibile dal complesso delle affermazioni del soggetto che agisce in giudizio" (Cons. Stato, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 105)" C.d.S., sez. V, 12.7.2021, n. 5274.

[32] Come noto, ai sensi dell'art. 105, c.p.c., nel processo civile l'interesse di mero fatto non ha ingresso. Cfr. Cass. civ., sez. I, 22.8.2018, n. 20953, in *Guida al diritto*, 2018, 48, 92. È stato altresì sancito che: "L'interesse richiesto per la legittimazione all'intervento adesivo dipendente nel processo in corso fra altri soggetti, ex art. 105 comma 2 c.p.c., non deve essere di mero fatto, ma giuridico, nel senso che tra adiuvante e adiuvato deve sussistere un vero e proprio rapporto giuridico sostanziale, tal che la posizione soggettiva del primo in questo rapporto possa essere - solo in via indiretta o riflessa - pregiudicata dal disconoscimento delle ragioni che il secondo sostiene contro il suo avversario in causa", cfr. Cass. civ., sez. III, 24.1.2013, n. 1111, in *Giustizia civile Massimario*, 2003, 175). È stato anche evidenziato che nel giudizio per cassazione non è contemplata la figura dell'*amicus curiae*, anche in relazione al regolamento preventivo di giurisdizione, cfr. Cass. civ, sez. un., 31.5.2016, n. 11387, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, 3-4, II, 544.

[33] Si pensi all'ipotesi in cui, in ragione delle prospettazioni avanzate dall'*amicus*, la Corte si determini per una pronuncia *pro futuro*, spezzando il nesso che lega l'incidente costituzionale al processo principale. In argomento, M. D'AMICO, *Le parti del processo* a quo *costituite e non costituite*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., 52.

[34] D'altronde, non avendo accesso agli atti del giudizio, il suo contributo ruota unicamente intorno ai contenuti dell'atto introduttivo del giudizio costituzionale.

pensi al caso in cui, per effetto dell'opinione, si profili, direttamente o indirettamente, l'opportunità di ricorrere a una pronuncia interpretativa oppure a una doppia pronuncia eventuale volte a consentire al Parlamento di intervenire, evenienze nient'affatto remote proprio in ragione dei casi complessi di cui discorre l'art. 4-*ter*[35].

All'interno dell'istituto convivono esigenze diverse.

Da un canto, non può sottostimarsi il rilievo del comunicato stampa con il quale si dichiara di garantire una "voce" (per quanto smorzata) a coloro i quali vogliono difendere un proprio interesse, che, però, non presentando il carattere diretto e immediato, non consente di assumere la veste di terzi intervenienti[36].

Dall'altro canto, sotto il profilo oggettivo, la Corte avverte il bisogno di presenze nel giudizio "utili" alla sua decisione[37].

Non è da tralasciare l'ipotesi in cui l'*amicus curiae*, invece di propugnare un punto di vista interessato[38], sottoponga, in una logica collaborativa, all'attenzione del Giudice costituzionale le criticità che profila la pregiudiziale sollevata, in maniera tale da favorire un opportuno supplemento di riflessione. Non è casuale che l'art. 4-*ter* non menzioni l'obbligo in capo agli *amici curiae* di precisare le conclusioni, a differenza di quanto previsto per gli interventori (sia istituzionali sia terzi) dal precedente art. 4. Riprendendo una suggestione avanzata in premessa, potrebbe dirsi che, in siffatta evenienza, l'*amicus* tenga fede al suo destino onomastico.

Egli, quindi, perora la soluzione più corrispondente agli interessi di cui è portatore, che, secondo i casi, può: *a*) essere adesiva a quella auspicata da una parte; *b*) consistere in un "leale" apporto collaborativo in favore della Corte, affrancandosi dall'ottica partigiana; *c*) conformarsi alla prospettazione del giudice *a quo* per il tramite degli

[35] Non v'è dubbio che il *thema decidendum* sia fissato nell'ordinanza di rimessione, com'è già stato precisato. L'oggetto è dato dalle norme primarie veicolate dalle disposizioni; il parametro dalle norme costituzionali tratte dai disposti della Carta. Il perimetro della questione, quindi, è il confine oltre il quale non può spingersi l'attività processuale delle parti, degli interventori istituzionali e, a maggior ragione, dei terzi intervenienti e, ora, degli *amici curiae*. Ma allo stesso tempo tutti possono addurre argomenti che sorreggono la decisione in un senso o nell'altro. Non può negarsi, però, che l'apporto argomentativo possa interessare anche il *thema decidendum* con particolare riguardo al parametro: può essere sostenuta una certa interpretazione della disposizione costituzionale invocata nell'atto di promovimento del giudizio, anziché un'altra. Ciò può accadere in special modo in relazione a quelle disposizioni costituzionali che contengono clausole generali, quali l'utilità sociale o il buon costume, che per definizione sono mutevoli secondo i contesti e nel corso del tempo. E ciò può verificarsi anche quando vi è – come spesso avviene – la necessità di ricorrere a tecniche di bilanciamento, il cui esito è sempre difficile pronosticare. In argomento E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della* Corte *costituzionale*, in *Consulta online*, 27 gennaio 2020, 10.

[36] D'altronde, la collocazione del nuovo istituto all'art. 4-*ter*, e cioè dopo gli artt. 4 e 4-*bis* dedicati agli interventi, persuade del fatto che si tratti di un istituto ascrivibile alle esigenze di dialettica in senso ampio, che dovrebbe essere distinta dal "contraddittorio in senso stretto", secondo l'avviso espresso da A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 366 ss.

[37] Sul legame problematico tra ampliamento del contraddittorio ed esigenze istruttorie, cfr. M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020, 111 ss.

[38] L'esperienza statunitense è emblematica. Si veda P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'*amicus curiae *davanti alla Corte suprema degli Usa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 2135 ss.

ulteriori argomenti che l'opinione mette in campo, superando eventuali distinguo degli altri soggetti costituiti[39].

Tuttavia, pur quando sia intesa al soddisfacimento di interessi collettivi o diffusi non collimanti con le posizioni assunte da parti e interventori, la partecipazione non può *de plano* essere ascritta al diritto di difesa[40]. Infatti, il combinarsi del requisito soggettivo con quello oggettivo fa sì che essa trovi ingresso nel giudizio nella misura in cui sia ritenuta utile dal Presidente (sentito il relatore) essendo destinata a rivelarsi fruttuosa per l'incremento cognitivo della Corte[41], al punto che, se il caso non è complesso, come nell'ipotesi di questioni elementari o sulle quali si sia già formata giurisprudenza[42], potrebbe essere decretata la sua immediata estromissione.

Il tentativo di ricondurre al diritto di difesa la partecipazione dell'*amicus* sarebbe fuorviante, dal momento che, se così fosse, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 111 della Carta, il principio del contraddittorio imporrebbe, tra l'altro, la parità delle parti[43], a fronte della quale sarebbero difficilmente giustificabili le asimmetrie partecipative (ad esempio, presenza in udienza o in camera di consiglio, interlocuzione con gli esperti eventualmente nominati) e informative (accesso agli atti del giudizio) esistenti tra gli *amici* e le parti "autentiche" del giudizio.

È, poi, indicativo il ricorso al lemma "opinione" per contraddistinguere l'operato concreto (e, se si vuole, circoscritto) degli *amici curiae* nel giudizio costituzionale[44]. Mi pare si possa discorrere di un impiego ragionato, volto a escludere, anche sotto tale aspetto, il configurarsi di situazioni giuridiche meritevoli di una difesa tecnica: è dirimente, infatti, che l'*amicus* sia l'unico soggetto a non essere assistito da un avvocato

---

[39] L'*amicus* sarebbe uno "spartiacque tra parte e partecipazione", secondo quanto ipotizzato a suo tempo da A. CERRI, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale, nei conflitti ed in alcune recenti proposte di riforma*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1991, 257.

[40] Si tratterebbe di un doppio binario, secondo T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia,* in *giurcost.org*, 1, 2019, 139. Ad avviso di C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 3, 510-511, l'*amicus* si troverebbe a confine tra parte e partecipazione, non dovendo dimostrare un interesse specifico rispetto alla questione costituzionale pendente. Secondo A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, cit., 361 e 370, il contraddittorio andrebbe declinato in senso ampio e stretto.

[41] A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., 221-222, pur essendo consapevole del rischio di una pletora di accessi, criticava l'orientamento restrittivo della Consulta in ordine agli interventi di terzi, in quanto non teneva in debito conto che la più ampia partecipazione al giudizio avrebbe, in qualche misura, controbilanciato gli effetti *erga omnes* della sentenza di accoglimento. Può notarsi che l'auspicio di una deroga alla giurisprudenza costituzionale riguardo all'ingresso di terzi intervenienti era stato formulato proprio nell'interesse della Corte, tenendo conto della necessità per questa di acquisire informazioni relativamente a questioni di particolare difficoltà tecnica o scientifica, così G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 151. Prospettiva, questa, indicata anche da S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018, 182-183.

[42] In tal senso R. CHIEPPA, *Partecipazione collaborativa di soggetti estranei al processo, dal diritto romano all'*amicus curiae *dei nostri giorni e all'apertura della Corte costituzionale*, cit., 1009.

[43] F. BENVENUTI, *Contraddittorio (principio del) (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 738.

[44] Esso è adoperato al secondo e al terzo comma dell'art. 4-*ter*.

nell'ambito di un processo, quale quello costituzionale, contraddistinto da un elevato tasso di tecnicismo.

Persuade, in conclusione, l'idea che l'*amicus* sia libero nell'assumere la linea che ritiene più idonea agli interessi di cui è portatore, sostenendo l'una o l'altra parte oppure propugnando una propria posizione autonoma, purché, in ogni caso, il suo apporto si riveli proficuo per il giudice costituzionale.

Le esperienze straniere più consolidate danno prova che nell'*amicus* possano coesistere la figura dell'*advocacy*, a difesa degli interessi della categoria, e di *friendship* più o meno disinteressata[45].

5. *I soggetti finora ammessi*

Tracciato il quadro normativo e ripercorsa in parte la riflessione elaborata in dottrina all'indomani della novella, conviene elencare i soggetti finora ammessi per avere una panoramica chiara dell'esperienza compiuta fino a questo momento[46].

Sono stati ammessi alla partecipazione i seguenti soggetti:

a) la "Federazione nazionale della stampa italiana"[47];

b) la "Federazione sanitari pensionati e vedove (FEDERSPEV)"[48];

c) la "Unione camere penali italiane (UCPI)"[49];

d) l'associazione "Italiastatodidiritto"[50];

e) le società sportive dilettantistiche a responsabilità limitata "Ufficiali di gara di Firenze" e "Ufficiali di percorso di Firenze", l'associazione "Impresa Mugello" e la "Federazione motociclistica italiana"[51];

f) la "Associazione Unione Inquilini"[52];

---

[45] E. SILVESTRI, *L'"amicus curiae": uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 3/1997, 6780 ss.

[46] Occorre precisare che, nel momento in cui questo scritto è consegnato, non tutti i decreti sono reperibili sul sito della Consulta.

[47] Ordinanza n. 132 del 2020, relativa alla pena detentiva per la diffamazione, alla quale è poi seguita la sentenza n. 150 del 2021. La "Federazione nazionale della stampa italiana" è stata ammessa anche con decreto del 26 aprile 2021, reso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via principale iscritto al n. 88 del registro ricorsi 2020, fissato per l'udienza pubblica del 22 giugno 2021.

[48] Decreto del 14 settembre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 234 del 2020.

[49] Decreto del 9 febbraio 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 260 del 2020; decreto del 12 ottobre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 278 del 2020; decreto del 26 febbraio 2021, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 117 del 2021; decreto del 12 settembre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 194 del registro ordinanze 2021, fissato per l'udienza pubblica del 22 settembre 2021.

[50] Decreti del 12 ottobre 2020, relativi a giudizi in via incidentale definiti con sentenza n. 278 del 2020; decreto del 21 ottobre 2021, reso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 96 del registro ordinanze 2021, fissato per la trattazione alla camera di consiglio del 1° dicembre 2021.

[51] Decreto del 30 ottobre 2020, relativo al giudizio in via principale definito con sentenza n. 3 del 2021.

[52] Decreto del 12 ottobre 2020, relativo al giudizio in via principale definito con sentenza n. 9 del 2021.

g) il "Centro Studi Rosario Livatino" e la "Avvocatura per i diritti LGBTI – Associazione di promozione sociale"[53];

h) l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica a.p.s. e l'Associazione radicale Certi Diritti a.p.s., l'Associazione Nazionale Famiglie Adottive e Affidatarie (ANFAA), l'Associazione Amici dei Bambini (Ai.Bi.), l'Associazione Comunità Papa Giovanni XXIII e l'associazione Famiglie per l'Accoglienza e l'Avvocatura per i diritti LGBTI a.p.s.[54];

i) la "Associazione nazionale tributaristi italiani, sezione Lombardia (ANTI Lombardia)"[55];

j) il "Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana"[56];

k) la "Associazione nazionale energia del vento (ANEV)", l'"ANCI Puglia – Associazione dei Comuni pugliesi", e la "Unione nazionale comuni comunità enti montani (UNCEM)"[57];

l) l'associazione "Antigone per i diritti e le garanzie nel sistema penale", il "Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità – Macrocrimes", l'associazione "Nessuno Tocchi Caino", il "Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale", e l'organizzazione di volontariato "L'altro diritto ODV – Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità"[58];

m) la "Federdistribuzione – Federazione delle associazioni delle imprese e delle organizzazioni associative della distribuzione moderna organizzata", la "ANCC COOP – Associazione nazionale delle cooperative di consumatori" e la "ANCD CONAD – Associazione nazionale cooperative dettaglianti"[59];

n) la "Associazione professionale sindacale ANIEF"[60];

o) l'associazione "Generazioni future società cooperativa di mutuo soccorso Stefano Rodotà"[61];

p) la "Associazione Conciatori società cooperativa" e il "Consorzio Conciatori di Ponte a Egola società cooperativa"[62];

---

[53] Decreto del 3 dicembre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 32 del 2021.

[54] Decreto del 2 dicembre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 33 del 2021.

[55] Decreto del 28 ottobre 2020, relativo al giudizio in via incidentale definito con sentenza n. 39 del 2021. Ammessa anche con decreto del 7 settembre 2021, reso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 52 registro ordinanze 2021, fissato per l'udienza pubblica del 30 novembre 2021.

[56] Ordinanza n. 40 del 2021, relativa a un conflitto interorganico.

[57] Decreti del 22 dicembre 2020, relativi ai giudizi in via incidentale definiti con sentenza n. 46 del 2021.

[58] Decreto del 15 febbraio 2021, al quale è seguita l'ordinanza n. 97 del 2021 (in materia di c.d. ergastolo ostativo).

[59] Decreto del 23 febbraio 2021, relativo al giudizio in via principale definito con sentenza n. 134 del 2021.

[60] Sentenza n. 180 del 2021.

[61] Decreto del 5 luglio 2021, relativo al giudizio in via principale definito con sentenza n. 198 del 2021.

[62] Decreto del 21 aprile 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via principale iscritto al n. 68 del registro ricorsi 2020, fissato per l'udienza pubblica del 7 luglio 2021.

q) l'associazione "Comitato Acquirenti Piano di Zona" e la associazione "Area 167"[63];

r) la "Associazione della Stampa Toscana (AST)"[64];

s) la "Airpark – Associazione Italiana Operatori Sosta e Mobilità", la "Utilitalia – Federazione dei concessionari di pubblici servizi nei settori Acqua, Ambiente, Energia Elettrica e Gas" e la "Associazione Elettricità Futura"[65];

t) la "European Criminal Bar Association"[66];

u) la "Legambiente Onlus"[67];

v) il "Gruppo d'Intervento Giuridico (GrIG) odv"[68];

w) il "Sindacato Unione Inquilini" e "Confedilizia – Confederazione Italiana della Proprietà Edilizia"[69];

x) "Italia Nostra Onlus, associazione nazionale per la tutela del patrimonio storico, artistico e naturale della Nazione"[70];

y) la "Confederazione generale italiana del lavoro – CGIL"[71];

z) A.C.O.P. "Associazione Coordinamento Ospedalità Privata"[72].

6. *Il decreto del Presidente*

Sull'istanza di partecipazione decide il Presidente, sentito il relatore.

Secondo una tesi, sarebbe appropriato l'aver affidato al Presidente il vaglio di ammissibilità delle opinioni, in quanto la partecipazione dell'*amicus* rientrerebbe

[63] Decreto del 22 aprile 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale definito con sentenza n. 210 del 2021.

[64] Decreto del 26 aprile 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via principale iscritto al n. 88 del registro ricorsi 2020, fissato per l'udienza pubblica del 22 giugno 2021.

[65] Decreto del 23 giugno 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 166 del registro ordinanze 2020, fissato per l'udienza pubblica del 5 ottobre 2021. La "Utilitalia" ed "Elettricità Futura" sono state anche ammesse con decreto dell'11 maggio 2021, reso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via principale iscritto al n. 51 del registro ricorsi 2020, fissato per l'udienza pubblica del 19 ottobre 2021.

[66] Decreto del 12 settembre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 194 del registro ordinanze 2021, fissato per l'udienza pubblica del 22 settembre 2021.

[67] Decreto del 21 luglio 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale definito con sentenza n. 202 del 2021.

[68] Decreto del 9 settembre 2021, emesso con riferimento al conflitto di attribuzioni iscritto al n. 1 del registro conflitti tra enti 2021, fissato per l'udienza pubblica del 30 novembre 2021.

[69] Decreto del 15 settembre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 107 del registro ordinanze 2021.

[70] Decreto del 20 settembre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via principale iscritto al n. 98 registro ricorsi 2020, fissato per l'udienza pubblica del 10 novembre 2021; decreto del 21 ottobre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via principale iscritto al n. 68 del registro ordinanze 2021.

[71] Decreto del 5 ottobre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 23 del registro ordinanze 2021, fissato per la discussione all'udienza pubblica del 10 novembre 2021.

[72] Decreto del 6 ottobre 2021, emesso con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale iscritto al n. 82 del registro ordinanze 2021, fissato per la trattazione alla camera di consiglio del 24 novembre 2021.

nell'alveo delle decisioni istruttorie, assunte con provvedimento presidenziale, su istanza del relatore, ai sensi dell'art. 7, c. 2, N.I.[73]. Non può sottacersi, tuttavia, che tale disposizione è limitata all'acquisizione di documenti prima della convocazione della Corte, mentre, in linea generale, i mezzi di prova – senza alcuna limitazione – sono disposti dal Collegio, secondo quanto previsto dal successivo art. 12[74].

Tale linea teorica pretenderebbe un approfondimento. Qui ci si limita ad evidenziare un tratto distintivo di non poco conto relativo all'impulso che innesca i due istituti: la Consulta acquisisce il contributo che formazioni sociali e soggetti istituzionali, *motu proprio* (e ciò in ragione dell'interesse che nutrono *ab origine*), vogliano offrire; mentre, *ex officio*, assume i mezzi probatori, tra i quali anche l'audizione degli esperti di chiara fama[75].

Sembra più persuasivo che la decisione sia affidata al provvedimento monocratico per ragioni di snellimento procedurale, tenuto conto anche della peculiarità di siffatta forma di partecipazione.

Nei decreti emessi è precisato che è stato sentito il relatore di turno, il cui avviso, però, non è riportato. Tutti i provvedimenti presidenziali sono motivati con l'apodittica affermazione circa la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 4-*ter* per l'ammissione degli istanti, ripetendo la seguente formula: "l'opinione scritta è conforme ai criteri previsti dal citato art. 4-*ter*, commi 1, 2 e 3"[76].

La motivazione stereotipata potrebbe avere ragione di essere se la valutazione avesse carattere vincolato. All'opposto, la decisione presidenziale è ad alto coefficiente di discrezionalità, giacché, per espressa previsione normativa, sono ammissibili le opinioni che offrono elementi "utili" alla conoscenza e alla valutazione del caso[77]. Il parametro di valutazione, dunque, è estremamente largo e può prestarsi ad applicazioni opinabili.

Per di più, la specifica valutazione pretende lo studio dell'intera documentazione da parte del Presidente e del relatore. La memoria, infatti, dovrebbe comporsi di elementi "originali" rispetto a tutti gli altri atti che vengono immessi nel giudizio, ivi inclusa

---

[73] L. SALVATO, *L'*amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il procuratore generale della Corte di cassazione*, cit., 751; P. COSTANZO, *Verso una riconfigurazione del processo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 489.

[74] Si tratterebbe, dunque, di un'aporia che offuscherebbe il principio di collegialità, secondo G. P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, cit., 627.

[75] Naturalmente vi sarebbe l'ulteriore sensibile diversità data dal fatto che gli esperti sono sottoposti al contraddittorio anche orale, precluso, invece, all'*amicus*, cfr. M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'*amicus curiae, cit., 502. Può notarsi che in un conflitto di attribuzioni sollevato dal Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori (CODACONS) a seguito dei comportamenti formali posti in essere dalle Regioni Lombardia e Veneto, con riferimento alle funzioni in materia di riapertura delle attività produttive e commerciali nell'ambito della cosiddetta "fase 2" dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, la Regione Veneto, nel sostenere l'inammissibilità del ricorso, tra l'altro, ha rilevato che: "neppure pertinente, ai fini della sussistenza del requisito soggettivo, sarebbe il richiamo all'art. 4-*ter* delle Norme integrative: la disposizione, recante «la non equivoca dicitura "Amici curiae"», il quale non disciplinerebbe «alcuna soggettività costituzionale», ma permetterebbe soltanto ad alcuni soggetti «di ampliare l'orizzonte conoscitivo della Corte»".

[76] Trapela, invece, qualche ulteriore elemento nelle pronunce conclusive di alcuni giudizi, come si dirà più avanti.

[77] Tenendo in disparte, per un attimo, i requisiti soggettivi.

l'ordinanza di remissione. In parole brevi, se non è originale, il contributo non è fruttuoso[78].

Invero, l'illustrazione – anche succinta – nel decreto dei profili in base ai quali lo scritto dell'*amicus* è reputato utile potrebbe rivelarsi congeniale anche alle parti per orientare il loro "ultimo" apporto scritto (ossia la memoria presentata in proiezione dell'udienza o della camera di consiglio) o la discussione orale sui punti effettivamente meritevoli di approfondimento. Per il tramite del contributo degli *amici* vi sarebbe così un dialogo fecondo tra giudice e parti, volto a sciogliere i nodi più intricati della questione sottoposta. In tale evenienza, il modesto aggravio procedurale, implicato da una più puntuale motivazione, produrrebbe indubbi benefici allo svolgimento del processo e, pertanto, alla decisione finale. Si tratterebbe di capitalizzare una fase eventuale per favorire il più virtuoso funzionamento dell'intero rito, soprattutto in relazione alle pregiudiziali che presentino un cospicuo tasso di difficoltà.

Maggiori perplessità insorgono, poi, in relazione ai casi d'inammissibilità. Questi, infatti, possono essere dedotti solo dagli eventuali e sporadici riferimenti contenuti nelle decisioni adottate dal *plenum* della Corte. È, difatti, prevalsa una interpretazione letterale dell'art. 4-*ter*, secondo la quale il Presidente, sentito il relatore, si pronuncia con decreto solo quando il controllo abbia esito positivo[79].

La prassi instaurata non giova né al Presidente né alla Consulta, atteso che la disponibilità all'ascolto della società civile, tanto enfatizzata nel comunicato stampa dell'8 gennaio 2020, potrebbe innescare facili e velenose polemiche anche nel dibattito pubblico: si rifletta sull'inammissibilità che colpisca formazioni partitiche che hanno avanzato opinioni riguardo a questioni di costituzionalità interessanti disposizioni in materia elettorale[80]. Si farebbe così concreto il rischio di vedere la Corte inghiottita (non nel circuito ma) nel "circo" mediatico, com'è stato, a ragione, segnalato[81].

La prassi instaurata crea una diversità di trattamento tra intervenienti e *amici*, dal momento che solo i primi apprendono le ragioni ostative al loro ingresso nel giudizio, ai sensi degli artt. 4 e 4-*bis*, N.I. In realtà, lo scostamento è sensibile anche in relazione alla

---

[78] La prassi, però, evidenzia un atteggiamento della Corte non estremamente rigoroso, finendo le argomentazioni addotte per coincidere anche con quelle dell'ordinanza di rimessione o con gli scritti difensivi delle altre parti. Si veda la sentenza n. 210 del 2021.

[79] Ma non è espressamente precluso al Presidente di determinarsi nelle ipotesi d'inammissibilità.

[80] Può qui ricordarsi che, con la sentenza n. 243 del 2016, la Corte ha dichiarato inammissibile l'intervento del segretario politico e del segretario amministrativo del partito Democrazia Cristiana nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale concernente l'art. 1, c. 1, lett. a), l. reg. Calabria n. 19 del 2014, che aveva soppresso la previsione della nomina a consigliere regionale del candidato classificatosi secondo alle elezioni per la carica di Presidente della Giunta. Secondo il Giudice delle leggi, nell'occasione gli intervenienti non erano legittimati a partecipare al giudizio incidentale, considerato che quest'ultimo non era destinato a produrre, nei loro confronti, effetti immediati e neppure indiretti, anche perché il partito da essi rappresentato non aveva concorso all'assegnazione dei seggi nel Consiglio regionale calabrese.

La materia elettorale, invero, si presta ad una larga partecipazione come dimostrano i numerosi tentativi di accesso compiuti in occasione della impugnazione delle modifiche introdotte dalla l. n. 52 del 2015, tutti dichiarati inammissibili con ordinanza del 24 gennaio 2017, allegata alla sentenza n. 35 del 2017.

[81] M. LUCIANI, *Intervento*, Seminario di studi su "Interventi di terzi e "*amici curiae*" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali", svoltosi presso Palazzo della Consulta il 18 dicembre 2018, *in corso di pubblicazione*. Per C. PINELLI, *Intervento*, *ibidem*, si rischia di dare luogo a "commedie degli equivoci, tali da travolgere facilmente il prestigio della Corte anche nel rapporto con gli organi di indirizzo politico".

fase che precede l'emissione dell'ordinanza e del decreto, resi, rispettivamente, sulle richieste di intervento del terzo e di partecipazione dell'*amicus*.

In quest'ultimo caso non è assicurato il contraddittorio tra le parti[82], le quali vengono a conoscenza dell'opinione solo dopo che vi è stato lo scrutinio favorevole da parte del Presidente: il provvedimento monocratico, infatti, deve essere trasmesso[83], a cura della cancelleria, per posta elettronica almeno trenta giorni liberi prima dell'udienza o della camera di consiglio[84], secondo quanto stabilito dall'art. 4-*ter*, c. 4. Evidentemente non si è voluto sottoporre a ulteriore carico il *plenum*, preservando, in tal modo, la speditezza dei lavori. Le parti e gli altri intervenienti, pertanto, dovranno limitarsi a contraddire nel "merito"[85] le opinioni rese con la presentazione di memorie fino a venti giorni prima dell'udienza o, anche, oralmente in quest'ultima.

Se il motivo dell'inammissibilità dell'opinione, come talvolta accade, affiora dalla pronuncia con la quale la Corte conclude il giudizio (piuttosto che dal decreto presidenziale ove mai venisse interpretato diversamente l'art. 4-*ter*), le prospettive possibili in camera di consiglio sono due: *a*) o, con l'ausilio del relatore, il Presidente riferisce agli altri componenti la sua informale decisione circa l'inammissibilità della partecipazione dell'*amicus*, per poi essere acriticamente travasata nella pronuncia; *b*) oppure il Collegio esamina (per quanto sommariamente) il contributo offerto nella sua interezza, essendo necessario appurare la sua utilità rispetto alla questione in esame.

Nel primo caso, più verosimile, il modello difetterebbe di coerenza, in quanto sembra molto più lineare che la decisione, se è effettivamente del Presidente, venga formalizzata subito con provvedimento monocratico: sul punto un approfondimento sarebbe opportuno anche nell'eventuale prospettiva di una modifica alle Norme integrative.

Nel secondo caso, più improbabile, sarebbe palese l'inconveniente: la Corte acquisirebbe nel suo patrimonio di conoscenze l'avviso del potenziale *amicus* (il quale, per di più, sarebbe ignoto alle parti del giudizio), con la conseguenza che si delineerebbe uno scenario per alcuni versi assimilabile al passato, allorché si susseguivano interventi che, pur nella consapevolezza della loro inammissibilità, erano intesi a far comunque giungere la propria voce alla Consulta[86].

In ogni caso, le diverse decine di casi, finora esaminati, dimostrano una condotta improntata a benevolenza da parte del Presidente.

Innanzitutto, dalla casistica si deduce che la mancanza dello scopo di lucro nel soggetto che intende proporre la propria opinione ha una connotazione soggettiva (e non oggettiva), con la conseguenza che è sufficiente il divieto statutario di divisione dei

[82] Secondo A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in *Diritti comparati*, 31 gennaio 2020, vi sarebbe un *vulnus* al contraddittorio, appena temperato dalla trasmissione del decreto di ammissione dell'opinione alle parti costituite.

[83] Con allegate le opinioni ammesse, per effetto di quanto previsto dall'art. 6, c. 4, delle Norme integrative deliberate il 22.7.2021.

[84] Il decreto è pubblicato sul sito della Corte ma non in Gazzetta.

[85] Ma non in relazione alla loro ammissibilità, positivamente riscontrata, in precedenza, dal Presidente.

[86] Profilo sul quale richiama l'attenzione M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020, 124.

profitti derivanti dall'eventuale attività economica, svolta in maniera secondaria e strumentale per il conseguimento dei propri fini[87]: in quest'ottica si spiega l'ammissione di consorzi e società cooperative, che si aggiungono agli altri soggetti ammessi che perseguono scopi prettamente solidaristici. Non è nemmeno affiorato il concetto di adeguata specializzazione o rappresentatività del soggetto collettivo, ai fini della sua abilitazione a immettersi nel giudizio[88].

Che non vi sia un filtro a maglie strette lo si deduce non solo dalla laconica motivazione resa nei decreti di ammissione ma anche dalle decisioni che concludono i giudizi: in queste ultime soltanto di rado è riportato il contenuto (o parte del contenuto) dell'atto depositato dall'*amicus*, di talché diventa problematico arguire la sussistenza dei criteri.

Di tanto in tanto, in alcune decisioni trapela qualche indizio: *a*) circa il possesso del requisito soggettivo, con riferimento, ad esempio, allo scopo statutario[89], *b*) oppure, in relazione a quello oggettivo limitandosi a riportare il disposto dell'art. 4-*ter* delle Norme integrative[90]. Le sentenze, talvolta, suppliscono in qualche modo al deficit motivazionale che affligge i decreti. Il rimedio, però, è improprio: non solo perché interessa pochi casi, ma, soprattutto, perché l'art. 4-*ter* affida la specifica valutazione al Presidente, sentito il relatore.

Può, comunque, rilevarsi una propensione delle formazioni sociali e dei soggetti istituzionali a partecipare alle questioni di più rilevante impatto sociale, le quali, sovente, racchiudono casi, appunto, complessi. Tuttavia, considerata la prima fase di

---

[87] L. SALVATO, *L'*amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il procuratore generale della Corte di cassazione*, cit., 735-736.

[88] Lo ricorda N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 2/2015, 425. Anzi, è dato assistere a casi in cui la formazione sociale è costituita *ad hoc* in vista del contenzioso giudiziale, come riferito da A. AMATO, *Amici… a metà. Primo bilancio dell'"ingresso" degli* amici curiae *nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta online*, 3/2021, 810.

[89] È il caso della sentenza n. 278 del 2020, in cui si legge "è stata depositata una opinione scritta a cura dell'associazione "Italiastatodidiritto", avente sede a Milano, con uno scopo statutario ampiamente descritto, ed essenzialmente incentrato sul contributo degli associati, studiosi di temi giuridici, per l'affermazione e per la tutela dei diritti fondamentali di singoli e gruppi". Nella stessa decisione con riferimento all'opinione della "Unione camere penali italiane" (UCPI), è detto che "la Corte costituzionale ha già riconosciuto come ente rappresentativo dell'avvocatura penale italiana (è citata la sentenza di questa Corte n. 180 del 2018)".

E' anche il caso della sentenza n. 3 del 2021, in cui si rileva che: "Con provvedimento presidenziale del 30 ottobre 2020 sono state ammesse, ai sensi dell'art. 4-*ter* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, le opinioni redatte, in qualità di *amici curiae*, dalle società sportive dilettantistiche a responsabilità limitata "Ufficiali di gara di Firenze" e "Ufficiali di percorso di Firenze", dall'associazione "Impresa Mugello" e dalla "Federazione motociclistica italiana", trattandosi in tutti i casi di associazioni senza scopo di lucro portatrici – come risulta dai rispettivi statuti depositati unitamente alle rispettive opinioni – di interessi collettivi attinenti alla questione di costituzionalità". Su tale decisione si vedano le considerazioni di G. LANEVE, *Il suono degli autodromi, il riparto di competenze Stato-Regioni e una prospettiva processuale per il giudizio in via principale. Alcune osservazioni (molto) a margine di Corte cost., sent. n. 3 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, 3/2021, 3, 232 ss.

[90] È ancora il caso della sentenza n. 278 del 2020 (relativa ad un giudizio in via d'azione), in cui si legge che "sono state ammesse le opinioni scritte dall'Associazione "Italiastatodidiritto" e dall'Associazione forense "Unione camere penali italiane" (UCPI), in qualità di *amici curiae*, per la loro idoneità ad offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte, anche in ragione della sua complessità".

sperimentazione, è pacifico che l'istituto non si è prestato ad un'applicazione selettiva, fondante, in ipotesi, sull'inciso che chiude il terzo comma dell'art. 4-*ter* ("anche in ragione della sua complessità"). In effetti, ciò avrebbe potuto preludere a un indirizzo della Corte volto a consentire, tendenzialmente, agli *amici curiae* l'inserimento nei soli giudizi con un elevato coefficiente di difficoltà, anche al fine di scongiurare un carico di lavoro eccessivo per il Giudice delle leggi: sulla scia di una esortazione[91], avrebbe potuto trattarsi di un "antidoto" ai potenziali pericoli insiti nell'apertura compiuta. Per quanto finora osservato, l'ingresso delle opinioni nel giudizio si realizza pure – ma non solo – sulle grandi questioni. Il requisito della complessità del caso, in realtà, non è di per sé preclusivo: l'utilizzo della parola "anche" autorizza la Consulta a compiere una valutazione d'insieme, saggiando l'utilità dell'opinione in relazione alla problematicità della questione.

Dal testo del c. 3 dell'art. 4-*ter*, inoltre, sul versante dei requisiti oggettivi, si traggono altri due elementi, i quali, benché legati dalla congiunzione "e", potrebbero essere anche in regime alternativo: l'accesso può essere funzionale tanto alla "conoscenza del caso" e, dunque, alla ricostruzione in qualche misura del fatto in sé, quanto alla sua "valutazione". A tal proposito deve notarsi che l'*amicus* è estraneo al contenzioso principale, non nutrendo una situazione soggettiva sostanziale meritevole di difesa[92]: il suo apporto, quindi, se può rivelarsi limitato alla conoscenza del caso strettamente inteso, può, di contro, essere fruttuoso ai fini della ricostruzione del contesto in cui quel caso si colloca (oltre che della sua valutazione sul versante prettamente giuridico)[93].

Il tenore della disposizione, invero, si presta ad interpretazioni che preludono ad un filtro elastico, che, nella prima fase di sperimentazione, si è rivelato decisamente inclusivo. Probabilmente l'atteggiamento indulgente, in entrata, è compensato da un limitato impegno sul fronte della motivazione, in uscita. Ma su questo si dirà più avanti.

7. *Le modalità della partecipazione al giudizio*

L'opinione deve essere depositata entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza in Gazzetta ufficiale.

La Corte ha reputato il termine perentorio, pur in assenza di espressa statuizione dell'art. 4-*ter*.

Il gruppo più nutrito di declaratorie d'inammissibilità è costituito dalla inosservanza del termine per la presentazione dell'opinione. I casi sono i seguenti:

a) ULCES – Unione per la lotta contro l'emarginazione sociale; la Fondazione Promozione sociale onlus; la Federazione italiana Prader − Willi –

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

[92] M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'*amicus curiae, cit., 502. Nella relazione *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., riguardo alle novità delle Norme integrative, si legge che gli *amici* "possano presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Consulta elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dalla loro esperienza 'sul campo', soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme".

[93] Ad esempio nell'ordinanza n. 97 del 2021, in materia di ergastolo ostativo, si dà atto dell'apporto espresso da un *amicus* anche su alcuni dati numerici di condannati alla massima pena.

Sezione Piemonte; La Scintilla – Associazione genitori ragazzi handicappati Collegno e Grugliasco e la redazione della rivista Prospettive assistenziali, edita dall'Associazione promozione sociale Aps[94];

b) alcuni giudici ausiliari d'appello che hanno espresso la propria posizione sulle questioni di legittimità sollevate dalle due ordinanze della Corte di cassazione[95];

c) l'Associazione tra i deputati regionali della Sicilia[96];

d) il "Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana"[97];

e) il Comitato nazionale docenti[98].

È, quindi, confermato il convincimento che si tratta di un termine perentorio, come poi successivamente avvalorato dall'art. 6, c. 1, delle Norme integrative deliberate il 22.7.2021[99].

L'orientamento del Giudice costituzionale è condivisibile per diverse ragioni. Una diversa interpretazione avrebbe implicato, da un lato, un disallineamento ingiustificato circa l'ingresso nel giudizio costituzionale delle parti e degli altri interventori, tutti tenuti a osservare inderogabilmente il suddetto termine. Dall'altro, avrebbe potuto compromettere l'ordinato svolgimento del giudizio, atteso che il decreto di ammissione è trasmesso alle parti costituite almeno trenta giorni liberi prima dell'udienza o della adunanza in camera di consiglio, oltre a essere pubblicato nel sito della Corte costituzionale, in maniera tale da consentire ai soggetti costituiti di prendere posizione sull'avviso espresso dagli *amici*. A tal proposito deve segnalarsi che resterebbe alle parti un termine esiguo di appena dieci giorni per replicare alle opinioni, specie quando in giudizio ne siano state depositate numerose e articolate, come è già accaduto in qualche occasione[100]. Invero, la tempistica processuale è incalzante anche per la formazione sociale o il soggetto istituzionale che intenda rappresentare il proprio punto di vista nel giudizio costituzionale: non è certo agevole redigere uno scritto, allo stesso tempo completo e conciso, in appena venti giorni, specie se poi riguardi casi complessi[101].

---

[94] Sentenza n. 152 del 2020.

[95] Sentenza n. 41 del 2021.

[96] Sentenza n. 44 del 2021, relativa a un giudizio in via principale.

[97] Sentenza n. 150 del 2021.

[98] Sentenza n. 180 del 2021.

[99] La novella del 2020 delle Norme integrative non stabilisce regola transitoria per il deposito dell'opinione relativamente ai giudizi pendenti, circostanza sulla quale richiama opportunamente l'attenzione A. AMATO, *Amici… a metà. Primo bilancio dell'"ingresso" degli* amici curiae *nel giudizio di costituzionalità*, cit., 808.

[100] Ancorché l'ipotesi sia remota, dovrebbe quantomeno ritenersi il termine interamente nella disponibilità dell'istante, nel senso che, depositata l'opinione, questa possa essere anche integrata, purché siano osservati i venti giorni e i limiti dimensionali stabilito dall'art. 4-*ter*: ne deriva che il Presidente dovrebbe pronunciarsi con decreto solo all'esaurimento del lasso temporale a disposizione dell'istante.

Dall'esame dei provvedimenti presidenziali affiora la tendenza a decretare l'ammissione delle opinioni poco tempo prima della scadenza del termine di trenta giorni per la loro trasmissione alle parti del giudizio, nonostante che l'introduzione del giudizio risalga a svariati mesi addietro.

[101] A tal riguardo occorre segnalare che, nella sentenza n. 44 del 2021, si dà conto di un deposito effettuato il 6 maggio 2020 e di una integrazione risalente al 15 gennaio 2021. Tuttavia, l'opinione è, sin dall'inizio, tardiva essendo il ricorso pubblicato in Gazzetta l'11 marzo 2020.

Pur non essendo espressamente contemplata dall'art. 4-*ter*, deve ammettersi la facoltà di allegare documenti all'opinione, giacché ciò è indispensabile all'aspirante *amicus* al fine, se non altro, di provare il possesso dei requisiti soggettivi richiesti dalle Norme integrative[102]. Chi intende formulare l'opinione, quindi, dovrà depositare l'atto fondativo o altro materiale in base al quale dimostri, da un lato, di non perseguire scopi di lucro[103] e, dall'altro, di essere portatore di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità. La Corte lo ha espressamente reclamato in una delle due pronunce d'inammissibilità per motivi diversi dalla tardività del deposito[104].

Si è dell'avviso, inoltre, che all'opinione possa essere acclusa documentazione attinente anche al merito del contributo offerto, la quale, proprio in ragione della problematicità del caso, potrebbe essere necessaria per fornire informazioni utili, superando, in qualche modo, la soglia dimensionale cui è soggetto lo scritto[105]. Anzi, a volte, forse è proprio la produzione documentale, piuttosto che l'opinione in sé, a rendere più proficuo l'apporto per "la valutazione e la conoscenza del caso": si consideri l'evenienza in cui è prospettata alla Corte una adeguata rappresentazione della realtà economica e sociale – mediante rilevazioni statistiche, solo per fare un esempio – dalla quale la questione origina e nella quale la sentenza è destinata a produrre i suoi effetti[106].

Venendo ad altro profilo, dalla prassi emerge che, a differenza degli intervenienti[107], la costituzione può avvenire senza l'assistenza di un avvocato[108], non essendovi un'espressa statuizione in tal senso nell'art. 4-*ter*: ciò, lo si è detto, è coerente con il modello disegnato dalle Norme integrative, secondo il quale la partecipazione dell'*amicus*, non essendo questi parte del giudizio, non è ascrivibile al diritto di difesa. A volte, comunque, accade che alla sottoscrizione dell'atto da parte del rappresentante legale dell'entità collettiva che intende partecipare si aggiunga quella di docenti universitari in materie giuridiche, esperti nel settore in cui il caso è collocabile[109]. Questo è sintomatico della necessità di avvalersi – anche per vie informali – di "consulenti", competenti sia sugli aspetti sostanziali della disciplina sia su quelli propriamente processuali: è già accaduto che l'opinione denunci profili d'inammissibilità della

---

[102] Favorevole alla possibilità di allegare documenti all'opinione è G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione, partecipazione, contraddittorio*, Napoli, 2021, 202-203.

[103] Nella sentenza n. 3 del 2021, ad esempio, viene espressamente constatato che si tratta "in tutti i casi di associazioni senza scopo di lucro portatrici – come risulta dai rispettivi statuti depositati unitamente alle rispettive opinioni – di interessi collettivi attinenti alla questione di costituzionalità".

[104] Sentenza n. 33 del 2021, in cui è si dà atto dell'inammissibilità dell'opinione inoltrata dalla la Rete Italiana contro l'Utero in Affitto "in difetto di allegazioni e produzioni documentali atte a dimostrare il possesso dei requisiti di legittimazione richiesti dal comma 1 del richiamato art. 4-*ter*".

[105] Deve ritenersi che l'allegazione possa anche essere asincrona rispetto al deposito dell'opinione purché venga effettuata nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'atto introduttivo in Gazzetta.

[106] Il punto è affrontato nell'intervento di C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'*amicus curiae *nelle decisioni nn. 3 e 22/2021*, in questa *Rivista*, 3/2021, in cui si reputa utile l'opinione se rappresenta elementi di carattere statistico, sociologico o tecnico-scientifico. In argomento esprime perplessità sul rendimento finora assicurato dall'istituto in chiave istruttoria G.P. DOLSO, *Poteri istruttori*, versione provvisoria in *www.gruppodipisa.it*, par. 4.

[107] Per effetto del combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 4, N.I., i terzi intervenienti (al pari del vertice della Giunta regionale) sono tenuti a depositare la procura speciale, le deduzioni comprensive delle conclusioni e l'elezione di domicilio.

[108] Potrebbe trattarsi, al più, di una facoltà.

[109] In *amicus-curiae-macrocrimes-convertito.pdf*.

questione sollevata e, più in generale, a volte, contribuisca ad un epilogo del giudizio che disattende le soluzioni paventate dal remittente nell'ordinanza di rinvio e dalle parti nel corso del procedimento[110].

Non sono rinvenibili precedenti per l'eventuale inosservanza dei limiti dello scritto, circoscritto alle 25.000 battute. Per alcuni lo sforamento della soglia non comporta l'inammissibilità dell'atto a differenza di quanto previsto nell'art. 13-*ter,* disp. att. c.p.a., il quale prevede: "Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione"[111].

8. *Il rilievo della partecipazione al giudizio dell'*amicus curiae

Si è detto in precedenza che, a seguito della trasmissione del decreto di ammissione alle parti del giudizio, sull'opinione può svilupparsi un contraddittorio, secondo quanto stabilito dall'art. 4-*ter*, c. 4[112].

La scansione ha un rilievo processuale tale da rendere poco plausibile che, a valle del giudizio, nella pronuncia non debba esservi una traccia della presenza degli *amici curiae*. Non sembra decisiva a tal fine l'assenza di una disposizione espressa che stabilisca l'obbligo della Corte di motivare in merito alle opinioni prodotte. Né sembra dirimente indugiare sul rango di mere "opinioni" espresse dagli *amici curiae*, al fine di liquidare potenziali obblighi motivazionali. Una siffatta visione riduzionista tradirebbe la pretesa proclamata di accogliere la società civile. L'*iter* decisionale fatalmente si mostrerebbe opaco, con la conseguenza che, vista vanificata la propria aspirazione a una partecipazione "effettiva", quella porzione di "società civile" manifesterà il suo disappunto nell'agone mediatico e, più latamente, in quello politico. D'altronde, l'estensione della platea dei soggetti che possono inserirsi nel giudizio costituzionale è stata motivata per evitare la proliferazione di interventi di terzi, palesemente inammissibili, sui quali non vi era la possibilità di instaurare una effettiva dialettica processuale[113].

---

[110] Sentenza n. 39 del 2021.

[111] L. SALVATO, *L'*amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il procuratore generale della Corte di cassazione*, cit., 750. Da ultimo, però, si registra un orientamento, in qualche misura, comprensivo del Giudice amministrativo, secondo il quale, se è vero che la sinteticità è oramai una regola del processo amministrativo, di tal che le parti sono tenute a rispettare i limiti dimensionali fissati dal Consiglio di Stato, in caso di inosservanza, però, non vi è ragione per adottare atteggiamenti drastici o punitivi, per cui, in linea con il principio di leale collaborazione, pare più adeguato concedere un breve rinvio, al fine di consentire alle stesse parti "un ragionevole riequilibrio dimensionale delle difese", cfr. C.d.S., sez. VI, 13.4.2021, n. 3006.

[112] In alcuni casi si dà atto che le parti abbiano confutato l'opinione prodotta. Si veda, da ultimo, la sentenza n. 202, del 2021, punto 10 del "ritenuto in fatto".

[113] Prima della modifica alle Norme integrative, compiuta nel 2020, A. VON BOGDANDY-D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il* Bundesverfassungsgericht, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 13, hanno osservato che: "Se però si considera che attraverso le ricerche svolte dagli assistenti dei giudici costituzionali vengono portati all'attenzione dei giudici in maniera informale sia le ragioni fatte valere negli interventi (inammissibili) di terzi e *amici curiae*, sia il contributo della dottrina, la Corte sembra di fatto essere in grado di raggiungere

Di contro, secondo alcuni, il varco apertosi nel processo costituzionale consisterebbe in un'operazione di "grande ardimento"[114]. Non può, certo, negarsi che, se la Corte invece dovesse scrupolosamente riscontrare una a una tutte le opinioni[115], ne deriverebbe un *surplus* argomentativo micidiale con sentenze di centinaia di pagine, sul modello di quanto già avviene in altre esperienze ordinamentali[116].

All'osservatore è consentito saggiare il peso dell'opinione dell'*amicus* unicamente sulla base di ciò che è riportato nella singola pronuncia relativa alla questione in cui l'ingresso vi sia stato.

Può evidenziarsi che, abitualmente, si accenna alla partecipazione al giudizio della formazione sociale o del soggetto istituzionale. A volte nel "ritenuto in fatto" sono riassunte le argomentazioni proposte nello scritto depositato[117]. Più di rado, invece, l'opinione è oggetto di espressa attenzione nel "considerato in diritto"[118], mentre solo eccezionalmente compaiono ripetuti richiami alla posizione espressa [119].

La sensazione è che, sporadicamente, l'eco dell'opinione risuoni nella decisione del Collegio: è probabile che ciò dipenda anche dall'autorevolezza dell'*amicus* e dalla appropriatezza delle deduzioni offerte[120]. La tendenza sembra essere uniforme, indipendentemente se l'apporto sia di tipo "neutrale", oppure, come avviene di frequente,

---

l'obiettivo di una piena rappresentazione nel processo costituzionale di tutti gli argomenti presenti nel dibattito pubblico senza tuttavia fare del processo costituzionale un evento pubblico, che esporrebbe inevitabilmente i giudici a una maggiore pressione mediatica".

[114] G. L. CONTI, *La* Corte *costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla* Corte *costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, cit., 16.

[115] L'esperienza maturata in altri contesti ordinamentali dà il segno di una partecipazione massiccia ai giudizi di costituzionalità, come nel caso dell'*amicus brief* davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti, sul quale si vedano le considerazioni di T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia,* cit., spec. 134 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *L'integrazione del contraddittorio nel processo costituzionale: l'intervento di terzo e l'*amicus curiae *in prospettiva comparata tra diritto amministrativo e diritto costituzionale*, in *Consulta online*, 16 marzo 2020, spec. par. 4.

[116] A. ANZON, *Le aperture della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 482, è dell'avviso che la Corte non sarebbe tenuta a fare menzione dell'opinione in motivazione con la conseguenza che la partecipazione dell'*amicus* sarebbe inutile. Secondo P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'*amicus curiae *davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 1/2019, 122, sarebbe bastata "una dilatazione ragionevole della nozione di interesse qualificato", in maniera tale da ampliare sì il novero dei terzi intervenienti, ma evitando una proliferazione indiscriminata della controversia sotto il profilo soggettivo; analogamente L. D'ANDREA, *L'intervento di terzi interessati e la tutela di interessi pubblici, collettivi e diffusi nel giudizio incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del Seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, 1998, spec. 105 ss., nel passato auspicava un orientamento della Corte volto a favorire l'allargamento del contraddittorio nel giudizio costituzionale ai soggetti portatori di interessi diffusi e collettivi quali terzi intervenienti.

[117] Da ultimo, le sentenze nn. 33, 198, 202 e 210 del 2021.

[118] Sentenza n. 234 del 2020.

[119] È il caso della sentenza n. 260 del 2020, nella quale la Corte respinge le deduzioni offerte dall'Unione camere penali italiane per concludere della infondatezza dell'incidente di costituzionalità relativa all'art. 438, c. 1-*bis*, c.p.p., che esclude il giudizio abbreviato per i reati punti con l'ergastolo.

[120] G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione, partecipazione, contraddittorio*, cit., 206, nota, a ragione, che, se l'opinione è effettivamente utile, la sua eco non potrebbe non estendersi alla pronuncia definitiva, per cui un filtro rigoroso, a monte, potrebbe, a valle, evitare disfunzioni decisionali. Non è da scartare l'ipotesi che gli argomenti di un'opinione oggettivamente utile possano essere fatti propri da una parte (ad esempio, nella memoria depositata a ridosso dell'udienza).

sia esplicitamente orientato nel senso di sollecitare l'accoglimento o il rigetto[121]. Si tratta, in questi ultimi casi, di *opiniones ad adiuvandum* o *ad opponendum*, per mutuare il lessico del giudice amministrativo. L'*amicus*, talora, è così "interessato" alla pregiudiziale al punto di dilungarsi sugli aspetti d'inammissibilità dell'incidente sollevato[122].

Di tal che, volendo stare fermi ai latinetti, più che di *amicus curiae* si dovrebbe discorrere di "*amicus partis*". Ma l'esperienza consegna anche il dato che il contributo, nel rivelarsi pienamente adesivo all'ordinanza di rinvio, assuma la fisionomia di un soccorso in favore del giudice remittente, con la conseguenza che potrebbe ragionarsi di un "*amicus iudicis*".

Accade anche che siano depositate opinioni di segno opposto, che effettivamente potrebbero pretendere un diverso e più articolato svolgimento della motivazione a sostegno della decisione[123].

Tra le varie pronunce si segnala l'ordinanza n. 97 del 2021, in materia di ergastolo ostativo, nella quale sono puntualmente riportati gli avvisi espressi dagli *amici*. Potrebbe sorprendere la circostanza che le opinioni, pur diffusamente rappresentate nella parte in fatto, non siano oggetto di considerazione nel considerato in diritto. Probabilmente, essendo stato disposto il rinvio ad una successiva udienza per consentire al Parlamento di intervenire, il carattere interlocutorio della decisione potrebbe giustificare la condotta. In questa ordinanza, tra gli altri profili di interesse, si segnala il fatto che la Corte rilevi che uno degli *amici* aveva già partecipato in un ruolo analogo nel precedente giudizio definito dalla Corte Edu con la sentenza Viola, ripetutamente richiamata nel corso del processo al fine di valutare la conformità della normativa interna a quella convenzionale. In questo caso potrebbe dirsi che "*olim amicus, semper amicus*".

9. *Il dilemma: opinione o intervento? La conversione della forma di accesso: da interveniente ad* amicus *e viceversa?*

All'indomani della novella, appariva chiaro che il soggetto estraneo al processo principale avrebbe potuto trovarsi davanti alla seguente alternativa[124]: *a*) assumere le vesti del terzo interveniente e, quindi, partecipare al giudizio esercitando ogni tipo di prerogativa (visione degli atti e presenza all'udienza pubblica, soprattutto), sottoponendosi però allo stringente filtro ad opera della Corte circa la sussistenza dei presupposti; *b*) oppure avere accesso nella qualità di *amicus curiae*, limitandosi alla formulazione di opinioni scritte ma confidando nelle maglie oggettivamente più larghe del relativo scrutinio di ammissibilità.

[121] Si vedano, ad esempio, le sentenze nn. 234, 260, 278 del 2020 e nn. 9, 180, 202 e 210 del 2021 dove le opinioni sono nel senso della fondatezza delle questioni, da un lato; e le sentenze nn. 3 e 39 del 2001 per il rigetto, dall'altro.

[122] Sentenza n. 39 del 2021.

[123] Sentenza nn. 32 e 33 del 2021.

[124] Davanti a tale dilemma, si ripete, potrà trovarsi soltanto il soggetto collettivo – sia la formazione sociale, sia l'attore istituzionale – non la persona fisica o giuridica priva di tale requisito. Per queste, in presenza dei relativi criteri, sarà inevitabile praticare la strada dell'intervento del terzo.

Tra l'altro il maggior vantaggio di quest'ultima forma d'ingresso è dato dalla scarsa importanza che l'udienza assume nella dinamica del processo costituzionale: lapidarie, in tal senso, le parole di un giudice emerito della Corte, secondo il quale "(…) l'udienza è sostanzialmente un rituale della cui utilità nessuno crede"[125].

Si era ipotizzato, dunque, che la partecipazione nella qualità di *amicus* avrebbe contribuito all'identificazione di una sorta di "ultimo" canale di accesso. Ciò è subito affiorato nella ordinanza n. 37 del 2020. In questa il Giudice delle leggi, riproponendo gli stringenti parametri cui è subordinato l'intervento del terzo, afferma che "tale soluzione deve essere oggi ribadita, tanto più a fronte della recente introduzione dell'art. 4-*ter* delle Norme integrative, che consente alle formazioni sociali (...) e ai soggetti istituzionali (...) di presentare alla Corte un'opinione scritta in qualità di *amici curiae*"[126].

Successivamente, vi sono stati altri casi in cui la Consulta, dinanzi alla pretesa di partecipare come intervenienti, ha continuato a indicare invece la strada della partecipazione amicale[127].

Il consolidamento di tale indirizzo induce a ritenere che la forma usuale d'inserimento nel giudizio costituzionale è destinata a essere quella dell'*amicus*, salvo che non si dimostri di essere titolari di un interesse diretto e immediato, tale da consentire la presenza nel processo come terzo interveniente. Ma, riguardo all'esistenza di un nesso qualificato ai fini dell'intervento, la posizione della Corte non potrà essere nel futuro meno rigorosa proprio in ragione del mutato contesto normativo.

Ciò nondimeno, il dubbio circa l'una o l'altra opzione potrebbe ancora affliggere il soggetto che intende immettersi nel giudizio costituzionale.

Potrebbe anche immaginarsi che si provi a partecipare come terzo interveniente e, in caso d'inammissibilità, chiedere, in via subordinata, alla Consulta di ammettere la partecipazione come *amicus curiae*. Volendo percorrere questa strada, si dovrebbe essere assistiti da un avvocato abilitato davanti alle giurisdizioni superiori, il quale dovrebbe adottare la cautela di riferire da subito le proprie argomentazioni con l'atto scritto, attenendosi ai limiti redazionali imposti. In tal modo ci si porrebbe al riparo da eventuali decadenze che potrebbero interessare l'accesso, per così dire, in tono minore, nella qualità di amico.

---

[125] S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 35 e 186. Si noti che l'art. 16 delle Norme integrative è stato modificato con la delibera dell'8 gennaio 2020: al comma 2 è ora previsto che "dopo la relazione, i difensori, di regola non di più di due per parte, svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni". La previsione è ribadita all'art. 16 delle Norme integrative deliberate il 22 luglio 2021.

[126] L'ordinanza è commentata da S. DI PALMA, *La Corte costituzionale "aperta", fra "Interventi in giudizio" e "Amici curiae" (note "semicritiche" all'ordinanza n. 37 del 2020)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 299 ss.

[127] Ordinanza n. 202 del 2020, resa in relazione alla domanda di intervento della Confederazione dei dirigenti, funzionari, quadri, ed alte professionalità, in servizio ed in quiescenza, della pubblica amministrazione (CONFEDIR); ordinanza del 26.1.2021, allegata alla sentenza n. 16 del 2021, relativamente alla istanza dell'associazione «ANCE Sicilia - Collegio regionale dei Costruttori edili siciliani»; ordinanza letta all'udienza del 22.9.2021 e allegata alla sentenza n. 210 del 2021, con riguardo alla domanda del Comitato "Venditori 18135".

Sarà da verificare l'atteggiamento che vorrà riservare il Giudice costituzionale a tale tecnica difensiva[128]. A tal riguardo è interessante la sentenza n. 41 del 2021, nella quale si rileva il deposito di un atto denominato «intervento/opinioni» contenente la posizione di alcuni giudici ausiliari d'appello sulle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione. La Consulta rileva che "esso costituisce non già un atto di intervento, che comunque sarebbe inammissibile sotto plurimi profili, bensì un'opinione riconducibile alla figura degli *amici curiae*". Tuttavia, "come tale, l'opinione è parimenti inammissibile in quanto, in disparte ogni altra ragione, è tardiva rispetto al termine di venti giorni dalla pubblicazione delle ordinanze di rimessione, a tal fine previsto dall'art. 4-*ter*, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale".

Ovviamente, la commutazione dell'intervento in opinione presenterebbe non pochi aspetti problematici sul versante processuale.

Le ipotesi sono due.

L'art. 4-*bis* introduce una disciplina dell'accesso all'intervento dei terzi, che recepisce, in buona parte, quanto disposto dal Presidente Lattanzi con la nota del 21 novembre 2018 inviata alla cancelleria[129]. La modifica più rilevante consiste nell'onere in capo ai terzi, che intendono prendere visione degli atti ed estrarre copia, di depositare con l'atto d'intervento istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione riguardante l'ammissibilità del proprio inserimento nel giudizio. Il Presidente, sentito il relatore, fissa una camera di consiglio *ad hoc*, dandone notizia alle parti costituite, le quali, entro dieci giorni, possono presentare sintetiche memorie.

Con ordinanza soggetta a pubblicazione la Corte decide limitatamente all'ammissibilità dell'intervento[130]. Se il Collegio lo ritiene inammissibile ma vi sono margini perché la partecipazione possa avvenire sotto le spoglie dell'*amicus*, dovrebbe poi essere rimessa la decisione in separata sede al solo Presidente, sentito il relatore.

Sarebbe evidente il sovraccarico procedurale.

Non minore, invero, di quello che si profilerebbe nella seconda ipotesi.

L'art. 4-*bis* non disciplina il caso in cui al terzo non interessi la visione degli atti. In tale evenienza dovrebbe avere campo applicativo la citata nota presidenziale del 21 novembre 2018, dando luogo a quella che è stata definita una sorta di "dicotomia"

[128] Può scorgersi qualche tentativo compiuto in questo solco già prima della ultima modifica alle Norme integrative. Si vela l'ordinanza del 22 ottobre 2019, allegata alla sentenza 253 del 2019.

[129] Tale nota è stato oggetto di osservazioni critiche in dottrina; si veda A. RUGGERI, *Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta online*, 3/2018.

Una delle prime significative applicazioni di questa nota è costituita dall'ordinanza n. 204 del 2019, con la quale si ammette l'intervento di ArcelorMittal Italia S.p.A., in quanto, subentrata ad Ilva S.p.A. nella gestione concreta dello stabilimento di Taranto, "è titolare di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalle norme censurate, avendo il giudice rimettente censurato le menzionate disposizioni perché, oltre a esonerare da responsabilità penale i gestori dello stabilimento, autorizzano «in ogni caso» la prosecuzione dell'attività produttiva presso lo stabilimento ILVA di Taranto in pendenza di sequestro penale sino al 23 agosto 2023".

[130] Si tratterebbe di misure orientate alla tutela della *privacy*, secondo l'avviso di S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più aperta: la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema penale*, 23 gennaio 2020.

processuale[131]. In questo caso l'ammissibilità dell'intervento è valutata all'udienza pubblica (o alla camera di consiglio) fissata per il merito; nell'occasione è comunicata all'interveniente solo la parte degli scritti prodotti dai soggetti costituiti, relativa, appunto, all'eventualità del suo inserimento nel processo[132].

Se la Corte si pronunciasse, dunque, per l'inammissibilità dell'intervento, l'udienza dovrebbe essere rinviata a nuova data, per consentire al Presidente, acquisito l'avviso del relatore, il controllo sulla sussistenza dei presupposti per la conversione, in partecipazione amicale, dell'ingresso nel giudizio di quel soggetto.

Resterebbe da indagare anche sulla praticabilità della direzione inversa. Va, preliminarmente, precisato che l'opzione compiuta dalla formazione sociale o dal soggetto istituzionale di partecipare nella qualità di *amicus*, pur avendo i requisiti per spiegare intervento, non sembra possa essere sindacata dal Giudice costituzionale.

La conversione dell'opinione in intervento potrebbe venire in rilievo nell'ipotesi in cui, ad esempio, pretenda di partecipare, quale *amicus*, la persona fisica o la formazione sociale con scopo di lucro (evenienza espressamente negata dall'art. 4-*ter* delle Norme integrative), che, però, abbia i requisiti per vestire i panni dell'interveniente.

Vi sarebbero evidenti intralci procedurali. Il Presidente dovrebbe dichiarare inammissibile l'opinione per carenza del requisito soggettivo per poi sollecitare, *motu proprio*, la decisione del Collegio all'udienza (o alla camera di consiglio) fissata per la trattazione del merito[133]. È altamente improbabile uno scenario del genere, reso ancora più inverosimile da un elemento non trascurabile: se la partecipazione nella qualità di *amicus* è avvenuta senza l'assistenza tecnica di un difensore, ciò, di per sé, impedirebbe la conversione dell'opinione in intervento, atteso che, in quest'ultimo caso, non può prescindersi dall'essere rappresentati da un avvocato abilitato davanti alle giurisdizioni superiori.

Altra ipotesi è se il medesimo soggetto, nel dubbio, presenti parallelamente l'atto di intervento e l'opinione, eventualità favorita dalla circostanza che entrambi soggiacciono al medesimo termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza in Gazzetta ufficiale[134]. In tal caso, dovrebbero attivarsi l'esame stabilito per ciascuna forma di partecipazione, senza pericoli – per così dire – di intersezioni normative[135].

---

[131] G.L. CONTI, *La* Corte *costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla* Corte *costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, cit., 87. Ad una prima lettura delle Norme integrative, deliberate il 22 luglio 2021, non sembrerebbero emergere novità su tale punto.

[132] Una volta ammesso al giudizio, il terzo è equiparato agli interventori istituzionali. È soggetto agli stessi adempimenti procedurali di questi e gode delle medesime facoltà (tra le quali, la possibilità di presentare memorie e di partecipare all'udienza), con l'unica diversità, a monte, che l'ordinanza di rinvio non gli è notificata: la sua partecipazione, quindi, è legata alla meticolosa lettura della Gazzetta o all'eventualità fortuita di venire *aliunde* tempestivamente a conoscenza dell'incidente.

[133] È da supporre che la conversione debba essere valutata alla luce della sola disciplina per la domanda di intervento non corredata dalla istanza volta ad ottenere la visione degli atti del giudizio, giacché tale ultima facoltà è inibita *a priori* per l'*amicus*.

[134] Così R. ROMBOLI, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle Norme integrative*, cit., 518.

[135] È quanto si è verificato nelle questioni risolte con la sentenza n. 46 del 2021, la quale si segnala perché decide quattro questioni identiche sollevate dal Consiglio di Stato. In una l'ANEV, essendo parte nel giudizio *a quo*, si è costituita davanti alla Corte. Nelle altre tre ha spiegato intervento, dichiarato

10. *L'*amicus curiae *negli altri giudizi innanzi alla Corte*

La partecipazione dell'*amicus* è possibile anche nel giudizio in via principale e nei conflitti di attribuzione per effetto del rinvio all'art. 4-*ter* compiuto dagli articoli 23, 24 e 25 delle Norme integrative, così come sono stati modificati anch'essi dalla delibera dell'8 gennaio 2020[136].

Il suo apporto è sempre limitato alla produzione di un'opinione. Il valore di questa è minore nel contesto di un giudizio di parti, laddove, ad esempio, è dichiarata l'estinzione se il ricorrente formula la rinunzia (anche parziale) al ricorso e questa è accettata dalla parte resistente[137].

La casistica è esigua ma, pur con qualche inevitabile adattamento derivante dalla peculiarità della singola forma di giudizio, può scorgersi una identità di accenti con la giurisprudenza esaminata con riguardo all'accesso in via incidentale.

La Consulta ribadisce il suo orientamento, secondo il quale nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale non è ammessa la presenza di soggetti diversi dalla parte ricorrente e dal titolare della potestà legislativa il cui esercizio è oggetto di contestazione, valendo ciò "a fortiori alla luce del nuovo art. 4-*ter* delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, che consente alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità di presentare alla Corte un'opinione scritta in qualità di *amici curiae* (ordinanze n. 111 e n. 37 del 2020)"[138].

Sempre con riguardo al giudizio in via d'azione, viene, poi, in rilievo un'altra decisione dalla quale si evince la partecipazione di diversi soggetti e l'esclusione di un altro, tutti nella qualità di *amici*[139]. Se, da un lato, sono valorizzate le opinioni ammesse, potrebbe destare qualche perplessità la motivazione addotta relativamente all'inammissibilità di quella prodotta dal Comune di Scarperia e San Piero, "il quale non può essere considerato soggetto portatore di interessi omogenei – collettivi o diffusi – attinenti alla questione di costituzionalità qui all'esame". Eppure, vi era una visione concorde circa la capacità degli enti pubblici territoriali di partecipare al giudizio costituzionale[140]: per giunta, nell'occasione si ragionava della legittimità della norma sulle attività dell'autodromo da disciplinarsi tramite una convenzione tra il gestore e

inammissibile dal Collegio, e ha depositato opinioni ritenute, invece, ammissibili con decreto del Presidente.

[136] L'art. 31, rubricato "norme di rinvio", delle Norme integrative, deliberate il 22 luglio 2021, stabilisce ora che per i giudizi in via principale e per i conflitti di attribuzione si osservano, in quanto applicabili, gli articoli da 2 a 20 e, dunque, anche l'art. 6 dedicato agli *amici curiae*.

[137] Artt. 23, 24, u.c., e 25, u.c., N.I.

[138] Ordinanza del 26 gennaio 2021, allegata alla sentenza n. 16 del 2021. Ad avviso di F. DAL CANTO, *La stagione di apertura non riguarda il giudizio in via principale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 491, sarebbe una soluzione di "ripiego" per i potenziali interventori, in quanto, nella qualità di *amici*, possono solo depositare una breve memoria scritta.

[139] Sentenza n. 3 del 2021.

[140] Tra gli altri, così A. ANZON, *Le aperture della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, cit. 481.

l'ente in questione. La motivazione, invero molto succinta, consente di azzardare un'ipotesi: probabilmente non è sconfessata la tesi che, in generale, l'ente comune sia portatore di interessi collettivi o diffusi[141], piuttosto, nel caso concreto, non è stata rilevata l'omogeneità degli interessi di cui quel Comune era portatore.

La partecipazione nel giudizio in via d'azione registra altri casi[142].

Un solo precedente si ha per i conflitti interorganici, laddove, però, non si traggono spunti significativi, considerato che il ricorso è stato dichiarato improcedibile per l'inosservanza del termine perentorio di trenta giorni, entro il quale occorre depositare gli atti notificati alla controparte[143].

Non risultano, invece, conflitti intersoggettivi che abbiano visto l'inserimento dell'*amicus*.

11. *Qualche osservazione conclusiva*

Dall'analisi della casistica sembra affiorare la propensione all'utilizzo dell'istituto in relazione alle questioni di costituzionalità di straordinario risalto, non solo sotto l'aspetto processuale ma anche sotto quello mediatico. Si pensi alle pregiudiziali riguardanti il caso Cappato[144], l'ergastolo ostativo[145], la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa[146], la limitazione della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici[147], l'esclusione del giudizio abbreviato per i reati punti con l'ergastolo[148], la sospensione della prescrizione dei reati in tempo di pandemia[149], i nati non riconoscibili[150], la possibilità di dare effetto nel nostro ordinamento a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino anche il c.d. genitore

[141] A tal riguardo va rilevato, ad esempio, l'indirizzo del giudice amministrativo secondo il quale "il Comune, quale ente locale che ai sensi dell'art. 3, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo, è legittimato ad impugnare i provvedimenti che incidano sui servizi pubblici erogati nel territorio di riferimento; in capo al Comune si personalizzano, infatti, gli interessi di cui è titolare in via indifferenziata la comunità locale, nel cui ambito vanno ricompresi quelli relativi all'accessibilità, da parte degli appartenenti alla predetta collettività, alla rete dei servizi pubblici presenti sul territorio, con conseguente legittimazione ad agire in giudizio a tutela di tali *interessi collettivi*" (corsivo non testuale), T.a.r. Abruzzo, sez. I, 13.1.2016 n. 7; analogamente, in relazione agli interessi diffusi, T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 6.12.2019, n. 14018; T.a.r. Calabria, Catanzaro, sez. I, 21.3.2018, n. 682; T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 27.10.2016, n. 649.

[142] Ad esempio, si vedano: la sentenza n. 9 del 2021, in cui risulta ammessa l'opinione della "Associazione Unione Inquilini"; la sentenza n. 44 del 2021, dalla quale si evince l'estromissione, per tardività, dell'opinione presentata dall'Associazione tra i deputati regionali della Sicilia cessati dal mandato; la sentenza n. 134 del 2021, in cui è ammessa una opinione presentata da più soggetti (Federdistribuzione, ANCC COOP e ANCD CONAD).

[143] Ordinanza n. 40 del 2021.

[144] Ordinanza n. 132 del 2020.

[145] Ordinanza n. 97 del 2021.

[146] Ordinanza n. 132 del 2020 e sentenza n. 150 del 2021.

[147] Sentenza n. 234 del 2020.

[148] Sentenza n. 260 del 2020.

[149] Sentenza n. 278 del 2020.

[150] Sentenza n. 32 del 2021.

"d'intenzione"[151], i giudici onorari quali componenti di collegi giudicanti[152], il reato di furto in abitazione[153].

Ciò tendenzialmente dovrebbe rendere implausibile un giudizio senza parti e interventori ma con *amici*. Tuttavia, non può escludersi un'altra eventualità del tutto inedita nel giudizio in via incidentale: ci si riferisce all'ipotesi in cui al processo innanzi alla Corte partecipi soltanto l'*amicus*, in assenza della costituzione delle parti e degli interventori istituzionali. Per cui, aggiornando il titolo di un lavoro classico[154], potrebbe parlarsi di un "giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti ma con *amici* (e, magari, intervenienti)"[155].

È ragionevole immaginare che in una siffatta eventualità – ovvero l'ingresso nel giudizio costituzionale dei soli *amici* – vi potrebbe essere una più diffusa motivazione sull'apporto argomentativo offerto nell'opinione.

Non è da trascurare poi un dato.

Non c'è alcun dubbio che le parti abbiano modesta influenza nel processo costituzionale incidentale, tant'è che, già tempo addietro, furono addirittura declassate proprio al rango di *amici curiae*[156]. Per cui, se è vero che l'*amicus* può appagare il suo interesse limitandosi a formulare un'opinione con la conseguenza che non è equiparabile alle parti del giudizio, è altresì vero che si tratterebbe, in astratto, di un lieve disallineamento.

In concreto, però, il rapporto di forza potrebbe essere ribaltato.

Le parti del giudizio *a quo*, quando sono soggetti individuali e come tali sono portatori di interessi personali, hanno, in generale, un peso specifico molto ridotto, destinato ad essere travolto dalla superiore dimensione del giudizio costituzionale. Addirittura, per molti versi, l'influenza delle parti è di entità minore se confrontata con quella dell'interventore istituzionale, come, ad esempio, la Presidenza del Consiglio e, venendo al nostro tema, potrebbe essere anche inferiore alla stessa opinione resa da una associazione di categoria, da un ente esponenziale di interessi e così via. Si pensi, ad esempio, al contributo offerto dall'Unione camere penali italiane in una pregiudiziale avente ad oggetto una norma di diritto penale sostanziale o processuale, rispetto all'apporto del soggetto straniero imputato nel giudizio nel corso del quale, magari, d'ufficio è stata posta la questione alla Corte. La qualificazione della formazione sociale o del soggetto istituzionale rende, evidentemente, l'opinione preponderante rispetto agli scritti difensivi e all'apporto orale in udienza della parte costituita nel giudizio di costituzionalità. Potrebbe trattarsi di uno svolgimento del giudizio plausibile, al ricorrere

[151] Sentenza n. 33 del 2021.

[152] Sentenza n. 41 del 2021, che si segnala per la modulazione degli effetti della pronuncia di accoglimento.

[153] Sentenza n. 117 del 2021.

[154] Ci si riferisce, evidentemente, a R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.

[155] O, se si vuole, "di un processo a parti, intervenienti e *amici* eventuali", riferendosi a G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 147.

[156] Il dibattito è riassunto in E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. V, Milano, 2001, 522.

del quale non è da escludere che, progressivamente, in futuro nella motivazione della decisione sarà riservata maggiore considerazione alla partecipazione amicale.

Vi è, però, un rischio.

Se dovesse avere campo esclusivo il punto di vista "interessato" alla vicenda, l'istituto avrebbe una declinazione sbilanciata verso la figura dell'*amicus advocacy* a discapito dell'*amicus friendship*: potrebbe conseguirne anche uno squilibrio tra le posizioni assunte nel giudizio, specie se l'istituto fosse utilizzato in maniera massiccia da gruppi di pressione, istigati alla partecipazione magari da una delle parti[157].

L'autorevolezza della Corte dovrebbe, in ogni caso, costituire un adeguato argine a questa potenziale deriva.

Sotto quest'ultimo aspetto, potrebbe essere rassicurante la vicenda compiutasi nel giudizio di ammissibilità referendaria, laddove, come già accennato, sono stati ammessi gli scritti presentati da soggetti – diversi dai promotori della consultazione e dal Presidente del Consiglio dei ministri – interessati alla decisione[158]. L'allargamento dell'arena referendaria[159] presenta evidenti analogie con la partecipazione dell'*amicus*[160]: alla base di entrambe vi è l'esigenza della Corte di ampliare la platea dei soggetti presenti nel giudizio (pur se – o meglio: proprio in quanto – portatori di una determinata visione), al fine di acquisire contributi argomentativi ulteriori, evitando, nei limiti del possibile, appesantimenti procedurali[161]. Si è trattato di un'esperienza finora ben governata dal Giudice costituzionale che non ha dato luogo a disfunzioni procedurali e, soprattutto, decisionali, atteso che le sentenze si soffermano in maniera equilibrata sulle argomentazioni immesse nell'agone processuale attraverso tale canale.

Si è notato che, dopo la modifica delle Norme integrative, l'indirizzo della Corte è stato di impronta chiaramente inclusiva.

---

[157] La degenerazione dell'istituto è analizzata, con riferimento all'esperienza statunitense, da B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4/2019, spec. 125 ss.; A. LUCARELLI, *Norme integrative di apertura alla società civile: contaminazione del processo costituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, 2, 505, discorre di un eccesso di rappresentazione degli interessi che potrebbe nel giudizio costituzionale alterare l'equilibrio determinatosi nel processo *a quo*.

[158] Sentenza nn. 45 del 2005, 5 del 2015, 13 del 2012, 24 e 28 del 2011.

[159] Senza confini, secondo A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 359.

[160] Ancorché vi siano differenze di non poco momento, tra le quali, a titolo meramente esemplificativo, può ricordarsi l'eventualità di essere autorizzati, di volta in volta, a brevi integrazioni orali nel vaglio di ammissibilità, possibilità, invece, preclusa agli *amici*. Tale aspetto potrebbe pretendere un aggiornamento in virtù della pubblicazione delle Norme integrative deliberate il 22 luglio 2021. Infatti, relativamente all'ammissibilità delle richieste di referendum, l'art. 30 stabilisce "si osservano, per come applicabili, le disposizioni di cui alle presenti Norme integrative". Se la partecipazione dei soggetti interessati, diversi dai promotori e dal Presidente del Consiglio, dovesse essere assimilata a quella degli *amici curiae*, potrebbe derivare la loro esclusione dalla discussione orale.

[161] Infatti, anche da ultimo è stato precisato che: "Tale ammissione, che viene qui confermata, non si traduce in un diritto di questi soggetti di partecipare al procedimento – che, comunque, «deve tenersi, e concludersi, secondo una scansione temporale definita» (sentenza n. 31 del 2000) – e di illustrare le relative tesi in camera di consiglio, ma comporta solo la facoltà della Corte, ove lo ritenga opportuno, di consentire brevi integrazioni orali degli scritti, come è appunto avvenuto nella camera di consiglio del 15 gennaio 2020, prima che i soggetti di cui al citato art. 33 illustrino le rispettive posizioni". Cfr. sentenza n. 10 del 2020 e giurisprudenza ivi citata.

C'è un effetto di sistema. L'apertura della Consulta alla società civile è stata intesa come una forma di partecipazione democratica alle vicende processuali, volta alla migliore realizzazione del bene comune[162]; si tratterebbe, perfino, di un istituto che "dà voce ai senza voce"[163]. Al netto di qualche accento enfatico[164], non può disconoscersi che anche questa prospettiva presenti insidie, specie nel caso in cui partecipino soggetti, quali, ad esempio, i partiti politici relativamente a questioni in ambito elettorale o le formazioni con una visione radicale quando vengono affrontati temi etici[165]. L'opinione potrebbe essere funzionale non tanto a dare un apporto collaborativo (pur se orientato), quanto ad iniettare nel processo costituzionale la polemica politica contingente per poi alimentarla all'esito eventualmente sfavorevole del giudizio. Vi sarebbe la trasfigurazione dell'istituto, che, stando sempre ai latinetti, disvelerebbe un "*inimicus curiae*"[166].

Si tratta di un rischio, riguardo al quale, tuttavia, le Norme integrative individuano adeguate cautele[167]. Una volta conclusa la fase di rodaggio dell'istituto e, soprattutto, dinanzi a scenari di accesso indiscriminato, la Corte sarà chiamata a fare ordine, dimostrandosi ragionevolmente selettiva in relazione ai requisiti soggettivi e oggettivi, ai quali è ancorata la partecipazione[168].

Ciò nondimeno, in ragione dell'esperienza già realizzata, è auspicabile fin da ora l'adozione di qualche lieve accorgimento perché le novità siano in maggior misura congeniali al processo costituzionale, al suo giudice e all'ordinamento complessivamente inteso. È opportuno che le istanze di partecipazione siano sempre decise con decreto del Presidente, a prescindere se il vaglio abbia dato esito positivo o meno. Il provvedimento monocratico dovrà essere adeguatamente motivato: nel caso di inammissibilità al fine di

---

[162] Si esprimono positivamente sull'apertura, tra gli altri, V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 511; L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti del Terzo settore*, in *vita.it*, 5.2.2020; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 2020; A. MOSCARINI, Amicus curiae *e giudizio incidentale nelle norme integrative sui dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 508 discorre di istituto tipicamente discorsivo-partecipativo; mentre per S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile,* ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri, in *Rivista AIC*, 2/2020, 387 e 391, siffatta apertura potrebbe persino mutare la fisonomia del processo costituzionale.

[163] T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia,* cit., 138.

[164] Sulle aperture della Corte all'opinione pubblica si vedano le notazioni critiche di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, spec. 271-272. *Contra* R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 759; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 4/2019, spec. 785.

[165] Esprimono perplessità su tali aspetti, tra i tanti, M. MANETTI, *I "falsi amici" del giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 506; C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, cit., 510; A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE online*, 2/2020, spec. 2589.

[166] Così A. D'ATENA, *L'introduzione degli "*amici curiae*": tra esigenze di radicamento, aperura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 495.

[167] Non intravede pericoli derivanti dall'apertura R. ROMBOLI, *La riforma delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale approvata l'8 gennaio 2020*, in *Il Foro italiano*, 12/2020, 377 ss.

[168] R. PESSI, *Corte costituzionale, formazioni sociali e società civile*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 513.

prevenire artificiose contestazioni; nel caso di ammissione per orientare, rendendolo maggiormente proficuo, il successivo svolgimento del giudizio. Nell'ipotesi in cui l'opinione sia ammessa, inoltre, è opportuno che la decisione conclusiva dimostri che la Corte abbia tenuto in adeguata considerazione l'apporto offerto.

In mancanza, si corre il rischio, con un sorprendente rovesciamento di prospettiva, che il giudice costituzionale possa apparire "*inimicus amicorum*".

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL PROCESSO COSTITUZIONALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 12 NOVEMBRE 2021

APERTURA DEL PROCESSO COSTITUZIONALE E AMPLIAMENTO DEL CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO INCIDENTALE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE*

GIOVANNI ZAMPETTI**

SOMMARIO: 1. Premesse teoriche e delimitazione dell'indagine. – 2. Soggetti del processo costituzionale, contraddittorio nel giudizio incidentale e recenti modifiche delle Norme Integrative. – 3. Gli *amici curiae* e i rapporti con i legittimi contraddittori. – 4. I terzi intervenienti: nuovi assestamenti e questioni di coerenza del sistema. – 5. Considerazioni conclusive: Norme Integrative e attività giurisdizionale della Corte tra aperture del processo e prospettive di ampliamento del contraddittorio.

1. *Premesse teoriche e delimitazione dell'indagine*

La fisionomia del contraddittorio nei giudizi che si svolgono innanzi al Giudice costituzionale concorre a individuare i tratti di un autentico "processo" costituzionale, inverando il carattere giurisdizionale, del tutto peculiare, dell'attività svolta dalla Corte e, al contempo, definendo la collocazione di quest'ultima all'interno del sistema[1].

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale, Università di Roma 'La Sapienza'.

[1] Sul tema del contraddittorio innanzi alla Corte cfr. per tutti V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in ID. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, 3 ss. Sul carattere peculiare del principio del "contraddittorio" nel processo costituzionale cfr. G. AZZARITI, *I principi generali del processo costituzionale e le loro discordanze dalle esperienze della giustizia comune*, in E. BINDI, M. PETRINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 251 ss., spec. 253-255. Sul rapporto

Le questioni relative al contraddittorio sono particolarmente delicate nell'ambito del controllo di costituzionalità sulle leggi e, nello specifico, nel contesto del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, ove l'esercizio di una funzione di garanzia obiettiva dell'ordinamento incide inevitabilmente, in via indiretta ma non per questo meno determinante, sulla tutela di posizioni giuridiche che fanno capo ai singoli e che affondano le radici nel sostrato fattuale delle questioni rimesse alla Corte[2].

Tale giudizio può svolgersi in concreto anche nell'assenza dei soggetti che pure sarebbero legittimati a parteciparvi, ma proprio per questo una prima forma di protezione consiste nella possibilità stessa di prendere parte al contraddittorio di un processo il cui esito sarà comunque in grado di influenzare in maniera decisiva le situazioni giuridiche specificamente collegate a una norma di legge. Centrale, e sempre oggetto di costante attenzione, è quindi una corretta ed equilibrata perimetrazione del contraddittorio, in linea con l'attività della Corte che si attiva a partire da una fattispecie concreta ma che può concludersi spiegando effetti per la generalità dei consociati. Assumendo quale punto di partenza il legame genetico tra giudizio incidentale di costituzionalità e giudizio comune, la realizzazione di un vero contraddittorio costituzionale può essere edificata sulla base di principi specifici che si adattino alla particolarità della sede, appunto costituzionale, del processo: principi che, salvaguardandone l'essenza, ne plasmino gli equilibri favorendone gli opportuni – anche se limitati – sviluppi, sulla premessa che lo stesso Giudice costituzionale alimenti in maniera più efficace la propria funzione svolgendola secondo una metodologia il più possibile nutrita di canoni giurisdizionali[3].

Sulla conformazione e quindi sulla qualità del contraddittorio costituzionale un ruolo di primo piano è peraltro esercitato dalla Corte medesima, tanto in sede di elaborazione giurisprudenziale quanto mediante l'utilizzo della propria potestà di autonormazione. La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020, cui è seguita –nel nuovo contesto del processo costituzionale telematico – la successiva risistemazione delle medesime con entrata in vigore dal dicembre 2021[4], si segnala di conseguenza perché, facendo leva su un dichiarato *favor* di "apertura alla società civile"[5], ha inteso direttamente incidere sulle soggettività che possono animare il processo costituzionale e il contraddittorio in senso stretto[6].

---

tra principio del contraddittorio e processo costituzionale v., tra gli altri, anche F. MARONE, *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, Napoli, 2011, in part. 24 ss.

[2] Sul rapporto tra interesse oggettivo della Costituzione e interessi dei singoli cfr. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 230-231.

[3] Nel senso che la Corte, quale organo di garanzia della Costituzione, «trova soltanto nell'esercizio della sua funzione secondo le regole del processo la sua giustificazione», A. ANZON DEMMIG, *Ripensando alle opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e alla legittimazione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2020, 2582.

[4] La riforma del 2020 è stata operata con delibera dell'8 gennaio 2020 (in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020). Con deliberazione del 22 luglio 2021 (in G.U. n. 262 del 3 novembre 2021) la Corte ha sostituito le Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale approvate con deliberazione del 7 ottobre 2008 (in G.U. n. 261 del 7 novembre 2008). L'entrata in vigore delle nuove norme è stata prevista decorsi trenta giorni dalla loro pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale.*

[5] Cfr. il comunicato stampa dell'8 gennaio 2020, dal titolo «La Corte si apre alla società civile».

[6] Per un primo quadro in argomento cfr. A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti riforme delle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 407 ss.

Muovendo dalla condizione dei soggetti "tradizionali" del processo[7], sul presupposto che la tenuta in termini di ragionevolezza dell'operazione normativa condotta dalla Corte passi per il mantenimento sostanziale dei giusti equilibri tra i "pesi" dei rispettivi attori, identificati sulla base delle norme e dei principi che ne ispirano il ruolo e che possono orientare la considerazione loro riservata, il presente contributo si concentra sul giudizio in via incidentale mirando a effettuare una (i) analisi delle influenze che gli elementi di novità (l'ingresso degli *amici* all'interno del "solo" processo) sono in grado di esercitare sullo svolgimento in concreto del contraddittorio e, ancora a partire da questi elementi, una (ii) valutazione più in radice in ordine alla coerenza della delimitazione che, nel nuovo assetto, la Corte ha ritenuto di imprimere al contraddittorio medesimo.

2. *Soggetti del processo costituzionale, contraddittorio nel giudizio incidentale e recenti modifiche delle Norme Integrative*

Per quel che rileva in questa sede, la legittimazione che fonda *ex lege* la partecipazione delle parti del giudizio principale al giudizio di costituzionalità deriva dalla circostanza che la decisione della Corte può orientare la soluzione del giudizio comune dove sono in discussione effettive, specifiche, situazioni giuridiche soggettive[8]. Sebbene la loro presenza sia eventuale e non necessaria ai fini del regolare svolgimento e della conclusione del giudizio[9], la possibilità che le parti argomentino nel giudizio costituzionale con la loro difesa tecnica concorre a formare e a orientare il convincimento della Corte: possono del resto aver contribuito, in maniera più o meno efficace alla costruzione della questione di legittimità costituzionale, anche a seconda del grado di iniziativa dell'organo giudicante, e sono quindi in grado di esprimersi validamente in ordine al *thema decidendum* a partire dagli elementi di specificità che concretamente connotano la fattispecie sostanziale che le riguarda. La partecipazione al giudizio costituzionale ne esalta in questa maniera la "tipicità", essendo esse gli attori di un caso "esemplare" che stimola la soluzione di un problema di costituzionalità destinato a influenzare non la sola controversia principale, ma in grado di travolgere tutti i rapporti che, sotto la pendenza della legge eventualmente dichiarata incostituzionale, ancora non hanno trovato una sistemazione definitiva[10].

---

[7] Sulle posizioni all'interno del processo costituzionale cfr. M. D'AMICO, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una rilettura, in* R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 223 ss.

[8] Cfr. l'art. 25 della l. 11 marzo 1953, n. 87. Nel senso che la partecipazione nel giudizio innanzi alla Corte sarebbe ancillare ma giustificata alla luce del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 412.

[9] Per i noti riferimenti a un processo «a parti eventuali» o «senza parti» cfr. R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, 522.

[10] In argomento v. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 247, il quale afferma che «La pronuncia della Corte non è concepita però come pronuncia sul caso trattato nel giudizio incidentale», il quale «ha un grosso valore ma certo non più che "esemplare" per il processo che si svolge davanti alla Corte».

In secondo luogo, tralasciando il caso specifico dei soggetti ai quali la legge assegna la capacità di intervenire (Presidente del Consiglio dei ministri e della Giunta regionale, cosiddetti interventori istituzionali), una *ratio* comunque legata alla tutela del diritto di difesa può astrattamente legittimare la posizione di eventuali terzi intervenienti[11]. Sebbene non originariamente parti o presenti nello specifico giudizio comune da cui sorge una determinata questione sollevata innanzi alla Corte, l'essere immessi in un'esperienza concreta che può essere incisa dalla definizione della questione di legittimità costituzionale potrebbe infatti segnare un interesse qualificato di alcuni soggetti a interloquire nel processo costituzionale, così da evitare un pregiudizio diretto a una propria posizione connessa alla norma di legge denunciata e, specularmente, vederne rafforzata la tutela. In conformità alla suddetta *ratio*, anch'essi potrebbero ragionevolmente agire nel processo a mezzo di una difesa tecnica, al fine di esercitare un'attività di convincimento relativamente ai termini di una questione già prefissati sul piano dell'individuazione dei parametri di costituzionalità.

Di qui il problema si sposta sulla definizione dei criteri selettivi cui attingere per verificare la legittimazione a contraddire in capo a questi soggetti terzi. Ebbene, ritenendo sin dal principio eccezionale l'ammissibilità di interventi quale deroga alla regola, di estrazione legislativa, che vorrebbe il contraddittorio riservato alle parti del giudizio *a quo*, con varietà di accenti, anche in riferimento ai soggetti pubblici, portatori di un interesse generale e collettivo[12], la Corte ha finito per rilevare che un interesse differenziato potesse rinvenirsi in capo a quei terzi titolari di posizioni che, per effetto della decisione sulla questione di costituzionalità, avrebbero potuto essere immediatamente pregiudicate per la diretta incidenza spiegata dalla medesima sulla vicenda concreta inerente al giudizio principale[13]. Con le modifiche alle Norme Integrative del 2004, successivamente confermate nel nuovo testo approvato nel 2008[14], equiparato nella sostanza il termine perentorio per l'intervento a quello decorrente per la costituzione delle parti e per la partecipazione degli interventori istituzionali, è stato poi espressamente introdotto un principio di generica ammissibilità di «eventuali interventi» da parte della Corte[15]. Anche tale facoltà è stata però oggetto di concreta applicazione da parte del Giudice costituzionale in termini rigoristici, sulla base di un criterio di ammissione dei soli soggetti, singoli o esponenziali di categoria, titolari di un interesse qualificato, inerente in maniera diretta e immediata al rapporto sostanziale dedotto nel giudizio principale[16]. In questa prospettiva, il nesso qualificante idoneo a legare la posizione del terzo alla questione di costituzionalità dovrebbe coincidere con la necessità

[11] Sul punto cfr. ancora A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 415.

[12] Ripercorre la giurisprudenza della Corte in materia, di recente, M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020, 124-126.

[13] Cfr. per tutte Corte cost. sent. n. 314 del 1992, sulla quale le osservazioni di R. ROMBOLI, *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 2605 ss.

[14] In tema E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2009, 113 ss.

[15] Cfr. l'art. 4, comma 3, che nel testo previgente delle N.I. costituiva l'unico riferimento agli interventi di «altri soggetti».

[16] Tra le tante di epoca recente cfr. ad esempio Corte cost. sent. n. 106 del 2019 e giurisprudenza ivi richiamata.

di evitare un pregiudizio da ritenersi immediato soltanto in quanto effetto dell'impatto operato dalla statuizione della Corte sullo specifico rapporto sostanziale oggetto del giudizio da cui è scaturita la questione di costituzionalità.

Fuori dall'ambito di ammissibilità dell'intervento dei terzi sono così rimasti alcuni casi, segnalati in chiave problematica dalla dottrina, comunque collegati a una *ratio* di garanzia del diritto di difesa, rispetto ai quali un pregiudizio per i terzi sarebbe in grado di derivare quale effetto "diretto" della decisione della Corte sulla norma di legge. In particolare, e sul punto si tornerà più avanti, si tratta del caso della parte di un giudizio che, senza contestuale rimessione, sia stato sospeso "impropriamente" dall'organo giudicante alla luce di una questione di costituzionalità precedentemente sollevata in un diverso giudizio, e di quello del titolare di un interesse analogo, eventualmente già oggetto di un giudizio distinto, "parallelo" a una posizione emergente nel giudizio comune in cui sia stata rimessa una specifica questione, la decisione sulla quale è suscettibile di esercitare anche sul primo un'influenza determinante[17].

Quanto appena riferito attesta comunque che quello modellato dal Giudice costituzionale non sarebbe il solo criterio selettivo possibile, posto che, onde scongiurare un pregiudizio che si ritiene irrimediabile, i soggetti che si trovino nelle condizioni poco sopra enunciate potrebbero essere interessati a orientare il convincimento della Corte a prescindere da uno specifico collegamento con il rapporto sostanziale oggetto del giudizio principale che, mediante l'ordinanza di rimessione, abbia innescato il giudizio di costituzionalità[18].

In questo contesto sono intervenute le modifiche alle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale del gennaio 2020[19], che all'art. 4, comma 7,

[17] In argomento, ritenendo più problematico il caso della negazione della possibilità di intervenire alla parte di un giudizio sospeso in attesa della definizione di altra questione, cfr. A. PERTICI, *Brevi note sul contraddittorio nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale tra quasi* amici *(interessati) e nuovi* amici, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, 135-136.

[18] Facendo leva sul valore attribuibile all'art. 24 Cost. nel giudizio di costituzionalità incidentale, affermava già C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1972, 967, nota 29, che «L'interesse all'intervento non potrebbe essere negato, ad esempio, al terzo, estraneo al giudizio a quo, che appaia destinatario di una legge autoapplicativa (o legge-provvedimento) soggetta al controllo di costituzionalità. La questione si fa indubbiamente più delicata allorché la disposizione di legge impugnata abbia carattere di generalità e di astrattezza, risultando in tale caso più problematica la valutazione dell'attualità dell'interesse portato dall'interventore. Tuttavia, sarebbe arduo negare l'interesse attuale all'intervento in chi sia parte di un comune giudizio in cui potrebbe trovare applicazione la norma legislativa rispetto alla quale pende giudizio di costituzionalità dinanzi alla Corte». Sul fatto che, ai fini della sua legittimazione, l'intervento dovrebbe «essere strumentale rispetto a una posizione giuridica valevole nel giudizio principale» v., invece, già M. BIGNAMI, *L'ordine dei medici «espugna» il processo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 1297. Nel senso che dovrebbe valere «la rigida preclusione che consente alle sole parti del processo principale di costituirsi di fronte al giudice delle leggi», fatta «eccezione del caso in cui la rimozione della legge impugnata è strumentale a consentire l'accesso del terzo nel processo di merito», F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PETRINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali*, cit., 151.

[19] Sull'insieme delle novità, tra i numerosi commenti, G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 77 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, 193 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2020, 1043 ss.

proprio con specifico riguardo ai giudizi in via incidentale, hanno previsto che «possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio»[20]. Peraltro, la successiva delibera della Corte del 2021 ha confermato tale previsione al comma 3 dell'art. 4, senza però contenere un identico, specifico riferimento ai giudizi in via incidentale.

Ad ogni modo, la vera novità del recente esercizio della potestà di autonormazione è costituita dall'introduzione dell'istituto dell'*amicus curiae*, in forza del quale, nel medesimo termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella *Gazzetta Ufficiale*, alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità è concesso di presentare alla Corte un'opinione scritta, ammessa con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, se in grado di offrire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»[21]. È di qui che occorre muovere al fine di svolgere l'indagine delimitata in premessa.

3. *Gli* amici curiae *e i rapporti con i legittimi contraddittori*

Se, conformemente al nuovo dato normativo, le *opiniones* degli *amici curiae* sono ammesse ove contenenti «elementi utili» all'attività giurisdizionale che deve essere svolta dalla Corte[22], il criterio dell'utilità dell'apporto ai fini delle determinazioni della Corte viene a coincidere con il veicolo mediante il quale i soggetti legittimati possono spontaneamente immettere gli interessi di cui sono portatori all'interno del processo costituzionale.

Al di là di come la prassi giurisprudenziale stia considerando il contributo degli *amici* nel tessuto motivazionale delle decisioni[23], il punto di fondo qui rilevante è la circostanza che il loro apporto, oltre a fornire elementi di oggettiva conoscenza, è astrattamente idoneo a incidere sulla valutazione operata dalla Corte e, di conseguenza, a entrare nel novero dei fattori argomentativi che possono influenzarne la decisione: sul presupposto, appunto, che tali elementi svolgano una funzione "utile" per il Giudice

[20] Oltre a ribadire modalità e termini della presentazione degli interventi, comunicazione alle parti costituite da parte del cancelliere e necessaria decisione della Corte sulla loro ammissibilità, con la riforma è stata tratteggiata la nuova procedura di accesso dei terzi intervenienti agli atti processuali che, sulle orme del provvedimento del Presidente Giorgio Lattanzi del 2018, rende possibile su apposita istanza la preventiva trattazione della sola questione relativa all'ammissibilità, con possibilità per le parti costituite e per l'istante di depositare sul punto sintetiche memorie entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto di fissazione del Presidente, sentito il relatore (cfr. art. 4-*bis* delle N.I. introdotto nel 2020 e art. 5 in vigore dal dicembre 2021).

[21] Cfr. l'art. 4-*ter* introdotto dalla riforma del 2020, ora confluito nell'art. 6 delle N.I. in vigore dal dicembre 2021.

[22] Sul requisito della "utilità" cfr. il medesimo art. 4-*ter*, comma 3, N.I. introdotto nel 2020 e l'art. 6, comma 3, in vigore dal dicembre 2021. Peraltro l'*opinio* dell'*amicus* «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi».

[23] Cfr. in proposito la recente indagine di A. AMATO, *Amici … a metà. Primo bilancio dell'"ingresso" degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, 805 ss., spec. 811-812.

costituzionale, a partire dal requisito della "attinenza" alla questione degli interessi che contraddistinguono i soggetti che formulano le *opiniones*[24].

Tralasciando in questa sede le difficoltà prognostiche nell'individuazione di questi elementi di utilità in una fase prodromica di delibazione riservata al solo Presidente, sentito il giudice relatore, è importante sottolineare questa astratta possibilità per le *opiniones* degli *amici* di influire comunque sul convincimento della Corte, senza necessità di una difesa di tipo tecnico, nei limiti di spazio loro consentiti e pur senza assumere la qualità di parte nel giudizio costituzionale né possibilità di ottenere copia degli atti o partecipare all'udienza[25]. In altri termini, questa logica ambigua che presidia la figura modellata dalla Corte nelle Norme integrative, ammessa al processo ma non al contraddittorio[26], consente comunque agli *amici* di esprimersi su una questione di costituzionalità senza per principio dover vantare alcun legame qualificato con lo specifico rapporto sostanziale e con il sostrato fattuale inerente al giudizio principale[27]: essi possono argomentare sollecitando la definizione della questione in un senso o nell'altro[28], divergente o convergente rispetto a quello agognato dagli altri soggetti partecipanti.

Se così, in una nuova ottica che concorre a esaltare i tratti oggettivi e di autonomia funzionale del giudizio di costituzionalità, per i potenziali riflessi sul convincimento della Corte e, ancor prima, sulle stesse dinamiche del contraddittorio, è allora necessario indagare i rapporti tra gli *amici curiae* e i legittimi contraddittori al fine di preservare il pieno esplicarsi di quella medesima attività di convincimento che è in via di principio riservata alla difesa tecnica delle parti costituite e, ove ammessi, degli eventuali terzi intervenienti, a fronte dell'arricchimento del quadro degli argomenti relativi a una specifica questione sulla quale il Giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi.

In proposito, le norme introdotte nel gennaio del 2020 si sono limitate a disporre che il decreto di ammissione dell'opinione sia trasmesso da parte del cancelliere per posta elettronica alle parti costituite almeno trenta giorni liberi prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio, con contestuale pubblicazione del medesimo nel sito della Corte costituzionale[29]. La prassi della Corte si è comunque sin da subito assestata nel senso di allegare a tale decreto di ammissione anche il contenuto della relativa *opinio*, meglio garantendo così la trasparenza e il contraddittorio: visto anche il termine ultimo – ravvicinato a quello per il deposito della memoria prima dell'udienza – per la trasmissione da parte della cancelleria, le parti possono così efficacemente contraddire sugli argomenti con essa introdotti. Le *opiniones* ammesse, diversamente da quelle sulle quali il Presidente si pronuncia in senso preclusivo, vengono del resto inserite

[24] Cfr. ancora l'art. 4-*ter*, comma 1, N.I., introdotto nel 2020 e l'art. 6, comma 1, in vigore dal dicembre 2021.

[25] Così l'art. 4-*ter*, comma 5, N.I. introdotto nel 2020 e l'art. 6, comma 5, in vigore dal dicembre 2021.

[26] Sulla estraneità degli *amici* al contraddittorio, M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, cit., 124.

[27] Giudica positivamente il nuovo istituto dell'*amicus* per un giudizio che «avendo ad oggetto la legittimità costituzionale di disposizioni di legge, per natura coinvolge interessi che vanno ben al di là di quelli delle parti del singolo giudizio concreto», V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 510.

[28] Cfr. nella prassi, tra le altre, Corte cost. sentt. nn. 202 e 218 del 2021.

[29] Così l'art. 4-*ter*, comma 4.

nel fascicolo di causa[30], potendo essere oggetto di conoscenza anche da parte dei terzi intervenienti già eventualmente ammessi al contraddittorio all'esito dell'espletamento, su richiesta, della fase prodromica di delibazione in punto di ammissibilità. Ad ogni buon conto, l'art. 6 delle Norme Integrative, nel testo entrato in vigore a partire dal dicembre 2021, ha disposto espressamente che insieme al decreto di ammissione dell'*opinio* ne è messo a disposizione delle parti anche il relativo contenuto[31].

Ciò posto, il dato che comunque rileva è che, se ai soggetti costituiti non è concesso esprimersi sulla opportunità di ammettere o meno le *opiniones*, rimessa alla sola discrezionalità del Presidente, sentito il giudice relatore, la circostanza che gli stessi possano appunto argomentare sugli elementi che potranno essere aggiuntivamente "utili" per la fase decisionale, in senso reiettivo o adesivo, vuoi per ridimensionarne la portata o per confutarli, vuoi per valorizzare l'apporto che essi conferiscono nell'ambito del giudizio, si rivela quanto mai opportuna e idonea a garantire un corretto svolgimento del contraddittorio. Necessità di contraddire che va, del resto, salvaguardata anche considerato che, a prescindere dal filtro già esercitato dal Presidente, gli interessi a vario titolo imputabili agli *amici*, seppur inseriti in uno scenario più complessivo, dovrebbero comunque tradursi in argomenti non svincolati dai contorni della questione rimessa alla Corte[32].

In buona sostanza, l'utilità dell'apporto che può essere recato dagli *amici* si lega a doppio filo alla necessaria garanzia per i soggetti legittimati al contraddittorio di esprimersi sugli argomenti in tale maniera immessi nel processo: il che peraltro conferma *a contrario* la potenziale, anche decisiva, valenza degli elementi che possono essere introdotti con le *opiniones*. Da ciò consegue, a questo punto, la necessità che la verifica dell'impatto operato dalla novità costituita dagli *amici* sia inquadrata in un'ottica di coerenza complessiva del sistema del sindacato incidentale, tenuto conto delle nuove disposizioni sull'intervento dei terzi introdotte dalla Corte.

4. *I terzi intervenienti: nuovi assestamenti e questioni di coerenza del sistema*

Le nuove Norme Integrative, lo si è già ricordato, hanno previsto che sono legittimati all'intervento i terzi «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio». Ebbene, per quanto sulla base delle affermazioni della Corte tale formula può adattarsi alla luce dei singoli casi concreti, ravvisandosi un interesse qualificato allorché si configuri una «posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall'esito del giudizio incidentale»[33], il Giudice costituzionale ha già chiarito che essa avrebbe recepito

[30] A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative*, cit., 1053 ss.

[31] In particolare al comma 4, ove si prevede che il decreto di ammissione sia «messo a disposizione» dalla cancelleria «unitamente alle opinioni dichiarate ammesse».

[32] In argomento A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 426.

[33] Cfr. Corte cost. ordd. n. 111 del 2020 e n. 225 del 2021. Come afferma A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 24 gennaio 2020, par. 2.1., deve comunque verificarsi «quali effetti potrebbero discendere dalla

la costante giurisprudenza per la quale, ai fini della legittimazione a intervenire da parte di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*, è richiesto necessariamente un nesso inscindibile tra la posizione soggettiva dell'interveniente che può essere lesa per effetto della decisione della Corte e il rapporto sostanziale alla base del giudizio principale sul quale la medesima primariamente incide in via diretta[34]. Come accennato in precedenza, senza ulteriormente ripercorrere gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla ammissibilità di interventi quale deroga alla regola che vorrebbe il contraddittorio riservato alle parti del giudizio *a quo,* si tratta del criterio rigorosamente applicato dalla Corte, rispetto ai singoli e ai soggetti esponenziali di categoria, anche successivamente alle modifiche alle N.I. del 2004 in punto di generica ammissibilità degli «eventuali interventi», in forza del quale non risulterebbe a tal fine sufficiente che il pregiudizio paventato sia ancorato all'effetto potenzialmente prodotto dalla pronuncia sulla norma di legge oggetto della questione di costituzionalità. La giurisprudenza di questi ultimi due anni continua dunque a precludere l'estensione del contraddittorio a coloro che non sono parti del giudizio *a quo* in alcuni casi che ricorrono nella prassi e che sono oggetto di dibattito dottrinale, concernenti la posizione dei soggetti che, per scongiurare un pregiudizio irrimediabile, sono interessati a orientare il convincimento della Corte a prescindere da uno specifico e diretto collegamento con il rapporto sostanziale oggetto del giudizio comune da cui è stato innescato il giudizio di costituzionalità[35]. Questi casi, come già anticipato, sono in particolare (i) la condizione delle parti di un giudizio nel quale è stata disposta la sospensione c.d. impropria, ove il giudice abbia delibato in punto di rilevanza – o anche di non manifesta infondatezza – dell'ipotetica questione ma non abbia disposto contestuale rinvio alla Corte in attesa della decisione di questa su altra questione "analoga" sollevata in altro giudizio o comunque connessa e pertinente ai fini della definizione della sua controversia e (ii) la condizione dei soggetti titolari di interessi analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale o che più nello specifico siano parti di un giudizio analogo, distinto dal giudizio *a quo*, sul quale la decisione della Corte possa influire in maniera determinante.

Tornando su questo punto subito appresso, la giustificazione che la Corte, muovendo dal dettato delle Norme Integrative, adduce a fondamento del proprio orientamento restrittivo è incentrata sul necessario rispetto dell'elemento dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità. Nel caso della c.d. sospensione impropria, infatti, la Corte afferma che l'eventuale ammissione dell'intervento della parte che abbia "subìto" tale pratica porterebbe alla sostanziale soppressione del carattere

aggiunta ora fatta alle Norme suddette (in particolare, è da chiedersi in applicazione di quali criteri e in quali casi o, diciamo pure, con quanta frequenza si darà spazio all'intervento)».

[34] Così dopo la riforma, a partire da Corte cost. ord. n. 37 del 2020. Tra le successive cfr. ad esempio ordd. n. 271 del 2020 e n. 225 del 2021.

[35] Cfr. in via esemplificativa l'ord. dibattimentale allegata alla sent. n. 239 del 2021, nel senso della inammissibilità dell'intervento di un Comune, parte di un giudizio pendente innanzi alla Corte di cassazione, che aveva sostenuto di poter essere pregiudicato da una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale: la Corte ha affermato che l'ente locale, «oltre a non essere parte del giudizio principale, non vanta una posizione giuridica suscettibile di essere pregiudicata immediatamente e irrimediabilmente dall'esito del giudizio incidentale, bensì un interesse riflesso al rigetto delle questioni, in quanto assoggettato alla norma censurata».

incidentale del giudizio di legittimità costituzionale e non le consentirebbe di verificare la rilevanza della questione: da questo punto di vista, l'alterazione che si avrebbe nella struttura incidentale del giudizio di legittimità costituzionale non garantirebbe l'identità oggettiva tra la questione pendente innanzi al Giudice costituzionale e quella dedotta nel giudizio impropriamente sospeso, né tantomeno l'osservazione del termine perentorio per proporre l'intervento individuato dalle Norme Integrative[36]. Con analoghe argomentazioni, la Corte afferma ulteriormente che, essendo la partecipazione al giudizio incidentale circoscritta, di norma, alle parti del giudizio *a quo*, l'eventuale deroga in favore dei titolari di interessi analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale o più nello specifico delle parti di un giudizio analogo, ma diverso dal giudizio *a quo*, sul quale la decisione della Corte possa influire, contrasterebbe con l'incidentalità del giudizio, configurandosi una legittimazione a intervenire per i soli titolari di un interesse qualificato immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (nel giudizio principale) e non semplicemente «regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura». In questi termini, come ancora si legge nelle statuizioni della Corte, «l'intervento di un simile terzo, ove ammesso, contrasterebbe […] con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto il suo accesso a tale giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale da parte del rispettivo giudice a quo»[37].

A fronte di ciò, prendendo ragionevolmente le mosse dal nuovo contesto inclusivo dell'introduzione degli *amici*, una parte della dottrina ha già affermato che il perpetrarsi di simili esclusioni recherebbe con sé un elemento ulteriore di problematicità alla luce del nuovo principio del *favor* per gli apporti utili immesso nel processo dalla Corte, del quale sarebbe espressione l'introduzione stessa degli *amici* per come congegnata nelle Norme Integrative riformate[38]. Sotto questo profilo, si afferma che la legittimazione a intervenire non dovrebbe negarsi, in via di interpretazione sistematica o anche alla luce di nuovi interventi di auto o eteronormazione, proprio ai limitati casi dei soggetti che (i) abbiano «subìto la sospensione impropria» e (ii) siano «parti di controversie *interamente* pregiudicate dall'esito del giudizio costituzionale»[39]. In tale prospettiva, coloro che si trovano in queste condizioni avrebbero infatti un interesse fortemente connesso alla necessità che venga garantito il loro diritto di difesa anche nel giudizio di costituzionalità e, provenendo direttamente dall'esperienza della pratica giudiziale alla stessa stregua delle parti della controversia oggetto del giudizio principale, sarebbero di per sé idonei a fornire elementi utili per la delibazione sulla questione pendente innanzi alla Corte, paradigmatica di una più ampia congerie di vicende concrete[40].

---

[36] Cfr. Corte cost. ord. n. 202 del 2020, muovendo dalla quale le osservazioni di A. CERRI, *Riflessioni e proposte sull'intervento nei giudizi incidentali a partire dal problema della sospensione impropria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2020, 2338 ss.

[37] Così Corte cost. ord. n. 191 del 2021, con ampi richiami alla giurisprudenza precedente.

[38] Cfr. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 420.

[39] Identifica, conseguentemente, questi due casi in relazione alle condizioni processuali in cui possano trovarsi i terzi, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme*, cit., 420.

[40] Cfr. ancora M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme*, cit., 420, il quale significativamente aggiunge che a differenza degli *amici*, i cui apporti argomentativi sarebbero ammessi «*se* concretamente

Del resto, condividendo tale prospettiva nelle sue linee di fondo, va rilevato che all'introduzione dell'*amicus curiae* dovrebbe opportunamente seguire una coerente rimodulazione dell'assetto complessivo nel giudizio in via incidentale in linea con le logiche prioritarie inerenti al contraddittorio, caratterizzate in primo luogo dall'esigenza di tutela del diritto di difesa che legittima l'intervento dei terzi nel processo costituzionale. Sulla base di questa premessa, se si prende in considerazione il tema della c.d. sospensione impropria[41], occorre comunque notare che, anche nel nuovo contesto, l'eventuale intervento nel giudizio costituzionale della parte del giudizio sospeso in tale forma – da sempre inquadrato problematicamente – si scontrerebbe innanzitutto con il termine perentorio per il deposito dell'intervento da effettuarsi entro venti giorni dalla pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell'ordinanza di rimessione[42]. In disparte tale circostanza, quasi fisiologicamente dirimente ai fini dell'ammissibilità di un simile intervento, è pur vero che la Corte potrebbe ammettere l'iniziativa del terzo nel caso considerato[43], sul presupposto che, per quanto ispirata a una logica di economia processuale[44], la discussa pratica della sospensione non accompagnata dal rinvio della questione comprimerebbe in linea di principio il diritto di difesa delle parti dal potersi spiegare anche nel giudizio di costituzionalità[45]. Tuttavia, dal punto di vista della Corte una simile ammissione potrebbe nella sostanza finire per avallare nella prassi l'esonero del giudice comune dall'adempimento dei propri compiti processuali. E peraltro la giurisprudenza costituzionale recente ha espressamente stigmatizzato tale *modus procedendi*, sottolineando l'assenza del riconoscimento di una discrezionalità in capo al giudicante di sospendere il processo per ragioni di opportunità, al di fuori dei casi necessari e configurando l'art. 23, comma 2, della l. n. 87/1953 come necessaria la sospensione del giudizio nel caso in cui sia ordinata la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, con la sola opzione possibile individuata in senso opposto dall'art. 24, comma 1, della medesima legge, in forza del quale è adeguatamente motivata l'ordinanza di rigetto dell'eccezione di illegittimità costituzionale[46]. Ebbene, considerata la perentorietà del termine per il deposito dell'intervento, ma sempre collocandosi in una prospettiva per così dire ampliativa, l'ottica di favorire gli interventi di terzi

utili», questi interventi dovrebbero invece essere ammessi «*perché* astrattamente utili all'attività giurisdizionale della Corte» (*ivi*, 421).

[41] Su tale fenomeno, per tutti, M. D'AMICO, *Sospensione del processo e questione di costituzionalità pendente*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, II, 75 ss.

[42] Come già ricordato, l'inosservanza del termine perentorio per l'intervento fissato dalle Norme Integrative viene richiamata, unitamente alla ritenuta alterazione della struttura incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, dalla citata ord. n. 202 del 2020.

[43] Sui profili problematici del rapporto tra l'eventuale intervento dei terzi e il fenomeno della sospensione senza rinvio della questione alla Corte cfr. R. BORRELLO, *L'intervento nel processo costituzionale di parti provenienti da giudizio «analogo» sospeso senza rimessione, tra esigenza di tutela dell'incidentalità in senso esterno e garanzia del contraddittorio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 1393 ss.

[44] Richiama il principio di economia dei mezzi processuali Cons. Stato, Ad. Plen., ord. n. 28 del 2014.

[45] Sul punto M. D'AMICO, *Sospensione del processo*, cit., 92.

[46] Cfr. ancora Corte cost. ord, n. 202 del 2020, oggetto di successivo richiamo da parte della sent. n. 218 del 2021, che ritiene appunto necessario «stigmatizzare la prassi della cosiddetta "sospensione impropria", vale a dire di quella sospensione disposta, senza l'adozione di un'ordinanza di rimessione a questa Corte, in attesa della decisione sulla questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto le stesse norme, sollevata da altro giudice» (cfr. Cons. dir., § 2).

potenzialmente lesi nelle loro posizioni giuridiche dalla decisione su altra questione pendente potrebbe piuttosto concentrarsi, in via più generale, sulla condizione delle parti di giudizi comunque suscettibili di essere interamente pregiudicati dalla decisione della Corte. Ciò porterebbe a valorizzare la combinazione tra un rinnovato criterio dell'interesse qualificato nel senso che si è appena indicato e il presupposto più restrittivo della perentorietà del termine per il deposito dell'intervento, che si badi è un lascito della precedente riforma delle N.I. del 2004. Del resto, l'equiparazione di tale termine nella sostanza con quello stabilito per l'ingresso nel processo degli altri soggetti (parti costituite, interventori istituzionali nonché, ora, *amici*) si ispira significativamente a una logica di parità delle armi che valorizza, al contempo, l'elemento della pubblicazione dell'ordinanza nella *Gazzetta Ufficiale* quale essenziale meccanismo di conoscenza che, nella fattispecie che si va delineando, favorirebbe la proposizione di eventuali interventi di terzi che siano parti di giudizi comunque suscettibili di essere interamente pregiudicati dalla decisione della Corte[47].

In altri termini, prescindendosi dalla problematicità del tema della sospensione impropria, sul piano dell'eventuale riconoscimento dell'idoneità a intervenire nel giudizio di costituzionalità potrebbe quindi considerarsi in via assorbente, e nelle declinazioni da svolgersi in relazione alla diversa concretezza dei casi, l'interesse qualificato e differenziato del terzo che abbia rispettato il termine perentorio e che manifesti la necessità di spiegare intervento *hic et nunc* in ragione della questione contenuta in un'ordinanza appena pubblicata. Sarebbe proprio il termine perentorio, nel contesto peculiare dello svolgimento del processo costituzionale, a rendere sostanzialmente neutra, ai fini dell'autonomo giudizio di costituzionalità, la successiva, eventuale, sospensione del giudizio, con contestuale minor gravità di quella occasionalmente disposta in maniera "impropria", fermo restando che – se rimessa – la questione analoga o connessa formerebbe auspicabilmente oggetto di riunione innanzi alla Corte, ove quest'ultima non si sia ancora pronunciata su quella precedente rispetto alla quale è stato proposto l'intervento. Così declinato nel suo collegamento con la valorizzazione del termine perentorio per l'intervento, per quanto allargato nelle sue maglie rispetto alle soluzioni sin qui avvalorate dalla giurisprudenza costituzionale, il criterio dell'interesse qualificato sembrerebbe rappresentare un elemento sufficiente a scongiurare l'eventualità di un profluvio di scritti indirizzati alla Corte e i conseguenti rischi per l'organizzazione e il buon funzionamento dell'attività di quest'ultima[48].

---

[47] In relazione all'ipotesi di un eventuale allargamento del contraddittorio ai soggetti che non fossero parti del giudizio *a quo* (o non ricorrenti o resistenti nel giudizio sulle leggi da ricorso) affermava già V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., 20 che «La coerenza con il principio della "parità delle armi" dovrebbe tuttavia imporre, in primo luogo, che il termine per costituirsi in giudizio, per tali "interventori", sia il medesimo che per le altre "parti"». Sul «diverso e più pregnante significato» che avrebbe potuto assumere la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza con la quale si promuove il giudizio di costituzionalità nella chiave di un ampliamento del contraddittorio v. già C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio*, cit., 967.

[48] In relazione all'ipotesi di un allargamento del contraddittorio per i casi particolari dei terzi che abbiano subìto la sospensione impropria e siano parti di controversie interamente pregiudicate dall'esito del giudizio costituzionale, non ravvisa comunque un rischio di «inondazione degli scritti difensivi» M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme*, cit., 421, secondo il quale «a) la platea dei legittimati sarebbe comunque immensamente ridotta rispetto a quella dei potenziali *amici curiae*, perché (tranne nell'ipotesi di contenziosi

Al di là dei rilievi di tipo pratico-funzionale, bisognerebbe però confrontarsi con la seria obiezione teorica opposta dalla Corte circa il necessario rispetto del carattere incidentale del giudizio, con la quale si paventa l'elusione del meccanismo fondamentale che consente e impone al giudice comune il vaglio della rilevanza, oltre che della non manifesta infondatezza, su cui si esercita il successivo controllo da parte del Giudice costituzionale[49]. Ancora collocandosi nell'ottica prospettata, può però osservarsi che il tema sollevato dalla Corte riguarda la fase della instaurazione del giudizio, mentre qui non si tratterebbe di constatare l'avvenuto rispetto delle modalità per la corretta attivazione del medesimo bensì di verificare piuttosto l'accesso di un terzo interveniente qualificato nel giudizio appunto promosso in altra, analoga, sede. Non potrebbe e dovrebbe, in questi termini, ragionarsi di accesso della parte al giudizio senza che il rispettivo giudice abbia svolto i relativi controlli e sollevato la questione: alla luce dell'autonomo impianto del giudizio incidentale, infatti, il terzo interveniente non verrebbe in considerazione nella sua veste di parte di un possibile giudizio dal quale potrebbe promanare un'ulteriore questione, ma sarebbe anzi tale circostanza a corroborarne l'interesse qualificato e differenziato a intervenire nella chiave della tutela del proprio diritto di difesa. Né il terzo sarebbe quindi nella condizione di essere portatore di un interesse meramente regolato, «al pari di ogni altro», dalla norma in discussione, essendo ammesso al contraddittorio in quanto titolare di una posizione che, in disparte gli sviluppi del giudizio di cui è parte, lo abiliterebbe comunque a esprimersi sulla specifica questione all'attenzione della Corte di cui è venuto a conoscenza nelle more del termine prefissato per il deposito dell'atto di intervento. Se così, nella prospettiva che si rappresenta, non si tratterebbe di un'elusione della via di accesso incidentale, ma potrebbe ragionarsi di un'ulteriore garanzia di partecipazione, nella forma dell'intervento, al giudizio già instaurato, al fine di interloquire su una questione per come già proposta innanzi alla Corte e con i poteri annessi al ruolo e una difesa di tipo tecnico. Così come la Corte, quale presupposto per accertare la propria competenza a sindacare nel merito la questione, verifica la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, nel senso dell'applicabilità della norma al giudizio *a quo* e dell'influenza della sua decisione sull'esito della lite, allo stesso modo potrebbe verificare la "rilevanza" dell'intervento con valutazione da effettuarsi alla luce della concretezza del caso, sulla base della dimostrazione dell'interesse offerta dal soggetto richiedente in punto di descrizione della fattispecie e di ragionevole prognosi sulla idoneità della pronuncia sulla norma a

seriali) i presupposti processuali sopra descritti sono già discretamente selettivi; b) le regole del processo potrebbero essere ulteriormente affinate, anche semplicemente con la previsione di limiti dimensionali degli scritti difensivi. La conciliazione delle esigenze in campo (piena tutela del diritto di difesa ed efficienza del giudizio costituzionale), in questo modo, sarebbe assicurata». Sul probabile «timore» da parte della Corte «di una "pletora" di interventi che finisca con il risultare fortemente anti-economica», A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 165.

[49] Rispetto ai casi di c.d. sospensione impropria, nel senso che la legittimazione all'intervento dovrebbe essere riconosciuta almeno ai terzi che, senza ottenere il promovimento della questione, «nei rispettivi giudizi hanno fatto tutto ciò che era ragionevolmente in loro potere per sollecitare la redazione da parte del giudice di una nuova ordinanza di rimessione alla Corte», G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, 159, per il quale nel caso di «questa particolare categoria di soggetti […] appare difficilmente predicabile la carenza di incidentalità dei relativi giudizi, contrariamente a quanto continua a ritenere la Corte» (*ivi*).

pregiudicare *in toto* la controversia di cui lo stesso è parte e, di riflesso, la posizione giuridica sottesa.

Ad ogni modo, preme mettere in luce il collegamento di una simile prospettazione con una possibile e più marcata (ri)valutazione del portato di autonomia che connota il giudizio incidentale, alimentata dal nuovo contesto sistematico che, a partire dalla figura dell'*amicus*, ha posto in una diversa luce il processo costituzionale per effetto della valorizzazione del principio di *favor* per gli apporti utili[50]. Se a essere in gioco, nel caso dell'intervento, è la tutela del diritto di difesa, ferma la delibazione sulla ammissibilità dell'iniziativa, l'utilità dell'apporto derivante dalla posizione dei soggetti che si trovano nella condizione menzionata deriverebbe dalla prossimità di quest'ultima, sul piano dell'esperienza e della pratica giudiziale, a quella delle parti della controversia da cui è scaturita la questione di costituzionalità della legge che abbraccia fisiologicamente un più ampio numero di situazioni e casi della vita[51]. Nella prospettiva indicata, quindi, ai fini della legittimazione a prendere parte al contraddittorio, il caso della controversia interamente pregiudicata sembra il criterio più ragionevole e utile ad attestare la serietà dell'intervento al momento del promovimento della questione in altro giudizio, alla luce dell'esigenza di salvaguardare l'esercizio concreto e in atto del diritto di difesa anche nella sede del giudizio di costituzionalità[52].

A un'ulteriore assunzione di responsabilità da parte della Corte, seguirebbe, in definitiva, un rinnovato contraddittorio da essa governato per un efficace esercizio della funzione nell'ambito di un processo più autenticamente costituzionale, utile anche nella chiave della tenuta della propria legittimazione *in exercitio*. Senza contare che, nei termini che si sono indicati, un simile ampliamento della legittimazione all'intervento dei terzi consentirebbe in linea di principio a tutte le persone fisiche e alle persone giuridiche di giocare potenzialmente un ruolo rilevante nell'ambito del giudizio di costituzionalità, riconoscendone a determinate condizioni l'idoneità a far sentire la propria voce nel

---

[50] Per il rilievo che «gli interventi di terzi ammessi sono in realtà effettivamente pochi ed il filtro della Corte risulta essere molto stretto, mentre la loro presenza potrebbe senza dubbio arricchire di contenuti e valutazioni il giudizio costituzionale», R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di*), Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, 32-33.

[51] Cfr. in proposito M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme*, cit., 420-421, per il quale se, nei giudizi incidentali, «il caso concreto oggetto del giudizio principale rappresenta la "finestra" attraverso la quale la questione di costituzionalità della norma può essere riguardata», gli interventi dei terzi non farebbero altro che «allargare» tale finestra, «rendendo il *particulare* da cui è destinato a promanare l'*universale* della decisione un po' meno asfittico». In senso critico, sul fatto che l'indirizzo restrittivo in materia di intervento di parti non costituite nel giudizio originario «non si sforza […] di controbilanciare, in via autonoma, l'anomalia (sia pure giustificata da ragioni di sicuro rilievo generale) degli effetti *erga omnes* della sentenza di accoglimento, in un giudizio che si svolge tra parti portatrici di un interesse proprio; derivando il grado di "apertura" del giudizio incidentale da quello del giudizio *a quo*», A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 165.

[52] É pur vero che, nella prospettiva ampliativa così delineata, se l'intervento andrebbe spiegato nel termine prefissato sul presupposto che la decisione sulla norma possa in maniera attuale e concreta determinare un pregiudizio diretto per una posizione dell'interveniente, potrebbe residuare un ragionamento da svolgersi circa l'eventuale trattamento da riservare a un interesse sostanziale alla definizione di una questione di costituzionalità rispetto a posizioni non ancora oggetto di una specifica controversia ma, in un momento utile per la tempestività dell'intervento, ancora "giustiziabili" e, come tali, comunque suscettibili di essere pregiudicate per effetto della successiva decisione della Corte.

contraddittorio, mentre in base al criterio del nesso qualificato con il rapporto sostanziale inerente al giudizio *a quo* esse non potrebbero, se diverse dalle formazioni senza scopo di lucro e dai soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi e diffusi, nemmeno essere ammesse al processo nella residuale qualità di *amici curiae*.

5. *Considerazioni conclusive: Norme Integrative e attività giurisdizionale della Corte tra aperture del processo e prospettive di ampliamento del contraddittorio*

In conclusione, l'approccio suggerito in termini di allargamento del contraddittorio potrebbe orientare l'avvio di un processo costituzionale veramente "nuovo", a partire dagli stessi principi evincibili dalla riforma delle Norme Integrative del 2020 e realizzando più compiutamente quell'intento "aperturista" che, almeno dichiaratamente, ha ispirato la modifica regolamentare. Nell'ottica di una ricerca di maggiore coerenza all'interno del sistema, non si assisterebbe così alla mera "ammortizzazione" dell'ingresso degli *amici* all'interno del processo, ma – anche e proprio facendo leva sulle caratteristiche del nuovo istituto – verrebbe restituita al contraddittorio una sistemazione in linea con la funzione esercitata dalla Corte e con i ruoli astrattamente ricollegabili alle diverse soggettività che vi partecipano secondo i rispettivi titoli di legittimazione.

Certo la Corte ha chiarito, al momento attuale e ripetutamente, che le nuove norme in tema di intervento dei terzi nel giudizio in via incidentale avrebbero nella sostanza codificato la precedente elaborazione giurisprudenziale sulla sola ammissione dei titolari di un interesse qualificato e differenziato inerente in via diretta e immediata al rapporto sostanziale oggetto del giudizio principale. Eppure, il tenore delle nuove norme non soltanto sarebbe ulteriormente modificabile o passibile di successivi svolgimenti anche alla luce di eventuali interventi sulla disciplina di fonte legislativa, ma già allo stato sembrerebbe consentire interpretazioni orientate in direzione diversa e in senso ampliativo. Difatti, nonostante a seguito dell'esercizio di una potestà di autonormazione la giurisprudenza costituzionale svolga un ruolo essenziale nell'esplicitarne la portata, a voler prendere sul serio la formulazione testuale delle nuove norme può osservarsi come queste siano state formulate in maniera più generica rispetto all'individuazione del contenuto che ne ha offerto il Giudice costituzionale in sede giurisdizionale. In questi termini, se quanto agli *amici curiae* si fa riferimento alla attinenza dei loro interessi alla «questione» di costituzionalità, la norma sull'intervento si limita a menzionare il «rapporto» dedotto in «giudizio» senza ulteriori specificazioni nel senso che debba (unicamente) trattarsi del "rapporto sostanziale" dedotto nel "giudizio principale". In effetti, alla luce di una concezione che valorizzi una più marcata autonomia del giudizio di costituzionalità in via incidentale, a essere significativo nel contesto di quest'ultimo è il complessivo rapporto processuale inerente, appunto, alla "questione" di costituzionalità. Né la normativa, anche ove letta nella sola chiave del rapporto sostanziale, limiterebbe l'intervento, a differenza di quanto afferma la giurisprudenza, "soltanto" a questo caso, disponendo esclusivamente che possono (e non appunto che

possono "soltanto") intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in via immediata e diretta al rapporto dedotto in giudizio.

In definitiva, da un lato quello individuato dalla Corte non è il solo criterio selettivo possibile in materia di intervento dei terzi; dall'altro, le coordinate esposte muovono verso una maggiore – comunque limitata – partecipazione al contraddittorio dei soggetti processualmente legittimati che si inserisce nella logica di un giudizio di costituzionalità ispirato al canone ordinamentale della tutela del diritto di difesa, nella sua particolare proiezione all'interno di tale sede, e a quello di oggettiva "utilità" degli apporti argomentativi immessi nel processo.

Senza incorrere in eccessi nella rappresentazione degli interessi nel giudizio[53], se la realizzazione di un contraddittorio propriamente "costituzionale" passa per l'individuazione di principi specifici che si attaglino alle caratteristiche del ruolo svolto dalla Corte, quella indicata sembra una strada comunque percorribile, specialmente ove si condivida la premessa che, senza rischi per le esigenze di funzionalità dell'attività del Giudice costituzionale, un processo che meglio "serva" a quest'ultimo debba poggiare su un ampliamento dello spettro delle argomentazioni idonee a orientarne il convincimento, opportunamente filtrate da un'ammissione al contraddittorio costituzionale in linea con l'esercizio di una funzione di garanzia incentrata su moduli attinenti a una spiccata, per quanto peculiare, dimensione giurisdizionale[54].

[53] In linea generale, rileva problematicamente che «un eccesso di rappresentazione di interessi all'interno del giudizio di legittimità costituzionale potrebbe determinare un equilibrio tra interessi tendenzialmente diverso da quello che si è definito nel processo originario», A. LUCARELLI, *Norme integrative di apertura alla società civile: contaminazione del processo costituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 505.

[54] Sulla prospettiva dell'allargamento del contraddittorio afferma G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016, 199, che «Ammettere innanzi alla Corte l'intervento di un soggetto portatore di un interesse qualificato ha un senso in quanto tale soggetto venga a trovarsi nella condizione di contraddire efficacemente e cioè di interagire non solo con le altre parti eventualmente costituite, ma anche con il giudice (la Corte), fornendo tutti quegli elementi di diritto, prima ancora che di fatto, in grado di incidere sulla decisione finale della Corte stessa».

SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE" – 29 SETTEMBRE 2021

ALCUNE RIFLESSIONI SUL PRINCIPIO DEL LIBERO MANDATO PARLAMENTARE*

FRANCO SICURO**

SOMMARIO: 1. Rappresentanza generale e libero mandato parlamentare. – 2. Brevi riflessioni sulla origine della rappresentanza, tra la nazione e il popolo. – 3. Nazione, forme della democrazia e istanze populiste. – 4. Sulla possibile previsione di un mandato di partito.

1. *Rappresentanza generale e libero mandato parlamentare*

Il contributo si propone di analizzare l'operatività del principio del libero mandato parlamentare in relazione alle dinamiche dei gruppi politici, con particolare riferimento alla possibilità di limitare la facoltà per i parlamentari, esclusi o volontariamente fuoriusciti dal gruppo corrispondente al partito nelle cui fila sono stati eletti, di aderire a raggruppamenti diversi dal gruppo Misto. O, ancor più significativamente, di creare nelle Assemblee legislative gruppi parlamentari del tutto svincolati dal partito che si è presentato alle elezioni, tenuto conto che i gruppi sono l'«espressione della volontà sovrana del corpo elettorale», oltre che «costituzionalmente necessari e legati ai partiti politici»[1].

In realtà, alla luce degli Statuti o dei Regolamenti (così come sono denominati quelli del Senato) dei gruppi parlamentari sembra, invece, potersi rinvenire una forma di

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.
** Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bari.
[1] È questa la conclusione cui giunge A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, 67.

"mandato di partito"[2], non espressamente formalizzato, teso a legare l'operato del gruppo al soggetto politico che agisce all'esterno del Parlamento, lì dove si prevede che gli eletti debbano dare "costante e concreta attuazione" agli indirizzi politici elaborati dal partito, che il gruppo è chiamato a tradurre in "attività parlamentare (…) unitaria e vincolante"[3]. La pratica esistenza, nelle dinamiche parlamentari, di forme di "mandato" tra partito e gruppo viene poi ulteriormente comprovata, *ex ante*, dalla riforma regolamentare del Senato del 2017[4], la quale – almeno formalmente – impone la necessaria corrispondenza tra gruppo parlamentare e soggetto politico presentatosi alle elezioni, proprio al fine di ricercare possibili rimedi da opporre al complesso fenomeno della c.d. mobilità parlamentare, individuale e collettiva. È in questo senso che si tenterà di argomentare intorno al "mandato di partito", a cominciare proprio dall'analisi delle dinamiche parlamentari. Con ciò, tenendo in conto la centralità giuridico-costituzionale di un principio, quello del libero mandato, che, come ha da tempo rilevato la dottrina, dovrebbe essere inteso come «un limite a possibili implicazioni estreme che volessero trarsi dal principio risultante dal combinato disposto degli artt. 1 e 49: revocabilità dei mandati, perdita del mandato in conseguenza di espulsione o dimissioni dal partito e simili»[5].

---

[2] La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 1 del 2014, ha avuto modo di sottolineare che "l'art. 67 Cost. presuppone l'esistenza di un mandato conferito direttamente dagli elettori" (*cons. in dir.* n. 5). Con ciò, evidentemente, ribadendo la necessità di riportare quanto più possibile a coerenza il rapporto tra rappresentanti e rappresentati. Ciò in quanto, all'interno di un sistema giuridico-costituzionale in cui la sovranità appartiene al popolo, soltanto difficilmente si potrebbe giustificare una pressocché assoluta libertà del parlamentare dal corpo elettorale e dal partito. Il ragionevole bilanciamento tra l'art. 67 e l'art. 49 della Carta fondamentale non sembra, invero, poter giustificare né una totale subalternità dell'eletto al gruppo politico di originaria appartenenza, né, tantomeno, una assoluta libertà d'azione del parlamentare e del gruppo. Come si avrà modo di specificare nel corpo del testo, il possibile riconoscimento di "mandati di partito", subordinato all'introduzione di condizioni di democrazia intra-partitica, deve trovare il proprio limite costituzionale ultimo nel principio del libero mandato: il parlamentare che, dopo una libera discussione all'interno del gruppo, decida di non votare nel senso stabilito dal partito/gruppo di appartenenza, dovrebbe assumersi la responsabilità, dinanzi al corpo elettorale ed alle Camere medesime, di voler "rappresentare la Nazione" in un senso divergente dal proprio partito/gruppo e, pertanto, fuoriuscire dal medesimo. Con ciò, si badi, senza perdere il seggio da parlamentare, ma confluendo nel gruppo Misto, raggruppamento deputato a garantire la libertà e la responsabilità del processo politico-parlamentare.

[3] In tal senso, si veda, tra gli altri, l'art. 2 dello Statuto del gruppo Forza Italia-Berlusconi Presidente. Tuttavia, alcuni degli Statuti, come quello del MoVimento Cinque Stelle, pur nell'apprezzabile tentativo di introdurre una costante connessione tra rappresentanti (gruppi) e rappresentati (movimento), parrebbero eccedere nelle soluzioni a tal fine previste, con il risultato di entrare in contrasto con il significato costituzionale del libero mandato parlamentare (l'irrevocabilità degli eletti prima della scadenza naturale del mandato). Sul punto, si veda, tra gli altri, G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, Atti del Convegno di Vercelli del Gruppo di Pisa, 25 novembre 2016, Napoli, 2017, 133 ss.

[4] In senso critico, tuttavia, tra gli altri, si veda E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2019, 200, secondo la quale «Non è dubbio ovviamente che la libertà del mandato parlamentare non implichi un diritto illimitato di costituire un gruppo nuovo; credo tuttavia che una disciplina regolamentare protesa a "fotografare" all'inizio della Legislatura un certo quadro politico ridimensioni in modo eccessivo l'attitudine responsiva della rappresentanza in quanto ignora l'esigenza di garantire al parlamentare che lamenti una deviazione del partito dal programma sottoposto agli elettori una sede in cui confrontarsi democraticamente, veicolando l'idea che il concorso dei cittadini alla determinazione delle scelte di governo avvenga solo nel momento del voto».

[5] V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in ID., *Stato popolo governo. Illusioni e disillusioni costituzionali*, Milano, 1985, 214.

Sulla scorta di tale premessa, se, in virtù delle previsioni statutarie, è possibile rinvenire l'esistenza di forme di "mandato di partito", tendenti a ricondurre ad unità l'indirizzo del gruppo e quello del partito, v'è da dire che siffatti "mandati" non possono essere declinati in senso "imperativo", laddove l'imperatività comporterebbe che, l'eventuale espulsione dal gruppo per il parlamentare dissenziente rispetto al relativo indirizzo, possa spingersi sino alla revoca della carica. Questa ipotesi, della cui legittimità costituzionale sarebbe in ogni caso lecito dubitare, potrebbe realizzarsi soltanto qualora fosse adottata un'organizzazione partitica di tipo realmente democratico[6]. La radice dell'assenza di democraticità nel gruppo, perciò, è da ricercare nel partito politico[7] e, ancora prima, nel rapporto che intercorre tra elettori-partiti-gruppi-eletti, ossia tra quei soggetti che operano all'interno del circuito della rappresentanza politica. In sostanza, l'assenza di democraticità nell'organizzazione partitica si riverbererebbe nel modo di esercizio della funzione rappresentativa, la quale, dunque, costituisce il principale campo d'indagine. In questa prospettiva, ad essere analizzato sarà, in primo luogo, il rapporto tra i principi della rappresentanza della Nazione[8] e della libertà del mandato politico. Principi, questi ultimi, rispetto ai quali l'art. 67 della Costituzione sancisce uno stretto

[6] La legittimità della decadenza dalla carica, in alcune ipotesi, è sostenuta da A. MANNINO, *La mobilità parlamentare tra principio democratico, rappresentanza nazionale e divieto di mandato*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001, 79.

[7] Come ha fatto notare, tra gli altri, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018, 98, «esiste un'*esigenza sistemica* che, in prospettiva *de iure condendo* (…), non può essere trascurata: quella per cui *risulterebbe costituzionalmente insostenibile il mandato che legasse il parlamentare a partiti privi di una struttura interna democratica*». Il profilo problematico della democrazia interna ai partiti politici è al centro delle riflessioni di I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzione dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2020, 198 ss. Da ultimo, sul punto, si veda G. DONATO, *Sulla persistente assenza di metodo democratico nell'attività interna dei partiti: le espulsioni al vaglio della giurisprudenza*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3/2021, 61 ss.

[8] Al complesso istituto della rappresentanza politica è stata dedicata una quantità di lavori, non solo monografici. Tra questi, ci si limiterà ad indicare soltanto quelli più recenti che hanno affrontato il tema in via monografica. Pertanto, cfr. G. DUSO, *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milano, 1988; A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998; N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica: atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Milano, 2001; L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001; S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica, Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, 2004; P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione: l'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012; A. MORELLI, *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015; F. LANCHESTER, *Lo stato della democrazia pluralista in Europa*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 53 ss.; M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare*, cit.; S. STAIANO, *La Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017; e, *ivi*, I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, F. BERTOLINI, *Rappresentanza politica e forma di governo parlamentare*, G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*; C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, 2018; S. PRISCO, *La rappresentanza politica e la rappresentanza degli interessi. I giuspubblicisti del fascismo e la ricerca della "terza via"*, in *Rivista AIC*, 1/2018; A. DI GIOVINE, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 59 ss.; M. BELLETTI, *La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 142 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e i ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 517 ss.

collegamento, non senza conseguenze sulla ricostruzione ermeneutica del relativo significato[9].

Il concetto di rappresentanza politica non sembra determinabile in termini statici ed immutabili. Anzi, esso appare guadagnare significati nuovi in ragione dei contesti storico-politico-culturali in cui viene declinato, oltreché delle regole costituzionali connotanti la forma di governo. La rappresentanza politica, dunque, non ha un significato costante, anche in ragione del cangiante equilibrio tra *rapporto* e *situazione* rappresentativa[10], tra *responsabilità* e *rappresentatività* degli eletti. Ovverosia, a seconda delle relative modalità di esercizio, l'attività dei singoli parlamentari, e dei raggruppamenti di appartenenza, sembra ora avvicinarsi, ora distanziarsi dai risultati della consultazione elettorale e dagli indirizzi provenienti dai partiti politici operanti all'esterno del Parlamento[11]. In tal modo, nella ricerca di un mobile equilibrio tra il momento democratico (le indicazioni degli elettori incanalate dai partiti politici, il "rapporto") e l'esercizio delle funzioni parlamentari (la "situazione"), l'attività rappresentativa sembrerebbe richiamare quanto caratterizza la struttura stessa del governo rappresentativo. Esso, infatti, in quanto «costituzione mista del nostro tempo», si configura come «un meccanismo complesso che assembla parti democratiche e parti non democratiche»[12].

---

[9] In tal senso, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, 1991, 74 e poi, ancora, 323-324. Muovendo verso l'obiettivo di una «interpretazione unitaria dell'art. 67 cost.», l'A. evidenzia che, se si aderisce alla ricostruzione crisafulliana della sostanziale coincidenza tra "popolo" e "nazione" nell'odierna democrazia pluralista, «la prima delle due regole enunciate dall'art. 67 cost. risulterebbe addirittura compatibile con lo stesso mandato imperativo, cioè con le istruzioni e le direttive che le diverse "parti" del popolo potrebbero legittimamente inviare ai rappresentanti, e si farebbe evidente la difficoltà di utilizzare il principio della rappresentanza della "nazione" come fondamento del divieto di mandato». «Al contrario», quindi, «è l'attività rappresentativa libera da mandati a contribuire, per la sua parte, alla realizzazione dell'unità politica, che non esiste come dato *a priori*, ma può solo essere il risultato di un processo d'integrazione». A conclusioni diverse era giunto, appunto, V. CRISAFULLI, *Stato popolo governo*, cit., 156, nt. 6, lì dove aveva evidenziato che tra i principi del libero mandato parlamentare e quello del «carattere *generale* della moderna rappresentanza politica (…) non sussiste necessaria interdipendenza, quando per rappresentanza della Nazione si intenda, come sembra corretto, rappresentanza *del popolo*, insieme dei cittadini viventi».

[10] In argomento, il rinvio non può che essere alle pregnanti riflessioni di D. NOCILLA, R. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, spec. 556-567. Come fanno notare gli A., «tutte le tesi, per le quali la rappresentanza si definisce come mera situazione di potere del rappresentante, spostano verso quest'ultimo la sovranità, nel senso di attribuirgliene l'esercizio in modo completo e definitivo, restandone tutt'al più al rappresentato l'astratta titolarità, e sono perciò incompatibili con il principio della sovranità popolare, proprio perché la volontà popolare ipotetica e l'interesse pubblico, che quest'ultima persegue, altro non sarebbero rispettivamente che la volontà dello stesso rappresentante e l'interesse pubblico così come da quest'ultimo interpretato» (p. 560). Al contrario, per le teorie che postulano la preminenza del "rapporto" sulla "situazione" rappresentativa, «rappresentanza politica ed elezione popolare si legano inscindibilmente: un organo è rappresentativo perché è elettivo e perché, in quanto tale, deve interpretare, esprimere ed attuare le tendenze spirituali e la volontà reale del popolo. (…) il nodo centrale della teoria della rappresentanza è costituito dalla relazione tra elettore ed eletto» (p. 565).

[11] Associazioni, queste ultime, le cui trasformazioni interne non possono che riflettersi sul circuito della rappresentanza politica. A precisarlo, ancora di recente, è A.M. NICO, *La proiezione della trasformazione dei partiti politici sulla forma di governo e sulla legislazione elettorale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018.

[12] È questa la nota ricostruzione fornita da B. MANIN (1997), *Principi del governo rappresentativo*, cit., 263-265. La "natura" del governo rappresentativo implica riflessioni complesse e articolate, sulle quali non è possibile soffermarsi con la necessaria completezza in questa sede. Ad ogni modo, le conclusioni cui giunge il politologo francese in ordine alla morfologia di quel «fenomeno sorprendente» che è il governo rappresentativo sembrerebbero meritare una particolare sottolineatura. Osserva Manin che «Il governo

In particolare, la flessibilità dimostrata dalle regole costituzionali che disciplinano la forma di governo parlamentare se, da un lato, ha favorito rapidi ed efficaci adattamenti a considerevoli mutamenti sociopolitici, dall'altro ha altresì assecondato il progressivo disallineamento tra le due componenti del governo rappresentativo. Attraverso lo sbilanciamento della rappresentanza politica sulla sola *situazione rappresentativa*[13], spesso realizzato per via della supposta biunivocità tra divieto di mandato e rappresentanza della nazione, si è finito per veicolare ipostatizzate idee di rappresentanza istituzionale, da estendere a tutti gli organi costituzionali[14] e, tra questi, in particolare all'esecutivo[15]. Il momento democratico, questa la critica più diffusa, si sarebbe così ridotto alla scelta – peraltro, anche condizionata dalla presenza delle liste c.d. bloccate – da parte dei cittadini, ad intervalli regolari[16], dei gruppi dirigenti che sono al governo[17], data la impossibilità per gli elettori, stante anche la crisi dei partiti, di poter incidere sulle scelte governative. Un esito, questo, che contrasta con un «regime di democrazia pluralistica», in cui, «invece, la volontà e il consenso del rappresentato possono essere – rispettivamente – registrata e ottenuto solo grazie alla presenza, in Parlamento, di partiti

rappresentativo possiede indubbiamente una dimensione democratica. Altrettanto innegabile, tuttavia, è la sua dimensione oligarchica. La soluzione all'enigma del governo rappresentativo sta nel fatto che si tratta di un sistema misto o equilibrato. Questi ultimi aggettivi non costituiscono affatto un giudizio di valore, ma designano una proprietà fattuale del sistema. (…) In una costituzione mista, in cui la miscela è perfetta, (…) si dovrebbe riuscire a riconoscere allo stesso tempo tanto la democrazia quanto l'oligarchia, e nessuna delle due in particolare. Un esame genealogico rivela che il governo rappresentativo è la costituzione mista del nostro tempo».

[13] Come sottolineato da L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, cit., 28, la nozione di rappresentanza è da sempre oggetto di contrastanti ricostruzioni, talvolta non solo "interne" alla scienza costituzionalistica ma, a monte, implicanti lo stesso inquadramento – pubblicistico o privatistico – dell'istituto rappresentativo. Tutto ciò, ossia «La tendenza ad enfatizzare la distanza della rappresentanza politica dalla rappresentanza giuridica, dal modello civilistico, esprime l'intento di eliminare il "rapporto", cioè di esasperare il distacco dei rappresentanti rispetto ai rappresentati. La punta estrema di questo distacco si raggiunge con lo slittamento nel concetto di "rappresentatività" che – se scisso dall'elezione e dal rapporto con i rappresentanti – è fuori della democrazia». In questa prospettiva, poco dopo, l'A. conclude evidenziando che «quando il rapporto rappresentativo si elimina, di rappresentanza politica non si può parlare» (p. 30).

[14] Sul punto, illuminanti sono, ancora una volta, le riflessioni di L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 30-31, la quale, incisivamente, mette in evidenza che lo slittamento della rappresentanza politica verso la sola situazione rappresentativa determina (e sia a sua volta determinato da) «una sostituzione automatica e permanente dei rappresentanti ai rappresentati. In questa configurazione (…) sparisce anche ogni questione di *responsabilità*».

[15] A questa conclusione era giunto già C. SCHMITT (1928), *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 280. Riconosce la qualifica di "rappresentante" all'organo "governo", sebbene da una prospettiva diversa da quella schmittiana, anche G. LEIBHOLZ (1973), *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989, 133-135.

[16] Com'è troppo noto per potersi soffermare in questa sede, il rapporto tra democrazia ed elezioni è affrontato dalla Corte costituzionale nelle celeberrime pronunce nn. 1 del 2014 e 35 del 2017. Sul rapporto tra rappresentanza e governabilità si interroga, da ultimo, A.M. NICO, *Osservazioni su rappresentanza, forma di governo, governabilità e riforma costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2017.

[17] Del resto, C. SCHMITT (1928), *Dottrina della Costituzione*, cit., 280, ha rimarcato che «non qualsivoglia organo è rappresentante. Solo chi governa partecipa alla rappresentanza. (…) ogni vero governo rappresenta l'unità politica di un popolo – non il popolo nella sua esistenza naturale. (…) La lotta per la rappresentanza è sempre una lotta per il potere politico».

organizzati, la cui mediazione riempie di contenuto il mandato rappresentativo, altrimenti 'vuoto'»[18].

Per quel che qui più rileva, tale torsione oligarchica del rapporto rappresentativo rinviene nella contestazione del principio del libero mandato politico, nonché dei suoi effetti sulle procedure parlamentari, uno dei fattori più significativi.

2. *Brevi riflessioni sull'origine della rappresentanza, tra la nazione e il popolo*

Come si è avuto modo di anticipare, la postulata convergenza tra rappresentanza della nazione e libertà del mandato politico ha trovato giustificazione in ben precise ragioni ed esperienze storiche (si pensi, su tutte, ai primi anni della Rivoluzione francese), legate evidentemente alla necessità, per la borghesia allora al potere, di assorbire la complessità della realtà sociale nell'astratta ed unificante idea della rappresentanza generale. Un'esigenza, questa, già teorizzata da Edmund Burke nel celebre "*discorso agli elettori di Bristol*", in cui l'aspirazione all'unità (*id est*, alla consacrazione del potere borghese, stante anche la ristrettezza del suffragio elettorale) veniva perseguita svincolando gli eletti dagli elettori, sotto l'egida della libertà dei primi dalle istruzioni dei secondi. Se così si può dire, è dalla separazione dei rappresentati dal momento della decisione politica che «ha origine il primo vero parlamento moderno»[19]. E tanto, era formalmente giustificato nel nome della ricerca di uno strumento giuridico-costituzionale che potesse garantire la preordinazione delle politiche pubbliche verso quel concetto di interesse generale[20] che, nel discorso di Burke, doveva essere perseguito all'interno del Parlamento, mediante un percorso argomentativo di "ragione" e "giudizio" scevro, almeno formalmente, da ogni considerazione particolaristica.

---

[18] In tal senso, M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Torino, 2001, 423.

[19] Così, H. KELSEN (1929), *Il problema del parlamentarismo*, cit., 159.

[20] Come sottolineato da L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, cit., 39-40, una siffatta aspirazione all'unità «appare semmai come un modo per occultare le differenze dietro una finzione che consente il massimo svincolo del potere dalla base sociale e la massima libertà a chi lo gestisce, senza responsabilità o vincoli. Da angolazioni diverse, anzi fra loro conflittuali, si giunge al medesimo risultato: scollegare i rappresentanti dai rappresentati. La contraddizione è forse solo apparente: il fulcro del discorso è sempre l'interesse, il carattere unitario che gli si vuole attribuire: è a questo che già Burke si richiama». Il riferimento all'"interesse generale" non può, poi, che rievocare la celebre riflessione di Emmanuel Joseph Sieyès il quale, all'interno di un discorso incentrato sulla "scoperta" della "volontà nazionale" attraverso la "libera discussione" parlamentare, precisò che «In tutte le deliberazioni c'è una specie di problema da risolvere, ossia quello di sapere, in un dato caso, che cosa prescriva l'interesse generale. Quando la discussione comincia, non si può affatto giudicare che direzione prenderà per arrivare a scoprirlo con sicurezza. Senza dubbio l'interesse generale non è niente, se non è l'interesse di qualcuno; è quell'interesse particolare che si trova a essere comune alla maggior parte dei votanti. Di qui la necessità di una competizione fra le opinioni (…) In questa prova, le opinioni utili e quelle che sarebbero nocive si separano; le seconde cadono, le prime continuano a muoversi, a equilibrarsi, fino a che, modificate e purificate dai loro reciproci effetti, finiscono per fondersi in un'unica opinione». Così, E. SIEYÈS, *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, Paris, 1789, 92, citato da B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., 208-209.

A tal fine, il riferimento al concetto metagiuridico di nazione[21] forniva quella matrice sociopolitica in grado di consolidare la nuova struttura statale. Anzi, sembrerebbe quasi che la nazione, nella sua componente metafisico-culturale, abbia reso ancor più assoluto il concetto teologico[22] di sovranità, proprio nel momento in cui esso si trasferiva dal monarca all'assemblea legislativa[23]. Un «assolutismo parlamentare per mezzo della legge»[24] che, tuttavia, mostrò ben presto inequivocabili segnali di crisi nel momento in cui alla superficie levigata della rappresentanza nazionale si sostituì quella rugosa del *cleavage* partitico, proprio del pluralismo politico-sociale della modernità. La rappresentanza, questa una delle maggiori critiche, si rivelò essere una pura «finzione»[25], un «supremo artificio al servizio di una strategia di rigido controllo della società»[26]. Una «finzione», come la definiva Hans Kelsen, non necessaria ai fini della definizione della

[21] Al concetto di Nazione sono stati dedicati numerosi contributi, tali da non poter essere tutti indicati in questa sede. Tra questi, per limitarsi agli ultimi lavori monografici ed alle "voci" enciclopediche, si rinvia a V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977; P. CARROZZA, *Nazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, 1995; C. DE FIORES, *Nazione e Costituzione,* vol. I, Torino, 2005; F. CHABOD, *L'idea di Nazione*, Roma-Bari, 2008; E. HOBSBAWM, *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, Torino, 2002 e ID., *Nazionalismo. Lezioni per il XXI secolo*, a cura di D. Sassoon, Milano, 2021; S. WEIL, *La prima radice*, Milano, 2013; E. RENAN, *Che cos'è una nazione?*, Roma, 2019.

[22] Anche se, forse troppo spesso, si insiste nel voler ricercare significati o sottofondi teologici a concetti elaborati dalla speculazione scientifica. Per dirla con H. KELSEN, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Milano, 2014, 363-364, bisognerebbe forse opporre maggiore resistenza nei confronti di quelle concezioni politico-filosofico dirette a «minare la potente diga che è stata eretta per proteggere la scienza e la politica dalle inondazioni della speculazione teologico-metafisica», ossia «il ritorno della religione nella politica e della teologia nella scienza» causati dal profondo turbamento provocato dall'avvento del comunismo, per far fronte al quale si è così tentato di giustificare l'ordine sociale capitalistico-democratico. Ma la scienza «può solo descrivere e spiegare; non può giustificare la realtà». Per una ricostruzione in termini teologici del concetto di sovranità il riferimento, invece, non può che essere C. SCHMITT (1933), *Teologia politica*, in *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 2019, 61, a detta del quale «Tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati».

[23] Sembra essere questa la conclusione cui giunge C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 77, il quale, riflettendo sugli avvenimenti storico-politici che segnarono gli anni della Rivoluzione dell'89, notò che «Se la nazione come soggetto del potere costituente affronta il principe assoluto ed abolisce il suo assolutismo, allora essa si pone al suo posto in modo altrettanto assoluto. L'assolutezza continua ad esistere con forza invariata, anzi accresciuta, poiché adesso il popolo si identifica politicamente con il suo Stato. La forza politica di questo evento condusse ad un accrescimento del potere statale, ad una più intensa unità ed indivisibilità (…) La costituzione non era un contratto fra principe e popolo o addirittura fra organizzazioni di ceto, ma una decisione politica che determina il suo proprio destino politico, presa dalla nazione una e indivisibile. Ogni costituzione presuppone questa unità».

[24] Per dirla con G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 25.

[25] Com'è noto, è questa la ricostruzione del concetto di rappresentanza che fornisce Hans Kelsen, Sul punto, cfr. H. KELSEN, *La democrazia*, in *Il primato del parlamento*, cit., 1982, 9-10, il quale, riflettendo sulla contrapposizione «ostile» tra la «cosidetta libertà politica» e la «libertà naturale dell'anarchia», osserva che «il principio rappresentativo, non importa se riferito ad un parlamento o ad un governo eletto direttamente dal popolo, è una finzione per mantenere l'ideologia democratica della libertà». Una «finzione», quest'ultima, dagli effetti di non poco momento. Infatti, se si ammette la sua esistenza, «allora si deve ammettere che la distanza tra l'ideologia e la realtà, e persino tra l'ideologia e la possibilità massima della sua realizzazione, è straordinaria». Peraltro, come dallo stesso A. rimarcato in *La dottrina pura del diritto* (1960), ed. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 2021, 389-390, quella della «rappresentanza» è una «finzione, anche quando esiste un legame più o meno stretto tra la volontà dei rappresentanti e la volontà dei rappresentati», tale per cui la presenza di un vincolo tra elettori ed eletti non esclude la natura fittizia del rapporto rappresentativo.

[26] Così, incisivamente, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, III ed., 2007, 207.

natura del parlamentarismo, benché – storicamente – essa sia servita a legittimare il Parlamento dal punto di vista della sovranità popolare[27].

Eppure, nonostante l'avvento del pluralismo politico-sociale, alla capacità ordinante della "Nazione" non si è rinunciato[28]. In una democrazia costituzionale, tuttavia, rappresentare la Nazione non può voler dire immediatamente e solipsisticamente (ri-)produrre una ipotetica unità preesistente. Invero, proprio il riferimento alla nazione funge da strumento che, a seconda della congiuntura sociopolitica, sembra legittimare ora un'espansione, ora una limitazione della libertà e dei connessi poteri rappresentativi del parlamentare. In sostanza, una condizione che interagisce e in qualche modo è destinata ad influire sul concetto stesso di "popolo sovrano".

A venire in rilievo è così il rapporto tra nazione e popolo, due concetti giuridico-costituzionali la cui morfologia fatica tuttora a coincidere[29]. In realtà, interpretare il concetto metagiuridico di nazione in termini di unità di lingua e di cultura sembrerebbe esporre la democrazia costituzionale ad un cortocircuito logico dalle considerevoli conseguenze epistemologiche. Se si volesse dare concreta attuazione ad una simile premessa teorica, infatti, in una democrazia pluralista ogni questione avente ad oggetto la

[27] In estrema sintesi, il rapporto tra libertà, democrazia, rappresentanza e parlamentarismo sembrerebbe, per Kelsen, finalizzato a dimostrare che il ricorso «alla finzione della rappresentanza» è giustificato dalla volontà di «dare l'illusione che, anche nel parlamentarismo, l'idea di libertà democratica ed essa sola viene ad esprimersi integralmente». In termini ancora più espliciti: «La finzione della rappresentanza deve legittimare il Parlamento dal punto di vista della sovranità popolare». Tuttavia, «questa evidente finzione, destinata a dissimulare il reale colpo essenziale che viene inferto al principio di libertà dal Parlamento, ha offerto agli avversari della democrazia l'argomento per affermare che la democrazia stessa si fonderebbe su una evidente falsità. Così la finzione della rappresentanza, a lungo andare, non è più stata in grado di adempiere al suo compito vero e proprio, quello di giustificare il Parlamento dal punto di vista della sovranità popolare; essa ha comunque adempiuto ad un compito diverso da quello cui era destinata in origine: ha mantenuto il movimento politico dei secoli XIX e XX, che si produceva sotto la forte pressione dell'idea democratica, lungo una ragionevole linea media». Criticare il parlamentarismo nel nome dell'impoverimento del principio della sovranità popolare «è esatto, ma lo si può utilizzare contro il parlamentarismo soltanto finché si cerca di legittimare il parlamentarismo stesso col principio della sovranità popolare, finché si crede di poterne determinare l'essenza esclusivamente mediante l'idea di libertà. Allora certamente il parlamentarismo avrebbe promesso qualcosa che non avrebbe potuto e che sarà mai in grado di mantenere. Comunque, l'essenza del parlamentarismo (…) si potrà ugualmente determinare senza ricorrere alla finzione della rappresentanza, e il suo valore potrà essere giustificato come un mezzo specifico tecnico-sociale per la creazione dell'ordine dello Stato». Così, H. KELSEN (1929), *Il Parlamento*, in *Essenza e valore della democrazia*, cit., 76-79.

[28] Essa continua a costituire l'oggetto, anzi sarebbe meglio dire il fine dell'attività interpretativa di una pluralità di soggetti operanti nel complesso circuito della rappresentanza politica moderna. Questi, infatti, se si eccettua patologiche torsioni oligarchiche, intendono rappresentare la pluralità che si tenterà poi di sintetizzare nella decisione politica.

[29] In questa prospettiva, B. YACK, *Popular Sovereignty and Nationalism*, in *Political Theory*, 28, 4/2001, 518, citato da N. URBINATI (2019), *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2020, 145, ha ricostruito il rapporto tra nazione e popolo mediante il ricorso alle categorie di "spazio" e di "tempo". Ed è così che la nazione incarnerebbe «un'immagine di comunità *attraverso il tempo*», lì dove il popolo evocherebbe «un'immagine di comunità *attraverso lo spazio*». Rimarca l'autonomia concettuale della "nazione" C. DE FIORES, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019, 53 ss., secondo il quale l'antifascismo avrebbe contribuito a delineare «una sagoma del tutto nuova dell'idea di nazione connettendola ai principi dell'internazionalismo, alla cultura dei diritti, all'autonomismo. Istanze destinate a permeare il modo di essere della nazione repubblicana e la sua Costituzione» (p. 80). Dello stesso A. cfr. altresì ID., *Le idee costituzionali della nazione tra primo e secondo Risorgimento*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2010. Con riferimento al concetto di "nazione repubblicana" il rinvio non può che essere a F. DE FELICE, *La questione della nazione repubblicana*, Roma-Bari, 1999.

cultura nazionale dovrebbe essere lasciata a corpi rappresentativi locali organizzati secondo il «principio della personalità»[30].

In altre parole, continuare a distinguere il concetto di nazione, quale entità metafisica in grado di garantire unità e continuità ordinamentale, da quello di popolo, caratterizzato da un pluralismo inevitabilmente conflittuale e difficilmente riducibile ad unità[31], parrebbe sottendere un errore metodologico dalle innumerevoli conseguenze sulla tenuta degli Stati sociali contemporanei. Così concepita, infatti, la nazione come entità metafisica finisce per sostituirsi, proprio nelle procedure parlamentari, ai rappresentanti. Viene, cioè, da questi invocata per perseguire obiettivi non previsti nel programma politico in virtù del quale essi hanno ottenuto il voto popolare, peraltro in assenza pressoché totale di forme di consultazione dei rappresentati. Per questa via, è la nazione come entità astratta che si fa rappresentante, non già le forze politiche elette dal corpo elettorale, da cui la crescente critica mossa al sistema rappresentativo di carenza di responsività degli eletti verso gli elettori.

Se è vero che, da un lato, questa critica appare spesso alimentata da una distorta declinazione della rappresentanza come descrittiva e meramente riproducente i plurimi (ed invero irriducibili ad unità) interessi sociali sottostanti[32]; dall'altro lato, tuttavia, essa

[30] È questa la lucida conclusione cui giunge H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *Essenza e valore della democrazia*, cit., 182. Riflettendo sulle implicazioni del principio di maggioranza, lo studioso di Praga evidenzia che «Se la Nazione è in primo luogo una comunanza di *civiltà* e di *lingua*, il principio di maggioranza assume il suo pieno valore soltanto nell'ambito di un *corpo nazionale unitario*, e ne consegue per lo meno che nelle collettività transnazionali o internazionali, e specialmente negli Stati cosiddetti a nazionalità mista, la decisione delle questioni di cultura nazionale deve essere sottratta al parlamento centrale e lasciata all'"autonomia", vale a dire ai corpi rappresentativi delle comunità propriamente nazionali organizzate secondo il principio di *personalità* (gruppi parziali). Il noto argomento che il principio di maggioranza applicato all'umanità attuale considerata come unità deve portare a risultati assurdi, non colpisce tanto il principio stesso, quanto piuttosto la sua esagerazione nel senso di una eccessiva *centralizzazione*».

[31] Per richiamare la nota ricostruzione di V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in AA. VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 127, il termine «nazione» non può che indicare «il popolo nella sua concreta articolazione, nella molteplice e discorde varietà degli interessi, delle aspirazioni, delle ideologie, che ne sostanzia storicamente la realtà». Ed è così che, è ancora Crisafulli a farlo notare, «nell'art. 67 (…) "Nazione" [sta] per "popolo"». In altri termini, «usando la parola Nazione si [è], tutt'al più, voluto richiamare l'idea che la rappresentanza politica è rappresentanza generale e non di gruppi selezionali o locali». Per i necessari approfondimenti teorici, si rinvia a V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, in ID., *Stato popolo governo*, cit., 213.

[32] Per un'analisi approfondita del concetto di rappresentanza "descrittiva" non può che rinviarsi ad H.F. PITKIN (1972), *Il concetto di rappresentanza*, Soveria Mannelli, 2017, 91 ss. Invero, è ancora B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., spec. 158-165, a far notare che «le elezioni, per come sono fatte, non possono dare luogo alla selezione di rappresentanti che assomigliano ai loro elettori»; e tanto, dal momento che «per essere eletti, i candidati devono *effettivamente* possedere un qualche attributo che li distingue dai loro concittadini. (…) In altre parole, le elezioni selezionano superiorità percepite e differenze reali». Pertanto, parrebbe questa la conclusione cui giunge il politologo francese, tra elezioni e identità rappresentati-rappresentanti vi sarebbe un'idiosincrasia irriducibile ad unità. Di contrario avviso sembra essere, invece, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 338, secondo il quale «l'elezione può essere un mezzo tanto del principio di rappresentanza quanto di quello di identità (…) Ma occorre distinguere quale senso l'elezione abbia nella realtà. Se deve fondare una vera e propria rappresentanza, allora essa è lo strumento di un principio aristocratico; se significa solo la designazione di un deputato dipendente, allora la si può considerare come un metodo specificamente democratico» (la concezione schmittiana delle elezioni, soprattutto con riferimento alle riflessioni dello studioso di Plettenberg in ordine al rapporto tra sorteggio ed elezione, democrazia e rappresentanza, è affrontata con la consueta acutezza ed analiticità da B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., 166-170).

mette in evidenza la necessaria corrispondenza che, in un sistema democratico-rappresentativo, deve intercorrere tra sovranità popolare e responsabilità politica degli eletti.

3. *Nazione, forme della democrazia e istanze populiste*

La rappresentanza della nazione ed il libero mandato politico strutturano, come si è visto, l'architettura delle democrazie liberali. Ancor più precisamente, nella ideologia liberale, il riferimento alla nazione rappresentante realizza le condizioni di possibilità del libero mandato parlamentare, con ciò tracciando una netta linea di demarcazione rispetto alle pratiche di democrazia diretta[33].

Nonostante ciò, se, sul piano teorico, il rapporto tra democrazia diretta e nazione parrebbe presentare profili di incompatibilità – ad operare in un simile regime democratico non può che essere il c.d. popolo concreto, a livello pratico, invece, il riferimento alla nazione funge ancora da potenziale fattore di trasformazione politica. Spesso, infatti, la nazione è invocata in ordine all'esercizio di una forma di potere costituente potenzialmente permanente, come tale preordinato alla ridefinizione dei tradizionali assetti dei poteri costituiti. Il rischio, in questi momenti, sembra essere proprio quello già evincibile dall'esegesi della concezione schmittiana della rappresentazione e dell'identità come elementi fondativi del contenuto politico della Costituzione, per mezzo dei quali la nazione continua ad essere intesa come «unità capace di agire» in quanto consapevole della sua «esistenza politica»[34]. Un «popolo come

[33] Più nello specifico, parrebbe opportuno riflettere su una premessa di carattere logico, prima ancora che giuridico. Ci si chiede, infatti: se al popolo è riconosciuta la possibilità di partecipare alla decisione politica in via diretta, la stessa possibilità è consentita anche alla nazione? La risposta a questo interrogativo parrebbe non poter prescindere dalla seguente possibilità epistemologica: se esiste una democrazia diretta, essa non può che essere concreta, ossia non può che riguardare dei soggetti realmente esistenti, quali il popolo o, come sarebbe auspicabile, tutti coloro che partecipano attivamente alla vita dello Stato ed al "progresso materiale e spirituale della società" (art. 4 Cost.). In altri termini, un sistema di democrazia diretta non può che fondarsi sulla partecipazione del c.d. popolo concreto, ossia di una pluralità di individui, animati da opinioni ed interessi divergenti, i quali concretamente – appunto – e direttamente esercitano una forma di potere deliberativo. Sulla base di quest'ultima osservazione, la nazione, postulando a sua volta l'*assenza* del rappresentato (connaturata a qualsiasi manifestazione di potere rappresentativo), sembrerebbe poter esistere, sul piano teorico, soltanto in un regime di democrazia rappresentativa. Come potrebbe, al contrario, la nazione autorappresentarsi? Chi la incarnerebbe? Se quanto sin qui sostenuto contiene almeno in parte elementi di validità logica, si dovrebbe giungere a riconoscere un paradosso. Ossia, qualora si ammettesse l'esistenza della nazione quale entità concretamente individuabile, l'unica democrazia possibile sarebbe quella rappresentativa, con ciò sconfessando la storia della democrazia stessa e delle molteplici varianti di significato che tale termine in sé contiene.

[34] C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 89, riflettendo sul «potere costituente del popolo tedesco», consacrato nel preambolo ("Il popolo tedesco si è dato questa costituzione") e nell'art.1, co. 2 ("Il potere dello Stato emana dal popolo") della Costituzione di Weimar del 1919, osserva che «Queste frasi caratterizzano come decisioni politiche concrete i presupposti giuridico-positivi della costituzione di Weimar, cioè il potere costituente del popolo in quanto nazione, ossia unità capace di agire e consapevole della sua esistenza politica». Il rapporto tra popolo, nazione e potere costituente emerse già, secondo Schmitt, con la Rivoluzione francese del 1789. Nel momento in cui, cioè, «nacque la costituzione moderna», il cui «presupposto concettuale è la teoria del potere costituente», la quale, a sua volta, «presuppone il popolo come un'entità politicamente esistente; la parola "nazione" indica in senso pregnante un popolo capace di agire, destatosi alla coscienza politica» (p. 276).

tutto»[35] che funge da causa prima di ogni accadimento politico e che non ha bisogno di procedure e regole parlamentari e, a monte, costituzionali, per affermare la propria volontà.

Una siffatta interpretazione identitaria e performativa del concetto metagiuridico di nazione sembra oggi nutrire le plurime e diversificate rivendicazioni c.d. populiste. Queste ultime, com'è noto, incentrano la loro critica sulla irresponsabilità politica che il governo rappresentativo, attraverso la regola del libero mandato, pare assicurare alle forze politico-parlamentari. Al di là del complesso fenomeno dei populismi[36], strettamente correlato all'impatto delle tecnologie informatiche sul linguaggio e sulla metodologia democratica, si è altresì registrata la diffusione di istanze di democrazia diretta e/o partecipativa[37], anch'esse desiderose di far emergere interessi sociali plurali e conflittuali, non mascherati dietro la superficie levigata della rappresentanza nazionale. In realtà, l'insofferenza verso i tradizionali meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa parrebbe implicare problemi di più ampia e profonda portata. Tra questi, soprattutto quello legato alla crescente esternalizzazione dell'indirizzo politico statale, la cui etero-determinazione da parte di forze (economiche piuttosto che) politiche non sempre trasparenti contribuisce a rafforzare la sfiducia e l'apatia politica dei cittadini[38].

---

[35] C. SCHMITT, *op. ult. cit*., 281.

[36] Su cui, da ultimo, si sofferma A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020, il quale sottolinea che «I populismi ondeggiano tra differenti tipi di sovranità (escludendo quindi la semplicistica sovrapposizione tra populismo e sovranismo), nei quali la rappresentanza, o meglio la visibilità effettiva del popolo, produce ferite e sofferenze, non soltanto nei modelli autoritari, statalistici ed autocratici, ma altresì nelle democrazie liberali e democratiche, fondate sul binomio libertà individuali e diritti sociali, rischiando, queste ultime, di divenire un simulacro od una semplice finzione».

[37] Anche H.F. PITKIN, *Rappresentanza e democrazia: un'alleanza incerta*, in *Il concetto di rappresentanza*, cit., XLIII, nel rimeditare sulle tesi da lei elaborate in ordine al complesso istituto della rappresentanza politica, conclude nel senso che, in un contesto sociopolitico significativamente mutato, solo la «democrazia diretta locale assicura la democrazia rappresentativa nazionale». Il riferimento della Pitkin è, evidentemente, H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana* (1958), Bompiani, Milano, 2016. La partecipazione attiva delle comunità locali come strumento di integrazione e di rafforzamento del governo rappresentativo "nazionale" è al centro delle riflessioni di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* (1835-1840), Milano, 2019.

[38] Diverse le problematiche dischiuse dal possibile legame tra le diverse forme di democrazia diretta ed i potentati economici. Come recentemente ha fatto notare L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., 296, il liberismo sembra in effetti aver costruito le «basi sociali dei populismi». In questo senso, l'A. evidenzia come oggi «i sovrani» siano «i mercati, cioè i poteri economici e finanziari, la cui sovranità assoluta è favorita proprio dall'opposizione dei populismi, nell'illusoria difesa di una perduta sovranità nazionale, alla costruzione di una sfera pubblica globale». Ed è così che, sebbene le forze economiche paiano ancora intenzionate a servirsi dei partiti politici tradizionali per tradurre in norme giuridiche la propria volontà di affermazione economica, all'interno di un contesto post-moderno queste ultime potrebbero rinvenire proprio negli istituti di democrazia diretta (su tutti, iniziativa legislativa popolare e *referendum* propositivo) degli strumenti giuridicamente vincolanti tramite cui strutturare nuove forme di governo, in cui il rapporto rappresentativo intercorrerà direttamente tra governanti e governati. In tal modo, in un assetto costituzionale fattosi "leggero" ed a connotazione plutocratica, le forze egemoni potrebbero concretamente realizzare un'articolazione dei poteri in grado di favorire la piena realizzazione di quei paradigmi di efficienza e di immediatezza su cui si fonda, per definizione, il potere economico. Con il risultato, come già anticipato, di una totale e formalizzata privatizzazione dell'indirizzo politico, determinato da quelle forze politico-economiche che, disponendo dei mezzi necessari, riusciranno ad organizzare comitati legislativi capaci di coagulare il numero di elettori sufficiente per iniziare il procedimento legislativo e determinarne, con ragionevole probabilità, finanche gli esiti. Come si vede, si tratta di problematiche complesse e articolate, per una ricognizione, in chiave critica, delle quali si rinvia a

Queste ultime, peraltro, talora non considerate come elementi di crisi del sistema rappresentativo ma, tutt'al contrario, come indici rivelatori di una tensione democratica di cui il governo rappresentativo non può fare a meno[39].

Per di più, tali disfunzionalità del tradizionale circuito della rappresentanza politica sono acuite dallo svuotamento della forma partito[40], in qualche modo a sua volta imposto dalla globalizzazione economica, che ha finito per trasformare i partiti politici in movimenti leggeri, a forte connotazione *leaderistica*, utili soltanto a perpetuare l'allocazione del *leader* e dei suoi accoliti nelle istituzioni rappresentative e di governo[41]. Siffatta verticalizzazione della forma partito impoverisce il momento partecipativo, peraltro in assenza di altri collettori idonei ad incanalare una parte anche rilevante delle domande sociali e dell'opinione pubblica, la cui libertà e capacità di imputare responsabilità politiche è stata originariamente intesa come contropartita necessaria all'impossibilità per gli elettori di dare istruzioni vincolanti ai propri rappresentanti[42].

La torsione oligarchica del rapporto rappresentativo consente di svolgere qualche riflessione sulla varietà di movimenti e forme di aggregazione collettiva accomunati dalla «ragione populista»[43]. Anche se è soprattutto la scienza politologica ad essersi soffermata su simili percorsi evolutivi delle dinamiche politiche, si tratta di una problematica che non può ritenersi indifferente per il diritto costituzionale[44]. Ed è proprio per questo motivo che si è inteso *ivi* farvi accenno. Limitando il discorso all'articolazione di siffatte istanze all'interno di democrazie parlamentari pluraliste, il populismo non sembra, nei fatti,

---

P. PASQUINO, *Popolo o élite? Il referendum propositivo e la retorica della democrazia diretta*, in *laCostituzione.info*, 23 aprile 2019.

[39] Si intende qui richiamare la nota ricostruzione avanzata, in ambito politologico, da P. ROSANVALLON (2006), *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2017, a detta del quale la «sfiducia democratica si esprime e si organizza in molti modi. Ne distinguerò tre modalità principali: i poteri di sorveglianza, le forme di interdizione, l'espressione di un giudizio. All'ombra della democrazia elettorale-rappresentativa, questi tre contro-poteri delineano i contorni di quel che propongo di chiamare una *contro-democrazia*. Questa contro-democrazia non è il contrario della democrazia; è piuttosto la forma di democrazia che contrasta l'altra, la democrazia dei poteri indiretti disseminati nel corpo sociale, la democrazia della sfiducia organizzata di fronte alla democrazia della legittimità elettorale. La contro-democrazia fa in tal modo sistema con le istituzioni democratiche legali. Mira a prolungarne e a estenderne gli effetti; ne costituisce il contrafforte» (pp. 29-30).

[40] Una "crisi", quest'ultima, generata da una molteplicità di fattori. Su di essi si sofferma, *ex multis*, A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stato costituzionali: i partiti politici*, in *Federalismi.it*, 22 novembre 2017, il quale, per tentare di ridare linfa alla struttura ed alla funzione dell'associazione partitica in vista di una effettiva «palingenesi» del procedimento legislativo, propone di sperimentare innovative forme di intervento di formazioni sociali ed esperti nominati dal partito medesimo. Dello stesso A., cfr. altresì *"Forme di governo" e "sistema dei partiti": due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*, in *Consulta Online*, III/2018, 599 ss. La crisi della mediazione politica era già stata messa in evidenza, tra gli altri, da L. ELIA, *La mediazione politica. Riflessioni sulla situazione italiana* (1986), in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2011, 2604 ss.

[41] Sul punto, per i necessari approfondimenti teorici, si veda A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., spec. 39-57 e, ancora, 113 ss.

[42] Con le parole di B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., 264, «La libertà dell'opinione pubblica (…) fornisce un contrappeso democratico all'indipendenza non democratica dei rappresentanti».

[43] S'intende qui rievocare il titolo di un celebre lavoro di E. LACLAU, *La ragione populista*, Roma-Bari, 2019, cui si rimanda per i necessari approfondimenti teorici.

[44] Ad esso, infatti, sono stati dedicati una pluralità di lavori, tra cui, in questa sede, si segnalano quelli raccolti nel volume dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC) "*Annuario 2017. Democrazia, oggi*", Atti del XXXII Convegno annuale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena, 10-11 novembre 2017.

prescindere dai meccanismi della rappresentazione, seppur declinati all'interno di un linguaggio e di una metodologia politica performativa e identitaria[45]. A guardar bene, anzi, il populismo risulta per certi aspetti gemmare dall'interno dei sistemi rappresentativi medesimi[46]. Non sembra rappresentare un fattore esogeno, legato alla pur indubitabile «crisi del rappresentato»[47], costituendo invece un potenziale sviluppo, invero patologico, di ogni forma di governo rappresentativo[48]. La degenerazione populista, cioè, parrebbe correlata all'incapacità di quest'ultimo di consentire ai rappresentati un adeguato e costante controllo sull'azione dei rappresentanti se non per mezzo di elezioni ad intervalli regolari, le quali, peraltro, non sempre permettono all'elettore di incidere concretamente sui relativi risultati.

La degenerazione populista del governo rappresentativo, tuttavia, pare dipanarsi attraverso un ulteriore rilievo critico. Come è stato detto, il populismo «non contesta il governo rappresentativo. Contesta il processo che facilita la formazione di questo governo. (…) Il bersaglio della rappresentanza populista è il modello di intermediazione proprio della rappresentanza come mandato (…)»[49]. Ed è così che, una volta costituitosi il rapporto rappresentativo, la torsione populista del governo rappresentativo si nutre del ritrarsi della rappresentanza della nazione in rigide interpretazioni individualistiche. Allorquando, cioè, ad essere dismessa è proprio la funzione di manifestazione e di sintesi di una pluralità di soggetti operanti nel complesso tessuto sociale, la cui dimensione plurale si riflette nell'istituzione parlamentare attraverso i gruppi che in essa albergano.

All'interno di un siffatto scenario politico-costituzionale, il rischio sembra essere proprio questo: attraverso un'esaltazione del *medium* rappresentativo come identità collettiva e incorporazione, si potrebbe addivenire ad una rigida affermazione della logica

[45] N. URBINATI (2019), *Io. Il popolo*, cit., 18, ha rimarcato, infatti, che il «termine "populismo" (…) non è un'ideologia o uno specifico regime politico, ma piuttosto un *processo rappresentativo*, attraverso il quale viene costruito un soggetto collettivo con l'ambizione di conquistare il potere».

[46] Il rapporto tra la retorica populista e la crisi della democrazia rappresentativa è al centro, da ultimo, delle riflessioni di A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 2020.

[47] Sul punto, cfr. le sempre attuali argomentazioni di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, cit., 109 ss.

[48] L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Roma-Bari, 2021, 289-292 ha evidenziato i «tre fattori» della «crisi dall'alt» del rapporto rappresentativo: la «verticalizzazione e personalizzazione della rappresentanza», la quale «tende sempre più a identificarsi con la persona del capo dello Stato o del governo»; i «processi di concentrazione e confusione dei poteri», il cui «tramite è costituito dai conflitti di interesse generati dalla stretta alleanza tra poteri pubblici e poteri economici privati e dalla sostanziale subordinazione dei primi ai secondi»; «la crescente occupazione delle istituzioni pubbliche da parte dei partiti e l'appiattimento dei secondi sulle prime», ossia la trasformazione dei partiti «in costose oligarchie integrate nelle istituzioni pubbliche e massimamente esposte alla corruzione e al malaffare, la riduzione della partecipazione politica dei cittadini alla sola scelta elettorale di uno o più capi, il crollo, infine, della qualità e della credibilità del ceto politico oltre che della sua rappresentatività».

[49] N. URBINATI (2019), *Io. Il popolo,* cit., 258.

dell'«Io, il popolo»[50], prodromica di una revisione dei tradizionali assetti e, a monte, dei principi connotanti i costituzionalismi moderni[51].

Del resto, il legame tra nuove istanze di democrazia diretta ed *élites* economico-finanziarie[52] ha già indotto la scienza politologica a parlare di una nuova forma di governo, a trazione "populista" appunto, che potrebbe fuoriuscire da una revisione costituzionale innescata dai movimenti populisti una volta divenuti forze governative[53]. Questi ultimi, infatti, ottenuta la maggioranza parlamentare potrebbero, magari sospinti da più o meno noti potentati economici, dare avvio ad un processo costituente teso a superare l'istituzione parlamentare e la mediazione partitica tra eletti (forze governative) ed elettori. Ciò che si intende dire è che soggetti politici animati da ideologie latamente definibili "populiste" potrebbero sfruttare l'intreccio tra democrazia procedurale e sostanziale dischiuso dall'art. 1 Cost., sbilanciandone l'equilibrio verso il "polo" sostanziale dopo aver usufruito di quello procedurale per ottenere "legalmente" il potere[54].

La questione è dunque quale sia il ruolo del principio del libero mandato nella coeva realtà politico-costituzionale e nel concreto funzionamento delle dinamiche politico-parlamentari, cui sarà dedicata la seconda parte del percorso di ricerca.

4. *Sulla possibile previsione di un mandato di partito*

Nonostante quanto appena evidenziato, il principio del libero mandato parlamentare sembra non invecchiare mai. Ancora una volta, la dogmatica giuridica presuppone come sempiterno ciò che in realtà è nato e probabilmente perito, nella sua più pregnante

[50] Volendo richiamare il titolo dell'analitico studio di N. URBINATI (2019), *op. ult. cit.*, la quale (p. 206) osserva ancora che «Il populismo contemporaneo può essere considerato una secolarizzazione della teologia politica della rappresentanza come identità collettiva e incorporazione». Poco prima (p. 204), l'A. ha avuto modo di rimarcare che «Il simbolismo della rappresentanza come incorporazione o personificazione del popolo sovrano è dunque l'alternativa radicale alla rappresentanza come mandato».

[51] In definitiva, si tratterebbe di trasformazioni destinate ad incidere altresì sul delicato equilibrio tra autorità e libertà che caratterizza la forma di Stato repubblicana. Se ciò dovesse verificarsi, il potere giudiziario resterebbe l'unico argine a protezione dei principi del costituzionalismo liberale, in uno con la possibile introduzione di un sindacato diffuso di costituzionalità, il quale ultimo potrebbe ulteriormente acuire lo scontro tra organo di garanzia costituzionale e metodo fermamente maggioritario delle forze "populiste" al potere. Sulla responsabilità del potere giudiziario cfr., da ultimo, R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, 4/2017. Per una attenta disamina delle problematiche prima enucleate, non può che rinviarsi a L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, cit., spec. 399 ss., a detta del quale – volendo riassumere un'argomentazione complessa a cui necessariamente si rinvia per un'analitica ricostruzione delle tematiche affrontate – «Sul piano teorico, la costruzione di una sfera pubblica sovranazionale – rispettosa dell'autonomia e della rappresentatività politica delle funzioni statali di governo (federate) e composta principalmente di funzioni e istituzioni sovrastatali di garanzia (federali) – è assai meno problematica di quanto di solito si ritenga» (p. 404).

[52] Sul punto, si veda A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 84 ss.

[53] È questa la interessante ricostruzione di N. URBINATI (2019), *Io. Il popolo,* cit., 15 e *passim*. Nella prospettiva dell'A., il populismo «è una forma di governo rappresentativo: ma una forma *sfigurata* (…)».

[54] Per una analisi delle trasformazioni subite dai partiti politici nel corso della storia, destinate come tali a riflettersi sulla stessa architettura costituzionale, cfr. H. TRIEPEL, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di E. GIANFRANCESCO, G. GRASSO, Napoli, 2015.

caratterizzazione teorico-funzionale, con la fine dello Stato liberale ottocentesco[55]. Ossia, nel momento in cui le forze sociali, ammesse a partecipare alla competizione elettorale, superarono la netta dicotomia tra Stato e società. Divennero, cioè, protagoniste attive, attraverso i partiti di massa, della vita istituzionale. Tutto ciò, com'è noto, ha determinato l'inevitabile flessione del tradizionale funzionamento di organi costituzionali pensati per rimanere in equilibrio all'interno di uno Stato monoclasse avente, evidentemente, un "peso specifico" di gran lunga inferiore a quello di uno Stato pluralista democratico-sociale.

Le conseguenze di tutto ciò sono evidenti, a partire proprio dalla quasi impossibilità di rinnegare un principio proto-liberale che sembrerebbe, al contrario, incapace di reggere la complessità determinata dal pluralismo politico-partitico e dal potenziamento delle funzioni assegnate allo Stato, non più "minimo" come quello liberale.

In un contesto giuridico-costituzionale così profondamente mutato, il libero mandato politico sembra conservare un solo significato costituzionalmente compatibile, connotante come tale la stessa architettura costituzionale. L'irrevocabilità dello stesso prima della scadenza naturale del mandato[56] costituisce, infatti, ancora oggi l'elemento caratterizzante, il *topos* per eccellenza delle democrazie rappresentative[57]. E tale garanzia

[55] Di contrario avviso sembra essere E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, cit., spec. 188 ma *passim*, a detta della quale l'art. 67 della Costituzione, «lungi dal perpetuare una concezione sorpassata di rappresentanza» resta, tuttora, «tratto qualificante della nostra democrazia», tutelando la libertà del rappresentante della Nazione «di sottoporsi volontariamente ai desideri del proprio collegio elettorale o alle direttive di partito e di gruppo ma anche la facoltà di discostarsene».

[56] Secondo la nota ricostruzione di N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, cit., 328, il libero mandato parlamentare comporterebbe, oltre alla suddetta irrevocabilità dell'eletto prima della scadenza naturale del mandato elettorale, anche la libertà dello stesso da asfittici vincoli elettorali, come tali limitanti le modalità di esercizio della funzione parlamentare.

[57] In senso contrario, tuttavia, anche recentemente la Corte costituzionale sembra riproporre una interpretazione del rapporto rappresentativo eccessivamente sbilanciato sulle singole personalità elettive, come tale foriero di sostanziale irresponsabilità politica degli eletti medesimi. Il riferimento è alla sentenza n. 207 del 2021, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Commissione tributaria di primo grado di Trento avverso l'art. 11, comma 4-bis, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149 (Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore), convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2014, n. 13, e successivamente modificato dall'art. 1, comma 141, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015). Ad essere sospettata era, infatti, la violazione dell'art. 67 della Costituzione, dal momento che, attraverso una serie di obbligazioni contratte da un candidato poi eletto, quest'ultimo si sarebbe impegnato a versare, con costanza, determinate somme a favore del partito. Senza poter in questa sede dilungarsi nelle vicende di merito della suddetta questione di costituzionalità, ciò che più rileva è che, la Consulta, parrebbe nuovamente riaffermare una concezione liberale del rapporto rappresentativo, come tale eccessivamente sbilanciato sulle singole personalità elette e sulle relative prerogative costituzionale. Si legge, infatti, nella pronuncia della Corte che "Come in tutti quelli di derivazione liberale, anche nel nostro ordinamento costituzionale – che pure, all'art. 49 Cost., sottolinea il ruolo essenziale dei partiti per la determinazione della politica nazionale – la garanzia del libero mandato non consente l'instaurazione, in capo ai singoli parlamentari, di vincoli – da qualunque fonte derivino: legislativa, statutaria, negoziale – idonei a incidere giuridicamente sullo status del parlamentare e sulle modalità di svolgimento del mandato elettivo". Ancora una volta, quindi, finisce per accreditare un'eccessiva sovrapposizione tra il piano dello *status* parlamentare, come tale garantito dalla libertà del mandato politico, e quello delle modalità di svolgimento del mandato stesso. Queste ultime, infatti, al contrario, potrebbero (e dovrebbero, in base a quanto si è venuti dicendo nel testo) essere senz'altro regolate da direttive di partito senza con ciò incorrere nella lesione del principio del libero mandato. Continuare a sovrapporre il piano della rappresentanza del corpo elettorale con quello

di irrevocabilità è tanto importante da giustificare, anche a seguito dell'adozione di una impostazione dei lavori camerali basata sui gruppi parlamentari, la perdurante ed imprescindibile funzione di garanzia della libertà del processo politico[58] (e, di riflesso, del singolo parlamentare) assicurata, all'interno delle Camere, dal c.d. gruppo Misto. Un raggruppamento politico-parlamentare, quest'ultimo, che sembra invero prescindere da espresse adesioni – ad inizio Legislatura così come nel corso della stessa – da parte dei propri componenti ma che, significativamente, funge da garanzia ultima delle prerogative del singolo parlamentare dissenziente rispetto alla linea politica elaborata dal partito/gruppo di appartenenza. E con ciò, quindi, a garanzia del significato costituzionale del principio del libero mandato parlamentare[59].

È alle procedure parlamentari che si deve quindi guardare al fine di interrogare la reale funzionalità operativa di un istituto, il libero mandato politico, fortemente inciso nel proprio nucleo duro dall'affermazione del pluralismo politico-partitico. In primo luogo, se si opera una distinzione tra i due piani in cui sembra articolarsi la rappresentanza politica, quello tradizionale del corpo elettorale, che «riguarda i singoli parlamentari in qualità di membri dei partiti», e la «rappresentanza politica dei partiti politici», che invece attiene ai «singoli eletti in qualità di membri dei gruppi parlamentari»[60], nelle democrazie parlamentari contemporanee il divieto di mandato dovrebbe essere limitato soltanto al rapporto intercorrente tra corpo elettorale ed eletti, declinando al contrario (mediante espressa formalizzazione legislativa o costituzionale) in termini di rapporto di rappresentanza il legame che intercorre tra il partito politico ed i "propri" rappresentanti eletti in Parlamento. E tanto, come si diceva, non già al fine di cristallizzare o imbrigliare

della rappresentanza dei partiti politici si rivela, ancora una volta, pernicioso in ordine alla possibilità, in tal modo legittimata, per i gruppi parlamentari – e per i singoli eletti – di sottrarsi a qualsiasi forma di responsabilità politica nei confronti dei partiti nelle cui fila sono stati eletti, con ciò vanificando il significato pratico del principio democratico.

[58] Come ha fatto notare P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., 110-111, «il principio del libero mandato parlamentare non è diretto solo alla protezione dello *status* individuale, ma, presidiando l'autonoma legittimazione democratica del parlamentare, include una garanzia della libertà del processo politico ed opera direttamente come fattore di democrazia interna dei partiti. Ma la concreta configurazione di questa dimensione "pluralistica" della garanzia è largamente influenzata dagli assetti complessivi della forma di governo (…)».

[59] In tal senso, A. GUSMAI, *Alcune riflessioni sui gruppi parlamentari dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 1 del 2020*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 41-42, il quale individua la «*ratio*» del gruppo Misto nel «garantire il libero mandato del rappresentante e, pertanto, la sua *somma funzione* sembra risiedere nell'assicurare il *sommo dissenso*, consentendo la permanenza dell'eletto all'interno di un gruppo politico *nazionale* necessariamente parlamentare». Per questo motivo, l'A. propone di rinominare il gruppo Misto come gruppo «"Nazionale", in quanto si dovrebbe fare in modo che in esso possano trovare libertà di espressione esclusivamente i membri del Parlamento che rappresentano "la Nazione" (art. 67 Cost.) in modo divergente dalle forze politiche con le quali sono stati eletti. E dalle quali, soprattutto, si sentono di dissociarsi in quanto ritengano si siano allontanate dal programma elettorale in cui hanno riposto fiducia gli elettori». Tuttavia, altra parte della dottrina sostiene la possibilità di eliminare il gruppo Misto, sostituendolo – a livello funzionale – con la figura del parlamentare "non iscritto" o "indipendente". Sul punto, cfr. A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari. Studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano, 2008, 300 ss. e ID., *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente*, in *Federalismi.it*, 13/2018; nello stesso, cfr. altresì A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, Milano, 2019, 84; da ultimo, N. LUPO, *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale*, in *Federalismi.it – Paper*, 21 ottobre 2020, 12.

[60] Così, A. GUSMAI, *Il gruppo parlamentare. profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Bari, 2019, 273.

le dinamiche politiche connotanti la durata della legislatura, ma, al contrario, nell'alveo di una maggiore responsabilizzazione politica degli eletti nei confronti degli elettori. Questi ultimi, infatti, nel momento in cui esercitano il proprio diritto di voto, non possono che presumere la sostanziale coincidenza tra partito politico e gruppo parlamentare che si verrà a costituire in Parlamento. Da questo punto di vista, quindi, il rapporto di rappresentanza tra partito e gruppo parlamentare parrebbe non poter prescindere dalla formalizzazione di una sorta di *mandato di partito*, non già illimitato, ma perimetrato – se così si può dire – dal principio del libero mandato parlamentare medesimo, il quale continuerà a fungere da limite costituzionale ultimo rispetto ad ogni forma di eccesso di autorità da parte del partito/gruppo nei confronti del singolo parlamentare[61].

Quest'ultimo, cioè, se espulso o volontariamente fuoriuscito dal gruppo corrispondente al partito nelle cui fila è stato eletto, non incorrerà nella revoca della carica, ma confluirà obbligatoriamente nel gruppo Misto. In tal modo, questo l'obiettivo di una simile formalizzazione in termini giuridici, ad essere rafforzata sarebbe la necessaria e non più procrastinabile esigenza di democratizzazione della vita interna dei partiti politici, in assenza della quale il rapporto di rappresentanza tra partiti e gruppi, peraltro già riconosciuto in altri ordinamenti giuridico-costituzionali[62], non potrebbe trovare alcun tipo di pratica attuazione. A voler riassumere quanto si è venuti sin qui dicendo, sono la necessità di una maggiore garanzia di responsabilità nei confronti degli elettori e la predisposizione di condizioni di democrazia interna alle forze politiche, a suggerire l'espressa formalizzazione di un rapporto di rappresentanza tra partito e gruppo parlamentare. Non già la volontà di neutralizzare le dinamiche politiche.

Come anticipato, in tal senso sembra andare anche la recente riforma del regolamento del Senato, la quale, almeno sul piano formale, ha introdotto la necessaria corrispondenza tra gruppo parlamentare e soggetto politico presentatosi alle elezioni. A prescindere dalla interpretazione che di tale disposizione (art. 14, comma 4, Regolamento Senato) è stata data in una recente occasione[63], si tratta di un'importante innovazione

[61] Nello stesso senso, V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo*, cit., 214. Peraltro, la recentissima ordinanza n. 188/2021 della Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato da un parlamentare nei confronti del presidente della Camera dei Deputati in ordine al rifiuto, opposto da quest'ultimo, alla presentazione di una progetto di legge avente come obiettivo, tra gli altri, quello di introdurre – a determinate condizioni – la revoca dell'eletto da parte degli elettori di un determinato collegio (quello d'elezione).

[62] Sono soprattutto la dottrina francese e quella tedesca ad aver qualificato il gruppo come rappresentanti parlamentari del partito. Profilo, questo, messo in evidenza da G.F. CIAURRO, *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, 283.

[63] Il riferimento è alla formazione del gruppo parlamentare "Italia Viva-PSI". In base alla suddetta disposizione, «ciascun Gruppo […] 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. Ove 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, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici. È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. I Senatori che non abbiano dichiarato di voler appartenere ad un Gruppo formano il Gruppo misto». Inoltre, l'art. 15, comma 3, r.S., precisa che «[…] nuovi Gruppi parlamentari possono costituirsi nel corso della legislatura solo se risultanti dall'unione di Gruppi già costituiti». Alla luce delle suddette disposizioni, non sembra revocabile in dubbio la circostanza che il gruppo "Italia Viva-PSI", non

regolamentare, in grado di riportare nel fisiologico esplicarsi del circuito democratico-rappresentativo il rapporto elettori-partiti-gruppi-eletti. Del resto, l'esigenza di ricondurre a coerenza il rapporto tra partito, gruppo parlamentare e singolo rappresentante è testimoniata altresì da quelle previsioni regolamentari (art. 21.1 R.S. e art. 19.1 R.C.) che qualificano espressamente come "rappresentanti" del gruppo i parlamentari da questo designati a far parte delle singole commissioni[64]. "Rappresentanti", questi ultimi, nei cui confronti i gruppi vantano un potere di sostituzione (art. 31.2 R.S.; art. 19.3 e 19.4 R.C.), la cui *ratio* riposa nell'intento di scongiurare indebite alterazioni del rapporto tra maggioranza ed opposizione delineatosi al momento delle elezioni[65]. Ed è così che, attraverso l'introduzione di un vero e proprio mandato di partito, il rapporto di rappresentanza tra partito/gruppo ed eletto risulterebbe aderente all'organizzazione ed al funzionamento dell'istituzione parlamentare per gruppi. In altri termini, è l'articolazione in commissioni e gruppi parlamentari a rifiutare qualsiasi tipo di interpretazione eccessivamente rigida ed assoluta della libertà del mandato parlamentare[66].

A tal proposito, l'analisi dei singoli Statuti dei gruppi parlamentari dimostra come, di fatto, già esistano – e siano politicamente operanti, oltre che formalizzate – "direttive di partito", ma forse sarebbe meglio dire "di gruppo", preordinate ad istituire condizioni di corrispondenza tra partito politico (che agisce all'esterno del Parlamento) e gruppo parlamentare (interno alle Camere). Se alcune di esse, pur nell'apprezzabile tentativo di introdurre una costante connessione tra rappresentanti (gruppi) e rappresentati (movimento), parrebbero eccedere nelle soluzioni a tal fine previste, con il risultato di entrare in contrasto con il significato costituzionale del libero mandato parlamentare

esistendo al momento elettorale (elezioni del 4 marzo 2018), parrebbe porsi in evidente contrasto con il combinato disposto degli articoli citati. Anche se, deve rimarcarsi come, sin da subito, una parte della dottrina avesse messo in evidenza che le disposizioni regolamentari *de quo* rischiavano di assecondare forzature interpretative tese ad eludere la *ratio* della novella. In merito, tra i primi a denunciare tali aporie, S. CURRERI, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, 3/2017, 645 ss.; ID., *Liste-matrioska e gruppi parlamentari*, in *laCostituzione.info*, 22 gennaio 2018; nello stesso senso, G. PICCIRILLI, *Finalmente una (prima) riforma del Senato. Luci ed ombre di un intervento che necessita di essere completato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017. Sulla discussa costituzione del gruppo "Italia Viva-PSI", si vedano, altresì, A. MANNINO, S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, cit., 72 ss.; G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo "Psi-Italia viva" al Senato: le falle della riforma "antiframmentazione" del Regolamento*, in *laCostituzione.info*, 19 settembre 2019; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 227 ss.; M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, spec. 197 ss.

[64] Sul punto, non può che rinviarsi alle dense riflessioni di S. CURRERI, *L'inopinato revival del «libero mandato parlamentare»*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2014, 694-695, il quale, incisivamente, evidenzia che «Tale disciplina regolamentare non è frutto di un'impostazione "gruppocratica", basata sull'incostituzionale predominio della volontà del gruppo sul singolo parlamentare. Piuttosto, è la naturale conseguenza del ruolo stesso delle commissioni permanenti, chiamate per conto dell'Assemblea (fino al punto di sostituirsi ad esse in sede legislativa) a svolgere un'attività preliminare di confronto e di sintesi. E le sintesi politiche si fanno tra le posizioni non dei singoli parlamentari ma dei gruppi».

[65] Tutto ciò, pare opportuno precisarlo, non lede il dissenso e la libertà politica del parlamentare: al contrario, ad essere garantito è il rapporto tra maggioranza e opposizione, ossia il senso più profondo della rappresentanza dei gruppi nelle commissioni permanenti in sede legislativa e d'inchiesta in un Parlamento organizzato in base ai gruppi, non già in ragione della rappresentanza nazionale del singolo eletto.

[66] In tal senso, ancora, cfr. S. CURRERI, *L'inopinato revival del «libero mandato parlamentare»*, cit., 696.

(l'irrevocabilità degli eletti prima della scadenza naturale del mandato)[67]; altre, prevedono, del tutto coerentemente con quanto si è venuti sin qui argomentando, che gli eletti debbano dare "costante e concreta attuazione" agli indirizzi politici elaborati dal partito, che il gruppo è chiamato a tradurre in "attività parlamentare (…) unitaria e vincolante"[68].

L'analisi delle dinamiche parlamentari parrebbe così rivelare l'esistenza e la pratica operatività di una sorta di mandato di partito, il quale, tuttavia, a causa della mancata formalizzazione del proprio contenuto, si rivela uno strumento di cui i gruppi parlamentari, anche in autonomia rispetto ai partiti che dovrebbero rappresentare all'interno dell'Assemblea legislativa, si servono al fine di interpretare l'"interesse della Nazione" (art. 67 Cost.) in senso difforme delle indicazioni generali provenienti dal corpo elettorale. Ossia, come si è visto, costituendo in Parlamento gruppi parlamentari, spesso per volontà di singole predominanti personalità politiche, del tutto slegati dalla volontà degli elettori. Con il risultato, si badi, di incidere sull'indirizzo politico statale attraverso dei raggruppamenti, rappresentati nelle commissioni, tenuti assieme per mezzo di un "mandato di gruppo" – non già "di partito" – nell'assenza di qualsiasi legame con il corpo elettorale.

Ed è così che, pur con tutti i limiti che si sono evidenziati[69], al fine di scongiurare una simile alterazione del fisiologico esplicarsi del circuito rappresentativo, il riconoscimento in termini giuridico-formali del rapporto di rappresentanza tra partito e gruppo potrà di fatto assicurare una maggiore garanzia di libera discussione interna e di responsabilità politica dei partiti nei confronti degli elettori.

[67] Il riferimento è allo Statuto (ed al Regolamento) del gruppo "MoVimento Cinque Stelle". Sul punto, si veda, tra gli altri, G. GRASSO, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, in M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare,* cit., 133 ss.

[68] Art. 2 dello Statuto del gruppo "Forza Italia – Berlusconi Presidente".

[69] Come visto, la possibilità di introdurre un mandato di partito sembra incontrare tre ordini di difficoltà: la prima, data dalla perdurante crisi cui paiono soggetti i partiti politici e dal conseguente comportamento "fluttuante" del corpo elettorale; la seconda, involgente il soggetto da cui, "a monte", tale mandato dovrebbe derivare (il corpo elettorale? La nazione?); la terza, data dall'impossibilità di disgiungere tale innovazione sistemica dall'adozione, da parte dei partiti e dei gruppi medesimi, di statuti che sappiano garantire condizioni di effettiva democraticità interna.

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL PROCESSO COSTITUZIONALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 12 NOVEMBRE 2021

TRENT'ANNI DOPO: IL PROCESSO COSTITUZIONALE NELLA NEBULOSA*

MARCO BIGNAMI**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Trent'anni fa. – 3. Processo e procedimento. – 4. Il caso del governo degli effetti temporali delle decisioni come sintomo della nebulosa. – 5. Una formula magica: l'effettività della tutela. – 6. Gli esperimenti processuali non indeboliscono la Corte. – 7. Crisi del processo e crisi del giurista. – 8. Nulla è cambiato? – 9. Gli *amici curiae*. – 10. Gli esperti.

1. *Premessa*

Nell'approcciarmi al tema che mi è stato affidato, confesso di avere provato un certo imbarazzo.

Ragionare sul processo costituzionale oggi significa, inevitabilmente, tornare con il pensiero all'ormai remoto periodo, compreso tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, durante il quale apparvero gli studi pionieristici di G. Zagrebelsky[1] e M. D'Amico[2], e si cominciò a prendere sul serio la necessità che la Corte costituzionale si comportasse da giudice, ovvero applicasse con rigore la "propria" normativa processuale.

Ebbene, se si pensa alle acquisizioni dogmatiche di allora, e le si pone a confronto con le problematiche poste oggi sul tavolo[3], non pare davvero che, nella prospettiva della

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

** Magistrato del Tribunale Amministrativo Regionale Lazio.

[1] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale*?, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990.

[2] M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991

[3] Le riassume F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020

Corte e dei suoi studiosi, si siano compiuti passi in avanti decisivi, come a quei tempi si sperava e ci si aspettava.

Svolgerò allora alcune considerazioni, solo per cenni e senza certamente illudermi di dire cose nuove: quello che allora era patrimonio di pochi è divenuto conoscenza di tutti, ed è forse questo l'unico fattore che è davvero cambiato nel (o meglio: intorno al) processo costituzionale.

2. *Trent'anni fa*

Riassumiamo, allora, le tematiche che videro la luce trent'anni fa circa.

In primo luogo, si cercò a quei tempi di distinguere il processo (costituzionale) dal procedimento, sottolineando che solo nel primo al giudice si impone l'osservanza di disposizioni inderogabili, che l'organo è tenuto a rispettare, quale che sia il contenuto che potrebbe assumere una decisione di merito. Nel procedimento, viceversa, le norme si applicano se sono di aiuto a definire la fattispecie nel modo più opportuno, e altrimenti si accantonano.

Da giovane dottorando di diritto costituzionale, provai a sintetizzare il concetto in una formuletta, che ripropongo oggi come uno scioglilingua: il processo è utile finché vincola (e se non vincola, cessa di essere utile); il procedimento vincola finché ciò è utile (e se non è utile, cessa di vincolare)[4].

In secondo luogo, si mise in luce che, nel tormentato monologo tra anima giurisdizionale e anima politica della Corte, sarebbe stato opportuno volgere perlomeno le norme processuali verso il primo corno, allo scopo di favorire la corsa della tutela costituzionale dei diritti, secondo una prospettiva più marcatamente soggettiva[5].

In terzo luogo, si aggiunse che questo era il solo modo di preservare il ruolo della Corte nella forma di governo, perché, altrimenti, il vento della politica avrebbe, alla fine, spazzato via le velleità di un organo (onnipotente), privo di diretta investitura democratica, di supplire al vuoto dei processi di integrazione politica propriamente intesi[6].

Infine, si trovò il modo di sottolineare che per questa via la stessa dottrina avrebbe guadagnato un ruolo determinante, perché le sarebbe spettato di vigilare sul tasso di predittività delle decisioni della Corte, meno agevolmente assicurabile laddove se ne fosse voluto saggiare la tenuta sul piano della risoluzione del merito delle questioni[7].

---

[4] M. BIGNAMI, *Considerazioni introduttive su processo e giustizia costituzionale*, in *Jus*, 1994, 83.

[5] Si veda ora la ricapitolazione di R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale*", Torino, 2017.

[6] C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in P. BARILE, E CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 63 ss. *Ivi*, anche F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo* e G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore,* 19 ss.

[7] M. BIGNAMI, *Considerazioni* cit.

Tornati ai giorni nostri, non pare che il confronto tra gli studiosi a proposito del processo costituzionale, pur rilanciato dalla recente riforma delle norme integrative, si sia mosso dai punti che si sono appena esposti.

Se ne potrebbe allora concludere che viviamo sempre nel medesimo universo, e che il dibattito passa per le stesse, immutabili coordinate che assume la rotazione dei pianeti intorno al sole.

Eppure, se si aguzza lo sguardo, è possibile domandarsi se la nostra fotografia astronomica solo in apparenza sia immodificata, ovvero solo se si concentra l'attenzione appunto sulla posizione del sole (la Corte), quando invece, a spostare l'occhio su ciò che lo circonda, le novità al contrario vi siano, e siano anche rimarchevoli.

Ripensiamo ai 4 punti che si sono appena elencati.

3. *Processo e procedimento*

La distinzione tra processo e procedimento certamente resta vitale, ma la nozione stessa di tali istituti, nel corso di queste tre decadi, è profondamente mutata.

Quando i costituzionalisti iniziano ad occuparsi seriamente del tema del processo costituzionale, appunto nel crepuscolo degli anni '80, la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo non aveva ancora visto la luce, e, comunque, non aveva ancora potuto raggiungere quella piena maturità che oggi non è possibile non riconoscerle, anche sul piano della cogenza nei confronti della pubblica amministrazione.

Il controllo giurisdizionale sull'attività procedimentale è giunto ad essere così puntuale (si pensi alla crescente valorizzazione dell'art. 10 *bis*, ovvero alla giustiziabilità dell'omesso soccorso istruttorio, sempre più spesso affermata dalla giurisprudenza amministrativa), che davvero non è più sostenibile che le norme sul procedimento vincolano solo fino ad un certo, ragionevole punto, e possono, oltre quella linea, essere affievolite.

Ma, se il procedimento è cambiato nel senso di una sempre più accentuata capacità costrittiva per l'amministrazione, il fenomeno inverso sembra avere investito il processo comune, per come gestito dal suo giudice naturale.

Intendo dire che la normativa processuale sempre più spesso viene avvertita come un cappio che soffoca le istanze di giustizia, e del quale è opportuno tenere meno conto, che non delle prime.

Tra le tante manifestazioni di questo fenomeno, dai tratti spiccatamente ideologici, ne citerò due.

La figura dell'abuso del processo, straordinariamente di moda sia presso il giudice amministrativo, sia presso il giudice civile[8], segna il travolgente disfacimento dell'autonomia degli istituti processuali dagli episodi della vita che, per mezzo del processo, sono ricondotti al diritto.

[8] Si veda, ad esempio, Cass. S.U. n. 23726/07; Cass. n. 19898/18; Cass. n. 15398/19; Cass. n. 26089/19; CDS n.2064/15; CDS n. 330/21; CDS n. 3458/21; Tar Lazio n. 257/21.

Affermare che sono inammissibili iniziative processuali (pur astrattamente conformi alla legge) in contraddizione non soltanto con le condotte assunte dalle parti nel processo, ma anche con quelle che nel mondo fenomenico hanno dato vita all'oggetto del contendere, comporta con ogni evidenza la "cattura" del processo da parte del diritto sostanziale, nel senso che è il secondo a farla da padrone, nonostante il primo sia deputato a correggerne il flusso nell'ambito del confronto tra le parti.

Vi è poi il principio della ragione più liquida[9], che si vorrebbe espressivo di un governo razionale del processo, ma finisce per essere piuttosto la dissoluzione della pregiudizialità logica: a fronte di domande infondate, infatti, il giudice comune prescinde dai profili preliminari che ne avrebbero potuto impedire la decisione di merito, e corre ad offrire quest'ultima, anche indipendentemente dal grado di robustezza di essa. Ciò che nei primi anni '90 sarebbe sembrato una neghittosa fuga dai propri compiti, è divenuto oggi buon governo della giustizia, da parte del giudice avveduto.

4. ***Il caso del governo degli effetti temporali delle decisioni come sintomo della nebulosa***

Ora, se si sposta l'attenzione sul processo costituzionale, ne viene rafforzata la difficoltà persino di comprendere, dal punto di vista astratto e concettuale, ciò che è processo e ciò che è sostanza.

Penso, ad esempio, alla celeberrima sentenza n. 10 del 2015, con la quale la Corte impedì che una dichiarazione di illegittimità costituzionale producesse effetti retroattivi, persino nel giudizio *a quo*, con l'argomento, tipico del bilanciamento, ovvero che ciò avrebbe compromesso esigenze costituzionali contrarie, e da tenere in conto.

Sono stati in molti a rilevare che, in tal modo, il processo finiva non più per governare gli effetti della decisione, ma per divenire una parte costitutiva di quest'ultima[10].

Se, però, con questa pronuncia la linea che separa la giustizia costituzionale dal diritto costituzionale è sbiadita, ma ancora percepibile, con la successiva sentenza n. 41 del 2021 essa è definitivamente cancellata.

In questo caso, infatti, la Corte paralizza gli effetti dell'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale per un certo arco di tempo, in ragione, nella sostanza, di un giudizio di valore sulla regressività dell'art. 106 Cost., che vieta la preposizione di giudici onorari se non a funzioni attribuite ai giudici monocratici, rispetto alla funzionalità della giustizia.

Se il governo degli effetti *ex tunc* della pronuncia di illegittimità costituzionale è, per certi versi, affidato alla Corte dagli istituti del suo processo e dalla normativa processuale comune (che segna il limite oltre il quale la situazione è divenuta irreversibile, ovvero lo rimuove, come nel caso dell'art. 30, ultimo comma, della legge n.

[9] Da ultimo, Cass. n. 14039/21; CDS n. 3534/21; Tar Lazio n. 10021/21.

[10] A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

87 del 1953 in materia penale), quanto agli effetti *pro futuro* sembrerebbe provvedere direttamente l'art. 136 Cost.

E, allora, discostarsi da tale ultima previsione equivale, di fatto, a renderla anch'essa oggetto del bilanciamento nel caso concreto, attraverso un totale riassorbimento del processo nel diritto costituzionale sostanziale, favorito dall'idea che, pur a fronte della fin troppo abusata formula sulla assenza di valori tiranni in Costituzione, alla fin fine una gerarchia debba pur sempre essere tracciata, magari camuffandola un poco (una gerarchia che, per assioma, rende regressive le istanze aventi una dimensione tipicamente processuale).

Insomma, mentre nei nostri manuali il tema degli effetti temporali delle pronunce della Corte attiene alla giustizia costituzionale, nella pratica esso è slittato verso i manuali di diritto costituzionale, e lì si è collocato agiatamente: non siamo più in grado di formulare una tassonomia, ovvero di comprendere se esso attiene al processo, o, come sembra oramai più probabile, al merito delle decisioni della Corte.

5. Una formula magica: l'effettività della tutela

Perché questo accade? Naturalmente, perché la Corte si preoccupa delle conseguenze sistemiche delle proprie decisioni, e guarda alla sostanza dei problemi.

Ma succede diversamente dalle parti del giudice comune?

Se si guarda all'esperienza di quello amministrativo, che meglio conosco e che, in ogni caso, è quella che maggiormente si avvicina al processo costituzionale, se ne potrebbe dubitare. La "logica" delle decisioni processuali che M. Luciani[11] molti anni fa attribuiva alle pronunce del giudice delle leggi ha contagiato il processo amministrativo, ove l'apriti Sesamo è oramai costituito dalla invincibile formula della effettività della tutela.

In nome di essa molto è concesso in via pretoria: mi sembra sufficiente rinviare sul punto a quanto R. Villata ha scritto di recente[12], a proposto del problema della tipicità o atipicità delle azioni esperibili, non senza non ricordare, tra gli esempi più significativi, che il Consiglio di Stato, in nome di quella effettività, tende a reputare ammissibile, in certi casi, l'impugnabilità del decreto cautelare monocratico adottato in primo grado, e che l'art. 56, comma 2, c.p.a. dichiara "*non impugnabile*", senza altro aggiungere.

Dal lato del giudice costituzionale, l'effettività della tutela prende il nome di garanzia dei diritti costituzionali, e viene perseguita con notevole determinazione (ma non superiore a quella che, per gli affari suoi, impiega oramai il giudice comune!), quale che siano le pertinenti disposizioni processuali.

Mi limito a due esempi recenti, che traggo da materia affine ed eticamente sensibile, come si suole dire.

---

[11] M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

[12] R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2021, 369 ss.

Con l'ordinanza n. 18 del 2021 la Corte, alla quale il giudice *a quo* aveva chiesto di permettere ai genitori di dare al figlio il cognome della sola madre, si autorimette questione di legittimità costituzionale della norma che, in caso di mancato accordo sulla assegnazione di entrambi i cognomi, privilegia quello paterno.

Al di là della motivazione, in termini di "*continenza*", sulla rilevanza della questione, ciò che conta è che la Corte non esita a dichiarare quel che davvero la muove: "*l'esame di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali,* ***non può essere pretermesso***" (enfasi di chi scrive). Insomma, non è il caso di sottilizzare troppo sulla rilevanza: la questione va posta e decisa[13].

Con la sentenza n. 133 del 2021 la Corte deve decidere se sia costituzionalmente legittimo che l'azione di disconoscimento di paternità non possa essere esperita oltre un anno da quando il padre presunto sia venuto a conoscenza del suo stato di impotenza a generare, anziché nell'anno successivo alla conoscenza, per altra ragione, della non paternità. La questione è ritenuta fondata.

Senonché, è contestualmente dichiarata non fondata la questione concernente l'ulteriore termine di 5 anni, oltre il quale in nessun caso il disconoscimento può essere richiesto.

Siccome nel giudizio *a quo* tale termine era compiuto, senza che l'azione fosse stata esercitata, sembra piuttosto chiaro che l'infondatezza della seconda questione dovesse determinare il difetto di rilevanza della prima, posto che il rimettente neppure avrebbe dovuto porsi il problema del termine annuale, se non dopo avere superato quello del termine quinquennale.

Tuttavia, la più recente giurisprudenza della Corte, quando vuole, è meno severa sul punto, e si attesta sulla nota nozione di rilevanza in entrata, piuttosto che in uscita, per quanto discutibile sia, nel caso appena ricordato, anche la pertinenza di quest'ultimo filone pretorio.

Con il che non si può non avvertire un nuovo scollamento dalla tendenza a soggettivizzare il processo costituzionale, per come enfatizzata dalla dottrina degli anni '90. Perché, alla fine, decidere una questione che non ha alcun effetto sulla posizione delle parti del giudizio principale non serve certamente a tutelarne i diritti costituzionali. Con la conseguenza che la flessibilità delle norme processuali può anche girare a vuoto, rispetto allo scopo di garanzia soggettiva, piuttosto che ordinamentale, con il quale essa ambisce a trovare una giustificazione coerente con la custodia giudiziale dei diritti.

Dunque, la separazione tra procedimento e processo è sempre più ambigua nel sistema ordinamentale tutto, perché è accaduto in via generale che il primo si irrobustisse, mentre il secondo declinava; l'anima politica della Corte non è stata ricacciata nell'ombra dall'esempio virtuoso delle giurisdizioni comuni, ma semmai sono state queste ultime a lasciarsi sedurre dalla "giustizia di scopo"; la rigidità dell'apparato processuale non è stata, come si credeva possibile, il *pendant* della tendenza a soggettivizzare il giudizio costituzionale, cosi come tale tendenza, per il giudice amministrativo, ha indebolito il rilievo della norma processuale, piuttosto che rafforzarlo.

[13] E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Napoli, 2021, 179 ss., ha trovato una formula felice per spiegarlo: "*ogni lasciata è persa*".

6. *Gli esperimenti processuali non indeboliscono la Corte*

Resta da accennare agli ultimi due punti del dibattito.

Quanto alla compromissione che la Corte avrebbe potuto subire, nella forma di governo, a causa della tendenza a decidere le questioni più delicate politicamente, nonostante vi fossero buoni motivi per reputarle inammissibili, si può ben dire che per una volta Cassandra ha visto male.

Perché la Corte negli ultimi anni si è avventurata ovunque, e ciò non ha prodotto non solo alcunché di paragonabile al *Court packing*, come si era temuto (con eccellenti argomenti) dopo la pronuncia n. 10 del 2015[14], ma neppure un venticello di sorpresa o rammarico da parte di titolari dell'indirizzo politico generale sempre più sfibrati da una persistente carenza di legittimità.

Si è perciò potuto abbandonare le rime obbligate e dettare alle Camere i tempi del procedimento legislativo (qui penso al modello delle ordinanze a incostituzionalità differita nato con il caso Cappato, che peraltro a mio parere offre un ottimo esempio di come si può governare il processo costituzionale, al contempo applicandone le norme), senza che ciò abbia alimentato polemiche, se non sulle riviste giuridiche.

Ché, anzi, il dibattito pubblico ha per lo più incolpato di inerzia il Parlamento, piuttosto che la Corte di indebite ingerenze, come in dottrina è stato invece sostenuto[15].

Quanto, poi, al ruolo della dottrina, non mi pare che vi sia di che essere particolarmente allegri, visto lo spazio sempre più angusto che si riserva, nelle note, ai profili processuali di una vicenda, piuttosto che alla sostanza della questione (mi limito a notare che sul sito della Corte, ove sono raccolti i commenti alle decisioni costituzionali, non ve ne è alcuno che si soffermi sui profili di rilevanza sottesi alla già citata sentenza n. 133 del 2021).

Naturalmente, si tratta dell'impressione indimostrabile in sede scientifica di un *insider* (sono assistente di studio alla Corte da quasi vent'anni), ma, ciò premesso, essa è nel senso che tanti problemi che il giudice costituzionale avverte sul piano processuale quando decide (magari nel senso di ridimensionarli) sfuggano poi all'attenzione del lettore.

La Corte, negli esempi che ho prima ricordato e in via generale nel prendere decisioni sul proprio processo, compie scelte consapevoli, sapendo di godere, peraltro, di un largo margine di azione a fronte di un accresciuto disinteresse del commentatore per i profili processuali della materia.

7. *Crisi del processo e crisi del giurista*

[14] G. SCACCIA, *Equilibrio di bilancio, irretroattività assoluta della dichiarazione di incostituzionalità e principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015*, in *Rassegna Tributaria*, 2015, 1106 ss.

[15] E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 532 ss.

Quanto precede è del tutto in linea con la crisi ben più generale del processo quale strumento razionale di composizione formale dei conflitti (la famosa verità processuale a confronto con la verità storica).

Vi è, forse, che la nostra epoca dichiara di essere dominata dalla tecnica, ma poi, proprio per questo, la teme e la fugge ogni volta che ciò sia possibile.

Perché la nebulosa che oramai avvolge il processo, rendendolo a tratti amorfo, che altro riflette se non la sfiducia che il giurista contemporaneo mostra di nutrire nei confronti di sé stesso? Dopo i fasti "sovranisti" del giuspositivismo, con l'alterigia di potersi rendere autonomi dalle scienze morali, l'infiltrazione del diritto da parte di "valori" non codificati esige l'umiliazione del ceto forense, a maggior ragione se autoinflitta.

La crisi del processo segna, alla fine, il tramonto di una concezione elitaria del ceto, imposta in parte dalla cattiva coscienza, in parte dalla ferocia di un'epoca "*social"* che esige orizzontalità nell'esercizio del potere e diffida della competenza tecnocratica. Il processo viene così ridotto all'incubo di Kafka, e si immiserisce nel groviglio di una scienza avvertita come fasulla, ogni qual volta possa ostruire la voce della giustizia.

Il giurista sente allora il dovere di porsi in ascolto. Cessa di rinvenire la propria legittimazione nella formazione tecnica di cui dispone, e la ricerca piuttosto nella capacità di servirsi di essa per incanalare e soddisfare la pretesa che a ciascuno sia dato il suo.

Si badi: non sto esprimendo un giudizio assiologico, ma cerco di descrivere, per quanto possibile, un fenomeno psicologico che tracima sullo spirito con il quale le norme processuali sono applicate. Debbo però dire che l'elitismo, nel paese di Mosca e Pareto, è sospetto in sé, ma lo diviene a maggior ragione se ne vengono infrollite le premesse di competenza, e si pretende di rifondarlo su un ruolo democratico di cinghia di trasmissione delle istanze sociali, che il legislatore non è più in grado di percepire[16].

Non perché, alla fine, i giudici (specie se costituzionali) possano ignorare tali istanze[17], ma perché non è arbitraria la pretesa che ciò avvenga compatibilmente con la normativa processuale che ne indirizza l'azione, e ne segna i confini.

8. *Nulla è cambiato?*

In definitiva, l'ipotesi dalla quale sono partito, ovvero che in trent'anni nulla sia cambiato, forse è falsa. La Corte non ha nella sostanza mutato atteggiamento quanto al suo processo, ma sono state piuttosto le giurisdizioni comuni a compiere un percorso di avvicinamento ai moduli del giudizio costituzionale, sicché è il contesto[18], anche ideologico, ad essersi trasformato, con evidenti ripercussioni sul giudizio di sintesi, e sulle probabilità che il tema sia oggetto di rilancio.

[16] N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 919 ss.

[17] Ho già cercato di negarlo in M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale nel XXI secolo*, in *Questione giustizia*, 4/2020.

[18] Dal quale non è dato prescindere: D. TEGA*, La Corte nel contesto*, Bologna, 2020.

A fronte del quesito che M. D'Amico si poneva trent'anni fa[19] (esiste il processo costituzionale? oppure, non *può* esistere il processo costituzionale?), mi sentirei insomma di rispondere ora che certamente il processo costituzionale potrebbe esistere, ma che il parto dovrebbe avvenire nelle condizioni più avverse, ovvero quando è proprio il "processo" *tout court*, per dirla con un celebre comico americano, a non sentirsi troppo bene.

9. *Gli* amici curiae

Innanzi ad un quadro per il quale, nella mia personale tavolozza, ho pescato le tinte scure (concedo che avrei potuto optare per quelle chiare, ma non trovo stimolante ormai assumere altre posizioni che quelle paradossali), ogni ulteriore considerazione sulle novità introdotte nel processo costituzionale dalle norme integrative appare in parte futile[20]. Non ha in effetti molto senso ragionare di disposizioni processuali, dopo aver postulato che esse si applicano solo se conviene.

Non voglio però sottrarmi a due brevi considerazioni.

In ordine alla disciplina degli *amici curiae*[21], trovo che essa rifletta piuttosto bene la sproporzione tra l'investimento che si vorrebbe compiere sul processo costituzionale, ed i modesti risultati che se ne sono finora cavati.

Dubito, vale a dire, che si sia innanzi ad un cavallo di Troia, capace di insinuare nel processo costituzionale potenti interessi lobbistici (se dovessero entrarvi, troverebbero una via più efficace), ma non penso neppure che debba alzarsi una lode alla rinnovata capacità della Corte di ascoltare e comprendere la società civile (ci si arriva anche facendo a meno di "memoriette" di 25.000 caratteri, spazi inclusi, beninteso)[22].

Sarà dunque il futuro a dire se l'*amicus curiae* avrà più rilievo di quello che fino ad oggi la prassi gli ha angustamente riconosciuto. Qui è invece utile osservare che, nello spirito della flessibilità processuale della quale si è detto, l'istituto gode di ampi tratti deformalizzati, atteso che la decisione sull'ammissibilità dell'opinione è rimessa ad un decreto del Presidente della Corte, sentito il relatore, per il quale non è espressamente richiesta alcuna motivazione.

---

[19] M. D'AMICO, *Parti*, cit.

[20] Sulle modifiche alle norme integrative si possono ora leggere i contributi pubblicati su *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, ed in particolare A. ANZON, *Dibattito sulle modifiche alle norme integrative: le "aperture" della Corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile*, 481 ss.; A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, 484 ss.; P. COSTANZO, *Verso una riconfigurazione del processo costituzionale?,* 486 ss.; F. DAL CANTO, *La stagione di apertura non riguarda il giudizio in via principale,* 489 ss.; A. D'ATENA*, L'introduzione degli "amici curiae": tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, 491 ss.; S. DI PALMA, *Esperti: un istituto (ancora) misterioso*, 496 ss.; M. MANETTI*, I "falsi amici" del giudice costituzionale*, 505 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società*, 509 ss.; R. ROMBOLI, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle norme integrative*, 517 ss.

[21] Quanto alla regolamentazione dell'intervento dei terzi, sono d'accordo e non posso che rinviare a M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020.

[22] In senso molto critico sulla riforma, per tale parte, M. LUCIANI*, L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020; decisamente favorevole è, invece, V. ONIDA, *La Corte costituzionale aperta alla società civile*, in *Giustizia insieme*, 4 aprile 2020.

Per quanto mi risulta, poi, la decisione di non ammettere l'opinione non è oggetto di un formale decreto di rigetto. L'atto viene inserito nelle ricerche predisposte dagli assistenti di studio, cosicché tutti i giudici, volendo, lo possono leggere. Ma solo in alcuni casi può ricavarsi dalla pronuncia della Corte che l'*amicus curiae* si è proposto, perché in altri la decisione omette di riferirne, con la conseguenza che la cosa resterà del tutto sconosciuta al cultore della giurisprudenza costituzionale.

Se si aggiunge che, in caso di diniego dell'ammissibilità, la partita si gioca tra Presidente e relatore, si tratta di un caso del tutto inedito di esercizio di un potere decisorio monocratico presidenziale, incidente sugli atti rilevanti ai fini della decisione.

Allo stato, e salvo imprevedibili sviluppi, non si riesce ad immaginare quanto di più lontano dalle forme del processo costituzionale innanzi all'organo collegiale.

10. ***Gli esperti***

Potenzialmente assai più fecondo si mostra l'impiego degli esperti, previsto dall'art. 17 delle nuove norme integrative, nell'ottica di una rivitalizzazione dei poteri istruttori già attribuiti alla Corte dall'art. 13 della legge n. 87 del 1953, in un contesto ove il dato scientifico tende ad imporsi con sempre maggiore prepotenza[23].

Ai fini della presente relazione, mi sembra utile sottolineare che la novità (tale, perlomeno, quanto alla formalizzazione normativa del potere mediante le norme integrative) è suscettibile di porre in luce, ancora una volta, l'irresistibile attrazione della normativa processuale nell'orbita di pertinenza del diritto costituzionale "sostanziale", con una curiosa eterogenesi dei fini.

Di recente, e con la consueta eleganza intellettuale di cui un modesto allievo come me non è capace, F. Trimarchi ha posto in luce[24] tutte le aporie logiche e le carenze metodologiche che affliggono il test di proporzionalità esercitato dalla Corte sulle leggi. Secondo l'insegnamento tradizionale, il Parlamento non è tenuto a sondare la scienza, pur avendo sempre un onere di istruttoria legislativa sui dati di base delle scelte che compie.

Tuttavia, quanto meno tale onere è adempiuto nel corso del procedimento legislativo, tanto più si rende difficoltoso per la Corte assicurare un controllo di proporzionalità rigoroso, perché a mancare possono essere le basi oggettive stesse, con le quali operare il giudizio sulla necessità, accertando se vi sarebbe stato *in rerum natura*, e dato l'obiettivo perseguito, mezzo meno invasivo per conseguire lo scopo.

Tale situazione concede al legislatore un certo vantaggio, che la Corte tende giocoforza ad assecondare.

Ora, l'impiego di uno strumento processuale istruttorio è di natura volto a conoscere fatti che precedono l'oggetto del giudizio, e la cui sussistenza, o no, può condizionare lo scrutinio sulla legittimità della fattispecie sottoposta al giudice. Si tende a pensare che il

[23] M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 30 giugno 2017.

[24] F. TRIMARCHI BANFI, *La verifica di proporzionalità e la base conoscitiva delle leggi*, in corso di pubblicazione su *Diritto processuale amministrativo*, 1/2022.

fatto sia anteriore al processo, e che a quest'ultimo spetti semmai di valutarlo nel prisma della scienza.

Però, nel momento in cui la Corte decide di avvalersi seriamente del potere istruttorio per sondare le basi empiriche di un'opzione legislativa al di là del caso tipico delle leggi provvedimento[25], e in particolare per allargarsi fino all'accertamento della sussistenza di vie di fuga meno invasive degli interessi antagonisti, in qualche modo il fatto nasce contestualmente nel processo, nel senso che elementi che il legislatore non ha conosciuto, in ragione del respiro corto dell'istruttoria legislativa, gli possono ora venire opposti in sede di controllo giurisdizionale.

Con la conseguenza, appunto "di sostanza", di costringere il legislatore a prevenire la Corte, approfondendo nel procedimento legislativo quei tratti "duri" della propria azione, che in assenza di adeguati poteri istruttori della Corte, avrebbero ben potuto rimanere celati, posto che il giudice investito del controllo di legittimità costituzionale, a propria volta, avrebbe potuto non venirne a conoscenza[26].

È presto per dire quale uso la Corte riserverà ai poteri istruttori, ovvero se la modifica delle norme integrative è di preludio ad una svolta concettuale nella gestione del processo costituzionale. Ma mi pare decisamente rimarchevole che, in quest'ultimo caso, l'effetto di una disposizione pensata per adempiere a fini istruttori nel processo possa riflettersi sullo standard di acquisizione dei dati proprio del procedimento legislativo, imponendogli una drastica impennata.

La giustizia costituzionale, ove si impegnasse davvero nel test di proporzionalità, con l'impiego dei nuovi poteri istruttori, condizionerebbe così in modo incisivo la qualità delle leggi, ovvero i limiti fattuali che il legislatore può incontrare nel produrre norme, in seno al procedimento legislativo: un tema, quest'ultimo, di diritto costituzionale per eccellenza.

Il confine tra processo e diritto si scolora ulteriormente, la nebulosa è sempre più fitta.

[25] M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi,* in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 531.

[26] Insomma, un esito inverso rispetto al mero rafforzamento della motivazione allo scopo di accrescere il "*consenso*", individuato da una dottrina come la prima ragione giustificatrice dell'impiego di mezzi istruttori: T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, 257.

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

LO SPORT COME DIRITTO DELLA PERSONA: ANALISI DEI PROGETTI DI REVISIONE COSTITUZIONALE*

MARILISA D'AMICO**

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. I progetti di riforma costituzionale: un quadro di sintesi. – 2.1. L'art. 9 Cost.: lo sport come principio fondamentale. – 2.2. L'art. 32 Cost.: lo sport come strumento di rafforzamento della salute del singolo. – 2.3. L'art. 33 Cost.: lo sport come strumento formativo e di crescita individuale – 3. La tutela dello sport nella giurisprudenza costituzionale e nazionale: cenni. – 4. Lo sport nelle Costituzioni: l'esperienza comparata. – 5. L'Unione Europea: dalla proposta di Costituzione del 2004 al Trattato di Lisbona. – 6. La posizione del diritto internazionale dei diritti umani. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa introduttiva*

Con i testi di riforma qui in esame, il legislatore si propone di introdurre a livello costituzionale un riferimento esplicito allo sport, quale diritto fondamentale dell'individuo e non solo quale materia di competenza legislativa concorrente, così come sancito all'art. 117, comma 3, Cost., seguendo l'approccio già sperimentato nel contesto della recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente.

I disegni di legge n. 747, n. 2262, n. 2474, n. 2478 e n. 2480 intervengono però su disposizioni costituzionali distinte, come vedremo fra poco.

Occorre sottolineare, in apertura, che la eterogeneità dei progetti all'esame rivela la differente *ratio* che soggiace agli interventi avanzati. Si assiste, cioè, a proposte che mirano a funzionalizzare lo sport rispetto al soddisfacimento di diritti costituzionali individuali, tra tutti il diritto alla salute, ma anche, per certi aspetti, il diritto alla istruzione e formazione dei minori, a progetti che, viceversa, abbandonano una

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista. Testo della *Audizione sui Disegni di legge costituzionale n. 747, n. 2262, n. 2474, n. 2478 e n. 2480*, tenuta presso la I Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica il 22 dicembre 2021.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale. Università degli Studi di Milano.

prospettiva solo antropocentrica per valorizzare l'autonomia dello sport quale valore meritevole di protezione costituzionale a sé stante.

Nello specifico, i ddl. n. 747 e n. 2478 mirano a tutelare lo sport quale strumento per garantire il benessere psico-fisico della persona; mentre dai ddl. n. 2262 e n. 2474 traspare, seppur in maniera differente soprattutto in ragione della loro diversa collocazione sistematica (il primo interviene, infatti, sull'art. 33 Cost. e il secondo sull'art. 9 Cost.), la volontà di rendere lo sport un valore giuridico da tutelarsi in quanto tale, a prescindere dal suo collegamento diretto e immediato con la persona umana[1].

Più ampio, quanto meno apparentemente, sembra essere il ddl. n. 2480 che, intervenendo sia sull'art. 32 Cost. sia sull'art. 33 Cost., enfatizza una duplice dimensione dello sport: da un lato quale elemento funzionale alla salute, dall'altro quale bene giuridico oggetto autonomo di tutela, di cui riconoscere e promuovere l'insegnamento.

Occupandosi tutte le proposte di intervenire sul testo costituzionale allo scopo di inserire un riferimento esplicito allo sport, può essere opportuno evidenziare in apertura che, sebbene la Costituzione difetti di un riferimento espresso allo sport quale diritto della persona, ciò nonostante, tale diritto può essere ritenuto oggetto di un riconoscimento implicito, nell'ambito di altri diritti fondamentali. Il riferimento è, anzitutto, agli artt. 2, 18 e 32 Cost., che si affiancano all'art. 117, comma 3, Cost., che, come detto, menziona espressamente lo sport senza però assegnargli una accezione specifica.

Sarebbe, cioè, possibile ricavare in via interpretativa un riferimento implicito al diritto allo sport quale sfaccettatura del diritto della personalità, sancito dall'art. 2 Cost., oppure, anche, del diritto di associazione, di cui all'art. 18 Cost. e, in ultimo, del diritto alla salute, *ex* art. 32 Cost., su cui non così sorprendentemente intervengono alcune delle proposte qui in esame.

Inoltre, come anticipato, l'art. 117, comma 3, Cost., come modificato dalla riforma costituzionale del Titolo V del 2001, individua, fra le materie di competenza legislativa concorrente, proprio l'ordinamento sportivo, inserendo così di fatto un riferimento esplicito all'attività sportiva, seppur chiaramente non con il fine di individuare un "diritto allo sport".

Chiarisco fin da ora, anticipando le conclusioni, che a mio parere ancora di più che per la riforma costituzionale dell'ambiente, ben già ampiamente riconosciuto nei suoi ambiti sia a livello legislativo che giurisprudenziale, la "scrittura" dello sport nel testo costituzionale risulterebbe determinante. La giurisprudenza costituzionale e di merito, come vedremo in seguito, non ha avuto molte occasioni di pronunciarsi e soprattutto non ha potuto dotarsi di principi comunemente applicati. Inserire un riferimento esplicito al bene "sport" comporterebbe quindi un cambiamento effettivo nel

[1] A questo proposito, pare interessante segnalare che, anche nel dibattito che aveva interessato la riforma in tema di diritto all'ambiente, si era in presenza di progetti di legge di contenuto e ispirazione diversa, ispirati, da un lato, a tutelare il bene ambiente quale valore giuridico in sé stesso (volontà sottesa alla modifica dell'art. 9 Cost.) e, dall'altro, di salvaguardare l'ambiente quale mezzo per promuovere la salute umana (il c.d. diritto a un ambiente salubre cfr. art. 32 Cost.). Come è noto, alla fine prevale una impostazione dell'ambiente come bene in sé, abbandonandosi la concezione antropocentrica.

quadro del diritto positivo, vincolante anche per i pubblici poteri, a tutti i livelli, oltre che per i giudici nella valutazione dei casi sottoposti al loro giudizio.

2. *I progetti di riforma costituzionale: un quadro di sintesi*

I disegni di legge qui in discussione condividono l'obiettivo di introdurre un riconoscimento esplicito allo sport nel dettato costituzionale, con lo scopo di sottolineare la sua idoneità a essere strumento di inclusione sociale e di promozione del pieno sviluppo della persona umana, con particolare riguardo al suo benessere psico-fisico.

Seppur nella condivisione del medesimo fine, i progetti di riforma n. 747, n. 2262, n. 2474, n. 2478 e n. 2480, come si è già accennato in apertura, si propongono di intervenire su norme distinte della Costituzione.

In particolare,

a. Il disegno di legge costituzionale n. 747[2], di iniziativa del Senatore Iannone, intende inserire un ulteriore comma all'art. 32 Cost., concernente il ruolo della Repubblica nella tutela della salute anche mediante la promozione di attività motorie e sportive idonee a impegnare e sviluppare le capacità psicomotorie della persona, agevolando l'accesso alle stesse.

b. Il disegno di legge costituzionale n. 2262[3], a firma dei Senatori Sbrollini e altri, si propone di intervenire sull'art. 33 Cost., con il fine di promuovere e valorizzare lo sport, sottolineandone la sua "funzione civile, sociale, educativa e di tutela della salute".

c. Il disegno di legge costituzionale n. 2474[4], a prima firma della Senatrice Biti, mira a modificare l'art. 9 Cost., introducendo al comma primo, dopo la parola *"cultura"*, le parole *"lo sport"*.

d. Il disegno di legge costituzionale n. 2478[5], di iniziativa Senatore Angussori, il quale, al pari del ddl. n. 747, si propone di intervenire sull'art. 32 Cost. con il fine di promuovere la pratica sportiva, inquadrando lo sport quale elemento funzionale alla tutela del diritto alla salute dell'individuo.

---

[2] Il ddl. n. 747, comunicato alla Presidenza il 6 agosto 2018, si compone di un unico articolo che così dispone: *All'articolo 32 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «La Repubblica tutela la salute anche mediante la promozione delle attività volte ad impegnare e sviluppare le capacità psicomo-torie della persona e agevola l'accesso alla pratica sportiva».*

[3] Il ddl n. 2262, comunicato alla Presidenza il 3 giugno 2021, si compone di un unico articolo che così dispone: *All'articolo 33 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «La Repubblica promuove e valorizza lo sport in tutte le sue manifestazioni, tenendo conto delle varie discipline, delle strutture in cui si articola, in particolare di quelle fon-date sul volontariato, e della sua funzione civile, sociale, educativa e di tutela della salute».*

[4] Il ddl n. 2474, comunicato alla Presidenza il 7 dicembre 2021, si compone di un unico articolo che così dispone: *All'articolo 9, comma primo, della Costituzione, dopo la parola: «cultura», sono inserite le seguenti: «, lo sport».*

[5] Il ddl n. 2478, comunicato alla Presidenza in data 13 dicembre 2021, si compone di un unico articolo che così dispone: *All'articolo 32 della Costituzione, dopo il secondo comma è aggiunto, in fine, il seguente: «La Repubblica promuove la pratica sportiva e ne riconosce la valenza sociale ed educativa, nonché gli effetti sul benessere psicofisico dell'individuo».*

e. Il disegno di legge costituzionale n. 2480[6], d'iniziativa dei Senatori Garruti, Toninelli, Mantovani, Perilli e Santangelo, mira ad intervenire congiuntamente sia sull'art. 32 Cost. sia sull'art. 33 Cost., al fine di promuovere l'educazione sportiva, sia quale mezzo di tutela della salute umana sia quale valore formativo da insegnarsi.

Nell'analisi che segue, si è scelto di non ripercorrere l'ordine cronologico con cui i progetti in esame sono stati depositati, bensì di raggruppare gli stessi secondo le disposizioni costituzionali su cui intendono intervenire.

Tale organizzazione permette di avanzare riflessioni di sistema che si ritiene siano in questa sede le più idonee a fornire un quadro chiaro e ampio circa l'opportunità di inserire in Costituzione un riferimento espresso allo sport.

2.1. *L'art. 9 Cost.: lo sport quale principio fondamentale*

Il ddl. n. 2474 si propone di "arricchire il testo dell'articolo 9 della Costituzione, inserendovi un riferimento esplicito allo sport, come ambito di esperienza che la Repubblica è chiamata a promuovere", alla luce dei "numerosi profili della vita delle persone" su cui lo sport è idoneo a produrre benefici[7].

Il disegno di legge in esame mira ad intervenire sull'art. 9 Cost. mediante il solo inserimento, fra le parole *"cultura"* e *"ricerca",* della parola *"sport"*.

Apparentemente, la proposta di riforma potrebbe sembrare eccentrica rispetto al contenuto dell'art. 9 Cost., il quale come è noto, è dedicato alla promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica, oltre che alla tutela del paesaggio, del patrimonio storico e artistico e, dallo scorso 22 febbraio[8], anche dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali.

Per comprendere se tale obiezione di eccentricità sia o meno fondata, è necessario volgere lo sguardo all'obiettivo sotteso al progetto di riforma in esame.

Nella relazione introduttiva al disegno di legge, il legislatore si mostra consapevole di come l'inserimento dello sport fra i principi fondamentali dell'ordinamento sia una "scelta ambiziosa", determinata però da "un respiro ideale profondo" per cui si intende operare un "riconoscimento dello sport quale fattore di integrazione – sociale, spirituale e culturale – della comunità politica"[9].

---

[6] Il ddl. n. 2480, comunicato alla Presidenza il 15 dicembre 2021, si compone di due articoli che dispongono: il primo *All'articolo 32 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «La Repubblica tutela la salute mediante la promozione dell'educazione fisica e dell'attività sportiva»;* il secondo *All'articolo 33 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: «La Repubblica riconosce e tutela l'insegnamento dello sport e dei valori sociali che esso comporta, rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'effettiva partecipazione della persona alla cultura e alla vita sportiva del Paese»*.

[7] Il virgolettato coincide con quanto contenuto nell'introduzione illustrativa al disegno di legge in esame.

[8] La riforma dell'art. 9 Cost., finalizzata all'inserimento in Costituzione di un riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente, è stata introdotta dalla legge costituzionale n. 1 del 2022, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela* dell'ambiente, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 44 del 2022 in data 22 febbraio 2022.

[9] Il virgolettato coincide con quanto contenuto nell'introduzione illustrativa al disegno di legge in esame.

Oltre al "respiro ideale profondo"[10] che anima la proposta in esame, c'è del resto da sottolineare come la cultura, valore già tutelato dall'art. 9 Cost., sia da sempre oggetto di un profondo legame con lo sport, inteso quale "esperienza non solo corporea o fisica, ma anche culturale"[11], finalizzata al pieno sviluppo della persona umana, cosa che potrebbe deporre per un giudizio di appropriatezza quanto alla scelta della collocazione sistematica del riferimento espresso al diritto allo sport nell'ambito applicativo dell'art. 9 Cost.

La scelta di includere lo sport fra i principi fondamentali dell'ordinamento, definiti dalla Corte costituzionale come "supremi", seppur sia certamente una scelta di campo importante e non scontata, potrebbe essere guardata con favore laddove si intenda conferire a esso una dimensione costituzionale completa e non, viceversa, limitatamente funzionale al godimento di altri diritti individuali, quali il diritto alla salute o all'istruzione.

Lo sport, come peraltro anche l'ambiente, si vedrebbe riconosciuto come autonomo nel disegno costituzionale e non mero corollario oppure succedaneo di altri diritti individuali. In questo senso, la proposta in esame si distanzia nettamente da tutti gli altri disegni di legge, che, pure nelle loro differenze, comunque propendono per una lettura più morbida del diritto allo sport non collocandolo nel novero dei principi fondamentali della Costituzione.

2.2. *L'art. 32 Cost.: lo sport come strumento di rafforzamento della salute del singolo*

Prima di addentrarsi nell'analisi dei singoli disegni di legge miranti alla modifica dell'art. 32 Cost., è doveroso sottolineare come già in Assemblea Costituente si discusse circa la necessità di dare rilievo allo sport quale mezzo di tutela della salute dei singoli, in particolare dei più giovani.

Nell'ambito dei lavori preparatori dell'art. 31 della Costituzione, nella seduta pomeridiana del 19 aprile 1947, l'On. Giuliano Pajetta affermò l'opportunità di considerare lo sport quale strumento di promozione della salute dei giovani, sottolineando come dovesse rientrare fra i doveri della Repubblica garantire l'accesso alla pratica sportiva alle nuove generazioni[12].

Mediante tale definizione dell'attività sportiva, l'Assemblea Costituente desiderava prendere le distanze dalla concezione fascista dello sport, ossia di strumento di espressione della forza del regime, per far propria una nozione di sport più democratica e finalizzata al pieno sviluppo dell'individuo.

---

[10] *Ibidem*.

[11] *Ibidem*.

[12] Il 19 aprile 1947, nella seduta pomeridiana, l'On. Giuliano Pajetta, nell'ambito della discussione generale dell'Assemblea Costituente in merito al Titolo secondo della Parte prima del progetto di Costituzione: «Rapporti etico-sociali», affermò con riferimento all'art. 31 Cost. che: «Un altro aspetto […] è il problema dello sport inteso come garanzia di una gioventù sana che cresca forte nel nostro Paese. Non si tratta più di fare dello sport una preparazione per la guerra, o che la gente ragioni con i muscoli e con i piedi invece che con la testa; ma si tratta di prevenire le malattie che fanno strage nel nostro Paese».

Nonostante la posizione dell'On. Pajetta sia ormai risalente nel tempo, essa permane di spiccata attualità, come dimostra anche la stessa nozione di Sport contenuta nella Carta Europea dello sport, adottata dal Consiglio d'Europa a Rodi nel 1992 , secondo la quale è da considerarsi attività sportiva ogni attività fisica avente quale obiettivo *in primis* "l'espressione o il miglioramento della condizione fisica e psichica della persona" e solo *in secundis* "lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizione a tutti i livelli", sulla quale si dirà oltre.

Il legame fra salute e sport, già chiaro ai Padri e alle Madri Costituenti, acquisisce nuova forza nei ddl. nn. 747, 2478 e 2480 che, come si è anticipato, si propongono tutti di intervenire sull'art. 32 Cost.

In particolare, il ddl. n. 747 intende modificare l'art. 32 Cost. mediante l'inserimento di un ulteriore comma in cui si dispone: *"La Repubblica tutela la salute anche mediante la promozione delle attività volte ad impegnare e sviluppare le capacità psicomotorie della persona e agevola l'accesso alla pratica sportiva"*.

Con tale disposizione, il legislatore dichiara di voler guardare allo sport secondo una duplice prospettiva: da un lato, quale mezzo da promuovere per assicurare un pieno sviluppo delle capacità del singolo; dall'altro, quale attività cui incentivarne l'accesso.

Si noti che, seppur il dato testuale mostri una propensione del legislatore per l'affermazione di un diritto allo sport quale elemento funzionale alla realizzazione del diritto alla salute, se si guarda alla relazione introduttiva allo stesso, si nota come vi sia nelle intenzioni del legislatore un fine più alto e diverso, ossia "mettere al centro della Costituzione, come diritto soggettivo, lo sport in tutte le sue forme"[13].

Il legislatore fa discendere l'esigenza di guardare allo sport come diritto soggettivo dalla constatazione per cui esso rappresenta prima un "importante strumento formativo d'integrazione sociale e di diffusione di valori universali positivi" e un "veicolo di inclusione, partecipazione e aggregazione sociale" e solo poi "uno strumento di benessere psicofisico e di prevenzione"[14].

Sembra, dunque, che vi sia una discrasia fra le reali intenzioni del legislatore e l'effettiva formulazione del disegno di legge, in quanto dalle prime emerge una volontà di valorizzare lo sport come strumento di inclusione, mentre nel secondo sembra prevalere l'elemento di promozione del benessere psico-fisico.

Del resto, volendo trovare una armonia fra la *ratio* e la formulazione della disposizione, c'è da sottolineare come l'affermazione per cui lo sport sia idoneo a promuovere il benessere psichico oltre che fisico delle persone ammette che lo stesso produca benefici sul versante sociale, considerando che è proprio in ambito collettivo che l'individuo sviluppa pienamente la sua personalità.

Proprio questo valore sociale è posto in luce dall'ulteriore progetto di riforma: il ddl. n. 2478.

Tale disegno di legge si propone di inserire nella disposizione dedicata alla tutela della salute un ulteriore comma, così strutturato "[l]*a Repubblica promuove la pratica*

[13] Il virgolettato coincide con quanto contenuto nell'introduzione illustrativa al disegno di legge in esame.

[14] *Ibidem*.

sportiva e ne riconosce la valenza sociale ed educativa, nonché gli effetti sul benessere psicofisico dell'individuo".

Anche in questo caso, il legislatore mostra di voler intervenire su due profili distinti: da un lato la promozione dell'attività sportiva in quanto tale, dall'altro il riconoscimento della sua valenza sociale ed educativa nonché di "miglioramento della qualità della vita in generale"[15], essendo lo sport idoneo a promuovere il benessere psicofisico degli individui.

Se non vi sono dubbi circa la coerenza sistematica del secondo profilo con l'art. 32 Cost., più complesso è ricondurre il riconoscimento del valore sociale ed educativo dello sport nell'alveo della tutela della salute.

Con ciò non si intende negare che il benessere dell'individuo passi anche dalla sua interazione con l'ambiente circostante e con la collettività, semmai si intende riflettere sull'opportunità di inserire tale specificazione nel testo dell'art. 32 Cost.

Sulla valenza educativa dello sport, si concentra anche il ddl. n**.** 2480 il quale, oltre che sull'art. 33 Cost. di cui si dirà oltre, mira ad intervenire sull'art. 32 Cost., aggiungendo in fine il seguente comma: "*La Repubblica tutela la salute mediante la promozione dell'educazione fisica e dell'attività sportiva".*

Nella sua sinteticità, il disegno di legge in esame si limita a specificare la valenza dello sport quale strumento di tutela della salute, nulla aggiungendo circa la sua attitudine a farsi promotore di ulteriori valori sociali, per i quali si rimanda alla modifica dell'art. 33 Cost.

Essendo la proposta di modifica così limitata, è lecito domandarsi se la specificazione per cui "*La Repubblica tutela la salute mediante la promozione dell'educazione fisica e dell'attività sportiva",* non sia superflua.

Del resto, la considerazione per cui una introduzione del diritto allo sport quale strumento di tutela del diritto alla salute possa non essere necessario, è una osservazione facilmente estendibile anche agli ulteriori progetti di riforma analizzati.

È infatti necessario chiedersi se il comma 1 dell'art. 32 Cost., nel momento in cui si propone di tutelare la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, non impegni già la Repubblica a promuovere tutte le diverse attività necessarie e funzionali al pieno sviluppo del benessere psicofisico dell'individuo, fra cui è da ricomprendersi lo sport.

In ogni caso, l'introduzione di uno specifico riferimento all'attività sportiva nell'art. 32 della Costituzione potrebbe guardarsi con favore se pensiamo che l'esplicitazione scritta, al livello costituzionale, comporta l'obbligo, per tutti gli attori di un ordinamento, di tutelare e realizzare quel bene, prima ritenuto solo implicitamente contenuto nel testo stesso.

2.3. ***L'art. 33 Cost.: lo sport come strumento formativo e di crescita individuale***

[15] *Ibidem*.

Il disegno di legge costituzionale n. 2262 si propone di assicurare copertura costituzionale al diritto allo sport intervenendo sul solo testo dell'art. 33 Cost., allo scopo – dichiarato – di voler rimediare a una lacuna del testo costituzionale riposizionandolo in linea con il diritto dell'Unione Europea e, in particolare, con le disposizioni di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione.

La proposta prevede l'inserimento di un comma in chiusura dell'art. 33 Cost., stabilendo come di seguito: *"La Repubblica promuove e valorizza lo sport in tutte le sue manifestazioni, tenendo conto delle varie discipline, delle strutture in cui si articola, in particolare di quelle fondate sul volontariato, e della sua funzione civile, sociale, educativa e di tutela della salute"*.

La norma offre una interpretazione ampia della nozione di sport, valorizzandone la natura di "essenziale strumento formativo e di crescita individuale"[16].

Il riferimento alla "tutela della salute" è ciò che ha probabilmente non reso necessario, ad avviso dei proponenti, un intervento aggiuntivo sull'art. 32 Cost., e, pur tuttavia, quest'ultima norma costituzionale rimane in ogni caso la più corretta laddove si voglia tutelare lo sport quale strumento complementare ed integrativo di salvaguardia della salute individuale e collettiva.

La proposta di legge n. 2262 non è, peraltro, la sola ad ancorare la protezione del diritto allo sport all'art. 33 Cost.

Analogamente, il ddl. n. 2480 similmente prevede di inserire un riferimento espresso al diritto allo sport nel testo del vigente art. 33 Cost., affiancando detto intervento riformatore alla contestuale modifica dell'art. 32 Cost. (su cui si veda, *supra*).

In particolare, il ddl. n. 2480 prevede la seguente proposta di modifica dell'art. 33 Cost., al quale andrebbe aggiunto il seguente comma: *"La Repubblica riconosce e tutela l'insegnamento dello sport e dei valori sociali che esso comporta, rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'effettiva partecipazione della persona alla cultura e alla vita sportiva del Paese"*.

A differenza della proposta di cui al ddl. n. 2262, la riforma da ultimo citata circoscrive le esigenze di tutela del diritto allo sport alla dimensione educativo-formativa, viceversa non enfatizzando il collegamento con la funzione "civile" e "sociale", viceversa, espressamente evocate dal ddl. n. 2262.

Siffatta attenzione esclusiva al diritto a fornire e a ricevere una educazione fisica/sportiva, cioè all'"insegnamento dello sport", appare forse travalicare i confini dell'art. 33 Cost., risultandone forse più appropriata la collocazione o, perlomeno, l'accostamento al diritto all'istruzione di cui all'art. 34 Cost.

Quanto al riferimento alla rimozione degli ostacoli che si frappongono alla partecipazione effettiva del singolo "alla vita sportiva", oltre a riprodurre quasi testualmente la lettera di cui al comma 2 dell'art. 3 Cost., potrebbe sollevare qualche obiezione, dimostrandosi forse superflua o comunque implicita in altre norme costituzionali.

[16] Il virgolettato coincide con quanto contenuto nell'introduzione illustrativa al disegno di legge in esame.

Complessivamente considerate, le due proposte paiono forse non del tutto prive di qualche criticità: il primo, ddl. n. 2262, sembra dire "troppo", includendo anche il riferimento al diritto alla salute, il secondo, ddl. n. 2480, viceversa, appare troppo circoscritto individuando, peraltro, una sede forse eccentrica laddove si decida di tutelare solo la dimensione formativa dello sport e non quest'ultimo in tutte le sue forme.

3. *Lo sport nell'evoluzione giurisprudenziale costituzionale e nazionale: cenni*

A livello giurisprudenziale, si rileva una generale reticenza dei giudici nazionali a riconoscere lo sport quale diritto autonomo.

In questo senso, si muove la giurisprudenza della Corte costituzionale, che risulta in materia prevalentemente scarna.

Una importante affermazione che valorizza lo sport nella prospettiva costituzionale può, però, essere rinvenuta in una sentenza risalente.

Nella decisione n. 57 del 1976, la Corte costituzionale ha, infatti, sottolineato che "è noto che lo sport è un'attività umana cui si riconosce un interesse pubblico tale da richiederne la *protezione* e l'*incoraggiamento* da parte dello Stato [*corsivo nostro*]"[17].

Sebbene non si sia espressa sulla identificazione di una o più norme costituzionali alle quali ricondurre la tutela dello sport, quale attività umana meritevole di protezione, la Corte costituzionale ha però enfatizzato la necessità che esso riceva protezione da parte dell'ordinamento giuridico nazionale, chiamato non solo a disporne la salvaguardia, nel senso di favorirne la fruibilità da parte della collettività, ma anche a incentivarne lo svolgimento, quasi a disvelare l'impegno dello Stato nella fase di promozione dell'attività sportiva, che andrebbe, appunto, dice la Corte, *incoraggiata*.

Oltre tale sentenza, le successive occasioni in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi su tematiche afferenti allo sport e alla attività sportiva, il Giudice costituzionale si è occupato di profili specifici, relativi alla distinzione tra attività sportiva agonistica e non agonistica[18], all'inquadramento lavorativo dello sportivo professionista[19], alla competenza del giudice sportivo[20], oltre che delle problematiche relative al riparto di competenze tra Stato e Regioni in relazione alla nozione di "ordinamento sportivo"[21], di cui all'art. 117, comma 3, Cost., non avendo però occasione, o forse anche evitando di riconoscere un vero e proprio "diritto allo sport".

Un simile approccio, restio a enucleare un diritto allo sport, si riscontra anche nelle pronunce dei giudici comuni.

---

[17] Punto 2, *Cons. in Dir*.

[18] Cfr. Corte cost. sent. n. 517 del 1997.

[19] Cfr. Corte cost. sent. n. 230 del 2011.

[20] Cfr. Corte cost. sentt. n. 49 del 2011 e n. 160 del 2019.

[21] Tra queste, si vedano Corte cost. n. 241 del 2003, n. 424 del 2004; n. 205 del 2005. In tema, si veda C. PADULA, *La competenza legislativa regionale in materia di "ordinamento sportivo": una novità apparente*, in *Le Regioni*, 2006, 363 ss.

Significativa, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, è tuttavia la recentissima sentenza della Corte di Cassazione n. 35481 dell'8 giugno 2021, con cui il Giudice si pronuncia sull'idoneità del divieto di accesso alle manifestazioni sportive, il c.d. daspo, a limitare l'attività dello sportivo professionista. In tale occasione, la Corte di Cassazione afferma come il daspo non possa "limitare l'attività dello sportivo professionale dalla quale ricava una retribuzione e con la quale estrinseca la sua personalità, mentre può vietare l'accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, anche quale partecipante alle attività sportive, a chi non esercita professionalmente le stesse", sottolineando come "una diversa interpretazione della norma, che limitasse lo svolgimento di attività sportiva per professionisti retribuiti, sarebbe palesemente incostituzionale".

Nonostante l'affermazione per cui l'attività dello sportivo è occasione in cui egli estrinseca la sua personalità, la Corte di Cassazione non intende riconoscere l'esistenza di un diritto autonomo allo sport, come confermato dal fatto che il provvedimento di daspo può invece vietare al giocatore dilettante l'accesso alle manifestazioni sportive come spettatore e come partecipante. Con la pronuncia in esame, la Cassazione intende semmai tutelare lo sport quale elemento funzionale alla realizzazione di altro diritto, ossia il diritto al lavoro.

In definitiva, oltre le suggestioni ricavabili dalla pronuncia n. 57 del 1976 della Corte costituzionale che nitidamente sottolinea la rilevanza dello sport almeno quale "attività umana" da proteggere e incoraggiare, la giurisprudenza nazionale sembrerebbe non offrire indicazioni significative nel senso della lettura del sistema ordinamentale vigente come espressivo di un diritto allo sport autonomamente inteso.

4. ***Lo sport nelle Costituzioni: l'esperienza comparata***

Ulteriori spunti di riflessione emergono dall'analisi di alcune esperienze costituzionali in prospettiva comparata, europee ed extra-europee, che riflettono la eterogeneità delle sfaccettature che assume la nozione di sport in rapporto alla tutela dei principi costituzionali.

Anche la dimensione comparata, quindi, offre esempi di Carte costituzionali che hanno optato per l'istituzione di un legame diretto ed immediato tra la nozione di sport e il diritto alla salute, rendendo il primo strumentale al secondo, e Costituzioni che, viceversa, hanno preferito abbracciare una impostazione tesa a valorizzare la rilevanza autonoma del diritto allo sport prescindendo dalla sua connessione, pure ineliminabile, con il diritto alla salute psico-fisica dell'individuo.

Oltre questa bipartizione che riflette, peraltro, la stessa impostazione dicotomica di alcuni tra i disegni di legge oggi qui in esame, si inseriscono anche alcuni esempi in cui la scelta dello Stato si è sviluppata nella direzione della creazione di un collegamento tra le due sfaccettature del diritto allo sport, riconoscendo ad entrambe espressa copertura costituzionale.

Nel novero delle Carte costituzionali che hanno espressamente optato per la prima impostazione, cioè quella che legge il diritto allo sport quale corollario del diritto alla salute, si segnalano le Costituzioni della Spagna, della Bulgaria e della Turchia.

La Costituzione spagnola, a norma del suo art. 43, tutela lo sport quale strumento funzionale alla realizzazione del diritto alla salute, stabilendo che: "si riconosce il diritto alla salvaguardia della salute […]. I pubblici poteri svilupperanno l'educazione sanitaria, l'educazione fisica e lo sport".

La Costituzione della Bulgaria, a norma dell'art. 53, comma 3, sancisce ancora più esplicitamente l'esistenza di un binomio stretto fra salute e sport, laddove prevede che: *"lo Stato tutela la salute di tutti i cittadini e promuove lo sviluppo dello sport e del turismo"*.

Un riferimento alla dimensione del diritto allo sport meramente espressiva del suo rapporto con il diritto alla salute si coglie anche nella Costituzione della Turchia, il cui art. 59 stabilisce che: *"è dovere dello Stato assumere tutte le misure necessarie per lo sviluppo della salute fisica e morale dei cittadini di tutte le età ed incoraggiare la pratica degli sport tra la popolazione"*.

Interessante ed espressiva della terza linea di tendenza sopra descritta è l'esperienza del Portogallo.

La Costituzione portoghese salvaguarda, infatti, lo sport sia come elemento funzionale alla protezione del diritto alla salute e della giovinezza sia come diritto autonomo spettante a tutte/i.

In particolare, la Costituzione portoghese del 1976 contiene un riferimento allo sport in tre articoli distinti: l'art. 64 (diritto alla salute), a norma del quale "*il diritto alla tutela della salute sarà garantito […] mediante la promozione della cultura fisica e sportiva"*; l'art. 70 (tutela della gioventù), secondo cui "*i giovani godono di protezione speciale per garantire l'effettività dei loro diritti economici, sociali e culturali, ovvero: […] d) l'educazione fisica e lo sport"*; l'art. 79, (diritto allo sport), ove si stabilisce che: *"Tutti hanno diritto alla cultura fisica ed allo sport. Spetta allo Stato, in collaborazione con le scuole e con le associazioni e le organizzazioni sportive, promuovere, incoraggiare, orientare e supportare la pratica e la diffusione della cultura fisica e dello sport, nonché prevenire la violenza nello sport*".

L'esperienza portoghese appare sicuramente significativa di una impostazione che riconosce esplicita copertura costituzionale allo sport in tutti i suoi corollari e legami con i molteplici aspetti della personalità individuale, ma anche quale bene autonomo meritevole di protezione, quindi quale valore a sé stante.

Sempre in Europa, altre Costituzioni hanno scelto di valorizzare la dimensione eminentemente educativo-formativa del diritto allo sport.

La Grecia rappresenta un primo esempio interessante di questo approccio. La Costituzione greca istituisce, infatti, un collegamento molto stretto tra tutela dello sport e funzione educativa e formativa. In particolare, nell'art. 16 si legge che: "*l'educazione costituisce una funzione fondamentale dello Stato. Essa ha per scopo la formazione morale, intellettuale, professionale e fisica dei Greci*". Ancora, sempre nell'art. 16, si legge: "*gli sport sono sottoposti alla protezione e all'alta vigilanza dello Stato. Lo Stato*

concede sovvenzioni e controlla tutti i tipi di associazioni sportive, come specificato dalla legge. La legge disciplina anche l'uso delle sovvenzioni in conformità con lo scopo delle associazioni che le ricevono".

Nello stesso senso, si colloca anche la Costituzione della Svizzera, il cui art. 68 pone l'accento specificatamente sulla promozione dello sport, ma anche della "educazione sportiva".

Di particolare interesse è infine l'esperienza della Germania. Se da un lato la *Grundgesetz* non contiene alcun riferimento allo sport, le Costituzioni dei singoli *Länder*, con l'eccezione del Land Freie und Hansestadt Hamburg, menzionano espressamente lo sport, indentificandolo come un obiettivo statale da promuovere (*Staatsziel*).

Sul punto, sono di esempio le Costituzioni dei *Lander* di Brandeburgo, che definisce lo sport come "una parte della vita degna di essere sostenuta"[22], o ancora la Costituzione di Freie Hansestadt Bremen per la quale lo sport deve essere coltivato e promosso dallo Stato[23].

Sempre con riguardo all'esperienza tedesca, merita di essere richiamata anche la Costituzione di Saarland in cui, all'art. 34a, è sancita la tutela della sport in virtù del suo "significato sanitario e sociale", la Costituzione di Schleswig-Holstein, in cui la promozione dello sport è ricompresa nel più ampio ambito di promozione della cultura e, in ultimo, la Costituzione di Sassonia, al cui art. 11 è sancito un diritto di accesso allo sport[24].

Oltre la prospettiva europea e guardando al panorama extra-europeo, accanto alla Costituzione della Russia, che contiene un riferimento esplicito al diritto allo sport[25], possono segnalarsi alcune esperienze interessanti, tra qui quella della Costituzione del Marocco del 2011, il cui art. 26 stabilisce che: "*the public powers lend, by appropriate measures, their support to the development of cultural and artistic creation, and of scientific and technical research, as well as to the promotion of sports*". Una ipotesi di ancoraggio costituzionale del diritto allo sport che ripete l'impostazione delle proposte qui in esame che lo vorrebbero ricondurre al testo dell'art. 33 Cost., se non anche all'art. 9 Cost.

Ancora, la Costituzione di Cuba del 2019 dispone, a norma del suo art. 32, che: "*It orients, fosters, and promotes physical culture, recreation, and Sports in all of their forms as a means of education and a means to contribute to the holistic development of citizens*". Anche in questo caso, pertanto, una scelta chiara nel senso di slegare la tutela dello sport dal diritto individuale alla salute per farne un diritto costituzionale autonomo meritevole della più ampia salvaguardia.

---

[22] Cfr. Art. 35 della Costituzione di Brandeburgo. Nei medesimi termini si esprime l'art. 32 della Costituzione di Berlino.

[23] Lo sport è inteso come obiettivo da promuovere anche dalle Costituzioni dei *Lander* di Hessen, Mecklenburg-Western Pomerania, Bassa Sassonia, Nord Reno-Westfalia, Renania-Palatinato, Sassonia-Anhalt, Turingia.

[24] Cfr. art. 11, comma 2, della Costituzione della Sassonia "*La partecipazione alla cultura nella sua diversità e allo sport deve essere resa possibile a tutto il popolo".*

[25] Cfr. artt. 41 e 72 della Costituzione della Russia.

In definitiva, l'esperienza comparata è espressiva di una tendenza non uniforme quanto alle modalità con cui riconoscere copertura costituzionale al diritto allo sport, dimostrandosi incline ad abbracciare tutte le prospettive che i disegni di legge qui in esame dimostrano di voler accogliere: sport come strumento di tutela della salute; sport come mezzo di educazione/formazione; sport come valore assoluto ed autonomo oppure questa molteplicità di dimensioni o sfaccettature insieme (di nuovo il riferimento è all'esperienza del Portogallo).

Senza dubbio, però, oltre alla esperienza significativa del Portogallo che non si accosta a nessuna delle proposte qui all'esame, la prospettiva europea complessivamente considerata appare meno incline ad un riconoscimento autonomo del diritto allo sport, che riceve, come visto, protezione per lo più quale strumento funzionale alla salvaguardia del diritto alla salute oppure alla istruzione, evocando una concezione prevalentemente antropocentrica dello stesso diritto.

5. *L'Unione Europea: dalla proposta di Costituzione del 2004 al Trattato di Lisbona*

Per quanto attiene al diritto dell'Unione Europea, lo sport aveva conosciuto una prima significativa affermazione nel testo originario della proposta di Costituzione europea del 2004, che dedicava una intera previsione allo sport.

Si trattava dell'allora art. III-282, rubricato "Istruzione, gioventù, sport e formazione professionale", a norma del quale si stabiliva che gli Stati membri si sarebbero dovuti impegnare "a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'imparzialità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei giovani sportivi" e, inoltre, che l'Unione e gli Stati membri avrebbero dovuto impegnarsi allo scopo di favorire "la cooperazione con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di istruzione e di sport, in particolare con il Consiglio d'Europa".

È però solo con il Trattato di Lisbona che la tutela dello sport trova espresso riconoscimento nell'ambito di fonti UE di diritto primario.

Ci si riferisce, in particolare, a due norme, l'art. 6, par. 1, lett. e) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che include nel novero dei settori entro cui si svolge l'azione dell'Unione anche lo sport, ma, più fondamentalmente, l'art. 165 del TFUE, inserito nel Titolo XII, "Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport", che riprende, senza alcuna modifica sostanziale, il testo dell'art. III-282 (sezione 5) del Trattato costituzionale.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, viceversa, non tutela espressamente il diritto allo sport, ma ad esso è invece interamente dedicato l'Allegato IV, rubricato "Dichiarazione relativa alle caratteristiche specifiche dello sport e alle sue funzioni sociali in Europa" di cui tener conto nell'attuazione delle politiche comuni.

Nella prospettiva che qui interessa, merita di essere segnalata la definizione di sport offerta dall'allegato che lo qualifica alla stregua di "un'attività umana che si fonda su valori sociali, educativi e culturali essenziali", aggiungendo altresì che esso costituisce "un fattore di inserimento, di partecipazione alla vita sociale, di tolleranza, di accettazione delle differenze e di rispetto delle regole".

Altrettanto significativo è il passaggio successivo, in cui l'allegato si occupa del tema dell'accessibilità dello sport che deve essere garantita a tutti e tutte in condizioni di eguaglianza, "nel rispetto delle aspirazioni e delle capacità di ciascuno e nella diversità delle pratiche agonistiche o amatoriali, organizzate o individuali".

L'aspetto più significativo dell'approccio euro-unitario allo sport quale diritto umano promana certamente dal collegamento istituito tra la promozione dell'attività sportiva e la sua capacità di operare quale strumento di inclusione e di integrazione nel rispetto delle differenze.

Questa accezione dello sport quale mezzo di inclusione sociale traspare in modo solo sfumato dalle proposte in esame che, almeno testualmente, sembrano "lasciare indietro" questo aspetto, aspetto però evocato in alcune delle relazioni illustrative.

6. *La posizione del diritto internazionale*

Anche la dimensione internazionale conosce, da decenni, importanti esempi di documenti di *soft-law*, per primi, a cui seguono alcuni esempi di trattati e convenzioni che riconoscono il diritto allo sport quale diritto umano.

La presa di posizione più esplicita nella direzione della qualifica dello sport quale diritto umano è stata adottata dall'UNESCO fin dal 1987. In occasione dell'adozione della Carta Internazionale per l'Educazione Fisica e lo Sport, l'UNESCO ha introdotto, a norma dell'art. 1, il principio secondo cui la pratica dello sport è un diritto dell'uomo e ogni individuo deve avere la possibilità di praticarlo secondo le proprie esigenze, indicandolo quale "diritto fondamentale per tutti".

Nell'ambito delle Nazioni Unite, sebbene manchi un riconoscimento espresso al diritto allo sport, meritano però di essere segnalati almeno due aspetti.

In primo luogo, le Nazioni Unite, in due trattati – quello sui diritti del bambino e quello sui diritti delle persone con disabilità – hanno optato per una tutela dell'attività sportiva e, quindi, non dello sport complessivamente e autonomamente inteso, quale strumento di formazione per i bambini e di sviluppo e sostegno per le persone con disabilità. I due trattati abbracciano, cioè, una dimensione eminentemente strumentale al benessere individuale della persona, declinandolo in rapporto alle specifiche esigenze dei bambini e delle persone con disabilità.

Più in particolare, l'art. 31 della Convenzione sui diritti del fanciullo dispone che: "gli *Stati parti riconoscono al fanciullo il diritto al riposo ed al tempo libero, di dedicarsi al* gioco *e ad* attività ricreative *proprie della sua età e di partecipare liberamente alla vita culturale ed artistica* [corsivo nostro]*".*

Maggiormente articolata l'impostazione della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità che traspare dall'art. 30, il cui comma 5, stabilisce anzitutto che gli Stati contraenti debbano assicurare alle persone con disabilità l'accesso in condizioni di eguaglianza "*alle attività ricreative, del tempo libero e sportive*". Ancora più dettagliate sono le obbligazioni poste a questo scopo in capo agli Stati contraenti, tra cui possono richiamarsi: la promozione "*delle persone con disabilità alle attività sportive ordinarie a tutti i livelli*"; la possibilità "*di organizzare e sviluppare attività sportive e ricreative specifiche per le persone con disabilità e di parteciparvi*"; la tutela dell'accesso ai "*luoghi sportivi, ricreativi e turistici*"; da ultimo, l'adozione di misure strumentali ad "*assicurare che i fanciulli con disabilità possano partecipare, su base di uguaglianza con gli altri fanciulli, ad attività ludiche, ricreative, di tempo libero e sportive, anche nell'ambito del sistema scolastico*".

In una prospettiva che si proponga di valorizzare la dignità autonoma dello sport quale valore meritevole di protezione, ancora più significativa è la Risoluzione n. 67/296 del 2014 delle Nazioni Unite che concepisce lo sport quale strumento di promozione della pace e con cui è stata, poi, istituita il 6 aprile la Giornata internazionale dello sport per lo sviluppo della pace.

Da ultimo, lo sport non è rimasto al di fuori dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, trovando esso spazio anche nel quadro dei *Sustainable Development Goals*, dove viene enfatizzata una sfaccettatura ancora ulteriore dello sport, cioè la sua funzione quale strumento di promozione trasversale dello sviluppo sostenibile. Non a caso, esso viene ricollegato a tutti i *Goals*, da quello che si occupa del contrasto della povertà (*Goal* n. 1), passando per la promozione dell'eguaglianza di genere (*Goal* n. 5), sino alla eliminazione delle diseguaglianze (*Goal* n. 10).

Sul versante europeo, invece, merita di essere segnalata la *European Sports Charter*, rivista nel 2018, con cui il Consiglio d'Europa ha inteso fornire alcune linee-guida allo scopo di richiedere a tutti gli Stati contraenti di assicurare ai propri cittadini e cittadine l'opportunità di praticare attività sportiva nel rispetto di alcuni principi fondamentali. Tra questi, la Carta insiste affinchè lo sport sia: *"accessible to everybody available for children and young people in particular; healthy and safe, fair and tolerant, building on high ethical values; capable of fostering personal self-fulfilment at all levels; respectful of the environment; protective of human dignity; against any kind of exploitation of those engaged in sport".*

Quanto ai trattati negoziati nell'ambito del Consiglio d'Europa, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non riconosce tutela espressa al diritto allo sport.

La giurisprudenza della sua Corte si è, però, in alcune occasioni pronunciata in relazione a casi che tangenzialmente investivano il diritto allo sport, ricomprendendo quest'ultimo entro l'ambito applicativo di alcuni principi convenzionali, tra cui, in particolare, gli artt. 8 e 9 della Convenzione.

Si segnala, tra tutti, il caso *Osmanoğlu and Kocabaş c. Svizzera*[26], in cui la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 9 CEDU di fronte al rifiuto di una coppia di genitori di acconsentire a che le figlie (non ancora raggiunta l'età della pubertà)

[26] Corte Edu, *Osmanoğlu and Kocabaş c. Svizzera,* 10 gennaio 2017, n. 29086/12.

prendessero parte a lezioni di nuoto in classi miste a titolo obbligatorio nell'ambito delle attività di formazione scolastica sportiva.

La Corte europea ha escluso la violazione del diritto di religione, enfatizzando che la partecipazione all'attività sportiva assolve a una funzione di essenziale rilievo per lo sviluppo personale e per la salute dei minori, sottolineandone allo stesso tempo anche la importante finalità di integrazione sociale.

7. *Considerazioni conclusive*

Come si è avuto modo di argomentare, l'introduzione di un riferimento testuale allo sport nella nostra Costituzione appare più che opportuno.

La scrittura di principi e di valori che sono già ritenuti tali nell'ordinamento, come è avvenuto di recente a proposito dell'"ambiente", comporta una posizione diversa e rafforzata dello stesso valore, che deve essere garantito in tutto l'ordinamento attraverso le leggi, l'azione politica centrale e locale, le pronunce giudiziarie e il sindacato della Corte costituzionale.

Occorre inoltre sottolineare, a completamento delle riflessioni e forse in modo ancora più forte di quanto emerga dai testi di riforma, le potenzialità inclusive dello sport. Potenzialità da sottolineare, anche alla luce delle sollecitazioni che promanano dal diritto internazionale dei diritti umani e dal diritto dell'Unione Europea.

In chiusura, vorrei sottolineare un tema importante, proprio se pensiamo allo sport come fattore di inclusione e di promozione dell'eguaglianza.

È noto come l'attività sportiva sia purtroppo spesso occasione di discriminazione fra uomini e donne[27], soprattutto con riferimento ad ambiti specifici quali lo sport agonistico e professionale. Si tratta di argomenti che solo di recente sono emersi nella discussione pubblica, alla luce di una maggiore sensibilità al tema dell'eguaglianza di genere e anche di fatti di cronaca dove le stesse atlete hanno denunciato episodi discriminatori. Credo che anche sotto questo profilo, l'introduzione di un riferimento esplicito allo sport come valore e quindi come fattore di crescita e di inclusione sociale, possa contribuire a rafforzare la necessità che qualsiasi disciplina sportiva sia aperta anche alle donne, non le discrimini e consenta loro di svolgerla in condizioni di parità, anche laddove la scelgano come proprio lavoro professionale.

[27] In argomento si v. E. CANTERELLA – E. MIRAGLIA, in *Le protagoniste. L'emancipazione femminile attraverso lo sport*, Milano, 2021.

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL PROCESSO COSTITUZIONALE DOPO LA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO – 12 NOVEMBRE 2021

ESPERTI ED *AMICI CURIAE*: RIFLESSIONI SUL PROCESSO COSTITUZIONALE E SULLE TIPOLOGIE DECISIONALI A PARTIRE DALL'ESPERIENZA TEDESCA*

NANNEREL FIANO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo dei poteri istruttori attivabili dal *BVerfG*. – 2.1. Gli *amici curiae* (tra Germania e Italia): qualche considerazione sull'istituto. – 2.2. L'audizione di esperti: qualche esempio di rilievo nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*. – 2.2.1. Una decisione controversa: la sentenza adottata il 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei ristoranti del *Land Baden Württenberg*. – 2.3. I limiti all'attivazione dei poteri istruttori nell'ordinamento tedesco tra *konkrete Normenkontrolle* e *abstrakte Normenkontrolle*. – 3. Il *BVerfG* e l'utilizzo dei poteri istruttori nella modulazione degli effetti nel tempo. – 3.1. Il caso "Hartz IV". – 3.2. Il caso della modulazione degli effetti nel tempo sottesa alla c.d. *Grundsteuer* … e la conoscenza "contraddittoria" di dati rilevanti in campo economico. – 4. L'impatto dei fatti nella modulazione degli effetti nel tempo nell'ordinamento italiano: un'indagine a partire dalle sentenze di spesa. – 5. L'utilizzo dei poteri istruttori nell'ambito della tecnica del rinvio al legislatore. – 6. I poteri istruttori dopo la riforma delle Norme integrative: il ruolo degli esperti e degli *amici curiae*. – 7. L'A.S. 1952, rubricato "Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale". – 8. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Nel presente contributo cercherò di ragionare sulla *modalità* di utilizzo da parte del *Bundesverfassungsgericht* del principio di indagine della verità (cd. *Untersuchungsgrundsatz*), ponendo in evidenza, in un secondo momento, assonanze e

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.
** Ricercatrice a tempo determinato, Università degli Studi di Milano.

divergenze con la dinamica sottesa alla conoscenza dei fatti, dati e informazioni che è propria del Giudice delle leggi italiano.

Tale indagine verrà svolta alla luce dell'acquisizione di dati correlata al deposito delle opinioni degli *amici curiae* e, più ampiamente e più nello specifico, all'utilizzo dell'istituto degli esperti, focalizzando l'attenzione sulla modulazione degli effetti nel tempo e sulla tecnica della c.d. incostituzionalità "prospettata".

A questo proposito, pare del tutto opportuna una premessa di natura definitoria.

Nell'ordinamento tedesco, ai sensi del § 27 a del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, gli *amici curiae* coincidono con quelle associazioni che hanno la possibilità, in qualità di terzi competenti, di presentare un'opinione su questioni rilevanti ai fini della decisione del *Bundesverfassungsgericht* (d'ora in poi *BVerfG*); con riferimento alla giustizia costituzionale italiana, ai sensi dell'art. 6 delle Norme Integrative, così come modificate dalla Delibera del 22 luglio 2021[1], gli *amici curiae* rientrano nel novero delle formazioni sociali senza scopo di lucro e dei soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità.

Come ha evidenziato la dottrina, possono rientrare nella cerchia di coloro i quali possono depositare un'opinione (e non un atto di intervento, così rimanendo estranei al contraddittorio costituzionale)[2], le «formazioni sociali senza scopo di lucro», cioè le associazioni di categoria, i sindacati[3], i partiti politici, le organizzazioni non governative; ancora, rientrano nel novero dei soggetti portatori di interessi collettivi i Comuni, le Province, i Consigli degli ordini professionali[4]; sarebbero, infine, portatori di interessi diffusi «le associazioni ambientaliste o, anche, quelle rappresentative di utenti o consumatori».

Diversi dagli *amici curiae* sono gli esperti di chiara fama, che sono suscettibili di essere chiamati in una camera di consiglio aperta alle parti «per approfondire questioni complesse con strumenti nuovi e ulteriori rispetto alla disciplina dell'istruttoria»; essi sono previsti all'art. 17 delle N.I.

Gli esperti coprono un ruolo di rilievo ai fini dell'acquisizione di conoscenze da parte del Giudice costituzionale in quanto forniscono informazioni attinenti a discipline specifiche; allo stesso modo, con riferimento all'ordinamento tedesco, anche gli esperti di cui al § 27 a *BVerfGG* arricchiscono il processo decisionale con informazioni di carattere tecnico.

Tanto chiarito, nella prima parte del lavoro soffermerò l'attenzione sulla categoria degli *amici curiae* e, soprattutto, degli esperti nell'ordinamento tedesco, per poi

---

[1] Le N.I sono state successivamente modificate dalla delibera del 22 luglio 2021, pubblicate nella GU n. 262 del 3 novembre 2021, che ha lasciato nella sostanza pressoché invariata, rispetto alla previa delibera dell'8 gennaio 2020, la disciplina relativa agli *amici curiae* e agli esperti, che più interessano in questa sede.

[2] Cfr. M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 124.

[3] Sul ruolo del sindacato-*amicus curiae* cfr. O. RAZZOLINI, *Amicus curiae e partecipazione delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 514 ss. Per una disamina dell'istituto dell'*amicus curiae* cfr., fra gli altri, M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'*amicus curiae, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2020, 501 ss. e B. BARBISAN, Amicus curiae: *un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4/2019.

[4] Cfr. A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 420-421.

analizzare alcune significative pronunce adottate dal *BVerfG* che sono state accompagnate da una previa acquisizione di materiale conoscitivo da parte di terzi esperti.

Nel contesto dell'analisi delle pronunce costituzionali più di rilievo non mancherà un'analisi intorno al rapporto tra il c.d. *Untersuchungsgrundsatz* e la modulazione degli effetti nel tempo, dal momento che l'intreccio appena evidenziato caratterizza parte della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca, inquadrabile nella forma della tipologia decisionale corrispondente alle *Unvereinbarkeitserklärungen*, che fondano il differimento degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità sul raccordo – efficace – con il legislatore.

Simmetricamente, nel contesto dell'ordinamento italiano, dopo un primo inquadramento della riforma delle N.I sotto l'angolo prospettico dell'introduzione dell'istituto degli *amici curiae* e degli esperti, si indagherà se il Giudice delle leggi, prima e dopo la riforma dell'8 gennaio 2020, abbia adottato decisioni supportate da un'acquisizione "consapevole" dei fatti con riferimento alla tecnica del rinvio al legislatore e alla modulazione degli effetti nel tempo.

2. *Il quadro normativo dei poteri istruttori attivabili dal* BVerfG

Il *BVerfG* si è definito «Herr des Verfahrens»[5], cioè signore del processo[6]: il governo delle regole del processo costituzionale tedesco emerge con evidenza nell'utilizzo – massiccio – dei poteri istruttori[7], che trovano la propria fonte nel *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, nella Costituzione[8], nei regolamenti adottati dal *BVerfG* e nella stessa giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale[9].

In effetti, per potere svolgere pienamente il proprio ruolo di Custode della Costituzione il *BVerfG* spesso acquisisce dati e informazioni ulteriori rispetto alle

[5] Cfr. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, 32.

[6] Come posto in evidenza da D'Amico, il *BVerfG* è anche "signore dell'esecuzione" della decisione: si consideri, in questo senso, i poteri che gli sono stati attribuiti ai sensi del § 35 *BVerfGG*, in M. D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del* Bundesverfassungsgericht, in *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, cit., 165.

[7] Così K. OTTE, *Amicus curiae: Drittbeteiligung ohne Interventionswirkung auch in Deutschland*?, in *DAJV-NL*, 3/1990, 40. Si veda anche C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2020, 292. Emblematiche dell'utilizzo dei poteri istruttori sono le pronunce *BVerfGE* 61, 358, *BVerfGE* 94, 49, *BVerfGE* 133, 168.

[8] Si pensi, in questo senso, alle norme che fondano lo Stato di diritto (art. 20 par. 3) e i diritti fondamentali del processo (art. 19 par. 4 GG, 101 par. 1 alinea 2 GG e art. 103 par. 1 GG). Non vi sono norme che riconoscono il diritto alle prove nell'ambito del diritto costituzionale processuale. Così C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 95-96.

[9] Sull'esigenza di un maggior grado di trasparenza nella raccolta di prove nel contesto della giustizia costituzionale si veda C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 344.

allegazioni delle parti in causa[10] e raccoglie prove con riferimento ai c.d. *legislative facts*[11], con riferimento ai quali rileva, del tutto significativamente, il c.d. *C.II Standard*[12].

Le disposizioni del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (*BVerfGG*) che disciplinano i poteri istruttori attivabili dal *BVerfG* corrispondono al § 26 *BVerfGG*, che sancisce il menzionato *Untersuchungsgrundsatz*[13], il § 27 *BVerfGG*, il quale, come menzionato, prevede alla lettera a., quale singolo mezzo di prova l'audizione di "terzi esperti", il § 28 *BVerfGG*, relativo all'audizione di testimoni[14] e il § 29 *BVerfGG*, sull'assunzione delle prove da parte delle parti del processo principale.

In generale, pertanto, la raccolta di prove davanti al *BVerfG* si svolge, di norma, con tutti i mezzi procedurali volti a chiarire i fatti, come l'esame dei testimoni, l'acquisizione di prove documentali, l'ispezione giudiziaria e le perizie[15].

In particolare, rileva il menzionato § 26 *BVerfGG*, che sancisce, al primo comma, «un principio inquisitorio in materia di prove»[16]: secondo la disposizione in commento, «il Bundesverfassungsgericht raccoglie le prove necessarie per indagare la verità»[17].

A tal proposito, si consideri che il Tribunale costituzionale federale pone in essere, anche grazie alla collaborazione con gli altri organi costituzionali, sancita dal § 27 I *BVerfGG*, la ricerca della verità[18].

Come posto in evidenza da attenta dottrina, lo stesso legislatore ha modellato la disciplina dei poteri istruttori del Tribunale costituzionale federale in modo tale da rendere quest'ultimo un vero "signore" dell'istruttoria del proprio giudizio: la dottrina ha fatto specifico riferimento al § 26 *BVerfGG* qualificandolo nel senso di un «Blankoscheck», cioè una disposizione che ha lasciato carta bianca al Tribunale costituzionale in merito alla ricerca della «verità processuale»[19].

---

[10] N. JANZ, S. RADEMACHER, *Die Last der Begründung - Nachschieben von Gründen und Untersuchungs-grundsatz im Verfassungsprozess*, in *NVwZ*, 2004, 187.

[11] Cfr. W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1999, 3515.

[12] Si tratta del c.d. criterio di proporzionalità.

[13] Viene definito, sulla scorta di quanto affermato dallo stesso *BVerfG* nella decisione *BVerfGE* 107, 339 "illimitato" da parte della dottrina di Schlaich e Korioth. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2021, München, Rn. 58-60.

[14] Pare interessante rinviare, sul profilo dell'opportunità di audire «come testimoni soggetti esterni agli interessi implicati nella controversia» a P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'*amicus curiae *davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 1/2019, 121.

[15] K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 60.

La scelta del mezzo di prova più adeguato deve essere orientata alla ricerca della verità: cfr. C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 296.

[16] Così G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 306.

[17] Sul grado di vincolatività della disposizione in commento rispetto all'attività del Giudice delle leggi tedesco C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 107.

Pare interessante porre in evidenza il fatto che l'obbligo alla ricerca della verità tramite l'utilizzo dei mezzi di prova che si rivelino utili ai fini della decisione si potrebbe fondare sull'effetto vincolante delle pronunce del *BVerfG*. C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 109.

[18] Cfr. come sottolineato da M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale,* in *Diritto e Società*, 3/2019, 353.

[19] Sul punto di veda M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale,* cit., 354.

2.1. *Gli* amici curiae *(tra Germania e Italia): qualche considerazione sull'istituto*

Come si accennava in premessa, nell'ordinamento tedesco l'istituto degli *amici curiae* è disciplinato dal § 27 a *BVerfGG*[20], ai sensi del quale «Il Bundesverfassungsgericht può consentire a terzi esperti di presentare le proprie osservazioni».

La menzionata configurazione degli *amici curiae* nella categoria generale – anzi generalissima – dei "terzi esperti" pare di particolare interesse poiché impone di riflettere non solo sul possibile rapporto tra questi ultimi e gli *amici curiae*, ma anche sul loro possibile contributo di natura tecnica.

In effetti, a volere tracciare, con cautela, un parallelismo di natura comparativa, si potrebbe considerare che l'ammissione delle opinioni scritte degli *amici curiae* si pone in linea con l'attrazione – in veste formale[21] – nel processo costituzionale di conoscenze di carattere *anche* tecnico, in parte non dissimili da quelle che potrebbero porsi a valle dell'audizione di «esperti di chiara fama», pur coincidendo gli *amici curiae* con associazioni senza scopo di lucro portatrici di interessi collettivi e diffusi.

Sembra possano esservi, effettivamente, «situazioni di confine nelle quali la distinzione può risultare problematica»[22]; è pur vero, d'altra parte, che i due istituti vanno tenuti distinti e non sono fungibili[23], collocandosi peraltro la figura degli esperti «più propriamente tra i poteri istruttori di titolarità del giudice costituzionale»[24].

Quanto appena scritto sul rapporto tra *amici curiae* ed esperti è stato in parte confermato da recente dottrina, secondo cui l'art. 14-*bis* N.I., richiamerebbe «in maniera ancora più profonda il ruolo che la figura dell'*amicus curiae* svolgeva nel processo privato romano ossia il consulente del tribunale»[25]; inoltre, è stata salutata con favore la

---

[20] K. DIEL-GLIGOR, *Amici curae vor deutschen Gerichten - bald Normalität*? in *LTO*, 2021.

[21] Come è stato segnalato, le opinioni saranno ufficialmente conoscibili solamente se ammesse e «nella misura in cui entreranno a far parte della motivazione della decisione costituzionale». Cfr. A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 435. Sui limitati sforzo motivazionale «in uscita» si veda C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell'*amicus curiae *in alcune recenti decisioni costituzionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2021, 186.

Sul ruolo informale con cui, prima dell'intervento delle N.I, assumeva rilievo il "materiale esterno", si veda M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog*, 2020.

[22] Cfr. L. SALVATO, L'amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, 742.

[23] Cfr. ancora L. SALVATO, L'amicus curiae *nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale: il Procuratore Generale della Corte di Cassazione,* cit., p. 742. Si veda anche S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la Consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistema Penale*, 2020.

[24] A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, cit., 436. *Contra* A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, 2/2020, 23-26, secondo il quale, a 23-24, se i poteri istruttori «sono uno strumento per l'assunzione dei mezzi di prova (artt. 12, 13, 14 n.i.), l'audizione degli esperti non è finalizzata a produrre una prova».

[25] Si veda, in questo senso, C. DELLA GIUSTINA, Amicus curiae: *dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*", in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 519.

doppia introduzione della «figura dell'*amicus curiae* e dell'intervento di terzi, esterni, in veste di esperti», poiché «le decisioni della Corte vertono spesso, oltreché su temi giuridici, anche su questioni tecniche come quelle economico-finanziarie o scientifiche»[26].

Non solo, gli *amici curiae* assumerebbero un ruolo fondamentale nell'acquisizione di "materiale esterno" nella forma dei *legislative facts* e degli elementi di diritto internazionale e comparato[27].

Tanto chiarito, la dottrina tedesca si riferisce ai "terzi esperti" di cui all'art. 27 a *BVerfGG* nel senso di individui che forniscono, solo ed esclusivamente in modo "passivo" e quindi su iniziativa del *BVerfG*, un contributo al giudizio costituzionale[28] purché l'apporto di conoscenze risulti utile ai fini della definizione del processo costituzionale[29].

Diversamente dall'audizione di esperti, il deposito di memorie da parte di *amici curiae* non pare particolarmente diffuso nella giustizia costituzionale tedesca; tuttavia, il ricorso alle conoscenze derivanti dalle opinioni degli *amici curiae* pare potersi valutare in senso positivo, poiché idoneo a promuovere la formazione di una nuova e dinamica «cultura giuridica»[30].

Nel complesso, infatti, le opinioni in questione non solo si pongono in piena armonia con il corretto dispiegamento del c.d. *Untersuchungsgrundsatz*, ma rispondono anche all'esigenza, ben evidenziata da autorevole dottrina, di una protezione giuridica di natura effettiva dei diritti dei singoli, che trova riscontro nel principio dello Stato di diritto[31].

L'istituto degli *amici curiae* risponde, però, anche all'esigenza di aprire il Tribunale costituzionale alla "società civile", così da introdurre nel giudizio costituzionale dati e

---

[26] Così R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, 2020, 602. In questo senso anche G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, 220-221. Per un'analisi sulle questioni tecniche in relazione all'attivazione dei poteri istruttori cfr. E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale"*, in AA.VV., *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, 2020, 79 ss.

[27] M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, cit.

[28] Cfr. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, in *Working Paper nr. 10 2016*, *www.kj.nomos.de*, 2016, 103.

Un esempio di intervento di terzo del tutto significativo è quello dell'audizione che è stata svolta in occasione dell'udienza pubblica dinnanzi al *BVerfG* al fine di acquisire maggiori informazioni in tema di clausola di sbarramento del 5% nell'elezione dei parlamentari europei. Cfr. *BVerfGE* 129, 300 (316).

Altresì significativo è l'intervento dell'UNHCR richiesto dal *BVerfG* nel marzo 2011 nell'ambito di un ricorso diretto in tema di permesso di soggiorno. Cfr. *UNHCR letter to the Federal Constitutional Court of Germany relating to the case* 1 *BvL* 3/11 - *Schreiben an das Bundesverfassungsgericht*.

[29] Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, in *NVwZ*, 2016, 1135.

[30] Così Cfr. W. BLANQUETT, C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen*, cit. 105-106. Sul rischio che una simile "cultura" possa porsi in contraddizione con lo Stato di diritto cfr. C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 2020.

[31] R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., 1135.

informazioni di rilievo in alcuni specifici ambiti del diritto, oltre che garantire la corretta applicazione del principio di proporzionalità, fondamentale non solo nell'ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde* ma anche nell'ambito del giudizio astratto[32].

In buona sostanza, verrebbe valorizzato quel pluralismo promosso da Häberle, secondo cui l'arricchimento dell'informazione deve potersi legare all'ampiamento della partecipazione al processo costituzionale[33].

In effetti, come è stato affermato da recente dottrina, la dialettica *endoprocessuale* innescata dal deposito di memorie scritte da parte degli *amici curiae* e dall'audizione di esperti contribuisce, più che alla "politicizzazione" della Corte e alla sua "degiuridicizzazione"[34], al rafforzamento della sua "logica decisionale", diversa e *altra* rispetto a quella «politico-discrezionale dell'organo parlamentare il cui prodotto legislativo è sotto giudizio»[35], peraltro di rilievo per l'adozione di «decisioni meglio argomentate»[36].

2.2. *L'audizione di esperti: qualche esempio di rilievo nell'ambito della* Verfassungsbeschwerde

Il *BVerfG* ha avuto modo di convocare e audire esperti, oltre che di acquisirne i pareri, in diverse tipologie di giudizio, con l'obiettivo di raccogliere dati su questioni tecnico-scientifiche e specialistiche[37].

---

[32] Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., 1134.

[33] P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel del Judikatur des BverfG*, in *Juristenzeitung*, 1976, 382 ss. Sul punto e, nello specifico, sul rapporto tra Corte costituzionale e società civile, si rinvia a A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in AA. VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 2020. Ancora, si veda G. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020.

[34] Su alcune perplessità legate alla riforma delle N.I si veda P. RIDOLA, *"La Corte si apre all'ascolto della società civile"*, in *Federalismi.it*, editoriale, 2020; si rimanda anche a A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020.

[35] Cfr. A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica alla Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 364, così come richiamato da C. DELLA GIUSTINA, Amicus curiae: *dalle origini alle modifiche delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*", cit., 3/2020, 520. In questo senso anche A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere* amicus curiae *e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 2020.

[36] Cfr. T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 2020.

[37] Sull'adeguamento da parte della Corte costituzionale a nuovi contesti si veda R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, cit., 609. L'acquisizione di pareri dei *sachkundiger Dritter* permette al *BVerfG* di acquisire dati di natura sociale, politica, culturale ed economica. Così K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, in *NVwZ,* 2015, 30.

Si consideri, inoltre, che talvolta il *BVerfG* fa riferimento ad esperti «informatori», altre volte, invece, si riferisce a «esperti».

In effetti, il modello tedesco presenta «un contraddittorio più articolato, dove le più importanti decisioni sono di solito accompagnate dall'opinione di esperti»[38], la cui acquisizione costituisce un'eccezione al principio della raccolta "libera" di prove che contraddistingue il processo costituzionale tedesco[39].

Tanto chiarito, rileva l'attivazione di poteri istruttori nell'ambito della c.d. *Verfassungsbeschwerde*[40] e, in misura minore, nel contesto del giudizio in via incidentale.

Infatti, se con riferimento al ricorso diretto, rimedio di natura eccezionale, il *BVerfG* può integrare le mancanze relative alla (difettosa) allegazione dei fatti da parte delle parti in ragione della specifica funzione dello stesso, cioè quella di tutelare, in via diretta, i diritti dei singoli[41], nel caso della c.d. *konkrete Normenkontrolle* il *BVerfG* è tenuto a rispettare il principio del c.d. chiesto e pronunciato (cfr. par. 2.3), muovendosi entro il tracciato "fattuale" enucleato dal giudice *a quo*.

Significativa è la sentenza sull'omosessualità maschile del 10 maggio 1957[42], ove, in seguito all'audizione di alcuni medici, psicologi, sociologi e della polizia criminale, il *BVerfG* ha ritenuto di rigettare i ricorsi individuali proposti nei confronti della sentenza adottata dal Tribunale distrettuale di Amburgo il 2 febbraio 1952, con cui il primo ricorrente era stato condannato, ai sensi del § 175 *Strafgesetzbuch* (*StGB*), alla pena detentiva di un anno e otto mesi per avere intrattenuto continuativamente rapporti sessuali con uomini e, ai sensi del § 175 a n. 3 *StGB*, per il reato di avere tentato di intrattenere rapporti sessuali aggravati[43] con persone di sesso maschile.

Similmente, il secondo ricorrente era stato condannato dal medesimo Tribunale per avere intrattenuto rapporti sessuali aggravati con persone di sesso maschile ai sensi del § 175 a n. 3 *StGB*, per il reato di favoreggiamento dei rapporti sessuali ai sensi dei §§ 175 a n. 3, 49 *StGB* e per avere avuto rapporti sessuali con una persona di sesso maschile ai sensi del § 175 *StGB*.

Secondo i ricorrenti, le disposizioni in base alle quali erano stati condannati non solo non potevano più essere dotate di efficacia poiché entrate in vigore durante il nazionalsocialismo, ma, in subordine, poiché contrarie agli artt. 2 e 3 *GG*[44], che sanciscono, rispettivamente, il diritto al libero sviluppo della propria personalità e il principio di non discriminazione.

---

[38] Così M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, cit., 130.

[39] Così C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 310.

[40] In questo senso cfr. G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione politica nel prisma del* Bundesverfassungsgericht, cit., 308. Si segnala la c.d. Apotheken Urteil (*BVerfGE* 7, 377).

[41] Cfr. R. ZUCK, *Amicus curiae - der unaufgeforderte Schriftsatz im Verfassungsbeschwerdeverfahren beim BVerfG*, cit., 1133. Nel caso delle *Urteilsverfassungsbeschwerden*, però, il Custode delle leggi tedesco basa il proprio giudizio sulle conclusioni raggiunte delle altre Corti. Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 2015, Rn. 60. *Contra*, sempre con riferimento alla *Urteilsverfassungsbeschwerde*, la tesi di K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., 30, secondo il quale talvolta, anche se raramente, il *BVerfG* corregge o verifica le risultanze fattuali dei giudici *a quibus*.

[42] *BVerfGE* 6, 389. Per un commento si veda N. DRÖNNER, *Das "Homosexuellen-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts aus rechtspolitischer Perspektive*, Tübingen, 2020, 2.

[43] Così il testo letterale della norma oggetto del ricorso individuale.

[44] Cfr. *BVerfGE* 6, 389, Rn. 30.

Infatti, secondo i ricorrenti, le relazioni sessuali tra uomini non violavano un interesse pubblico; inoltre, si ponevano in contrasto anche con l'art. 3, comma 2[45] e 3[46] *GG*, in quanto le relazioni sessuali tra donne, al contrario di quelle tra uomini, non erano configurabili come reato.

Il Giudice delle leggi tedesco decise di non accogliere i ricorsi poiché non era possibile stabilire con certezza, rispetto al bene giuridico corrispondente all'interesse pubblico, l'opportunità dell'assenza della previsione di una pena nei confronti dell'attività omosessuale maschile.

Nella pronuncia è espressamente indicata la raccolta di dati e informazioni di natura tecnica «in vista della preparazione dell'udienza pubblica»; inoltre, il *BVerfG* si è premurato di riportare le risultanze degli esperti che avevano risposto a domande sulla differenza di libido tra omosessualità maschile e femminile, sulla minaccia alla società rappresentata dall'omosessualità maschile e femminile e sulla prostituzione omosessuale.

In definitiva, alla luce delle risposte fornite dagli esperti, il *BVerfG* ha avuto modo di affermare che le disposizioni penali contro l'omosessualità maschile, di cui ai §§ 175 e ss. *StGB*, non violavano il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 2 e comma 3 *GG*.

Inoltre, secondo il *BVerfG*, le disposizioni del codice penale oggetto dei ricorsi individuali non avrebbero leso il diritto fondamentale al libero sviluppo della personalità, di cui all'art. 2 *GG*, poiché l'attività omosessuale risultava lesiva della legge morale e, soprattutto, poiché non vi era la possibilità di stabilire con chiarezza se la mancata punizione della stessa avrebbe coinciso con il pubblico interesse.

Allo stesso modo, sempre nel contesto della c.d. *Verfassungsbeschwerde*, hanno svolto un ruolo di rilievo gli esperti nella sentenza sul velo del 2003[47].

In tale pronuncia, il *BVerfG* ha accolto il ricorso avverso la pronuncia adottata dall'autorità scolastica del *Land Baden-Württemberg*, e successivamente confermata dai Tribunali amministravi del *Land*, che precludeva la possibilità di insegnare indossando il velo.

In base alla ricerca effettuata dal Dott. Karakasoglu, in cui erano state raccolte venticinque testimonianze sulle ragioni legate alla percepita esigenza di indossare il velo da parte di giovani studentesse[48], il *BVerfG* aveva dichiarato che il fatto stesso di indossare il velo non andava a coincidere con una forma di emarginazione sociale della donna (*BVefGE* 108, 282 (304), ma, anzi, che esso andava a costituire una forma di garanzia del libero sviluppo della personalità.

Allo stesso tempo, alla luce delle dichiarazioni del Prof. Bliesener, il quale è stato ascoltato nel corso dell'udienza pubblica, non vi era nessuna prova o conoscenza certa rispetto all'influenza (negativa) che il velo avrebbe potuto esercitare sugli studenti[49].

---

[45] «*Männer und Frauen sind gleichberechtigt*» («*Gli uomini e le donne hanno pari diritti*»).

[46] «*Niemand darf wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden*» («*Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso*»).

[47] Si veda anche M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 359-360.

[48] *BVefGE* 108, 282, Rn. 52.

[49] Cfr. *BVefGE* 108, 282, Rn. 56.

La decisione di accoglimento da parte del *BVerfG*, in buona sostanza, si spiega in ragione di una approfondita e dettagliata indagine istruttoria[50], ove gli esperti hanno fornito dati di rilievo ai fini dell'assunzione della decisione.

2.2.1. *Una decisione controversa: la sentenza adottata il 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei ristoranti del* Land Baden Württenberg

Una pronuncia peculiare, adottata sempre nell'ambito della *Verfassungsbeschwerde*, è rappresentata dalla *BVerfGE* 121, 317 del 30 luglio 2008 sul divieto di fumo nei luoghi pubblici.

In quell'occasione, il Giudice di Karlsruhe è stato chiamato a decidere su due leggi del *Land* Berlino e *Baden-Württenberg* che avevano vietato il fumo nei luoghi pubblici, compresi bar e ristoranti.

Alla luce di una relazione dell'Agenzia Federale per le Statistiche, le entrate economiche dei locali dei *Länder* nei quali, di fatto, erano state applicate le norme che vietavano il fumo, erano inferiori rispetto a quelle degli altri *Länder*[51]; per tale ragione, il *BVerfG* si era pronunciato a favore dell'illegittimità costituzionale delle norme «nella misura in cui imponevano un divieto assoluto di fumo»[52], anche alla luce della considerazione per cui non era possibile fondare con certezza la decisione su dati univoci legati al livello di nocività del fumo passivo[53].

Nel caso di specie, l'utilizzo dei dati acquisiti è stato fortemente criticato per due ragioni.

In primo luogo, in quanto il *BVerfG* non avrebbe considerato le evidenze scientifiche offerte dagli esperti sul rischio di morte dovuto al fumo passivo[54]; in secondo luogo, in quanto i numeri considerati dal *BVerfG* non si riferivano ad un «arco temporale sufficientemente ampio» e le norme antifumo, in realtà, pesavano marginalmente sulle finanze dei locali interessati dal divieto[55].

---

[50] «In the oral hearing, the complainant and her attorney, and the *Land* Baden-Württemberg (Stuttgart Higher School Authority), represented by Professor Dr. F. Kirchhof, amended and extended their written submissions. The following expert witnesses were heard: Dr. Karakasoglu, Essen, on the reasons why young Muslim girls and women in Germany wear a headscarf; Professor Dr. Riedesser, Hamburg, Professor Dr. Bliesener, Kiel, and Ms Leinenbach, Director of the Psychological Department (Stuttgart Higher School Authority) on questions of a possible influence on children of primary school and non-selective secondary school age from the point of view of child and developmental psychology».

Così *BVefGE* 108, 282, Rn. 28.

[51] Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Università degli Studi di Milano, 2020, 27.

[52] Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 28.

[53] Il *BVerfG* ha statuito l'impossibilità di prendere una decisione sul fumo passivo nonostante avesse letto, oltre che riportato nella stessa pronuncia, lo studio pubblicato dal centro di ricerca tedesco sui tumori del 2005.

[54] Molto critica è la tesi di Brink. Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, in H. RENSEN, S. BRINK (a cura di), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Berlin, 2009, 26.

[55] G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 28.

A commento di tale vicenda "istruttoria" è forse possibile affermare che la modalità di utilizzo da parte del *BVerfG* dei dati tecnico-scientifici acquisiti si sia colorata di un certo grado di problematicità, nonostante la possibilità di controllare – in veste formale – le fonti utilizzate dal Tribunale costituzionale federale[56].

2.3. *I limiti all'attivazione dei poteri istruttori nell'ordinamento tedesco tra* konkrete Normenkontrolle *e* abstrakte Normenkontrolle

Nonostante il *BVerfG* faccia ricorso, soprattutto nel caso in cui siano in gioco i diritti fondamentali, all'audizione o all'acquisizione di pareri da parte di esperti, in alcune tipologie di giudizio i poteri istruttori che si sostanziano nel ricorso a conoscenze tecniche non sono utilizzati di frequente.

Quanto appena scritto permette di introdurre uno dei due "limiti" strutturali relativi all'attivazione da parte del *BVerfG* dei poteri istruttori.

In primo luogo, nell'ambito del giudizio in via incidentale (*konkrete Normenkontrolle*), la conoscenza dei fatti non assume rilievo, ove invece assume importanza la ricostruzione degli stessi da parte del giudice *a quo*[57], atteso che, come ha avuto modo di affermare lo stesso Tribunale costituzionale federale nella *BVerfGE* 17, 135, al Custode della Costituzione spetta il – precipuo – compito di decidere sulle questioni di legittimità costituzionale[58].

Pare interessante notare che nella pronuncia in questione il Tribunale costituzionale federale ha calato il § 26 *BVerfGG* nel contesto del giudizio in via incidentale, governato dall'art. 100, comma 1, *GG*[59], affermando che la prima disposizione deve potersi interpretare in modo *ragionevole*, cioè in senso aderente alla *ratio* che plasma il giudizio in via incidentale.

Come sostenuto in dottrina, infatti, nel giudizio in via incidentale il *BVerfG* si muoverebbe su un terreno «già preparato»[60]: è la stessa ordinanza di rimessione che deve

---

[56] Sulle problematicità legate all'acquisizione di dati nella veste "informale" e quindi sull'impossibilità di conoscere le fonti dei dati acquisiti cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., 20; allo stesso modo, si veda G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 2021, 8-13.

[57] S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 15.

[58] Così Cfr. *BVerfGE* 17, 135 (138 ss), come posto in evidenza da M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, Oxford, 2020, 96. La tesi in commento è stata di recente confermata da K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht,* cit., Rn. 58-60, secondo i quali, nei casi di specie, le possibilità di cui al § 26 *BVerfGG* rimangono "inutilizzate".

[59] «Se un tribunale considera incostituzionale una legge la cui validità è rilevante per la decisione, il procedimento viene sospeso e, se si tratta della violazione della costituzione di un Land, si ottiene la decisione del tribunale del Land competente per le controversie costituzionali, se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale, la decisione della Corte costituzionale federale. Questo vale anche se si tratta della violazione della presente Legge fondamentale da parte della legge del Land o dell'incompatibilità di una legge del Land con una legge federale».

[60] In questo senso S. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit, 27, che fa esplicito riferimento alla tipologia di giudizio della *Urteilsverfassungsbeschwerde*, simile, quanto al rapporto tra Giudice delle leggi e giudice *a quo*, alla c.d. *konkrete Normenkontrolle*.

contenere i c.d. «Tatsachenmaterials», i dati di fatto su cui poi il Giudice delle leggi tedesco può fondare la propria decisione.

In questo senso sembra possibile affermare che l'autonoma ricerca della verità sconta il limite dell'impostazione dei fatti così come tracciata nella c.d. *Richtervorlage*, l'ordinanza di rimessione.

Secondo attenta dottrina, il fondamento normativo di una simile "delega" sarebbe ravvisabile nel § 33 par. 2 *BVerfGG*[61], ai sensi del quale «La Corte costituzionale federale può basare la sua decisione sugli accertamenti di fatto contenuti in una sentenza definitiva che è stata pronunciata in un procedimento in cui la verità deve essere indagata d'ufficio».

In generale, tuttavia, il *BVerfG* deve determinare autonomamente i fatti rilevanti per la decisione ed è tenuto a raccogliere le prove necessarie in senso conforme a quanto disposto dalla normativa rilevante[62].

Quanto appena posto in evidenza pare interessante se si considera che il Giudice delle leggi tedesco talvolta non attiva correttamente i propri poteri istruttori, come nel caso posto in evidenza nel par. 2.2.1, dando così luogo ad un paradosso: all'esigenza di una corretta impostazione dei fatti da parte del giudice a *quo* nell'ambito del giudizio in via incidentale si contrappone, talvolta, una scarsa indagine sui fatti da parte del Tribunale costituzionale.

Infine, la ragione di una simile strutturazione del rapporto tra *BVerfG* e giudice *a quo* nella *konkrete Normenkontrolle* consiste nella peculiare configurazione del giudizio incidentale tedesco, progettato «come la manifestazione di una vera e propria censura da parte del giudice nei confronti della legge […] con la conseguenza che la deduzione di elementi probatori e di fatto a supporto dell'incostituzionalità della norma di legge spetta direttamente al giudice ricorrente»[63].

Tanto chiarito, con riferimento al controllo astratto, il c.d. *abstrakte Normenkontrolle*, il *BVerfG* procede alla conoscenza dei fatti senza essere in alcun modo legato alle risultanze fattuali degli altri organi costituzionali, tra i quali rileva, *in primis*, il legislatore[64], così operando un esame dettagliato delle previsioni e delle prognosi legislative (*gesetzgeberische Prognosen*)[65].

Non raramente, infatti, il *BVerfG* è tenuto a colmare lacune presenti nella determinazione dei fatti da parte del legislatore, assumendo, quanto al metodo e alle procedure, veste "legislativa"[66].

Nella tipologia di giudizio in questione, sul piano dogmatico, l'oggetto dell'indagine istruttoria è rappresentata dalle circostanze di natura sociale o economica

---

[61] C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 142.

[62] Si veda ancora C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 347.

[63] Così G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., 307.

[64] Del tutto significativa è la sentenza *BVerfGE* 39,1 adottata nel 1975 in tema di interruzione volontaria di gravidanza. Cfr. S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 14.

[65] Così K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., Rn. 60.

[66] W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 3515. In generale, la dottrina tedesca ha evidenziato che l'assenza di regole nell'indagine della verità rischia di compromettere il principio di separazione tra poteri. Cfr. K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., 31.

che si sono poste a fondamento della decisione politico-legislativa[67], e che si riferiscono, necessariamente, ad una classe di persone o cose[68].

In letteratura è stato evidenziato che l'accertamento dei fatti posti dal legislatore a fondamento della propria decisione politica costituisce un aspetto centrale e strutturale del controllo di legittimità costituzionale[69].

Al fine di bilanciare l'esigenza di sindacato appena posta in evidenza con quella di rispettare la sfera discrezionale del legislatore, nell'ottica del rispetto del principio della separazione tra poteri[70], l'invasione da parte del *BVerfG* nel campo degli accertamenti fattuali posti in essere dal Parlamento può considerarsi del tutto (costituzionalmente) legittima nel caso in cui non sia possibile identificare alcuna base fattuale rispetto alla misura legislativa adottata[71].

In realtà, a ben vedere, anche la discrezionalità del legislatore costituisce un limite al dispiegamento dei poteri istruttori da parte del *BVerfG*, poiché spesso il sindacato sugli accertamenti fattuali svolti dal Parlamento viene sostituito da un sindacato sulla competenza (ci si riferisce alle c.d. *Kompetenzfragen*)[72].

In definitiva, sul terreno del sindacato sui c.d. *legislative facts* è possibile registrare un rapporto di contrasto tra legislatore e *BVerfG*, tanto è vero che nell'ambito della sesta legislatura è stata depositata una proposta di legge da parte dell'On. Dichans, finalizzata a introdurre un § 26a nella legge sul funzionamento della Corte costituzionale federale così da prevedere un vincolo da parte del *BVerfG* alle constatazioni di fatto e alle prognosi del legislatore[73].

Ebbene, la proposta di legge in questione non è mai stata approvata in ragione delle critiche avanzate sul rischio che l'indipendenza del *BVerfG,* nella ricerca e nella determinazione dei fatti, venisse meno, così indebolendo il ruolo del Custode delle leggi e subordinandolo alle prospettazioni del legislatore[74].

Infine, per rendere configurabile ed efficace il *test* di proporzionalità che svolge il *BVerfG* nel giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, il legislatore è tenuto a corredare le scelte legislative con «dati verificabili sui propri scopi e mezzi»[75] e tali dati devono potere essere verificabili.

---

[67] S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 12.

[68] Ancora, si veda S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 12.

[69] Così si è espresso F. OSSENBÜHL, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlass d. 25 jährigen Bestehens d. Bundesverfassungsgericht", Tübingen, 1976, 469.

Quanto appena scritto è confermato dalla *BVerfGE* 110, 141, Rn. 116 sui cani da combattimento.

[70] Così K. HABERZETTL, *Die Tatsachenfeststellung in Verfahren vor dem BVerfG*, cit., 30.

[71] S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 13.

[72] Così ancora S. BRINK, *Tatsachengrundlagen verfassungsgerichtlicher Judikate*, cit., 14.

[73] W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 3515.

[74] Così W. KLUTH, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht,* cit., 3515.

[75] M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, cit., 97. Per una recente indagine sulla *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* si veda G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 6-7.

Tuttavia, a tale petizione di principio corroborata da Arndt, secondo il quale «il *Bundesverfassungsgericht* afferma la propria competenza nel ricercare in modo autonomo la verità laddove risulti necessaria per una decisione affidabile e consapevole, ai fini della tutela della tutela della Costituzione»[76], si accompagna un certo grado di difficoltà nel reperimento dei fatti.

La dottrina, a questo proposito, fa riferimento ad un «trouble fact-finding»[77], soprattutto rispetto ai casi riguardanti la violazione della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 5 *GG*, ove il contesto di riferimento assume un ruolo fondamentale.

Proprio perché i fatti assumono un ruolo fondamentale nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca ai fini dello svolgimento del c.d. *proportionality test*, il Giudice delle leggi esige chiarezza nell'evidenziazione dei mezzi e delle finalità delle leggi, così da potere operare un «controllo di adeguatezza di un *mezzo*, il prescelto tra diversi possibili, rispetto ad uno *scopo*»[78].

3. Il BVerfG *e l'utilizzo dei poteri istruttori nella modulazione degli effetti nel tempo*

Tanto chiarito, nella seconda parte del presente lavoro si indagherà la relazione esistente tra i poteri istruttori e la modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, considerando, in un primo momento, l'esperienza tedesca, sotto alcuni aspetti non dissimile da quella italiana.

3.1. *Il caso* "Hartz IV"

Nella pronuncia *Hartz IV*[79] il *BVerfG* ha applicato il test di proporzionalità per poi operare un rinvio al legislatore.

Come si vedrà, dall'analisi della pronuncia in questione è possibile porre in evidenza come, in generale, la necessità di conoscere dati e fatti non sia determinata dall'«allargamento del contraddittorio nel giudizio costituzionale, ma da una prospettiva di razionalizzazione del sistema di produzione legislativa considerato nel suo complesso»[80].

[76] Così NJW 1962, 783 ff. (785).

[77] M. JAESTEDT, O. LEPSIUS, C. SCHRÖNBERGER, C. MÖLLERS, *The German Federal Constitutional Court: The Court without limits*, cit., 96.

[78] Così Ragone, nella descrizione del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.* Cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 6.

[79] *BVerfGE* 125, 175.

[80] Si tratta di una riflessione di G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 310.

Sotto quest'angolo prospettico, chi scrive intende indagare sul rilievo che la discrezionalità legislativa ha assunto nell'indagine istruttoria svolta dal *BVerfG* e, in un secondo momento, nell'adozione della tipologia decisionale.

Come si vedrà, infatti, il rilievo della discrezionalità legislativa si è mossa su due piani, facendo optare il Tribunale costituzionale federale per una *Unvereinbarkeitserklärung*.

Nel caso di specie, nell'ambito di un giudizio in via incidentale, il Tribunale costituzionale ha valutato la correttezza dei dati acquisiti dal Parlamento ai fini dell'approvazione della legge sull'assegno di disoccupazione: il legislatore non aveva procedimentalizzato la determinazione delle prestazioni necessarie a garantire un livello minimo di sussistenza dignitoso che potesse porsi in linea con i bisogni effettivi dei beneficiari dell'assegno di disoccupazione[81].

Per individuare la corretta portata dei fatti posti a fondamento della norma, il legislatore avrebbe dovuto valutare tutte le spese necessarie alla sussistenza nel contesto di una procedura trasparente e adeguata, in modo realistico e comprensibile, sulla base di cifre affidabili e procedure di calcolo di per sé concludenti.

A tal proposito, pare di rilievo il passaggio in cui il *BVerfG* afferma come, a causa del potere discrezionale del Parlamento, il Tribunale costituzionale federale non sia «autorizzato a determinare un importo specifico di prestazioni sulla base delle proprie valutazioni e accertamenti», e che, pertanto, «le norme incostituzionali rimangono applicabili fino a quando una nuova legge venga approvata dal legislatore»[82].

In buona sostanza, a fronte dell'analisi dei fatti che hanno condotto il Parlamento ad approvare la legge sull'assegno per la disoccupazione, il *BVerfG* si è arrestato dinnanzi alla discrezionalità legislativa, lasciando spazio alla modulazione degli effetti nel tempo e prevedendo l'applicabilità della norma fino al futuro intervento legislativo, così adottando una *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dalla c.d. *weitere Anwendbarkeit* (la continua applicazione) della norma dichiarata incompatibile.

Il Tribunale costituzionale federale, quindi, ha indagato sullo scopo e sui mezzi correlati alla legge oggetto del giudizio per rilevarne l'illegittimità costituzionale, da riparare "congiuntamente" con il legislatore.

3.2. *Il caso della modulazione degli effetti nel tempo sottesa alla c.d.* Grundsteuer *… e la conoscenza "contraddittoria" di dati rilevanti in campo economico*

Come già rilevato dalla dottrina[83], in occasione dell'adozione della pronuncia sulla *Grundsteuer*, il *BVerfG* ha avuto modo di affermare, alla luce dell'analisi di dati ufficiali e nel giustificare la scelta di una pronuncia di incompatibilità al posto di una secca

[81] In via analoga, si consideri la pronuncia B*VerfGE* 130, 263 (301) in tema di stipendi pubblici, in occasione della quale il *BVerfG* ha affermato come la giustificazione del *quantum* debba risultare in modo chiaro ed evidente dall'*iter* legislativo.

[82] *BVerfGE* 125, 175.

[83] Per un *focus* interessante sulla materia finanziaria e, nello specifico, sulla sentenza sulla c.d. *Grundsteuer* si veda M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 361.

declaratoria di incostituzionalità sulla tassa immobiliare, che quest'ultima rappresentava, con un fatturato annuo compreso tra i 13 e i 14 miliardi di euro, la terza fonte d'imposta al netto dell'imposta sulle attività produttive e dell'imposta comunale sul reddito (Ministero federale delle finanze, Raccolta dati sulla politica fiscale, edizione 2016/2017, pag. 15; Ufficio federale di statistica…)[84].

Per tale ragione economica il *BVerfG* ha ritenuto di differire gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo, prevedendo di salvaguardare le finanze pubbliche mediante l'ordine di applicazione della norma incostituzionale fino al futuro intervento di riforma da parte del legislatore.

Inoltre, la rilevanza economica della legge dichiarata incompatibile ha portato il *BVerfG* a prevedere un doppio termine di intervento in capo al legislatore: non è raro che il Tribunale costituzionale federale adotti pronunce di incompatibilità nella materia economico-tributaria[85], pur rappresentando la previsione di un doppio *Frist* un'eccezione nel panorama della giurisprudenza temporalmente manipolativa tedesca.

Eppure, i calcoli effettuati dal *BVerfG* non sembrano (sempre) porsi a fondamento di una modulazione degli effetti nel tempo coerente, soprattutto nella materia appena menzionata, similmente a quanto accaduto nell'ordinamento italiano con riferimento alle sentt. nn. 10 del 2015 e 178 del 2015.

A questo proposito, si consideri che, in occasione della *BVerfGE*, 2 BvL 1/07 del 9 dicembre 2008 sull'*Einkommentsteuergesetz*, il *BVerfG* ha adottato una pronuncia di incompatibilità nella materia economico-tributaria dotata di efficacia *ex tunc*, quando i costi derivanti dall'adozione di tale tipologia decisionale ammontavano a 2.530 milioni di euro; del tutto sorprendentemente, invece, nel caso dell'adozione della *BVerfG*, 1 BvL 21/12 del 17 dicembre 2014 sulla tassa di successione, il *BVerfG* ha optato, per tutelare le esigenze di una finanza e di un bilancio affidabile, per un'efficacia solamente proattiva[86], e ciò quando la somma dei tributi che sarebbero dovuti essere stati restituiti a titolo di indebito ammontava, di fatto, a 1.779 milioni di euro.

4. *L'impatto dei fatti nella modulazione degli effetti nel tempo nell'ordinamento italiano: un'indagine a partire dalle sentenze di spesa*

È stato scritto che la libertà della dottrina nell'analisi del processo costituzionale non può "tradursi, in nome della fedeltà ed astratte purezze, in spensierata trascuratezza

[84] Per un commento alla pronuncia si permetta di rinviare a N. FIANO, *Il* Bundesverfassunsgericht *e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla* Grundsteuer, in *Federalismi.it*, 23/2018.

[85] Si veda, sul punto, R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996.

[86] M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Köln, 2014, 2083.

dei problemi che un collegio di giudici deve affrontare quando è chiamata a decidere, *con effetti di sistema*[87], sulla costituzionalità delle leggi"[88].

Nonostante il Giudice delle leggi operi da tempo una flessibilizzazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, tuttavia, come segnalato, «nell'esperienza costituzionale italiana è difficile rintracciare o rinvenire elementi di analisi che muovono dalla nozione di *impatto ordinamentale* con riferimento alla giurisprudenza costituzionale»[89].

Eppure, l'utilizzo della strumentazione temporalmente manipolativa da parte del Giudice costituzionale costituisce proprio il punto di arrivo di un preciso e dettagliato ragionamento – consistente, nei fatti, in un bilanciamento – intorno alle conseguenze derivanti dall'impatto della pronuncia, ed è nel perimetro tracciato dal giudizio in via incidentale[90] che si è posto il problema della «possibilità o necessità per la Corte costituzionale di valutare l'impatto della dichiarazione d'illegittimità costituzionale al fine di definire il contenuto normativo delle proprie pronunce o, meglio, di scegliere *tipo* e *forma* del *decisum* e delle *motivazioni* della decisione»[91].

A tal proposito, si osserva che l'impatto della pronuncia è idonea a modellare non solo gli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche le stesse pronunce della Corte, così come il relativo ruolo[92].

Non si può non considerare, in questo senso, quanto autorevolmente affermato da Pizzorusso, il quale aveva sostenuto che la valutazione dell'impatto politico – costituzionale delle pronunce del Giudice delle leggi costituisse una «valutazione preliminare indispensabile per un organo come la Corte che non è solo un giudice, ma è anche un organo costituzionale. Tanto più necessaria, poi, quanto più è fluido e non stabilizzato il sistema politico»[93].

Tanto chiarito, così come nella giustizia costituzionale tedesca, anche in quella italiana il tema dei poteri istruttori si intreccia con quello della modulazione dell'efficacia

---

[87] Corsivo di chi scrive. Si veda in questo senso la nota sent. n. 317 del 2009, in cui il Giudice delle leggi ha affermato che «[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici; questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale», al cons. in dir. n. 9.

[88] Cfr., del tutto significativamente, N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina,* in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 16.

[89] E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 401.

[90] Sulla problematica legata alla recisione del nesso di incidentalità nel contesto della modulazione degli effetti nel tempo si veda, fra tutti, M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 2 ss.

[91] Cfr. E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 404. Per una disamina sul rapporto tra anacronismo legislativo e gli oneri finanziari cfr. G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 45-57.

[92] E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del* decisum *come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit., 405. A*mplius* T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Università degli Studi di Siena, 1997, 18.

[93] Cfr. S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in AA. VV., *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale. Atti del Seminario (Roma, 13-14 novembre 1989)*, Milano, 1990, 260.

delle pronunce rispetto agli "effetti finanziari" delle pronunce di illegittimità costituzionale.

Ebbene, ciò che accomuna la sent. n. 10 del 2015[94] e la sent. n. 70 del 2015 è proprio l'assenza del previo utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale, che, invero, si sarebbe dovuto rendere ancora più necessario a fronte dell'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 2012, la quale, nel modificare l'art. 81 Cost., ha riaffermato il rispetto dei principi di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico[95].

Con riferimento al periodo antecedente alla recente modifica delle N.I, il rischio dell'assenza di qualsivoglia utilizzo dei formali poteri istruttori poteva essere rappresentato dal fatto che il Giudice delle leggi potesse nascondersi «dietro il differimento degli effetti retroattivi del proprio accoglimento»[96].

Ad oggi, invece, la possibilità da parte della Corte costituzionale di acquisire, formalmente e alla luce di norme positivizzate, conoscenze utili per la decisione del processo costituzionale, permetterà alla stessa di citare "le cognizioni tecniche acquisite, con ciò facendo segnare un indubbio passo in avanti sia in termini di terzietà e di indipendenza della Corte sia nella direzione di assicurare la legittimazione scientifica"[97] delle sue pronunce.

Un caso peculiare (forse isolato) è rappresentato, oltre che dalla sent. n. 1 del 1991, anche dalla sent. n. 188 del 2016, in occasione della quale la Corte costituzionale ha adottato i propri poteri istruttori, così consentendole «di uscire dall'*impasse* dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata»[98].

Si tratta, forse, delle due decisioni che più hanno rivitalizzato il tema non solamente della modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, ma anche (e non potrebbe che essere così) della conoscibilità dei fatti[99] da parte del Giudice costituzionale.

Infatti, solamente in caso di decisioni fondate su dati certi, attendibili e verificabili vi è «la possibilità di comprendere le […] valutazioni in merito alla controversa modulazione degli effetti temporali delle decisioni»[100].

Tuttavia, come è stato affermato, «la pronuncia di ordinanze istruttorie non ha mai caratterizzato processi costituzionali relativi a *grandi casi* di diritto costituzionale o di

---

[94] Molto criticamente Ruggeri afferma in una lucida analisi della sent. n. 10 del 2015 di non sapere «fino a che punto i calcoli economici siano stati fatti in modo giusto». Cfr. A. RUGGERI, Sliding doors *per incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 1.

[95] Come noto, in passato, il Giudice delle leggi poteva godere dell'appoggio di un Ufficio appositamente istituito che si occupava, nello specifico, della valutazione dell'impatto delle decisioni. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 33.

[96] Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 356.

[97] In questo senso A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., 20.

[98] Interessante l'analisi approfondita da G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, 28. La pronuncia è stata preceduta dall'ord. n. 5 del febbraio 1991; sul punto, si veda T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 248.

[99] Si consideri, a proposito della rilevanza dei fatti nel giudizio costituzionale, la sent. n. 96 del 1981. Cfr. M. AINIS, *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2010.

[100] Ancora una volta si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie,* cit., 356.

giustizia costituzionale; nemmeno da ultimo, del resto, in presenza di fatti tanto *pressanti* da indurre la Corte ad una inedita rivisitazione dell'incidentalità (sent. n. 10/2015), detti fatti sono stati accertatati con istruttoria formale»[101].

Ad oggi, alla luce della riforma delle N.I., è auspicabile il ricorso ad una proficua acquisizione dei dati di rilievo economico-finanziario e tecnico-scientifico ai fini dell'adozione di pronunce trasparenti nella sua parte motiva e, conseguentemente, anche nel dispositivo, nota di non poco conto se si considera quella giurisprudenza temporalmente manipolativa particolarmente "oscura" nella definizione del *dies ad quem*[102].

Ebbene, pare interessante notare, a tal proposito, che il Giudice delle leggi non ha attivato i propri poteri istruttori nell'unica sentenza di "spesa" temporalmente manipolativa adottata in seguito alla riforma delle N.I.

Infatti, la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Appello di Torino, sezione lavoro, sull'art. 38, comma 4, della l. n. 448 del 2001, che precludeva l'aumento della pensione agli invalidi al lavoro, è stata decisa, senza attivazione alcuna dei poteri istruttori, con la sent. n. 152 del 2020, una pronuncia di natura manipolativo-sostitutiva contraddistinta dalla clausola di irretroattività[103] e particolarmente problematica sotto il profilo della tutela della dignità dei singoli nella veste della garanzia del minimo vitale[104].

5. *L'utilizzo dei poteri istruttori nell'ambito della tecnica del rinvio al legislatore*

A questo punto del lavoro, in ragione del riferimento iniziale all'utilizzo dei poteri istruttori da parte del *BVerfG* e del successivo approfondimento sul rapporto tra conoscenza dei fatti e *Unvereinbarkeitserklärungen*, pare forse opportuno fare un cenno alla tecnica del rinvio al legislatore con riferimento alla materia penale.

Ebbene, in vista dell'adozione della tecnica decisionale in questione, il Giudice delle leggi, in seguito alla modifica introdotta dalla riforma del gennaio 2020, non ha

[101] Cfr. quanto significativamente sostenuto da M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte,* in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 73.

[102] Si consideri, ad esempio, la sent. n. 178 del 2015. Per un commento, si veda A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, in *Questione Giustizia*, 2015; si veda anche R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

[103] Secondo il Giudice delle leggi, l'estensione *pro futuro* del cosiddetto «incremento al milione» agli invalidi civili totali è coerente anche con la logica del giudizio incidentale poiché l'accoglimento *ex nunc* risponde comunque all'interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente. Cfr. Cons. in Dir. p.to. 8. Per un commento alla pronuncia cfr. C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, 1/2021.

[104] Per un commento si veda V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del "minimo vitale". Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152 del 2020*, in *Osservatorio AIC*, 4/2020.

audito esperti di chiara fama o ammesso opinioni di *amici curiae*: l'unica eccezione è rappresentata dall'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo.

In quest'ultimo caso, come afferma il Giudice delle leggi, «varie memorie scritte sono state depositate da gruppi e organizzazioni, nel ruolo dichiarato di amici curiae»[105] ai sensi dell'art. 4-ter, comma 3, delle Norme integrative.

Le opinioni scritte di cui la Corte costituzionale ha dato conto nel *considerato in fatto* sono state depositate dall'Associazione Antigone per i diritti e le garanzie nel sistema penale, che ha posto in evidenza «la crescente incidenza percentuale dei condannati all'ergastolo rispetto al novero complessivo dei detenuti in Italia»[106].

Un'ulteriore opinione scritta è stata depositata dal Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità - Macrocrimes, che ha posto in evidenza come una «presunzione assoluta di perdurante contiguità al contesto criminale […] sarebbe priva di ragionevolezza»[107].

L'opinione viene descritta, nelle sue linee essenziali, al pari di quella che è stata depositata dall'associazione «Nessuno Tocchi Caino», che aveva preso parte «nel ruolo analogo di amicus curiae, del giudizio definito dalla Corte EDU con la sentenza Viola»[108].

Vengono anche posti in evidenza i dati forniti dal Presidente del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, orientati a promuovere l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione.

Infine, il Giudice delle leggi segnala come l'opinione depositata dall'organizzazione di volontariato «L'altro diritto ODV - Centro di documentazione su carcere, devianza, marginalità» abbia appuntato l'attenzione sul ruolo che assume la sentenza Viola contro Italia nel giudizio che pendeva dinnanzi alla Corte.

Con riferimento all'ordinanza di incostituzionalità "prospettata" n. 132 del 2020, il Giudice delle leggi rileva come il 19, 29 e 31 maggio 2020, e dunque oltre il termine di cui all'art. 4-ter, comma 1, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, il Sindacato cronisti romani presso l'Associazione stampa romana avesse depositato via posta elettronica certificata le stesse opinioni scritte in qualità di *amicus curiae* depositate nel giudizio iscritto al n. 140 del r.o. 2019[109].

Rileva, però, sotto l'angolo prospettico dell'allargamento del contraddittorio così come previsto nella riforma delle Norme integrative del 2020, l'ord. n. 37 del 2020, in seguito confermata dall'ord. n. 132 del 2020[110], con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato ammissibile l'intervento del Consiglio Nazionale dell'ordine dei giornalisti (CNOG) nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale promosso da parte del Tribunale ordinario di Salerno sull'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 «Disposizioni sulla stampa» e dell'art. 595, comma 3, c.p, il quale è intervenuto ad *adiuvandum*, ai sensi

[105] Cfr. Cons. in fatto. p.to 3.
[106] Cfr. Cons. in fatto p.to. 3.1.
[107] Cons. in fatto p.to. 3.2.
[108] Cfr. ord. n. 97 del 2021, Cons. in fatto p.to. 3.3.
[109] Cfr. Cons. in fatto p.to. 2.4.
[110] Come posto in evidenza da C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi*, amici curiae *ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2021, 134.

dell'art. 4 delle N.I per chiedere al Giudice costituzionale di «dichiarare ammissibile l'intervento e di accogliere le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal rimettente[111]».

Pur non avendo il Giudice delle leggi fatto apertamente riferimento a quanto dedotto dall'interveniente *ad adiuvandum*, tale circostanza pare, comunque, meritevole di interesse.

Inoltre, prima dell'entrata in vigore della riforma, il Giudice delle leggi non ha lasciato un "posto" alla scienza o alle conoscenze tecniche nell'adozione dell'ord. 207 del 2018 e della successiva sent. n. 242 del 2019.

Come è stato posto in evidenza dalla dottrina, in una situazione complessa come quella sottesa ai casi della vita che si intersecano con la dimensione del fine vita, la Corte costituzionale, complice l'inerzia legislativa, si è assunta «un ruolo di supplenza non voluta»[112].

In effetti, considerate anche le discrasie che si sono avute sul piano sostanziale tra le due pronunce, di estremo rilievo se si considera che nella sent. n. 242 del 2019 scompare del tutto il riferimento alla "dignità" di chi vuole porre fine alla propria esistenza, non sarebbe stato poco utile, vista l'importanza, sul piano etico e tecnico-scientifico, di una corretta impostazione della declaratoria di incostituzionalità in tema di suicidio assistito, l'attivazione di istruttorie formali e il coinvolgimento diretto degli scienziati[113].

È stato correttamente affermato, a proposito della tecnica del rinvio al Parlamento, che la Corte potrebbe, «attraverso il rinvio per l'ascolto degli esperti, sortire anche l'effetto di ammonire il legislatore relativamente all'accertamento di una situazione di illegittimità costituzionale, indicando implicitamente un termine ultimo per intervenire in *subiecta materia*»[114].

Pare di rilievo evidenziare, in un'ottica comparata, che il *BVerfG*, in occasione dell'adozione della pronuncia sul suicidio assistito del 26 febbraio 2020, ha audito, nel contesto dell'udienza pubblica tenutasi il 16 e 17 aprile 2019, numerosi esperti nel campo della ricerca sul suicidio assistito e in campo psichiatrico, sociologico, epidemiologico e farmacologico.

Non solo, sono stati auditi esperti nel campo del lavoro negli *hospice*[115].

L'indagine istruttoria ha certamente contribuito all'adozione – circostanziata – della pronuncia in questione, contraddistinta da tratti rivoluzionari – dieci mesi sono stati necessari per redigerla e votarla all'unanimità –, nonché foriera di rilevanti conseguenze sul piano dei diritti, e, soprattutto, sul piano del diritto al pieno, libero e autonomo sviluppo della personalità nella scelta di porre un termine alla propria vita,

[111] Cfr. ord. n. 132 del 2020, Cons. in fatto, p.to 1.4.

[112] Così 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*, 1/2020, 301.

[113] Così 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)*, cit., 301.

[114] In questo senso A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., 18.

[115] Così 2 BvR 2347/15, Rn. 179-180.

indipendentemente dall'esistenza di una malattia incurabile: il divieto di agevolazione commerciale del suicidio, previsto all'art. 217 del codice penale tedesco (*StGB*), rubricato divieto di servizi di suicidio assistito – promozione commerciale del suicidio, viola l'articolo 2, comma 1 («Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge morale»), in combinato disposto con l'articolo 1, comma 1 («La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla»).

Sempre a proposito del rilievo che può assumere nella giustizia costituzionale la conoscenza dei fatti tecnico-scientifici, si consideri che, più di recente, il *Bundesverfassungsgericht* ha adottato una pronuncia di primo rilievo con riferimento alla gestione della pandemia da Covid-19.

Ci si riferisce alla pronuncia adottata il 19 novembre 2021 (1 BvR 781/21), in occasione della quale sono stati rigettati i ricorsi promossi nei confronti del § 28 b (1) alinea 1 dai nn. 3-10 e comma 7 e § 28 c dell'I*nfektionsschutzgesetz* – IfSG – legge formale –, inserito dal *Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*) del 22 aprile 2021, che prevedeva rilevanti limitazioni in punto di libertà di riunione e di circolazione.

Più nel dettaglio, il Tribunale costituzionale ha ritenuto non fondati i ricorsi individuali in quanto la disposizione in questione prevedeva misure conformi al libero sviluppo della personalità dell'individuo (art. 2, comma 1, *GG*) e all'art. 2, comma 2, alinea 2 *GG* in combinato disposto con l'art. 104, comma 1, alinea 1, *GG*, disciplinanti la libertà di circolazione e di movimento.

I Giudici costituzionali hanno ritenuto di fare "salve" le discipline normative affermando che il legislatore non aveva adottato misure contrarie allo *standard* di proporzionalità in quanto le stesse erano pienamente rispondenti all'obiettivo che si ponevano di raggiungere, cioè la tutela della salute.

È inoltre interessante notare che secondo il *BVerfG* la verifica dello standard in questione non poteva prescindere dalla consapevolezza relativa all'incertezza delle conoscenze scientifiche sulla dinamica pandemica.

Quando sono in gioco i diritti fondamentali, infatti, le ambiguità e le difficoltà nella valutazione dei fatti non possono giustificarne una possibile lesione.

Tuttavia, se, a causa dell'imponderabilità delle conoscenze scientifiche, le possibilità per il legislatore di tracciare un quadro fattuale sufficientemente certo sono limitate, è sufficiente che si lasci guidare da una valutazione adeguata e ragionevole alla luce delle pur limitate conoscenze di cui dispone. Questo margine di manovra si basa sulla responsabilità assegnata dalla Legge Fondamentale al legislatore, unico legittimato a decidere sui conflitti tra interessi di alto e altissimo rango nonostante una situazione incerta[116].

Per tale ragione, in un quadro così complesso è emersa la necessità di tutelare l'individuo contro lesioni della sua integrità fisica.

Ebbene, nell'adottare tale pronuncia il Tribunale costituzionale ha ritenuto, alla luce del § 27a del *BVerfGG*, di dare a numerose società operanti nel settore scientifico, in

[116] Rn. 60 ss.

qualità di terzi esperti, la possibilità di esprimersi sulla dinamica pandemica tramite la redazione di pareri in risposta a domande legate alla dinamica dell'evoluzione del contagio, così come alle modalità di diffusione.

La pronuncia in commento costituisce un esempio di come i poteri istruttori possano garantire l'ingresso nel processo decisionale del Tribunale costituzionale di evidenze scientifiche per la comprensione della legittimità costituzionale dei bilanciamenti posti in essere dal legislatore soprattutto a fronte della difficoltà di reperire dati scientifici "certi" in merito a determinati accadimenti[117].

6. *I poteri istruttori dopo la riforma delle Norme integrative: il ruolo degli esperti e degli* amici curiae

Come noto, la Corte costituzionale, con delibera dell'8 gennaio 2020, è intervenuta sull'art. 4 N.I., inserendo l'art. 4-bis N.I. in tema di intervento di terzi, e introducendo, inoltre, gli artt. 4-*ter* e 14-*bis* N.I., relativi, rispettivamente, agli *amici curiae* e agli esperti.

Successivamente, il Giudice delle leggi è intervenuto con delibera del 22 luglio 2021, pubblicata nella GU n. 262 del 3 novembre 2021, prevedendo – per quanto interessa nella presente sede – all'art. 6 N.I. la disciplina degli *amici curiae* e contemplando, al primo comma, il deposito dell'opinione scritta con modalità telematica; inoltre, all'art. 17 N.I. viene regolata la disciplina degli esperti.

Se la riforma delle N.I. garantisce il supporto di soggetti altamente qualificati e competenti in materie specialistiche, mai convocati prima dell'intervento della modifica delle N.I., nonostante tale possibilità fosse già delineabile dalla lettura dell'art. 13 della l. n. 87 del 1953 e dagli artt. 12, 13, 14 delle N.I.[118], occorre forse domandarsi, ad oggi, con quale criterio sia possibile individuare gli esperti da convocare, soprattutto in un momento di grande crisi dell'*expertise*[119].

La Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 14-*bis* N.I, primo comma, «ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite. Con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti».

Inoltre, ai sensi del nuovo comma terzo dell'art. 17 N.I, entrato in vigore il 3 dicembre 2021, è previsto che la Corte possa «disporre l'acquisizione da parte degli

[117] Per un commento si veda Cfr. W. KLUTH, *Pandemierecht 4.0. Schlussfolgerungen aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht vom 19.11.2021*, in *Verfassungsblog*, 10 dicembre 2021.

[118] Cfr. C. MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi*, amici curiae *ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale*, cit., 142.

[119] Per un'analisi sulla problematica in questione si veda G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., 171-200 e G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., 230. Più in generale, sulla natura che assumono gli esperti si veda, ancora, G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., 222.

esperti ascoltati di documenti o di una relazione scritta, del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite».

La disposizione in questione è di particolare interesse, in quanto sembrerebbe positivizzare – in veste "telematica" – una forma di acquisizione di documenti che, oltre ad essere utilizzata nell'ordinamento tedesco, è stata di recente disposta, come si vedrà, in occasione dell'ord. n. 79 del 2021 e 131 del 2021 ai sensi dell'art. 12 delle N.I, che prevede la possibilità per la Corte di disporre «con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione»[120].

Ebbene, la problematica legata alla vaghezza dell'espressione «esperti di chiara fama»[121] si lega a quella, generale, della crisi del sapere scientifico, avallata dalla letteratura tedesca, che ha posto in evidenza come la scelta dell'esperto sia, di fatto, fortemente orientativa[122]: si è sostenuto che l'opacità dei criteri di scelta degli esperti possa ingenerare «forme di pericolosa sfiducia» verso le pronunce della Corte[123].

Quanto appena scritto sembra potersi riallacciare a quanto sostenuto in letteratura a proposito dell'opportunità di giustificare la scelta degli esperti, «anche con riferimento alla preparazione dell'esperto sul punto in discussione»[124]; allo stesso modo, la modifica delle N.I. impone di riflettere anche sulla conoscibilità del contenuto dell'audizione degli esperti[125].

Inoltre, sempre con riferimento a quanto previsto dall'art. 14-*bis* N.I. e in ragione della vaghezza della previsione in esso contenuto, sono stati avanzati dubbi interpretativi sulle specifiche discipline rispetto alle quali possono venire auditi gli esperti[126].

A questo proposito, è stato autorevolmente specificato che questi ultimi verrebbero auditi rispetto ad *altre* discipline, diverse quindi rispetto a quelle di competenza dei Giudici costituzionali[127], alla stregua di quanto accade nell'ambito della giustizia costituzionale tedesca.

Come si è avuto modo di vedere con riferimento alla prassi del *BVerfG*, gli esperti «di chiara fama» possono assumere un ruolo fondamentale «per ricevere apporti su problemi specifici che vengano in rilievo nella trattazione delle questioni portate all'esame» della Corte costituzionale[128].

---

[120] La disposizione in questione non viene modificata dalla riforma delle N.I. che è entrata in vigore il 3 dicembre 2021.

[121] Sul punto si veda A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., 15 ss.

[122] W. BLANQUETT e C. CASSER, *Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen,* in *Kritische Justiz*, Vol. 50, No. 1/2017, 16, come riportato da M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., 130.

[123] Così A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., 16.

[124] Cfr. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 12, che si riferisce al procedimento di selezione degli esperti con riferimento al caso che ha interessato le POER.

[125] G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 13.

[126] Così M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020, 142-144.

[127] In questo senso M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 3.

[128] Cfr. ancora M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 3.

Tanto premesso, dal gennaio 2020 ad oggi, però, il Giudice delle leggi ha convocato, mediante ordinanza, pochi esperti: tuttavia, le risultanze degli stessi sembrano essere state valorizzate in alcune occasioni, come si vedrà.

Ci si riferisce al caso relativo alle POER, ovvero alle posizioni organizzative di elevata responsabilità, nell'ambito del quale la Corte costituzionale ha ritenuto, con l'ordinanza del 25-27 febbraio 2020, di convocare due esperti in Camera di Consiglio, in seguito ascoltati, a causa dell'emergenza sanitaria derivante da COVID-19, nella camera di consiglio del 27 maggio 2020 «alla presenza della parte costituita e dell'Avvocatura dello Stato, le quali hanno replicato alle osservazioni degli esperti nella successiva camera di consiglio dell'11 giugno 2020».

Il Giudice delle leggi ha ritenuto necessario acquisire informazioni sulle «ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità»[129].

Nell'ordinanza di convocazione di esperti in questione, il Giudice delle leggi aveva posto quesiti sulle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali di creare la nuova figura delle POER, sulle mansioni da attribuire, sulle modalità di selezione, sui presupposti e sulle ricadute legate alla sua istituzione[130].

Il fine, come sottolineato dalla dottrina, era quello di «valutare preventivamente le ricadute ordinamentali»[131] della pronuncia – la sent. n. 164 del 2020 – con cui sono state dichiarate non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulle norme disciplinanti le POER delle agenzie fiscali[132].

Emerge, in questo senso, la "rivoluzione" insita nella formalizzazione della convocazione e dell'audizione degli esperti prevista dalla riforma delle N.I[133], così come nell'acquisizione di informazioni utili ai fini della decisione del giudizio da parte degli *amici curiae*[134]: il tema dell'impatto della pronuncia, sia esso ordinamentale o settoriale, inizia, infatti, a venire ad esistenza nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, facendo così sperare, peraltro, che il Giudice delle leggi non nasconda più il timore legato alle conseguenze giuridiche delle proprie pronunce dietro un'opaca modulazione degli effetti nel tempo[135].

---

[129] Si veda l'ord. di convocazione di esperti del 27/02/2020.

[130] Sul punto si veda la dettagliata ricostruzione di G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 9-10.

[131] Cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della* prassi, cit., 17.

[132] Sull'utilizzo dei poteri istruttori nel caso di specie si veda G. TROPEA, *La Consulta salva il "Re Pallido" nell'annosa vicenda delle cd. Poer (posizioni organizzative a elevata responsabilità) presso l'Agenzia delle Entrate*, in *Rivista AIC*, 6/2020.

[133] Secondo parte della dottrina, l'audizione degli esperti non avrebbe «lasciato alcun segno nella motivazione della sentenza», così ponendo in dubbio il rispetto della disciplina processuale da parte della Corte costituzionale e, conseguentemente, la sua stessa legittimazione. Cfr. G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, cit., 13, 22-23.

[134] Rileva, in questo senso, la sent. n. 236 del 2021, nell'ambito della quale l'opinione dell'*amicus curiae* viene richiamata nella parte in diritto (cfr. cons. in dir. p.to 9.4).

[135] In generale, la necessità che le opinioni degli *amici curiae* trovino adeguato spazio nella parte motiva della pronuncia, anche al fine di «rendere davvero conto, all'esterno, della concreta utilità di questo strumento conoscitivo/partecipativo, e di rispondere ad un suo eventuale uso distorto», è ben evidenziata da G. BERGONZINI, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, cit., 205-207.

Successivamente, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 554 e 849, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022) e dell'art. 57, comma 1, del decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili), convertito, con modificazioni, nella legge 19 dicembre 2019, n. 157, promosso dalla Regione Liguria per conto del Consiglio delle autonomie locali della Regione Liguria, ha adottato l'ord. n. 79 del 2021, rilevando la necessità, non ai sensi dell'art. 14-bis delle N.I., bensì «ai sensi dell'art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, finalizzato ad acquisire ulteriori e specifiche informazioni indispensabili ai fini della decisione», di richiedere a soggetti specificamente individuati un'apposita relazione, oltre che la convocazione in audizione del Ragioniere generale dello Stato e del Presidente dell'Istituto per la finanza e l'economia locale[136].

Interessante notare, nella sent. n. 220 del 2021, che il Giudice delle leggi integra la parte motiva della pronuncia con le risultanze delle audizioni disposte con ordinanza al fine di rafforzare il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata sull'art. 1, comma 554, della l. n. 160 del 2019[137] e sull'art. 1, comma 849, della l. n. 160 del 2019[138].

Rileva, inoltre, anche l'ord. n. 131 del 2021 in tema di misure di sicurezza, adottata nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 del codice penale e dell'art. 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri), convertito, con modificazioni, nella legge 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera a), del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), convertito, con modificazioni, nella legge 30 maggio 2014, n. 81, promosso dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Tivoli con ordinanza dell'11 maggio 2020.

La Corte costituzionale ha richiesto, alla luce della necessità di procedere ad un'apposita istruttoria, il deposito di una relazione su quattordici quesiti da parte del Ministro della Giustizia, del Ministro della Salute, del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e del Presidente dell'Ufficio Parlamentare di bilancio.

Si considerino le pronunce nn. 198 del 2021, 202 del 20221, 210 del 2021, 216 del 2021, 218 del 2021, 250 del 2021, 251 del 2021, 261 del 2021, 12 del 2022, 79 del 2022 e 31 del 2022, in occasione delle quali il Giudice delle leggi, pur avendo indicato, nel considerato in fatto, il deposito dell'opinione scritta, non ha in seguito utilizzato, a rafforzamento del proprio percorso argomentativo, gli argomenti enucleati dagli *amici curiae*.

Di recente, nella sent. n. 67 del 2022 il Giudice delle leggi ha affermato, nel Cons. in dir. p.to 3, che «Preliminarmente si dà atto che, con decreto del Presidente della Corte costituzionale del 4 gennaio 2022, ai sensi dell'art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, vigente ratione temporis, sono state ammesse le opinioni scritte presentate dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), in qualità di amici curiae, opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte».

[136] L'udienza pubblica si è tenuta il 5 ottobre 2021.

[137] Cfr. Sent. n. 220 del 2021, Cons. in dir. p.to. 5.1-5.2.2.

[138] Cfr. sent. n. 220 del 2021, Cons. in dir. p.to. 5.3.2.

Nel caso di specie, l'esercizio del potere istruttorio avrebbe avuto, secondo parte della letteratura, «l'intento di richiamare l'attenzione del legislatore e delle amministrazioni pubbliche […] sulle difficoltà applicative della riforma, facendo sì che vi sia un intervento in tempo utile ovvero prima che sia troppo tardi»[139].

Ebbene, nella successiva sent. n. 22 del 2022 il Giudice delle leggi ha considerato ampiamente i dati tecnici emersi dall'istruttoria, specificando, al p.to 6 del Cons. in dir., come non potesse esimersi dalla declaratoria di inammissibilità delle questioni prospettate «anche alla luce di quanto è emerso dall'istruttoria».

7. *L'A.S. 1952, rubricato «Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale»*

Il rapporto tra modulazione degli effetti nel tempo e utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale è stato posto in evidenza nel disegno di legge "Lanzillotta"[140], che descrive compiutamente le ragioni poste alla base dell'esigenza di una modifica dell'attuale disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, prendendo le mosse dal problema del "costo" delle pronunce della Corte, emerso, nello specifico, in seguito all'adozione della sent. cost. n. 70 del 2015.

Con specifico riferimento all'istruttoria, nella relazione introduttiva del disegno di legge è possibile leggere che «[l]a soluzione che qui si propone non impedisce effetti retroattivi alle pronunce della Corte costituzionale ogni qualvolta esse producano effetti sui bilanci ma offre alla Corte stessa la possibilità di attenuare e/o eliminare l'impatto finanziario che emerga dal rafforzamento dell'istruttoria prevista dal presente disegno di legge».

Il nesso "strutturale" tra conoscenza dei fatti e "consapevole" modulazione degli effetti nel tempo con riferimento alla materia economico-finanziaria costituisce, forse, proprio l'elemento più di rilievo del disegno di legge, il cui esame, però, non ha mai avuto inizio.

Il testo, che consta di soli due articoli, prevede, all'art. 1 (Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87), lettera *c)* che «al terzo comma dell'articolo 30, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali». Il

[139] Così E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito*, *in anticipo su Strasburgo?* in *Nomos*, 2/2021, 10.

[140] Ci si riferisce all'A.S 1952, rubricato «Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale» e assegnato alle commissioni riunite 1a (Affari costituzionali) e 5° (Bilancio) in sede referente l'8 luglio 2015. Per un'ampia disamina dell'A.S in questione si veda C. FAVARETTO, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l'opinione dissenziente nell'A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015*?, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2015. Si veda anche E. FURNO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale: un'occasione mancata dalla riforma c.d. Renzi-Boschi?* in *Osservatorio AIC*, 3/2016, 4.

fine era quello di riaffermare, «sul piano legislativo, la possibilità per il Giudice costituzionale di gestire gli effetti temporali delle proprie pronunce»[141].

All'art. 1 lett *a)* è previsto che «La Corte dispone altresì ordinanze istruttorie ai fini dell'acquisizione di dati e informazioni. Nell'ipotesi in cui la soluzione della questione di legittimità costituzionale possa comportare maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica, la Corte, anche su richiesta dell'Avvocatura generale dello Stato o del rappresentante della Regione interessata, ha facoltà di chiedere al- l'Ufficio parlamentare di bilancio di cui all'articolo 16 della legge 24 dicembre 2012, n. 243, una relazione sugli effetti finanziari dell'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell'istanza o del ricorso».

Non è un caso che la proposta di modifica dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953, sia intervenuta proprio a seguito dell'adozione di una sentenza "di spesa": l'esigenza di procedere ad una forma di legittimazione della gestione degli effetti nel tempo da parte della Consulta si riallaccia prepotentemente al *topos* delle conseguenze giuridiche, e, in particolare, a quello delle conseguenze finanziarie[142], tanto è vero che l'A.S. 1952 ha inteso valorizzare pienamente l'Ufficio Parlamentare di Bilancio, e ciò al fine di stimolare il Giudice delle leggi ad una consapevole gestione degli effetti nel tempo alla luce di esigenze di natura finanziaria.

Ebbene, l'obiettivo di rendere sempre più efficiente la gestione degli effetti nel tempo si accompagna alla proposta relativa all'introduzione non solo di un utilizzo idoneo dei poteri istruttori, in modo tale da orientare le decisioni ad una previa consapevole conoscenza delle conseguenze economico-sociali, ma anche, dall'altro, all'attuazione dell'istituto della *dissenting opinion*, in modo tale da arricchire e rendere maggiormente trasparente il dibattito sulle decisioni prese dal collegio giudicante[143].

Pare interessante considerare, come rilevato dalla dottrina, che la promozione dell'utilizzo dei poteri istruttori tracciata nel disegno di legge appena commentato è stata in parte "coperta" – ma non con riferimento alla modulazione degli effetti nel tempo – «dalla riforma delle N.I.: emerge, in questo senso, la (forte) tensione tra auto-normazione e regolamentazione da parte del legislatore del giudizio davanti alla Corte costituzionale»[144].

In definitiva, e più in generale, chi scrive ritiene che l'utilizzo dei canali di acquisizione di dati e informazioni offerti dalle nuove N.I. possa indurre la Corte costituzionale a fare un utilizzo più cauto e, al tempo stesso, più consapevole della gestione degli effetti nel tempo.

A questo proposito, però, si consideri che la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione sulla legittimità costituzionale degli "articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito, con modifiche, nella l. n. 98 dello stesso anno,

---

[141] Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 337.

[142] Per una definizione si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie*, cit., 320.

[143] Per un commento si veda A. TURTURRO, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: "nuovi" poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

[144] Cfr. M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, cit., 198.

nella parte in cui tale disciplina conferisce ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni delle corti presso cui operano come magistrati onorari"[145], è stata decisa senza attivare alcuna istruttoria formale, nonostante la sent. n. 41 del 2021 si colori, in ragione dell'impatto ordinamentale che sarebbe derivato dall'adozione di una secca declaratoria di incostituzionalità, di una forte modulazione degli effetti nel tempo.

8. *Riflessioni conclusive*

Volgendo alle riflessioni conclusive, il ricorso all'istituto degli esperti può costituire un elemento di forza della giustizia costituzionale italiana[146].

Nell'ordinamento tedesco, lo si è visto, il ricorso a "terzi esperti", siano essi più spesso esperti «di chiara fama», permette al *BVerfG* di decidere su questioni di legittimità costituzionale che coinvolgono diritti fondamentali.

Si pensi, in questo senso, alle acquisizioni di informazioni di carattere tecnico-scientifico che sono state richieste di recente dal *BVerfG* in tema di divieto di aiuto commerciale al suicidio o rispetto all'*Infektionsschutzgesetz*; si pensi, al contrario, a quanto accaduto, sempre in tema di suicidio assistito, con riferimento alla sent. n. 242 del 2019.

Allo stesso modo, il deposito delle opinioni degli *amici curiae* potrebbe contribuire, con il tempo, ad un progresso[147], poiché permette alla Corte di trattare le questioni alla luce di dati di rilievo da parte di enti che «ben conoscono il contesto applicativo delle norme oggetto di giudizio e, quel che più conta, di farlo nel pieno rispetto della trasparenza e del contraddittorio, così che tali acquisizioni possano espressamente figurare nella motivazione»[148].

Ad esempio, a proposito dello schema "Cappato" inaugurato dall'ord. n. 207 del 2018, l'attrazione di informazioni e dati può rendersi utile nel contesto della tecnica decisionale del rinvio al legislatore, così da ottimizzare il rapporto con il Parlamento soprattutto laddove sia necessaria una riforma strutturale rispetto a specifici ambiti o "zone" del diritto[149].

---

[145] Cfr. R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta Online*, 1/2021, 288.

[146] Sul circolo evolutivo che può essere innescato dalla riforma delle N.I cfr. A. RAUTI, *Le nuove "norme integrative" della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, 26.

[147] D'Amico fa riferimento ad un positivo allargamento del contraddittorio. Così M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, cit., 136. Sui rischi legati all'utilizzo dell'istituto degli *amici curiae* cfr. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 411; si veda anche M. MANETTI, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 505 ss.

[148] Così A. M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere* amicus curiae *e esperti dalla porta principale*, cit., 7.

[149] Sul rapporto tra attivazione dell'istruttoria e Parlamento si veda E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito*, *in anticipo su Strasburgo?*, cit., 7 ss.; analogamente, R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, cit., 606.

Infine, come sperimentato nella giustizia costituzionale tedesca, una buona conoscenza dei fatti – che, tuttavia, deve essere posta ancor di più in evidenza nella parte motiva della pronuncia, come sottolineato da recente dottrina[150], anche alla luce dell'obbligo generale di motivare le proprie pronunce sotteso al Giudice costituzionale ai sensi del § 30 par. 1 del *BVerfGG*, talvolta disatteso con riferimento ai poteri istruttori dal Tribunale costituzionale federale – potrebbe contribuire ad una modulazione degli effetti nel tempo ben argomentata, fondata su dati scientificamente o tecnicamente comprovabili e certi, oltre che promuovere, al netto della – ad oggi – mancata riforma della disciplina degli effetti delle sentenze nel tempo, una possibile maggiore legittimazione del Giudice delle leggi nella gestione del fattore tempo[151].

[150] Si veda C. BARTMANN, *Das Beweiserecht in den Verfahren vor der Bundesverfassungsgericht*, cit., 352.

[151] Si consideri che, ad esempio, forti sono state le critiche relative alla modalità con cui la Corte costituzionale ha impostato la gestione del fattore temporale; da ultimo, si veda la sent. n. 41 del 2021. Cfr. V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021.

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

S. RESIDORI, *SOVVERSIVE, RIBELLI E PARTIGIANE. LE DONNE VICENTINE TRA FASCISMO E RESISTENZA (1922-1945)*, CIERRE EDIZIONI, SOMMACAMPAGNA (VR), 2021, PP. 1-352

RECENSIONE[*]

LUCIO PEGORARO[**]

1. Per quale motivo un comparatista, un costituzionalista, un giurista, dovrebbero interessarsi a un libro, come quello recentemente pubblicato da Sonia Residori, che è studiosa di storia? Per lo più, di un libro di nicchia, dato che parla delle donne vicentine dal fascismo alla Resistenza?

La risposta sta forse nelle mie righe conclusive di un breve scritto, pubblicato nell'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2015* (Esi, Napoli, 2015) e dedicato alle partigiane[1]:

«Non si può capire e interpretare il diritto, specialmente quello costituzionale, senza leggerne nella storia le ragioni; né si può bene intendere cosa sia la sovranità popolare, se la si giustifichi solo alla luce dei dati formali. Le idee della Resistenza sono le idee dei suoi militanti e dei suoi martiri, presi a uno a uno, presi nelle distinte formazioni combattenti, presi nel loro insieme. Sono le idee confluite, nell'Europa liberata dai fascismi, in un nuovo modello di Stato ma, prima ancora, di società, e in Italia in una nuova Costituzione, la cui Prima parte continuo a considerare, anche se ormai è quasi eresia, "la più bella del mondo"».

La storia della Resistenza è anche storia del diritto, come è storia *tout-court*, e storia dell'economia, della sociologia e così via: La sensibilità per la storia – scriveva

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

[**] Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Bologna, Profesor afiliado nell'Universidad Autónoma de Nuevo León.

[1] L. PEGORARO, *Diritto costituzionale e Resistenza. Una breve rilettura attraverso le lettere dei condannati a morte (e le canzoni partigiane)*, anche in *Quaderni sulla Resistenza e la RSI (1943-1945)*, n. 1, 2014, e in F. Cortese (a cura di), *Resistenza e diritto pubblico*, Firenze, 2016.

Giovanni Bognetti[2] – presuppone «la voglia di ricostruire gli episodi giuridici», sia «nella direzione delle radici di ispirazione ideale che stanno alla loro base», sia «anche nella direzione dei rapporti con i fatti politici, sociali, economici che hanno, da vicino o da lontano, esercitato condizionamenti». E la storia del diritto «è la principale disciplina da cui dobbiamo attenderci la vera, intelligente conoscenza del fenomeno giuridico», che «ci ha messo in condizione di penetrare nell'anima dei sistemi normativi di tanti popoli, cogliendoli nella viva realtà del loro sviluppo storico».

Matteo Nicolini, commentando quanto annotavo sulle *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*[3], mi ricordava la Sect. 175 del Cap. XVI del *Secondo trattato sul governo* di John Locke. «Though governments can originally have no other rise than that before mentioned, nor polities be founded on any thing but the consent of the people; yet such have been the disorders ambition has filled the world with, that in the noise of war, which makes so great a part of the history of mankind, this consent is little taken notice of: and therefore many have mistaken the force of arms for the consent of the people, and reckon conquest as one of the originals of government. But conquest is as far from setting up any government, as demolishing an house is from building a new one in the place. Indeed, it often makes way for a new frame of a commonwealth, by destroying the former; but, without the consent of the people, can never erect a new one». Mi segnalava altresì la Sec. 176 del medesimo *Trattato*, giacché il carattere rimediale della Resistenza si fonda sulla Giustizia.

E aggiungeva: «Mi viene anche in mente la lettura che della *Seconda Lettera ai Tessalonicesi* di San Paolo dà Massimo Cacciari ne *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013: sono la costanza e la pazienza (lì, unita alla preghiera) a inverare il *Katechon* a fronte dell'operare dell'*Antikeimenos*. Una visione provvidenzialistica, certamente: ma che le stesse canzoni partigiane non richiamano un futuro migliore? E che porterà all'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale? Che affonda, appunto, le radici nelle basi provvidenzialistiche della Resistenza».

A meno di ridurre il diritto a mera stesura e interpretazione letterale delle disposizioni normative, conoscere il diritto comparato presuppone conoscere la storia; conoscere il diritto costituzionale italiano ed europeo presuppone conoscere la Resistenza; conoscere il ruolo (e la discriminazione) delle donne, oggi, presuppone conoscerne le battaglie (anche) nella opposizione al fascismo e nel movimento resistenziale.

2. Nel libro che qui si commenta Sonia Residori riprende un tema a lei caro, già trattato in precedenti opere, ad es. *Donne in guerra. La quotidianità femminile nel Polesine del secondo conflitto mondiale*, Minelliana, Rovigo, 1996, e *Il Guerriero giusto e l'Anima bella. L'identità femminile nella Resistenza Vicentina (1943-45)*, Editrice Centro Studi Berici, Vicenza, 2008, oltre che in molti saggi e articoli. Tema peraltro oggetto di vasta letteratura storica, e di ricostruzioni dettagliate, quasi sempre

[2] G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Il metodo)*, Torino, 1994, 27.

[3] *Lettere di condannati a morte della Resistenza europea*, a cura di P. Malvezzi e G. Pirelli, Torino, 1963.

circoscritte territorialmente oltre che (per forza di cose) temporalmente, alimentate da minuziose ricerche delle fonti documentali o personali, attraverso testimonianze, interviste, rassegne della stampa. Di tale letteratura il volume dà ampiamente conto nell'apparato di note. Talché il primo insegnamento che se ne trae, spesso dimenticato da quei giuristi che si adagiano nella tranquilla serenità dei luoghi comuni e degli stereotipi tralaticiamente tramandati, è l'importanza delle ricognizioni empiriche attualizzate per poter arrivare a conclusioni generali (verificabili anche "esternamente", e dunque scientifiche).

Si sviluppa in due parti: "Donne e regime fascista" e "Donne in tempo di guerra", che si scandiscono in una successione ordinata di capitoli, ai quali si aggiunge – oltre che una sezione fotografica di ritratti – un'appendice documentale.

Nella prima parte, i capitoli sono dedicati alle "Donne sovversive tra amore per la famiglia e amore per l'idea", e a "La 'donna nuova' del fascismo". Nella seconda, i titoli sono "Dentro la storia", "Donne che non hanno paura", "Le donne della Resistenza" e "Violenza di guerra".

Sembrano discontinui, e non sempre legati da un nesso comune. Ma ciò che li unisce è il metodo, la sequenza non solo temporale e non solo tematica, la testimonianza preceduta dalle contestualizzazioni e seguita dalle considerazioni dedotte; questo è il *fil rouge* del libro, che si legge quasi come un romanzo. Ciò dà anche ragione di alcuni rari disequilibri tra parti più lunghe e parti più brevi. Non sempre le fonti dirette sono egualmente ricche e accessibili, e chi va alla sostanza delle cose non se ne dorrà certamente.

Soprattutto, ciascun frammento si inserisce in un impianto multidisciplinare che dà conto del rapporto tra donna e tradizioni, donna e società, donna ed economia, donna e politica. E, trasversalmente, tra utilità e ideali, tra singolo (*recte*, singola) e appartenenze (al genere, alla specie), tra conservazione e avanguardia.

Se ne ricava un affresco compatto, omogeneo, che testimonia, anche coi dati, l'impressionante apporto delle donne alle rivendicazioni economiche e alle rivendicazioni politiche, sia in epoca fascista, sia nella fase resistenziale, e in più ne illustra attraverso carteggi e testimonianze le motivazioni. Ciò che mi pare emerga in modo forte è che la ribellione si lega ai bisogni, alla coscienza di classe, alla coscienza civica, all'anelito di giustizia e di libertà, più che al genere.

In questo senso, Sonia Residori non poteva essere più "femminista" di così, restituendo all'espressione la connotazione più nobile, fatta propria recentemente dalle correnti che non vogliono slegare la battaglia di genere a quella delle rivendicazioni egalitarie in campo sociale, culturale, economico e geopolitico, e collegando così la lotta delle donne a categorie più vaste. Ci tornerò tra un attimo, non senza, prima, aver ricordato che comunque la critica alla componente discriminatoria uomo/donna ereditata dalla tradizione patriarcale segna tutto il libro, dai capitoli dedicati alla fase fascista, alle pagine sulle lotte economiche, fino alla fine della guerra; e lo fa in modo "politicamente" imparziale, ad es. dove l'a. ricorda la pratica della "tosatura" dei capelli, usata dai fascisti come pure dai partigiani (p. 222 ss.), o dove si rammenta che

dopo la Liberazione alle donne fu talora impedito di marciare insieme ai partigiani uomini (p. 269 ss.).

Ne sono buona testimonianza alcune informazioni, spigolate qua e là: ad es., a p. 25 S. Residori ricorda che nel 1929 i condannati in seguito agli scioperi furono oltre 2000, di cui l'82% donne; e subito dopo (p. 26 ss.) riferisce dei reiterati scioperi delle mondine, come pure *passim* di decine di episodi legati alla lotta economica nelle tessiture e filande del vicentino (es. p. 237).

L'intero libro è scandito dalle storie individuali (l'essere umano che si sofferma «per un istante sulle piccole cose perdute e soprattutto sugli affetti familiari» – direbbe E. Opocher)[4]. La loro somma però dà un risultato diverso, che fa affiorare – nelle parole di L. Mariani citato a p. 162 – sia la coscienza della femminilità come «una forza manipolabile [che] le spingeva a realizzare nuove immagini di sé», sia la coscienza politica.

Sino in epoca fascista «la posizione di queste donne non era per nulla complementare a quella maschile, poiché furono in grado, con tutto il loro coraggio, di affiancare i mariti nel loro impegno politico quando non sostituirli in tutto per tutto, nonostante la cura richiesta dai figli piccoli» (p. 51 s.).

Ma – osserva Sonia Residori a p. 124 – la «rappresentazione maschile della donna in guerra, offerta dalla propaganda del regime fascista, prima, dalla Repubblica sociale poi, non si discosta di molto da quella proposta dalla Resistenza. Entrambe le parti in lotta ripropongono fondamentalmente il mito tutto maschile della *mater dolorosa*, racchiuso nei confini di quel dolore passivo e contemplativo. Ancora oggi studiare e interpretare queste donne significa fare i conti con una memoria pubblica che, stratificata per decenni, le ha rappresentate solo come madri (o figlie o vedove o sorelle) dei combattenti. In vece, in mezzo a sofferenze e rinunce, dalla guerra non solo nascono nuove forme di autoaffermazione […], ma riemergono vecchie forme di protesta e le donne tornano a far sentire la loro voce, forte e chiara, talora irata. Si organizzano in gruppi più o meno numerosi, forse per ispirazione delle militanti del partito comunista (Gruppo di difesa delle donne), o forse, più spesso, in modo del tutto spontaneo, senza esprimere alcuna volontà politica, perché nella maggioranza domina il sentimento di odio per la guerra e il desiderio della pace anche a qualsiasi costo».

Nel suo libro *Le donne e la Resistenza. Interviste a staffette e a partigiane vicentine*, anche Benito Gramola[5] ricorda che «Proprio le donne, che il fascismo voleva soltanto belle e forti, madri sottomesse e poco colte, seppero mobilitarsi in massa per difendere la loro dignità e il loro diritto a una funzione attiva nella società civile; anzi difesero e incoraggiarono alla ribellione gli stessi soldati, che scappavano a casa per cercarvi riparo e protezione».

Il percorso narrativo del volume, che come detto non lesina critiche anche alla parte combattente che sta nel giusto, conduce a una sintesi ineluttabile: è la lotta disperata, è il sacrificio di quelle donne a scalfire pian piano – non certo del tutto – gli

[4] E. OPOCHER, *L'ideale di Giustizia della Resistenza*, in E. OPOCHER, F. BENVENUTI, G. BERTI, E. GALLO, *Giustizia e Resistenza*, Padova, 1977, 9.

[5] B. GRAMOLA, *Le donne e la Resistenza. Interviste a staffette e a partigiane vicentine*, Vicenza, 1994, 12.

stereotipi alimentati dalla cultura patriarcale che nel fascismo, con l'avallo delle gerarchie ecclesiastiche, trova il punto di affioramento più estremo, ma che spesso tenacemente resiste anche nella mentalità dei combattenti per la libertà. Come in passato ho già avuto modo di segnalare, i formanti non viaggiano alla stessa velocità, perché l'economia è rapida, il diritto lento, la cultura lentissima, al punto che non basta la partecipazione femminile all'opposizione, alla guerra, alla Resistenza, insieme al mutato assetto delle relazioni sociali, economiche e lavorative tra uomo e donna, a cambiare se non lentamente i rapporti.

3. La lettura del libro di Sonia Residori – dedicato alle donne sovversive, ribelli e partigiane che si sono opposte al fascismo ma anche alla condizione di sudditanza alla cultura maschilista – serve molto anche ai comparatisti e ai giuristi, specie ai costituzionalisti, per riflettere sulle categorie che le sue pagine utilizzano per narrare la storia: valori comuni da una parte, generati dal contesto, e rivendicazioni di genere, dall'altra.

L'insegnamento che ne traggo è che la coscienza di una comune appartenenza di genere, trasversale alle strutture economiche, agli assetti politici, alle strutture sociali e alle condizioni fattuali è sì percepibile perché effettiva, ma è da tali fattori condizionata. È ciò, mi pare, che le correnti del femminismo occidentale ricco, borghese ed elitario spesso rifiutano di percepire, quando affermano l'assolutezza e l'universalità di rivendicazioni che trovano senso (quasi) solo nella società che le esprime. Declinare al femminile un participio presente (ignorante, amante, *presidente*, ecc.) può rappresentare un emblema di lotta (a volte pare quasi il principale) nelle grandi capitali europee o del mondo anglosassone; lo è forse meno nelle selve e negli altopiani latinoamericani, in Africa, in Asia, nel mondo islamico. In quest'ultimo, non casualmente, si fronteggiano orientamenti che vogliono finalmente rivalutare il ruolo femminile aggiornando la lettura maschilista del Corano, ma muovendo dal Libro sacro, ad altri che viceversa pretendono di importare nel deserto le conquiste dell'occidente industrializzato.

Nelle parole di Boaventura de Sousa Santos[6], «lo que hoy consideramos universal es lo fundacional de Occidente transformado en universal. En otras palabras, es un localismo globalizado».

In quelle di Silvia Bagni[7], nella concezione occidentale «El concepto de derecho subjetivo, absoluto o relativo, no es otro que la delimitación de un poder al que corresponde la sujeción, la obligación o el deber de uno o de todos los que entran en relación con el titular del derecho, dentro de los límites de la extensión normativa de aquél. Quizás este sistema intrísecamente conflictivo es la base del fracaso de las políticas multiculturales de muchos países, aplicadas en el plano jurídico a través de la creación de tantas comunidades separadas como son los posibles elementos que diferencian entre sí a los seres humanos: mujeres contra hombres, ciudadano contra extranjero, "heterosexual" contra "homosexual", blanco contra negro, etc.; o mediante

[6] B. DE SOUSA SANTOS, *Derechos humanos, democracia y desarrollo*, Bogotá, 2014, 38.

[7] S. BAGNI, *Dal* Welfare State *al* Caring State*?*, in ID. (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, 23.

la extensión, según el principio de igualdad formal, de la titularidad de los mismos derechos sin discriminaciones de raza, etnía, lengua, etc.».

Tale riflessione – come è stato scritto[8] – muove dalla critica al concetto di potere imposto dall'epistemologia occidentale, che non riflette la filosofia dei popoli originari, e neppure la visione della popolazione attuale, quale prodotto del processo di conquista e colonizzazione. Alle mie studentesse, che dibattevano sul costituzionalismo critico dalla prospettiva femminista, Nilda ricordava che la cultura Maya non opera la distinzione uomo/donna.

Secondo questa prospettiva, occorre abbandonare o almeno integrare una teoria costituzionale basata su categorie come sovranità, potere costituente, Stato, individuo, eguaglianza, libertà, democrazia, costituzione, che derivano da esperienze europee marcate da «un antropocentrismo basato su un protagonista escludente: l'uomo europeo, maschio, cristiano, adulto, bianco, eterosessuale, istruito e proprietario», la cui "umanità" si basa sul dominio e la sottovalutazione o espulsione degli altri dal contratto sociale. Tale protagonista – afferma Nilda Garay – si consolida nel contesto coloniale, con l'elaborazione di una teoria costituzionale alla cui base sta il colono, che si autopercepisce come essere umano superiore, proprietario del potere politico, economico ed epistemico, autore e soggetto di tale teoria costituzionale. Approfondisce poi il rapporto tra lotte delle donne e occidentalismo in un intervento destinato al n. 31 (2022) della *Revista General de Derecho Público Comparado*, su "Pensamiento crítico en derecho: deconstruyendo mitos jurídicos", intitolato: *Lo genérico y lo no occidental*.

La contraddizione si coglie bene nell'enfasi che *media* e studiosi/e dedicano alla conquista, da parte di poche migliaia di donne benestanti delle città della penisola arabica, del permesso di guidare l'automobile da sole, contrapposta al quasi silenzio sulle privazioni di altri milioni (miliardi) di esse, sulla povertà, sul dolore di separarsi dai figli, sulla lontananza, sull'emigrazione… Tutte cose che, invece, vengono fuori forti e chiare dalle testimonianze del libro di Sonia Residori. (La quale, non casualmente, riferisce come, nel contesto dell'Italia contadina e fascista, non mancasse anche da noi chi si opponeva alla patente di guida per le donne: v. p. 67 s.)

4. Insieme ad Angelo Rinella, ho dedicato il manuale di *Sistemi costituzionali* (Giappichelli, Torino, 2020) a una giovane partigiana, «Ayse Deniz Karacagil, combattente curda, caduta in battaglia», e l'esergo è di Roberto Vecchioni, che le tributa una canzone, *Cappuccio rosso*, del 2018: «E invece viene un giorno nella vita/che scegli e se non scegli l'hai tradita/e non importa se si vive o muore/piangere gioia o ridere dolore».

Le donne e ragazze curde stanno percorrendo gli stessi erti cammini delle nostre madri e nonne che hanno combattuto contro il fascismo e i nazisti. Il riconoscimento del ruolo, l'erosione del crittotipo culturale maschilista, lo hanno conquistato come le partigiane europee con la lotta e col sangue.

[8] N. GARAY MONTAÑEZ, *Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder*, in *Revista general de derecho público comparado*, 2020.

Nel delineare la Costituzione del futuro Stato curdo (Rojava), dove il ruolo femminile è non solo importante, ma centrale, A. Öcalan scrive[9]: «Liberare la vita è impossibile senza una radicale rivoluzione delle donne che cambierebbe la mentalità e la vita dell'uomo. Se siamo incapaci di fare la pace tra l'uomo e la vita e la vita e la donna, la felicità non è che una vana speranza. La rivoluzione di genere non riguarda solo la donna. Riguarda la civiltà vecchia di cinquemila anni della società divisa in classi […]. Quindi questa rivoluzione di genere significherebbe simultaneamente la liberazione dell'uomo».

Quella strada la stanno percorrendo – anche se in modo (apparentemente) meno cruento – anche milioni di altre donne nel mondo, come le *campesinas* che ho visto per anni riunirsi, ogni sera, nella piazza centrale di Cajamarca in Perù e sfilare per difendere il lago sacro della montagna dallo sfruttamento della multinazionale mineraria, che privava loro, le famiglie, gli uomini delle risorse, oltre che della tradizione.

Il libro *Sovversive, ribelli, partigiane* di Sonia Residori, raccogliendo le testimonianze di operaie e contadine, impiegate e studentesse, madri e figlie e spose, serve da monito contro le facili scorciatoie che cercano di ricondurre tutto a una pretesa universalità totalizzante; manda un messaggio chiaro di saggezza non retorica, di appartenenza al genere nell'appartenenza a più ampi cerchi concentrici, di valori irrinunciabili, ma anche di pluralismo e di relativismo legato alle diverse epoche e alle diverse condizioni.

[9] A. ÖCALAN, *Liberare la vita*, Iniziativa Internazionale Libertà per Abdullah Öcalan – Pace in Kurdistan, Colonia, 2013, 51 s.

REPLICA

SONIA RESIDORI*

1. Sono grata al prof. Lucio Pegoraro per l'attenzione dedicata al mio libro, per la lettura puntuale dalla quale sono scaturite riflessioni talvolta suggestive, che hanno colto l'intreccio di trama e ordito sotteso alla narrazione di queste esistenze femminili di *Sovversive, ribelli, partigiane.* Il giudizio del prof. Pegoraro sul mio lavoro è stato particolarmente benevolo, pertanto, in questa replica mi limiterò a proporre ulteriori considerazioni su taluni punti, alcuni già trattati nella recensione.

L'obiettivo della mia ricerca era quello di ricostruire, se c'erano, le vicende di donne, vicentine, di nascita o adozione, vissute tra il fascismo e la Resistenza, che avevano mostrato un'avversione al regime e alla guerra. Quindi ho realizzato un percorso di indagine sulle fonti primarie (archivi documentari di varia provenienza), accostate alle fonti orali (interviste realizzate una ventina di anni prima) e iconografiche (foto d'epoca, manifesti murali, cartoline), per collegare e far dialogare tra loro fonti storiche di varia natura, intersecando ambiti diversi.

Mi interessava appurare soprattutto, ma non solo, quanto fosse diffuso nella società, in particolare tra le donne, il consenso che il regime fascista aveva abilmente costruito attraverso la propaganda[1].

2. La microstoria non è una disciplina autonoma, ma un metodo di lavoro che utilizza la variazione delle scale di lettura della realtà. «Ridurre la scala di osservazione» ha scritto Carlo Ginzburg riferendosi al suo *Il formaggio e i vermi* «voleva dire trasformare in un libro quello che per un altro studioso, avrebbe potuto essere una semplice nota a piè di pagina in una ipotetica monografia»[2]. Questa pratica consente di riconoscere indizi, spie e tracce che a livello generale non si riesce a cogliere e può essere paragonata al lavoro con il microscopio perché consente allo storico di individuare la dinamica dei processi e delle trasformazioni inseriti in un contesto più ampio, politico, economico, sociale. «Il passato non si conserva, ma diventa oggetto di una ricostruzione sempre rinnovata» ha giustamente osservato Bernard Lepetit: «In questo processo, la scelta di una scala particolare ha come effetto di modificare la forma e la disposizione degli oggetti. Eppure, nessuna scala gode di un privilegio particolare. I macro-fenomeni non sono meno veri, i micro-fenomeni non sono più veri (o viceversa)»[3].

* Università di Padova.

[1] R. DE FELICE, *Mussolini il duce. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino 1974.

[2] C. GINZBURG, *Microstoria: due o tre cose che so di lei*, in *Il filo e le tracce*, Milano 2006, 241-269.

[3] B. LEPETIT, *Il concetto di scala in storia* in J. REVEL (a cura di), *Giochi di scala. La microstoria alla prova dell'esperienza*, Roma 2006, 85-112.

La variazione della scala di analisi ha permesso una ricostruzione inusuale rivelando come fosse diffusa a livello popolare una riottosità delle donne nei confronti del regime e nello stesso tempo delle norme autoritarie imposte dalla società patriarcale del tempo. Un indicatore può essere dato senza dubbio dalle proteste sociali che avevano visto per secoli esclusivamente le donne in prima fila nei tumulti annonari degli anni di carestia, protagoniste nei blocchi dei carri e delle barche che portavano i cereali.

Queste proteste non facevano parte di un processo di emancipazione femminile, anzi, riflettevano la rigida divisione dei ruoli all'interno delle mura domestiche che vedeva la donna non solo custode dei valori atavici, ma colei alla quale era deputata la difesa dei membri del nucleo famigliare: essere in prima fila nelle rivolte significava proteggere ancora una volta la propria famiglia dal momento che solo l'uomo portava a casa un salario che serviva alla sopravvivenza: in caso di arresto del capofamiglia, la donna stessa e i figli si sarebbero ritrovati senza sostegno.

Durante il regime fascista le donne furono protagoniste, ancora una volta e in misura consistente, di scioperi e dimostrazioni, talvolta rimodulando le forme di protesta, adattandosi alle nevrotiche imposizioni del regime come quando, nel 1932, un gruppo di ragazze, in sella alla bicicletta, entrarono in città, cantando davanti ai poliziotti, come fosse un lasciapassare, *Giovinezza*, il canto per eccellenza del regime, e raggiunsero l'Unione Sindacati Fascisti dell'Industria per «sfogare il proprio risentimento sotto le finestre». Veloci come erano arrivate, le dimostranti se ne andarono e proprio per la loro velocità non furono identificate.

Le donne, quindi, all'interno della cultura patriarcale, trovarono modo di dilatare lo spazio a loro riservato fino a sconfinare nelle dimensioni a loro non concesse, come quelle politiche.

3. Il metodo della microstoria, la scelta di lavorare con un ambito ridotto, limitato geograficamente, impone attenzione peculiare agli individui e ai loro rapporti, al "quotidiano", al "vissuto" degli attori sociali, così come alle relazioni tra contesti e individui. «La conoscenza prodotta dagli storici è relativa alla scelta di scala» ribadisce Rosental «moltiplicare gli angoli di approccio costituisce la risorsa più feconda per la storiografia. In questa prospettiva, la molteplicità delle scale di osservazione, e le immagini contraddittorie che rivelano, servono non soltanto a produrre nuove conoscenze, ma anche a mostrarne il carattere sempre limitato e parziale. Ma nessuna delle scale di analisi possibili è in se stessa detentrice di un potere di analisi privilegiato»[4].

Lo storico, infatti, si deve muovere su più livelli e sostituire l'approccio strutturale con quello dinamico anche se più incerto e problematico, in un dialogo tra micro- e macro-, tra individuo e contesto, per cogliere analogie e difformità. Vi sono talvolta situazioni completamente diverse, o straordinariamente simili, che, rivelando meccanismi relazionali complessi, suggeriscono il confronto con orizzonti più ampi. È il

[4] P.A. ROSENTAL, *Costruire il "macro" attraverso il "micro": Fredrik Barth e la microstoria*, in J. REVEL, *Giochi di scala*, cit., 147-169.

caso della ricostruzione di quanto avvenuto nei poli industriali vicentini di Schio e Valdagno, in occasione dello sciopero generale del 1° marzo 1944, attuato nell'Italia del Nord, nei territori della Repubblica sociale[5]. L'aderenza alle fonti e la corretta traduzione dei documenti tedeschi hanno rilevato che l'astensione dal lavoro non ebbe connotazioni economiche e tantomeno politiche bensì fu una reazione all'offesa inferta all'onore maschile italiano dalle truppe tedesche di occupazione. Alla fine di febbraio del 1944, infatti, lavoratori e lavoratrici avevano ricevuto la cartolina precetto per andare a lavorare in Germania. Gli operai sentirono come un'offesa morale il reclutamento delle donne in quanto, nel Reich, a loro dire, sarebbero state esposte a pericoli fisici, ma anche morali e avrebbero potuto diventare una facile preda per i soldati tedeschi. Si trattava di una concezione che traeva la sua forza da una tradizione millenaria che consacrava la donna, idealizzata nella maternità, quale custode del focolare domestico, del culto dei Lari e dei Penati. Una rappresentazione maschile che contrastava con la realtà scaturita dalla guerra, di donne capaci di operare delle scelte, anche difficili e pericolose, e di pagarne le conseguenze. «Accetti di fare la staffetta» sostenne Eleonora Candia, una coraggiosa partigiana vicentina «sapendo che se ti prendono ti torturano, ti mettono in galera e possono anche farti fuori con un colpo di pistola alla testa. Ma lo fai lo stesso perché gli ideali superano la paura. E per qualunque ideale che si decide di inseguire arriva sempre il momento in cui bisogna pagare». Fin dall'inizio, la guerra costituì per le donne un duro banco di prova e una parte di loro, dopo l'8 settembre 1943, operò una scelta difficile, spesso dolorosa, ma necessaria ed entrò nell'esercito della Resistenza.

4. Nella seconda parte del volume *Sovversive, ribelli, partigiane*, accanto alle fonti documentarie e in un fitto dialogo tra loro, sono state utilizzate numerose interviste a donne partigiane, realizzate tra il 2002 e il 2006. La storia orale pone al centro del suo metodo la soggettività dell'intervistato: egli è l'unico che può trasmettere una serie di emozioni, sensazioni, odori e rumori, di contatti fisici e stati d'animo che segnavano la vita quotidiana del tempo e che ci sono preclusi consultando i documenti scritti d'archivio. Importante, poi, è il rapporto di trasmissione dei valori dei quali il testimone è portatore[6]. Ascoltando le storie delle donne resistenti vicentine, leggendone i diari e le lettere del tempo, ci si accorge di come in ognuna delle testimonianze sia tangibile l'assunzione di responsabilità femminile, di come alla base della loro scelta di entrare nelle fila della Resistenza vi fossero "ideali alti" (libertà, pace, giustizia sociale), ma anche quelle che il filosofo bulgaro Tzvetan Todorov chiama le "virtù quotidiane" (dignità, altruismo, solidarietà)[7].

Invece, per decenni la memoria pubblica ha rappresentato le donne della Resistenza su due binari: le madri (o mogli o figlie o vedove o sorelle) dei martiri e quelle degli «eroi ancora in vita», privandole così della propria identità, come se

[5] S. RESIDORI, *L'onore ferito: la precettazione femminile per il lavoro in Germania e gli scioperi del marzo 1944 nel Vicentino, a Schio e a Valdagno*, in *Critica Sociologica*, LV, 217, 2021, 43-50.

[6] G. CONTINI e A. MARTINI, *Verba manent. L'uso delle fonti orali per la storia contemporanea*, Roma, 1993.

[7] T. TODOROV, *Di fronte all'estremo*, Milano, 1992.

l'anonimato fosse una scelta voluta e consapevole, come se per la donna fosse estraneo l'amore per la giustizia e per l'umanità in quanto portata per sua natura all'amore per i singoli uomini e donne[8].

La microstoria ha permesso di intersecare le fonti orali con quelle documentarie rivelando così, come già anticipato dalla letteratura[9], che la presenza femminile nei distaccamenti partigiani in montagna era rilevante: infermiere, cuoche, dattilografe, lavandaie, sarte, staffette, ma anche combattenti poiché alcune di loro possedevano un'arma e la usavano. In particolare, il lavoro sulle diverse fonti ha riportato alla luce la condizione di violenza patita dalle donne resistenti una volta arrestate da reparti fascisti o tedeschi: stupri e torture condotte con ogni mezzo compresa la corrente elettrica, carcere e umiliazioni, fino alla deportazione nei campi di concentramento tedeschi.

Nel dopoguerra un silenzio singolare è sceso sulle donne, sul corpo femminile e sulla peculiarità della loro esperienza e quasi tutte per uscire dal trauma della violenza, per far fronte alla disperazione e alla solitudine esercitarono il proprio diritto all'oblio, elaborarono una memoria personale arrivando fino alla rimozione. Una condizione che è andata attenuandosi con la lontananza temporale, con i filtri e le coloriture che il tempo ha costruito, fino a capovolgersi nell'esigenza di testimoniare, quasi fosse un dovere.

Il momento delle interviste, infatti, ha coinciso con quello della trasmissione da una generazione all'altra delle idealità che sottendevano alla scelta di combattere nelle fila della Resistenza[10].

[8] D. TROMBONI, *L'idea femminile della libertà 45 donne raccontano la "loro" resistenza*, in D. TRAMBONI, L. ZAGAGNONI (a cura di), *Con animo di donna. L'esperienza della guerra e della resistenza. Narrazione e memoria*, Ferrara 1998.

[9] B. FENOGLIO, *Il partigiano Johnny*, Torino, 1968.

[10] S. RESIDORI, *Donne partigiane e memoria nella Resistenza vicentina*, in M.T. SEGA (a cura di), *Voci di partigiane venete*, Verona, 2016, 349-356.

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

L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (A CURA DI), *LE PRASSI DELLE ISTITUZIONI IN PANDEMIA*, EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2022, PP. 1-417

RECENSIONE*

ANTONIA MARIA ACIERNO**

Il volume "Le prassi delle Istituzioni in pandemia" traccia un primo bilancio, "oggi purtroppo non ancora a consuntivo" (p. 413), del precipitato dell'emergenza pandemica sulle prassi istituzionali.

Gli Autori, "recandosi ai confini fra l''essere' della società [*rectius prassi*] e il 'dovere essere' del diritto"[1], si sono posti un obiettivo ambizioso. Difatti, se "sporcarsi le mani" (p. 10) con la prassi è, spesso, un esercizio metodologico piuttosto defatigante, lo diviene ancor di più quando si cerca di perseguirlo a dispetto delle difficoltà causate da un processo *in fieri*, in piena e tortuosa evoluzione, qual è la diffusione pandemica del Sars-Cov-2.

Ciò che, già nel 1867, W. Bagehot rilevava icasticamente – ossia che "lo studioso, che tenti di ritrarre una Costituzione esistente, una Costituzione che sia operativa e vivente, deve affrontare una grave difficoltà: il fatto che il soggetto del ritratto cambia continuamente"[2] – assume, oggi, sfumature contemporanee, a fronte dell'imprevedibilità e della fulmineità dell'emergenza sindemica[3]. Un'emergenza, questa, che – essendo molto diversa da quelle note (terremoti, alluvioni) che,

---

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

** Dottoranda in Diritto costituzionale – Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli».

[1] Così A. BARBERA, *voce Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 268. Il corsivo aggiunto tra le parentesi quadre ripropone una citazione non dissimile ("Ma nella scienza giuridica il rapporto è capovolto atteso che la prassi appartiene al mondo dell'*essere* e il diritto a quello del *dover essere*") che il medesimo Autore ha proposto in A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA, T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 9.

[2] Così W. BAGEHOT, *The English Constitution* (1867), ed. it. a cura di G. Rebuffa, Bologna, 1995, 265.

[3] Sulla necessità di mutuare un approccio sindemico nel fronteggiare la crisi sanitaria cfr. R. HORTON, *Offline: COVID-19 is not a pandemic*, in *The Lancet*, september 26, 2020.

solitamente, investono il nostro Paese, e ontologicamente non comparabile a quei *fatti,* verificatisi, cui si cerca di ovviare *ex post* predisponendo le determinazioni del caso – ha inevitabilmente complicato, *ex plurimis*, l'attività di ponderazione analitica che sottende (anche) alla ricostruzione e alla razionalizzazione delle nuove prassi istituzionali sedimentatesi in pandemia.

Agli Autori dei singoli contributi, dunque, va sin da subito riconosciuto il doppio merito di avere, da un lato, deciso di mutuare un approccio empirico non subalterno ad una mera analisi ricognitiva, cercando di trarne un giudizio deontico, dall'altro, di aver fugato il rischio di "invertire il processo di analisi e di ricostruire il significato del modello costituzionale sulla base dei dati mutevoli e non consolidati"[4].

Eludendo l'accezione negativa che autorevole dottrina[5] ha, talvolta, attribuito alla prassi, gli studiosi, animati da sensibilità differenti, hanno saputo tutti uniformarsi ad un'impostazione metodologica tesa ad evitare di "ridurre l'analisi giuridica ad uno sterile esercizio di semantica giuridica"[6], in conformità a quel celebre assunto per cui le disposizioni costituzionali sono "pagine bianche" da riempire "con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica"[7].

Il Volume, non a caso, muove dalle considerazioni espresse da Marta Ferrara circa l'impatto della pandemia sull'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica. Difatti, al "motore di riserva" della Repubblica è, per certi versi, consustanziale il ruolo della prassi, dato che notoriamente[8] "la tipologia e l'intensità delle funzioni in concreto esercitate dal Capo dello Stato costituiscono delle variabili dipendenti del contesto politico, giuridico, culturale e ambientale in cui il mandato è espletato e della personalità di colui che ricopre l'incarico presidenziale" (p. 18). L'Autrice, a fronte di un prodromico inquadramento storico di un "settennato complesso" (p. 15), passa in rassegna le competenze presidenziali parzialmente limitate dalla pandemia, soffermandosi, in particolare, sui poteri di controllo normativo. Si evidenzia quanto,

[4] Così P. CARETTI, *Relazione di sintesi*, in A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011, 359.

[5] Su tutti, M. AINIS, *Sul valore costituzionale della prassi nel diritto costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007. In particolare, per l'Autore, *op. cit.*, 321 s. "c'è infatti una crisi della legalità costituita ogni volta che la regola forgiata dalla prassi s'imponga a scapito della norma scritta".

[6] Cfr. A. BARBERA, *voce Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 265. In tal senso, si v. anche S. PRISCO, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, 226, secondo cui: "Il giurista deve certo professionalmente occuparsi del *dover essere* tipizzato, ma d'altro canto non può nemmeno fingere (a pena, altrimenti, di rischiare l'arcadia e quindi l'irrilevanza pratica della propria ricostruzione) che il fatto non esista e che non orienti e/o condizioni il dato giuridico, la sua "lettura" ed interpretazione, in ultima analisi la sua corretta collocazione entro il sistema ordinamentale, realisticamente interpretato. Questo tanto più in relazione all'operato di organi costituzionali, per i quali la considerazione del diritto vivente – quindi di prassi, di precedenti, di convenzioni, insomma di tutto il magmatico universo di quanto in effetti accade e interseca le loro attribuzioni formali – è imprescindibile".

[7] Così S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali* (1906), in *Scritti minori I*, Milano, 1950, 266.

[8] Per una recente analisi della figura presidenziale nei suoi rapporti con l'Esecutivo che tenga conto del ruolo nevralgico della prassi cfr. M. GIANNETTO, *Governo e Presidente della Repubblica. Dettato costituzionale e prassi nella partecipazione alla funzione di governo*, in S. CASSESE, A. MELLONI, A. PAJNO, *I Presidenti e la presidenza del Consiglio dei ministri nell'Italia repubblicana. Storia, politica, istituzioni*, Tomo secondo, Roma- Bari, 2022, 1453-1517.

soprattutto nella prima fase pandemica, con riferimento alla laconicità presidenziale in relazione "all'allontanamento dell'Esecutivo dal modello della decretazione d'urgenza *ex* art. 77 Cost. nella regolazione dell'emergenza sanitaria" (p. 25), l'infiacchimento del monitoraggio normativo svolto dal Presidente sia stato "sensibile ma non assoluto" (p. 25), in considerazione della pervasiva e compensativa funzione di garanzia esercitata dal Capo dello Stato nelle sedi di emanazione dei decreti-legge, autorizzazione alla presentazione e promulgazione dei disegni di legge di conversione dei decreti-legge[9]. D'altronde, non può sottostimarsi il rimarchevole peso assunto dalla lettera del Presidente della Repubblica indirizzata il 23 luglio 2021 ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio circa la conversione del decreto-legge n. 73 del 2021, *Sostegni bis*.

L'Autrice chiarisce quanto in tale lettera[10] il ricorso solo paventato alla facoltà di rinvio *ex* art. 74 Cost. non strida con lo "stile" – niente affatto scalfito dall'emergenza pandemica – con cui il Presidente Mattarella "ha interpretato il suo ruolo di garanzia nell'intero settennato" (p. 29), confermando, tra l'altro, "la tendenziale recessività di richiesta di riesame alle Camere mediante messaggio motivato alle sole ipotesi di illegittimità manifesta" (p. 30).

Sebbene la disamina coinvolga anche le prerogative presidenziali "causalmente condizionate dalla pandemia" (p. 30)[11] e le "competenze presidenziali potenziate dall'emergenza" (p. 34) – tra cui si annovera il potere di esternazione[12] nel quadro della comunicazione istituzionale dal carattere sempre più *social*[13] – l'approccio più pionieristico, ancora non completamente arato dalla dottrina[14], cui l'Autrice si è conformata concerne l'analisi di ciò che è stato definito l'"ambito di intervento privilegiato"[15] per il Presidente della Repubblica: ossia l'attività presidenziale a rilevanza esterna che durante la pandemia è stata favorita "da un sostanziale raccordo esistente tra Quirinale, Palazzo Chigi e Ministero degli Affari Esteri" (p. 38). L'attività di "tutoraggio *intra*sistemico" (p. 22) che il Presidente è riuscito ad assolvere fungendo

[9] Per un approccio ricognitivo ed empirico sul tema che ricostruisca i poteri del Presidente della Repubblica in sede di emanazione del decreto-legge e di promulgazione della legge di conversione, cfr. D. CHINNI, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli, 2014, 83-150.

[10]La lettera del Presidente della Repubblica è stata ripresa successivamente da Caterina Domenicali in relazione al fenomeno della confluenza di un decreto-legge in un altro provvedimento di urgenza (p. 48) e da Luca Di Majo, il quale evidenzia che la posizione assunta dal Comitato per la legislazione in tema di *decreti Minotauro* sia stata mutuata dal Capo dello Stato nella lettera di cui *supra* (p. 134, nt. 93).

[11] Il cui riferimento ineludibile è la nomina di Mario Draghi quale Presidente del Consiglio dei ministri. Sul punto, cfr. N. LUPO, *Ancora sui c.d. "governi tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Rassegna Parlamentare,* 3/ 2021.

[12] Sul punto, cfr. G. DELLEDONNE, L. GORI, *Le presidenze della Repubblica rilette dal Quirinale. Potere di esternazione ed esigenze di continuità istituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021.

[13] Si v., sul punto, P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del* web in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del* web, Napoli, 2019, 59-77.

[14]In particolare, tale ambito è stato preso in esame da M. FERRARA, *Capo dello Stato, vincoli europei e obblighi internazionali. Nuove mappe della garanzia presidenziale*, Napoli, 2019 e G. PICCIRILLI, *Il ruolo europeo del Presidente della Repubblica*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 387 s.

[15] Così V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La Repubblica del Presidente. Il settennato di Napolitano*, Bologna, 2013, 137.

da "sutura tra l'ordinamento interno, l'Unione europea e la comunità internazionale" (p. 38) è il perimetro entro cui si inseriscono le analisi successive tese a ricostruire gli effetti pandemici che impingono le prassi istituzionali.

Gabriele Maestri, nell'approfondire gli effetti della pandemia sulle prassi delle macchine elettorali, ricostruisce l'esperienza elettorale 2020-2021 distinguendo la fase relativa all'*iter* preparatorio dal lato dell'amministrazione – in cui si sedimenta la prassi delle riunioni a distanza in combinato disposto con la digitalizzazione e la semplificazione degli adempimenti pre-elettorali – da quella propria delle operazioni elettorali dove "il bilancio dell'attività dei seggi può dirsi positivo" (p. 75). Molto interessanti sono i profili di analisi relativi alla raccolta delle sottoscrizioni per le candidature. L'Autore, "con lo sguardo rivolto al futuro" (p. 75), passando in rassegna una serie di proposte in gran parte di natura tecnica, rammenta chiaramente quanto spetti "ai decisori politici prendere posizione, consultando e ascoltando i tecnici, ma assumendosi la responsabilità delle loro scelte, anche se seguono le soluzioni suggerite dai tecnici" (p. 77), *a fortiori* con riguardo alla complessa *macchina elettorale*.

Nella sezione relativa al Governo, l'analisi di Caterina Domenicali si incentra sulla catalizzazione di tendenze pregresse cui la pandemia sembra aver dato la stura. L'Autrice, difatti, ricostruendo la prassi nella decretazione d'urgenza, e soffermandosi in particolare sulle catene di *decreti* cc.dd. *Minotauro*, si pone nel solco della c.d. "emergenza infinita"[16] relativa all'"abuso"[17] del decreto-legge. L'Autrice ricostruisce la fenomenologia dei cc.dd. *decreti-legge a perdere*, i quali si estrinsecano nell'"l'approvazione di un emendamento nel corso dell'*iter* di un decreto-legge X che: a) riproduce il contenuto di un decreto-legge Y anch'esso in corso di conversione; b) abroga il decreto-legge Y; c) fa salvi, con una disposizione inserita nel disegno di legge di conversione, gli effetti prodotti dal decreto-legge Y nel periodo di vigenza"[18]. Per il tramite di un'analisi quantitativa e diacronica relativa al ricorso sistematico a tale tecnica normativa durante la pandemia, l'Autrice evidenzia quanto le leggi di conversione "matrioska", sebbene integrino una prassi risalente sedimentatasi gradualmente già a partire dalla XIV Legislatura[19], abbiano subito un incremento esponenziale in fase pandemica, contribuendo "in molte occasioni all'aumento dimensionale dei testi" (p. 48) e andando a rinverdire e consolidare il monocameralismo di fatto o alternato cui, evidentemente, si associa il "rischio di concentrare la discussione in un solo ramo del Parlamento, mentre l'altro si limita a ratificare il lavoro svolto" (p. 48).

---

[16] Il riferimento è ad A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006. Con riferimento all'emergenza pandemica, cfr. U. RONGA, *Il governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1/ 2020.

[17] Il τόπος dell'abuso deriva dal volume di A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge. Vol. 1, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997.

[18] Questa è la definizione di "confluenza" data dal Comitato per la legislazione ed espressa nel *Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione*- Terzo turno di Presidenza- Presidente On. Maura TOMASI (7 marzo 2020- 7 gennaio 2021), p. 9, nt. 4.

[19]Cfr. R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, 10 s.

L'Autrice tiene conto di alcune "specificità volte ad anticipare ulteriormente, alla fase di adozione del decreto-legge, ciò che in genere si realizza nell'*iter* di conversione" (p. 54), con riferimento alla prima 'torsione' del sistema delle fonti – spesso prodromica al fenomeno della confluenza – che concerne la modifica esplicita o l'abrogazione di disposizioni di un decreto-legge non ancora convertito operata da successivi decreti-legge.

Eludendo le pervasive considerazioni espresse sull'aggiramento del divieto di reiterazione "intesa come indefinita protrazione degli effetti dei decreti contro la prescrizione costituzionale che li vuole precari" (p. 55) che si attuerebbe, sebbene il "termine di decadenza formalmente non sia aggirato" (p. 55), per il tramite della confluenza dei decreti-legge e di cui si trova traccia "a partire dalle ricadute sul principio della certezza del diritto" (p. 55), risulta particolarmente interessante la prospettiva che l'Autrice mutua in riferimento all'attività emendativa del Parlamento.

Difatti, muovendo dalla considerazione per cui "di fronte alla iper-produttività normativa tramite decreto-legge, l'attività emendativa rappresenterebbe per il Parlamento l'unico modo per intervenire" (p. 51), l'Autrice dubita che "con il recepimento tramite emendamenti alla legge di conversione delle istanze anche parlamentari di modifica […] vi sia una vera e propria esautorazione dell'organo rappresentativo" (p. 51). Una tesi condivisibile che, però, in parte, sembra collidere con un'analisi 'qualitativa' dell'"apporto parlamentare nel procedimento legislativo"[20], che tenga empiricamente conto della circostanza per cui lo stesso generalmente consista di "emendamenti minuti e particolari, i quali intervengono in maniera alluvionale e spesso interstiziale rispetto alle disposizioni in cui vanno a collocarsi"[21]. D'altronde, sebbene tale "tecnica normativa che guarda al particolare se non al micro, prescindendo dal generale"[22] sia inevitabilmente ascrivibile in larga parte al Governo che, soprattutto in fase pandemica, confeziona provvedimenti *ab origine* "a contenuto plurimo"[23], non può sottovalutarsi la "paradossale, forse inconsapevole, eterogenesi dei fini"[24] che induce, spesso, il "Parlamento emendatore"[25] ad "(auto)azzerare il proprio potere di emendamento attraverso la sua estremizzazione"[26], ricorrendo a modifiche introdotte in fase di conversione che, come evidenziato dal Presidente Mattarella contestualmente alla promulgazione della legge di conversione del decreto-legge n. 25 maggio 2021, n.

[20] Così V. DI PORTO, *Il sistema bicamerale alla prova della riduzione dei parlamentari*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1/2022, 21.

[21] *Ibidem*

[22] *Ibidem*

[23] In ossequio alla fattispecie elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 244 del 2016.

[24] Sul punto, sia consentito rinviare *amplius* ad A.M. ACIERNO, *La legge di conversione del decreto-legge al banco di prova del Covid-19*, in P. CARETTI, M. MORISI e G. TARLI BARBIERI, *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, in *Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale* 2021, 89 s.

[25] Nel Rapporto sulla legislazione 2021 (cfr. p. 47) è confermata la "capacità trasformativa" del Parlamento, in particolare sui decreti-legge. Nei primi tre anni della Legislatura la percentuale di aumento dei commi nel corso dell'*iter* parlamentare di conversione dei decreti-legge si è confermata su valori significativi, analoghi a quelli dello stesso periodo della Legislatura precedente (XVIII: 65 per cento, XVII: 67 per cento).

[26] Sul punto, si vedano le considerazioni espresse, in relazione al ruolo altamente disfunzionale dei maxi-emendamenti, da G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, 259- 315.

73, "alla luce del disposto costituzionale […] sollevano perplessità in quanto […] appaiono del tutto estranee, per finalità e materia, all'oggetto del provvedimento"[27].

L'Autrice, nell'analisi ricognitiva relativa al fenomeno della "confluenza", non prescinde da tali preziosi moniti del Capo dello Stato, così come, d'altronde, non trascura i pareri del Comitato per la legislazione rifluiti in due ordini del giorno con cui si impegna il Governo "ad operare per evitare la 'confluenza' tra diversi decreti-legge, limitando tale fenomeno a circostanze di assoluta eccezionalità da motivare adeguatamente nel corso dei lavori parlamentari".

Un profilo, questo, che viene affrontato diffusamente da Luca Di Majo, il quale, nel ricostruire la 'giurisprudenza' del Comitato per la legislazione in tema di "confluenza" dei decreti-legge, prospetta chiaramente quale sia "la via privilegiata [*dal Comitato*] per arginare fenomeni incontrollati di stratificazioni e sovrapposizioni normative anche incoerenti" (p. 135), ossia il ricorso alla "tecnica della novella unitamente all'approvazione di norme di interpretazione autentica" (p. 135). L'Autore, però, non si limita affatto alle problematiche connesse alla "confluenza", dato che, abbracciando una prospettiva più ampia, opera un'analisi compiuta e approfondita sul contributo, "in funzione di garanzia sostanziale, ma anche formale" (p. 125), dato dal Comitato per la legislazione al governo della pandemia. Egli, in particolare, muove da una descrizione introduttiva, ancorché per sommi capi, della composizione e del ruolo del Comitato per la legislazione, enfatizzando il "grado di maturità istituzionale" (p. 121) raggiunto dall'organo e riconosciutogli sia "da giudici di merito che continuano sempre più spesso a richiamare i pareri del Comitato per la legislazione a supporto delle motivazioni che inducono a sollevare la questione di legittimità costituzionale (p. 123) che dallo stesso Giudice delle leggi[28] , il quale "ha fondato alcune importanti decisioni proprio sui rilievi espressi dal Comitato per la legislazione, talvolta sul procedimento normativo […], talaltra sul conflitto di attribuzione, in particolare in merito ad una presunta violazione del diritto all'emendamento" (p. 124). Attraverso il prisma dei pareri del Comitato, si analizzano, poi, i "profili di criticità della normazione già conosciuti, ma anche prassi innovative" (p. 128) e si ricostruisce l'intervento del Comitato teso a caldeggiare "il trasferimento alla fonte primaria delle misure previste con d.P.C.M. o, in alternativa, il consolidamento della *parlamentarizzazione* dei d.P.C.M. per consentire, da un lato, al Parlamento di compiere un sindacato più penetrante, dall'altro di rendere la scelta politica maggiormente trasparente all'esterno" (p. 133). Infine, nelle "osservazioni (non) conclusive" (p. 139), l'Autore non si limita a rimarcare la funzione di "argine alle degenerazioni" (p. 139) che il Comitato per la legislazione è riuscito ad assolvere, ma prospetta una serie di soluzioni, tanto sul piano

[27] D'altronde, la stessa Corte costituzionale ha constatato che la violazione dell'articolo 77, secondo comma, Cost. per difetto di omogeneità si manifesta in presenza di "aggiunte totalmente "estranee" o addirittura "intruse", cioè tali da interrompere, *in parte qua*, ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione" (cfr., *ex plurimis*, sent. n. 251/2014; in senso conforme, sentenza n. 145/2015).

[28] Sul punto, si v. *amplius* L. DI MAJO, *La costruzione giurisprudenziale della qualità della legislazione*, in M. CAVINO e L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e Giudici*, Napoli, 2014.

della riforma dei regolamenti parlamentari[29] quanto su quello degli adeguamenti di contorno, finalizzate a corroborare il ruolo del Comitato. Tra le varie proposte avanzate, merita particolare menzione la proposta di modifica dell'articolo 68, R.C. nella parte in cui non prevede la stampa e la distribuzione alla Camera delle relazioni AIR unitamente ai disegni e progetti di legge. Una proposta, dunque, in difformità rispetto alla *prassi* di "fondere le relazioni AIR e ATN in quelle che diventeranno Atto Camera o Atto Senato […] la quale rischia di fare perdere la completa percezione di ciò che attiene alla dimensione puramente tecnica da quello che attiene alla dimensione politica" (p. 143). Un discrimine, quello tra tecnica e politica, che proprio la natura *bipartisan* e paritetica del Comitato impone di non tralasciare, al fine di non politicizzare la qualità per la legislazione[30].

Il contributo di Luca Di Majo conferma, tra l'altro, l'impostazione di un Volume che accoglie anche contributi non convergenti, così stimolando il lettore ad addentrarsi, con atteggiamento proattivo, in una pregevole operazione di attività ermeneutica e sistematizzazione scientifica di prassi che – come assodato – appartengono ad un contesto emergenziale caratterizzato da un alto tasso di dinamismo e imprevedibilità. D'altronde, è notorio che "una parte consistente delle regole del diritto parlamentare assume carattere informale"[31]. In tal senso, il contributo di Luca Bartolucci è particolarmente esemplificativo, in quanto dà conto di quella creativa vitalità con cui le Camere – mutuando un approccio gradualistico – "hanno posto in essere un vero e proprio *diritto parlamentare dell'emergenza*, temporaneo e condiviso dai gruppi" (p. 83), di cui massima espressione è il *gentlmen's agreement* per cui la Conferenza dei capigruppo, in una prima fase dell'emergenza, aveva optato ed in base al quale avrebbero partecipato alla seduta circa la metà dei deputati di ogni gruppo. Una decisione, questa, "senza precedenti nel diritto parlamentare italiano" (p. 84) che ha suggellato il progressivo *empowerment* dei gruppi parlamentari – "dato che sono stati i gruppi a decidere quali parlamentari mandare in Aula" (p. 84) – e una commistione di ruoli e competenze tra Conferenza dei capigruppo e Giunta per il Regolamento, a tutto vantaggio del minore regime di pubblicità delle sedute della prima.

Dopo una prodromica analisi relativa al versante dei *lavori a distanza*[32] in relazione ai quali l'esplosione della pandemia, nel caso italiano, ha determinato "una

[29] La cui opportunità è oggi di stringente attualità a fronte dell'entrata in vigore della revisione costituzionale avente ad oggetto la riduzione (del 36, 5 per cento) del numero dei parlamentari, determinatasi con la l. cost. 19 ottobre 2020, n. 1, *"Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari"*. Per un monitoraggio costante delle riforme istituzionali conseguenti alla revisione costituzionale, cfr. F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI, *Osservatorio parlamentare sulle riforme istituzionali conseguenti alla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Federalismi.it*, n. 29. Testo disponibile all'indirizzo web: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=44302 (30/03/2022).

[30] Cfr. L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Napoli, 2019.

[31] Sul "diritto parlamentare informale" cfr. *amplius* R. IBRIDO, *Prima "legge" del diritto parlamentare: l'adattamento. A proposito delle modalità di coesistenza fra Regolamenti delle Camere e fonti non scritte*, in *federalismi.it – Focus Fonti*, 1/2018, 17 s.

[32] Per una ricostruzione in chiave comparata, cfr. K. STEIDLE, *Adjustment of Parliamentary Activity to COVID-19 Outbreak and the prospect of remote sessions and voting, European Centre for Parliamentary Research and Documentation*, n. 27, 2020.

timida digitalizzazione dell'attività parlamentare"[33] (p. 83), l'Autore si focalizza sui lavori a distanza delle Commissioni e sulla loro attività durante l'emergenza.

La ragione[34] per cui si è consentita la partecipazione a distanza in Commissione solo in quelle sedute senza votazione per l'Autore rappresenta un motivo fondato che avrebbe dovuto, *ex adverso*, fare sostenere l'utilità del ricorso ai lavori a distanza in Assemblea piuttosto che in Commissione, rispondendo alle esigenze di quella "*rete* in Parlamento intesa quale ulteriore strumento per la rimozione degli ostacoli alla effettiva partecipazione di tutti alla organizzazione politica del Paese"[35]. Sono innumerevoli gli spunti di riflessioni che l'Autore sollecita senza fermarsi alle prescrizioni regolamentari, raffrontandosi strenuamente con le prassi. Della "forte *valorizzazione* del lavoro in Commissione, tramite un'ulteriore implementazione del *Parlamento in Commissione"* (p. 104) si trova conferma nell'attività emendativa delle Camere, la quale "si è concentrata quasi esclusivamente in Commissione" (p. 105), facendo registrare – almeno per quanto riguarda i decreti-legge e i disegni di legge di conversione – "una notevolissima riduzione degli emendamenti approvati in Assemblea" (p. 107).

Il contenuto *omnibus*[36] dei decreti-legge pandemici[37] e la verticalizzazione del potere in capo al Governo – di cui si è fatto cenno sopra – hanno provocato, tra l'altro, "un maggiore lavoro di alcune Commissioni a scapito di altre" (p. 105), con riferimento alla Commissione affari esteri e alle Commissioni affari istituzionali e bilancio, "che hanno svolto il ruolo di *pivot* dell'attività legislativa nel corso della pandemia" (p. 105). Così come, d'altronde, non può non considerarsi, in sede di conversione dei decreti-legge, la sedimentazione dell'"uso della sede redigente, di diritto o di fatto"[38] (p. 106). Inoltre, le diverse decisioni adottate da Camera e Senato in tema di partecipazione a distanza dei lavori delle Commissioni rappresentano la cartina al tornasole delle asimmetrie tra i due rami del Parlamento che "appaiono in controtendenza rispetto al più generale processo in corso, in virtù del quale si stanno via via rimuovendo le diversità tra le due Camere" (p. 116), inverando quel fiume carsico che metaforicamente incarna l'annoso dibattito inerente al tema del bicameralismo paritario tra i sostenitori della differenziazione ed i fautori delle tendenze monocamerali. Infine, particolarmente incisive sono le considerazioni finali che l'Autore esprime sul binomio relativo alla

[33] Sul punto, cfr. N. LUPO, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, 17/2022, 291-308.

[34] "Perché, forse, questa sede è sembrata porre minori problemi, quanto meno sotto il profilo pratico, perché organi collegiali composti da un numero ridotto di parlamentari" (p. 103).

[35] Così, parafrasando l'articolo 3 Cost., A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, 2020, 71.

[36] Cfr. sul punto, nel primo studio comparato sulla "*Omnibus legislation*", le recenti considerazioni di N. LUPO, G. PICCIRILLI, *Omnibus Legislation and Maxi-Amendments in Italy: How to Circumvent the Constitutional Provision Requiring Approval of Bills 'Article by Article'* in I. BAR-SIMAN-TOV (edited by), *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, New York, 2021, 53-73.

[37] Sul contenuto *omnibus* dei decreti-legge pandemici, cfr. E. GRIGLIO, *I limiti del drafting normativo nel primo anno dell'emergenza pandemica* in G. MAZZANTINI, L. TAFANI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2020*, *Osservatorio AIR*, Napoli, 2021, 143 s.

[38] Sul punto, si v. *amplius* C. FASONE, *Le commissioni parlamentari nella gestione della crisi pandemica*, in V. LIPPOLIS e N. LUPO (a cura di), *Il Filangieri, Il Parlamento nell'emergenza pandemica, Quaderno 2020*, 69.

riduzione del numero dei parlamentari e all'attuazione del PNRR. Invero, tutte le Commissioni permanenti, espletando un'intensissima attività conoscitiva anche in sede consultiva in fase di esame del Piano, sono state immediatamente investite dell'importanza essenziale dell'oggetto della discussione, rendendosi così prime protagoniste della creazione, in via procedimentale, di nuove procedure "per formulare indirizzi, indicare le priorità nazionali e controllare l'attuazione dello Strumento per la ripresa e la resilienza" (p. 110). D'altronde, il controllo parlamentare[39] su uno strumento a così elevata complessità tecnica pone sfide inedite che potrebbero integrare la congiuntura favorevole per innestare a tutti i livelli di governo una rinnovata sensibilità politico-istituzionale verso una "cultura della valutazione delle politiche pubbliche"[40] cumulativamente ad ipotesi di riforma dell'obsoleto sistema delle Commissioni[41]. In tale analisi di contesto (in cui dovrà debitamente considerarsi l'impatto che la riduzione del numero dei parlamentari eserciterà sull'attività di controllo delle due Camere), il PNRR rappresenta, dunque, un banco di prova imprescindibile per gli organi di indirizzo politico, specialmente per il Parlamento, il quale non potrà abdicare alla sua "vocazione-collocazione di mediatore anfibio tra apparato e società"[42].

Sulla lunga scia delle considerazioni di Luca Bartolucci, si inserisce il contributo di Antonello Lo Calzo sulle prassi parlamentari in merito al sindacato ispettivo. Muovendo dalla "connessione che esiste tra ispezione e controllo (p. 146), l'Autore intende "analizzare come gli atti del sindacato ispettivo abbiano assolto al fine di vigilare sull'attività del Governo durante il periodo emergenziale, considerato che – a differenza dei periodi ordinari – quest'ultimo si è trovato ad agire secondo schemi non sempre linearmente aderenti al diritto positivo" (p. 147). Nella fase emergenziale, gli atti di sindacato ispettivo, da un lato, hanno fatto sì che il Parlamento potesse cercare di emanciparsi dal monopolio informativo esercitato dal Governo con l'ausilio di Comitati di esperti, dall'altro, hanno assicurato un'adeguata trasparenza dell'azione dell'Esecutivo per lo meno nella fase di assestamento.

Ben condivisibilmente, però, l'Autore rimarca il profilo anfotero del "fine di trasparenza" (p. 151), il quale, assicurando la più ampia visibilità pubblica a misure che "altrimenti resterebbero incardinate in un poco trasparente rapporto tra Esecutivo e Comitati tecnici" (p. 151), non è esente dal rischio che "la maggiore libertà possibile di ispezione riconosciuta al singolo parlamentare" (p. 151) possa tramutarsi nel viatico tramite cui "inquinare il dibattito pubblico" (p. 151) con opinioni infondate.

---

[39] Sul tema, cfr. E. GRIGLIO, *Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance*, in *"The Theory and Practice of Legislation"*, 8; ID., *Parliamentary Oversight of the Executives. Tools and Procedures in Europe*, London, 2021.

[40] Sul ruolo delle "funzioni valutative", cfr. E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Rappresentanza nazionale e valutazione delle politiche pubbliche. Per un ruolo del Parlamento nella tutela degli interessi durevoli*, Torino, 2021.

[41] Cfr. C. FASONE, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sulle commissioni permanenti*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1/2022. Se si vuole, si v. A.M. ACIERNO, *Gruppi parlamentari e commissioni permanenti a ranghi numerici ridotti: verso una nuova coscienza legislativa?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020.

[42] Così A. PREDIERI, *Parlamento 1975* in ID. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano. Funzioni parlamentari, quadro politico, realtà sociale: verifiche per una politica delle istituzioni*, Milano, 1975, 90.

L'Autore individua come punto fermo della propria analisi, quantitativa e qualitativa, le interrogazioni e le interpellanze (nelle loro varie declinazioni), nelle sedute appositamente dedicate, nonché i *question time* con la partecipazione del Presidente del Consiglio, "evento poco usuale nella prassi parlamentare sull'ispezione" (p. 153). D'altronde, lo strumento del *question time*, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, ha contribuito a "far emergere gli intendimenti del Governo su determinati fatti e parametri scientifici che lo hanno guidato nell'adozione di specifici atti normativi" (p. 162). Così come, nel solco della valorizzazione delle Commissioni, il *question time* in Commissione ha trovato largo uso in risposta alle esigenze di specializzazione della trattazione e di facilità di gestione delle sedute da remoto.

Inoltre, l'ambito del sindacato ispettivo – al netto delle misure disposte per la partecipazione a distanza – non sembra avere "risentito di particolari innovazioni sul piano delle procedure" (p. 154), dato che la digitalizzazione dell'attività parlamentare – cui si era dato avvio già prima del divampare della pandemia – ha consentito a molti deputati, ad esempio, usufruendo dell'App GeoCamera[43], di svolgere molte delle proprie attività tramite il dispositivo mobile. In definitiva, però, a valle di un'analisi tesa a vagliare l'impatto quantitativo dell'emergenza sul potere ispettivo, sembra delinearsi la stabilizzazione di una tendenza – anche questa pregressa – qual è quella della "fuga del Governo dal sindacato ispettivo" (p. 156). Infine, riguardo alle proposte di nuovi strumenti di controllo correlati alla fase pandemica, appaiono particolarmente condivisibili le considerazioni critiche espresse circa l'incisività del rendimento effettivo della c.d. *"*parlamentarizzazione*"* dei d. P. C.M. Così come, sempre nell'ottica del riordino dell'attuale assetto delle Commissioni, è interessante l'analisi che l'Autore esperisce in relazione all'A.S. 1834, concernente l'*Istituzione della Commissione parlamentare sull'emergenza epidemiologica da COVID-19*. Infine, conformandosi allo spirito empirico che connota di sé l'intero Volume, l'Autore evidenzia quanto "un'analisi sull'efficacia delle prassi parlamentari sul sindacato ispettivo non può muovere esclusivamente da un dato procedurale se a difettare è la disponibilità delle parti politiche al dialogo e alla lealtà del confronto" (p. 166).

Dalla lettura della prima Parte, sembrano potersi individuare agevolmente due *leitmotiv* che sottendono all'intelaiatura a maglie larghe del Volume: l'adeguamento delle procedure parlamentari ad un "*new balance* tra le essenziali ragioni del contradditorio e le stringenti ragioni di efficacia per la cosa pubblica"[44] e la "progressiva riduzione dell'autonoma funzione legislativa parlamentare alle caratteristiche più proprie di una funzione di controllo normativo"[45], che potrebbe avallare, in ottica compensativa, una ridefinizione del sempre più sperequato equilibrio tra potere legislativo ed esecutivo.

[43] Sul punto, cfr. *amplius* S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 222.

[44] Così A. MANZELLA, *op. cit*., 67.

[45] Così A. MANZELLA, *op. cit*., 66.

Anche sul fronte della "perenne, confusa transizione del regionalismo italiano"[46], l'incidenza delle prassi ha assunto un ruolo nevralgico.

In particolare, la lettura congiunta dei contributi di Andrea Napolitano e Fabio Francesco Pagano offre una prospettiva diversa sul ricorso alle nuove tecnologie per lo svolgimento delle attività consiliari. In particolare, Andrea Napolitano passando in rassegna le soluzioni adottate dalle Regioni per garantire la continuità dei lavori delle proprie Assemblee legislative – le quali sono state "pienamente soppiantate dai Presidenti delle Regioni […] nella fase di produzione del c.d. diritto dell'emergenza" (p. 179) – evidenzia quanto l'utilizzo dello strumento telematico abbia "impattato negativamente sulle prerogative delle opposizioni, in modo particolare per quanto riguarda l'esercizio dell'ostruzionismo" (p. 181). In particolare, l'Autore ritiene che si possa guardare con favore alla digitalizzazione dei lavori delle assemblee elettive soltanto nella misura in cui la stessa sia ascrivibile ad un modello provvisorio, fugando così il rischio di una "pericolosa apertura verso una seduta *ordinaria* meramente telematica" (p. 182)[47].

Infine, per l'Autore la partecipazione da remoto al di fuori di ipotesi tipizzate potrebbe avallare il depotenziamento dei Consigli regionali e delle prerogative dei singoli consiglieri, corroborando "una definitiva torsione monocratica della forma di governo regionale, in favore di una presidenzializzazione[48] inesorabile e priva di qualsiasi forma di ostruzionismo" (p. 183).

Fabio Francesco Pagano, al contrario, ricostruisce le modalità di partecipazione dei deputati regionali ai lavori dell'Aula e delle singole commissioni usufruendo dell'osservatorio privilegiato dell'Assemblea regionale siciliana. In virtù dello storico rapporto privilegiato sussistente tra il Senato della Repubblica e l'ARS, la maggiore novità imposta dall'emergenza pandemica "ha riguardato l'impiego di strumenti di collegamento da remoto che, similmente rispetto a quanto stabilito al Senato, è stato previsto solo per le sedute informali delle Commissioni parlamentari e, in special modo, per le audizioni" (p. 192), sia dei deputati regionali che dei soggetti auditi. Inoltre, in difformità rispetto a quanto previsto dalla Camera, i deputati impossibilitati a partecipare ai lavori parlamentari a causa dei provvedimenti di contenimento della pandemia sono stati considerati in congedo piuttosto che in missione. Ulteriore elemento di differenziazione rispetto alle Camere concerne, poi, la circostanza per cui le misure di organizzazione dei lavori siano state rimesse al Presidente, "sentito il parere dei Presidenti dei Gruppi parlamentari e poi confermate e integrate con delibera del

[46] Così A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato (ad vocem),* in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VIII Aggiornamento, Torino, 2021, 319. Cfr. ID., *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n. spec. 2/2019 (testo dell'intervento sul Regionalismo differenziato svolto in Sala stampa della Camera dei Deputati, Roma, 14-2-2019), 29.

[47] L'Autore ha riportato l'esempio della Regione Umbria la quale ha introdotto nel proprio regolamento interno l'articolo *104-sexies* che ha "definito la seduta telematica quale modalità ordinaria alternativa alla seduta in presenza" (p. 182).

[48] Sul punto, cfr. S. CAFIERO, *I "governatori" e la pandemia. Il balzo della politica personale nelle elezioni regionali del settembre 2020*, in *Rivista AIC*, 4/2020.

Consiglio di Presidenza" (p. 192) piuttosto che alla Conferenza dei Capigruppo o alla Giunta per il Regolamento.

In particolare, per l'Autore, il ricorso alla partecipazione da remoto con riferimento alle audizioni ha consentito "ai deputati regionali di confrontarsi direttamente con esponenti del Governo statale senza l'intermediazione dell'esecutivo regionale" (p. 194). In antitesi rispetto alle considerazioni espresse da Andrea Napolitano, per Fabio Francesco Pagano la digitalizzazione moderata e, nel caso di specie, la partecipazione da remoto alle audizioni avrebbero contribuito al ridimensionamento del "fenomeno, riscontrabile seppure in forma più attenuata anche nella Regione siciliana, di marginalizzazione delle Assemblee elettive regionali determinato dalla forma di governo c.d. neoparlamentare. Marginalizzazione che la sovraesposizione degli esecutivi nel tempo della pandemia ha contribuito ad accentuare" (p. 195).

Segue, poi, il contributo di Francesca Paruzzo sul "coordinamento informale e non istituzionalizzato" (p. 202) tra i Ministeri della salute e degli Affari regionali, il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 e le Regioni e Province Autonome che caratterizza l'intera *governance* del Piano vaccinale. L'Autrice mette in luce "le fragilità riscontrabili all'interno del nostro ordinamento costituzionale e inerenti al sistema dei raccordi tra i diversi livelli di governo e, in particolare, tra lo Stato e le Regioni (e Province autonome)" (p. 207). Con riferimento all'organizzazione della campagna vaccinale, nel "decentramento decisionale dai confini mobili entro una cornice normativa scarsamente precettiva composta da Linee guida, ordinanze e decreti ministeriali di natura non regolamentare" (p. 207), si è registrata la marginalizzazione del sistema (istituzionale) delle Conferenze cui è corrisposta "una contestuale valorizzazione delle sedi interregionali di raccordo, che trovano nella Conferenza delle Regioni e nel suo Presidente il nuovo informale canale di contrattazione attraverso cui cercare di dare spazio alle regole della politica" (p. 211). Approfondendo gli spazi di organizzazione che le Regioni hanno saputo ritagliarsi per il tramite di tali "prassi negoziali del raccordo inter-livello" (p. 216), l'Autrice dimostra, conformandosi in questo senso a Napolitano e Pagano, le debolezze di un sistema che affonda le proprie radici nel predominio dei "soli esecutivi dei livelli territoriali coinvolti" (p. 217), determinando "un ulteriore (e non certo fisiologico) spostamento dei processi decisionali al di fuori delle assemblee legislative" (p. 217).

Il successivo contributo di Federico Savastano offre una riflessione sugli strumenti contingibili e urgenti a disposizione delle Autorità locali. L'Autore, nel ricostruire la ricca casistica[49] relativa al potere di ordinanza sindacale, evidenzia la circostanza per cui nel cuore montante dell'emergenza pandemica il legislatore nazionale, al fine di assicurare la gestione unitaria della crisi nel pieno rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, abbia provveduto a limitare- senza mai escludere del tutto- l'esercizio del potere dei Sindaci di adottare ordinanze adeguatamente

[49] Tra tutti, si tenga in considerazione il caso ischitano quale emblema della scarsa tenuta del sistema di leale collaborazione.

motivate che "continuano ad aver bisogno della legge per stabilire limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti" (p. 242).

Nella Parte relativa alla Corte costituzionale figurano, poi, i contributi di Benedetta Liberali e Michela Troisi.

La prima ricostruisce il rapporto Stato-Regioni muovendo dalla giurisprudenza costituzionale e dalla giurisdizione amministrativa. In particolare, si dimostra quanto il ricorso al giudice amministrativo per la risoluzione del contenzioso fra Stato e Regioni sia stato più frequente rispetto a quello rivolto alla Corte costituzionale, "benché quest'ultima nel caso della censurata legge della Regione Valle d'Aosta ne abbia disposto la sospensiva e sia poi pervenuta a una dichiarazione di illegittimità costituzionale in tempi relativamente contenuti" (p. 256). In particolare, con riferimento all'intervento del giudice amministrativo, l'Autrice si sofferma diffusamente sul filone di decisioni rese dal Consiglio di Stato nel settore delle vaccinazioni, richiamando specificamente la sentenza n. 7045/2021 che verrà successivamente ripresa da Bruno Paolo Amicarelli, il quale, nell'analizzare gli effetti della pandemia sulla giurisprudenza amministrativa, rileva la preminenza legittima della tutela della salute pubblica in relazione all'"adozione di misure amministrative non abnormi" (p. 322).

Il contributo di Michela Troisi ricostruisce dettagliatamente le misure adottate per la disciplina dello svolgimento dei giudizi della Corte costituzionale nella fase emergenziale. Mutuando una prospettiva diacronica, si muove da una prima fase in cui si registrano le "(timide) aperture alla trasmissione telematica degli atti processuali" (p. 278), transitando, poi, per l'udienza pubblica da remoto, tramite strumenti di videoconferenza, e giungendo, infine, alla terza fase delle dirette *streaming*. È importante sottolineare il legame – che l'Autrice indica in maniera preclara – sussistente tra tali strumenti adottati dalla Corte in fase pandemica e l'entrata in vigore il 3 dicembre scorso delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale che formalizzano il processo costituzionale telematico. Una menzione, poi, va riservata all'uso del potere di sospensiva nel giudizio in via principale che l'Autrice inserisce nell'alveo delle "prassi di rilievo in ordine all'utilizzo di alcuni criteri decisionali" (p. 297), non escludendo che in futuro possa essere utilizzato dalla Corte "ogniqualvolta il suo intervento debba essere innanzitutto tempestivo per risultare efficace" (p. 299).

Infine, il Volume contiene una sezione *miscellanea*, nella quale si affrontano le prassi di *altre Istituzioni* che hanno assunto un ruolo di primo piano durante la pandemia da Covid-19.

Giacomo Delledonne ritiene opportuno tracciare, seppur per *têtes de chapitre*, le coordinate del contesto euronazionale[50] in cui le prassi del Parlamento europeo, in fase pandemica, hanno avuto modo di dipanarsi. D'altronde, il Parlamento europeo[51] per preservare la propria capacità di azione non si è limitato all'uso degli strumenti che già

[50] Sul punto, cfr. A. MANZELLA, N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014.

[51] Il Parlamento europeo è riuscito ad assurgere al ruolo di "apripista" (p. 367) per quanto riguarda il sistema di voto elettronico a distanza e la semplificazione e concentrazione della programmazione dei lavori.

disponeva, ma ha modificato il proprio regolamento, "senza drammatizzare la portata delle innovazioni introdotte negli ultimi due anni" (p. 368).

Vincenzo Lorubbio mette in luce il ruolo, la prassi e l'importante azione di controllo – mai venuta meno sotto i colpi di scure dell'emergenza pandemica – del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Del resto, basti pensare alla circostanza per cui il CPT sia stato "il primo organo in seno al Consiglio d'Europa ad emanare un documento di natura sostanziale relativo alla pandemia" (p. 376). Un'analisi preziosa che, tra l'altro, consente di fare luce sulle "preesistenti (*rectius* ancestrali) disfunzioni sistemiche" (p. 387) delle carceri italiane, promuovendo l'implementazione della cooperazione tra il CPT e il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale (GNPL) al fine di poter tesaurizzare le opportunità generate dalla stessa crisi.

Giacomo Menegus, invece, si occupa dell'impatto della pandemia sulle attività della Corte dei Conti, la quale, ben lontana dall'immagine del "giudice cerbero[52] delle finanze che viene spesso divulgata dai suoi detrattori, […] ha dimostrato piena consapevolezza e capacità di adattamento sui diversi fronti che l'hanno impegnata" (p. 400). In particolare, l'Autore stigmatizza fermamente gli interventi tesi "a depotenziare le funzioni giurisdizionali della Corte e al contempo valorizzarne la funzione di controllo di gestione" (p. 407), forse anche dovuti al fattore tempo e alla necessità di controllare la *governance* delle ingenti risorse mobilitate dal PNRR. Egli, difatti, teme che l'indebolimento della Corte sul fronte della responsabilità contabile possa sedimentarsi contribuendo a far sì che il "giudice contabile finisca per assumere il ruolo di una sorta di contro-potere disarmato […] privo di strumenti in grado di sanzionare efficacemente un ampio ventaglio di comportamenti scorretti, il cui potenziale dannoso per l'erario, per l'economia e, in ultima analisi, per la società, sarebbe paradossalmente amplificato proprio dall'ingente ammontare delle risorse destinate alla ripresa" (p. 412).

Infine, Marco Bassini, Fabio Ferrari, Francesco Maria Antonio Buggé e Ilario Nasso si occupano di due campi di analisi tanto vasti quanto complessi.

In particolare, Bassini e Ferrari ricostruiscono la prassi cui, nello scenario pandemico, l'AGCOM si è conformata, "non senza aver svolto alcune preliminari considerazioni sull'inquadramento costituzionale del problema della disinformazione" (p. 323). Gli Autori rimarcano le difficoltà intrinseche alla definizione della nozione di disinformazione, domandandosi "se sia davvero opportuno che sia un'autorità amministrativa, pur dotata dal legislatore degli strumenti normativi necessari, a intervenire su un terreno così delicato" (p. 338).

Buggé e Nasso, invece, si occupano dell'"esperienza maturata nell'applicazione degli istituti del diritto processuale pandemico" (p. 340), auspicando, in conclusione, l'istituzionalizzazione della trattazione scritta e dell'udienza virtuale, "in affiancamento ai meccanismi processuali già in essere" (p. 355), al fine di non sprecare l'impegno profuso nei mesi pandemici per "riconcepire lo svolgimento dei processi" (p. 355).

[52] Così A. CAROSI, *Il ruolo della Corte dei Conti nella salvaguardia delle regole di bilancio nazionali e comunitarie*, in *Rivista della Corte Conti*, 3-4/2015, 587.

Il filo conduttore dei diversi canovacci accennati sembra, dunque, imperniarsi su una vasta congerie di proposte intese non quale "rimedio all'emergenza, ma fondazione del futuro"[53].

In sostanziale coerenza con l'argomento per cui "anche nei periodi di crisi, il diritto costituzionale deve individuare quelle regolarità potenzialmente suscettibili di consolidarsi come convenzioni o consuetudini costituzionali, alla ricerca di idee costituzionali che possano essere utili, anche *de jure condendo*, al fine di stabilizzare la forma di governo e migliorare la sua funzionalizzazione alla forma di stato democratica"[54].

[53] Così A. MANZELLA, *op. cit*., 63.
[54] Così R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006, XI.

REPLICA

LUCA BARTOLUCCI E LUCA DI MAJO*

Solitamente, per garbo e galanteria si afferma che *dopo l'intervento del Collega, è molto complesso tenere una relazione di simile livello*.

Qui, non trovandoci in un convegno scientifico o in un seminario di approfondimento, dobbiamo *replicare* ad una recensione che somiglia molto ad un vero e proprio *saggio*, ed è realmente difficile. E lo è perché la dott.ssa Acierno è riuscita non solo a cogliere l'essenza dei singoli contributi ma anche, da un lato, la linea di continuità tra le singole sezioni e, dall'altro, la discontinuità che pure esiste tra le posizioni espresse nell'ambito di un medesimo profilo (v., in esempio, Di Majo e Bartolucci o Napolitano e Pagano).

Insistere sui contenuti messi in evidenza dalla dott.ssa Acierno non offrirebbe alcun valore aggiunto ad una recensione già di per sé completa e puntuale. Sembra pertanto opportuno, a sommesso parere dei curatori, indagare allora su altri aspetti: il metodo, i punti di forza e quelli di debolezza.

Il metodo, anzitutto. È questo un Volume nato quasi per caso, da un confronto tra noi curatori sui rispettivi temi di ricerca: da una parte, il procedimento legislativo in relazione al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Bartolucci), dall'altra parte, per non disperdere un contributo che nasce da una lezione tenuta nel Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari "S. Tosi" sul Comitato per la legislazione, nel corso tenuto dal Prof. Massimo Carli (Di Majo).

L'idea di "un progetto insieme", che ormai da tempo veleggiava nella nostra mente, prendeva concretezza giusto un anno fa: un Volume sulle prassi da pubblicare al termine del biennale stato di emergenza, sebbene non ancora dell'emergenza vera e propria: mentre noi curatori *replichiamo*, i contagi sono nuovamente in aumento, ancorché contenuto.

Non è dato sapere se, un domani, l'Italia o il mondo intero si troveranno ad affrontare nuovamente un'emergenza sanitaria. Purtuttavia, ciò che la pandemia ha insegnato è la necessità che le istituzioni non si facciano trovare impreparate, tanto più dopo la *sperimentazione* di una crisi con pochi precedenti. Ebbene, si è scelto di creare uno *scheletro* che fosse in grado di accogliere contributi mirati, sulle prassi maggiormente significative delle istituzioni, di giovani ricercatori che già in passato avevano affrontato i medesimi temi ancorché da un punto di vista *ordinario*. Veniva chiesto agli Autori di *mutare geneticamente* le loro conoscenze e i loro studi passati per svilupparli nella dimensione pandemica.

* Luca Bartolucci è Lecturer di Diritto pubblico – LUISS School of Government; Luca Di Majo è Ricercatore T.D. di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli».

In particolare, l'obiettivo del Volume – come ha ricordato il prof. Lupo nella prefazione – è quello di "distinguere ciò che è mera prassi, destinata ad essere perciò abbandonata, dalla prassi che invece è destinata a tramutarsi in regola di correttezza costituzionale, o in convenzione costituzionale, quando non in vera e propria consuetudine costituzionale; oppure, in altri casi, ad essere recepita da una fonte scritta" (p. 12).

In tal modo, abbiamo scelto di non fermarci alle sole prescrizioni normative, ma di fare i conti – e "sporcarci le mani" – con le prassi, per indagare l'effettività dell'ordinamento. L'analisi, pertanto, non si è limitata a cosa è prescritto nella fattispecie normativa astratta, anche di livello costituzionale, ma ha tenuto conto – per usare le parole della postfazione del prof. Patroni Griffi – "della prassi concretamente sviluppatasi per valutare se la stessa si è mossa all'interno dell'elasticità delle fattispecie date in astratto oppure siano andate talora anche oltre" (p. 417).

Si tratta, dunque, di un momento di riflessione che guarda agli ultimi due anni, ma con uno sguardo rivolto al futuro: a maggior ragione, visto che la pandemia prosegue e sopravvengono nuove emergenze. Anche tramite tali crisi, infatti, le istituzioni dovrebbero riuscire a sviluppare con più convinzione la loro capacità di guardare nel medio-lungo periodo, in un momento, peraltro, in cui non solo a livello europeo è stato creato uno strumento per la *Next Generation*, ma nel quale anche all'interno della Costituzione italiana (legge cost. n. 1 del 2022) è stato inserito un riferimento esplicito alla questione ambientale e, soprattutto, all'interesse delle future generazioni.

Uno dei punti di forza del lavoro, ad avviso di noi curatori, è stata l'idea di "unire" una comunità scientifica giovane, certamente ancora acerba per alcuni aspetti ma in fibrillazione e in cammino, desiderosa di approfondire continuamente i temi più problematici collocati alle frontiere del diritto costituzionale.

Come sempre, si può essere d'accordo o meno sulle idee e sulle posizioni, come alcune contrapposizioni all'interno dello stesso Volume dimostrano, ma l'auspicio è che il vincolo che in questi mesi si è rafforzato tra i protagonisti del percorso rimarrà saldo per il futuro, tanto da costituire una solida base per iniziative ulteriori, speriamo migliori di questa prima e bella esperienza.

L'entusiasmo contagioso di tutti è stato il vero motore, unitamente agli incoraggiamenti e i preziosissimi consigli di chi ha accolto con piacere l'invito a partecipare con la prefazione (il Prof. Nicola Lupo) o con la postfazione (il Prof. Andrea Patroni Griffi), ai quali va anche qui il più sincero ringraziamento di curatori e Autori.

Ma non mancano, ad onor del vero, i punti deboli. Forse l'opera collettanea potrebbe apparire a molti come una (presuntuosa) iniziativa di curatori non ancora maturi per coordinare e affrontare un tema così complesso come le prassi, sulle quali ci si deve accostare con circospezione o *con delicata attenzione* (come ebbe a scrivere Franco Battiato, in una nota canzone). Certamente, l'inesperienza di noi curatori avrà prodotto qualche errore, di cui ci assumiamo la piena responsabilità. Ma anche questo fa parte di un *metodo* che abbraccia un punto di vista diverso, la crescita accademica, che è costellata di ostacoli sui quali alle volte si inciampa, ma a partire dai quali è bene rialzarsi, comprendere gli errori e proseguire il cammino.

D'altronde, la comunità scientifica non può rimanere immune a ciò che l'emergenza pandemica ha dimostrato, ossia l'imprescindibile importanza dell'approccio corale nella gestione dei rischi connessi alla pandemia. Un'unità di intenti che concerne non soltanto la quotidianità delle nostre vite, ma anche, per l'appunto, lo *stato di salute* delle nostre Istituzioni.

Come evidenziato – non a caso – dalla Presidente Marta Cartabia, il 20 aprile 2020, nella Relazione annuale sull'attività della Corte, nell'"alto mare aperto" dell'emergenza pandemica il primo principio costituzionale da preservare è la "*leale collaborazione* tra tutte le Istituzioni della Repubblica nell'attuazione dei principi costituzionali, ovverosia il risvolto istituzionale della solidarietà".

Del resto, come l'etimo di "solidarietà" suggerisce, può ritenersi *solidus* soltanto ciò che si apre al confronto.

Proprio per tale ragione, in questo Volume, con grande umiltà e ben consapevoli delle difficoltà, abbiamo cercato di non venire mai meno a questa interdipendenza dialogica cui ci siamo conformati *tutti*, intraprendendo, "senza fretta, ma senza sosta", un cammino che – speriamo – potrà condurre a nuovi e interessanti approdi.

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

C. SICCARDI, *I DIRITTI COSTITUZIONALI DEI MIGRANTI IN VIAGGIO. SULLE ROTTE DEL MEDITERRANEO*, EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, 2021

RECENSIONE
AI CONFINI DEI DIRITTI*

CECILIA CORSI**

In una società sempre più globalizzata, in cui la mobilità degli individui è un elemento caratterizzante, in cui distanze che un tempo erano difficili da percorrere sono adesso magari a poche ore di aereo, in una società dove molte persone si sentono e vivono da "cittadini del mondo", altre (molte di più) sono strette al loro territorio, impossibilitate ad attraversare i confini dei loro paesi.

Se si vuole avere un'idea di chi davvero gode del diritto alla mobilità e di chi ne è escluso, basta consultare l'elenco dei paesi i cui cittadini devono avere un visto d'ingresso per poter entrare nel territorio di un altro Stato. Sarà facile constatare che a coloro che provengono dai luoghi più poveri è richiesto il visto per varcare i confini della stragrande maggioranza di tutti gli altri paesi. Non è così per i cittadini dei paesi più sviluppati.

Ai "viaggi non autorizzati" di chi lascia la propria terra, il più delle volte per fuggire da condizioni invivibili o per cercare condizioni migliori di vita, è dedicato il libro di Cecilia Siccardi.

L'Autrice ci conduce in una ricostruzione delle tante tappe che contraddistinguono questi viaggi e delle tante questioni giuridiche irrisolte che vedono coinvolti diritti fondamentali (spesso ignorati) dei migranti. È come se fossimo davvero non solo ai confini fra Stati, ma anche ai confini dei diritti: in un deserto giuridico. Non è solo il deserto, come luogo geografico, che spesso queste persone solcano, ma è anche un vuoto di tutela, una sorta di terra di nessuno, che viene attraversato.

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
** Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Firenze.

Il primo capitolo del volume sottolinea, già, una prima aporia nella normativa costituzionale e sovranazionale: se ogni essere umano ha diritto di lasciare il proprio paese, non esiste però un equivalente obbligo di accoglienza a favore dei cittadini di altri Stati. Solo nell'ipotesi che il soggetto sia nelle condizioni di accedere all'asilo può allora vantare un diritto all'ingresso e soggiorno. Ma anche in questo caso per poter far valere questo diritto, occorre che il migrante sia giunto alle frontiere dello Stato a cui intende chiedere accoglienza. L'assenza (o la sporadicità) di procedure di ingresso protetto per i richiedenti protezione comporta l'intrapresa di viaggi nei quali le persone sono esposte ad ogni genere di rischio.

E se è vero che si sta aprendo un dibattito, anche a livello europeo, sulle vie di accesso protetto, e se dall'art. 10 terzo comma Cost. si può desumere "un obbligo di garantire il raggiungimento del territorio dello Stato in modo da assicurare l'ingresso ai fini di richiedere protezione" (p. 95), gli strumenti finora individuati sono ancora insufficienti e insoddisfacenti.

Molti passi sono stati invece compiuti in questi anni nella direzione opposta, per esternalizzare, cioè, il controllo dei confini italiani/europei e per delegare ad altri Stati attività, che più difficilmente potrebbero essere svolte da uno Stato europeo[1]. Basti pensare agli accordi di *soft law* nel settore della riammissione[2], alla Dichiarazione del marzo 2016 tra UE e Turchia o al Memorandum d'intesa fra Italia e Libia del 2017 tacitamente rinnovato nel 2020 o all'istituzione di una regione di ricerca e soccorso libica. Sono, però, altrettanto evidenti le gravissime violazioni dei diritti umani che queste politiche comportano e la loro contraddittorietà con l'art. 10, terzo comma Cost., come peraltro ben stigmatizzato da Siccardi.

Violazioni dei diritti umani che non di rado portano alla perdita del bene supremo: la vita. Le rotte del Mediterraneo (richiamate proprio nel sottotitolo del volume) vedono ogni anno un numero intollerabile di morti: sono persone annegate nel tentativo di attraversare quei confini e nel tentativo spesso di accedere a quel diritto di asilo proclamato da carte costituzionali e carte internazionali, ma nei fatti irraggiungibile. Nei loro confronti anche l'ultima forma di rispetto verso un essere umano, il recupero e l'identificazione della salma, è spesso negata[3]. E Cecilia Siccardi ci spiega bene le difficoltà pratiche e soprattutto le tante questioni giuridiche sia di diritto costituzionale sia di diritto internazionale che si pongono a fronte di un vuoto normativo.

Queste morti in mare ci testimoniano anche delle tante problematiche legate al soccorso dei migranti: se da un lato sono chiari gli obblighi stabiliti dalle convenzioni

[1] È chiaro l'intento di delegare ad altri paesi compiti di controllo dei flussi migratori, aggirando il divieto di *refoulement* (vedi anche la sentenza *Hirsi* del 2012 della Corte EDU). È altrettanto evidente che prima o poi le contraddizioni insite in questa strategia di esternalizzazione imploderanno con il conseguente riconoscimento di una responsabilità giuridica in capo agli Stati che sono giunti a delegare ad altri compiti di contenimento dei flussi in violazione del diritto internazionale.

[2] Vedi C. MOLINARI, *Accordi di* soft law *in materia di rimpatri: carta bianca per le istituzioni UE?* in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2022 che mette in luce la finalità di elusione delle garanzie costituzionali da parte di questi accordi di *soft law*.

[3] C. CATTANEO, M. D'AMICO (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, Milano, 2016.

internazionali sul diritto del mare, se il divieto di *refoulement,* già sancito dalla Convenzione di Ginevra, ha trovato un'ulteriore elaborazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in forza soprattutto dell'art. 3 e dell'art. 4, prot. 4 CEDU, se un'interpretazione extraterritoriale dell'art. 10, terzo comma Cost. porta a riconoscere il diritto di ingresso in Italia a chi intende chiedere asilo, non è certo scongiurato il pericolo che il mare si configuri come "uno spazio di non diritti".

Come ci ricorda Siccardi le iniziative a sostegno della Guardia costiera libica nel prevenire le partenze verso le nostre coste, le misure tese ad allontanare le ONG dalle zone del Mediterraneo interessate dal passaggio dei migranti o a criminalizzarne l'attività, nonché le politiche di chiusura dei porti intraprese dal Governo italiano a partire dal 2018 sono emblematiche di una ben precisa volontà politica. E se durante il governo Conte I c'è stata una esasperazione (basti ricordare le vicende relative alla nave *Diciotti* e alla *Gregoretti* o al cd. decreto sicurezza-*bis*), le contraddizioni della politica italiana e di quella europea sono ben più risalenti e ancora tutte da risolvere[4].

Sappiamo anche che su queste vicende si è aperto un contenzioso importante sia davanti alla Corte di Strasburgo che ai giudici italiani e che nella maggior parte dei casi principi basilari di civiltà giuridica sono stati ribaditi, ma non possiamo investire la magistratura di un compito di supplenza. È la politica *in primis* che deve farsi carico di inverare quei principi che sono a fondamento di un ordinamento democratico. Ma spesso è proprio in nome della sovranità popolare che si portano avanti politiche che contraddicono quei principi che sono alla base della nostra cultura costituzionale.

Quando il migrante riesce a raggiungere le nostre coste, che sono non solo frontiere nazionali, ma anche europee e rispetto alle quali si sta faticosamente istituendo un sistema comune di gestione, si apre una fase di prima assistenza e di identificazione che si caratterizza, come osserva Siccardi, per una doppia natura "umanitaria" e "sicuritaria". E "i mezzi adottati dal legislatore per il controllo delle frontiere, come il metodo *hotspot*, il trattenimento e il rilevamento delle impronte digitali, si rivolgono indistintamente a richiedenti protezione e irregolari" in ragione della natura mista dei flussi in ingresso, ma con le criticità che ne conseguono trattandosi di persone in posizioni giuridiche differenti[5].

Questa fase si caratterizza come una sorta di limbo giuridico: la stessa gestione degli *hotspot* presenta profili problematici non solo rispetto alle garanzie della libertà personale come disciplinate dalla Costituzione italiana, ma anche in riferimento art. 5 della CEDU (*Right to liberty and security*). Basti ricordare la sentenza della Corte EDU del 15 dicembre 2016 *Khlaifia c. Italia* nella quale è stato censurato il trattenimento verificatosi nel 2011 di alcuni stranieri nel centro di primo soccorso e accoglienza di

[4] Vedi anche il decreto interministeriale del 7 aprile 2020 con cui fu stabilito che per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di "luogo sicuro", in virtù di quanto previsto dalla convenzione di Amburgo, sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana.

[5] Cfr. G. FAMIGLIETTI, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi «giudici»,* Torino, 2021.

Lampedusa e poi su alcune navi ormeggiate nel porto di Palermo[6]. La Corte stabilì che il trattenimento degli stranieri in strutture chiuse, anche se disposto nell'immediatezza dei soccorsi e in situazioni di accesso straordinario di migranti, configura una detenzione di fatto priva di base legale.

Problema della mancanza di base legale non certo risolto dal decreto legge Minniti-Orlando del 2017 che ha introdotto una disposizione di rango legislativo (art. 10-*ter* TU)[7], ma che non costituisce, dal punto di vista del rispetto della normativa costituzionale, una base legislativa idonea per il trattenimento degli stranieri condotti nei punti di crisi, perché niente si dice sui tempi del trattenimento e sulle modalità per l'identificazione[8]. A questa carente disciplina si è aggiunta una disposizione del decreto sicurezza del 2018 sul trattenimento dei richiedenti protezione che, come sottolinea Siccardi, ha creato una confusa sovrapposizione delle forme di trattenimento alla frontiera.

Questa prima fase è poi cruciale in relazione alla "selezione" dei migranti "irregolari" e dei "richiedenti protezione", perché ha delle conseguenze di rilievo sui diritti dei soggetti, ma è lasciata a prassi e circolari amministrative spesso non in linea con la "direttiva procedure" e con alcune disposizioni del Codice delle frontiere Schengen. E "le persone che, in base alla criticabile selezione avvenuta secondo il metodo *hotspot*, sono state classificate CAT2 'irregolari' saranno destinatarie dei provvedimenti di allontanamento e imputabili delle fattispecie di reato previste dal d.lgs n. 286 del 1998 in materia di ingresso irregolare nel territorio dello Stato" (p. 292), con una sovrapposizione di fattispecie normative (reato di ingresso illegale, respingimento differito ed espulsione amministrativa) non facilmente districabile. E non si può quindi non condividere la conclusione del quarto capitolo del volume di Siccardi che constata la "paradossale inversione di logica: il legislatore invece di predisporre gli strumenti necessari per dare attuazione all'art. 10, comma 3, Cost.,

[6] I tre ricorrenti, cittadini tunisini, erano giunti nel Centro di soccorso e di prima accoglienza di Lampedusa, ove erano stati trattenuti in condizioni da essi definite inumane e degradanti fino a che una rivolta e il successivo incendio, scoppiati nel centro proprio in reazione alle condizioni di permanenza, lo avevano gravemente danneggiato e avevano costretto le Autorità italiane a rinvenire una diversa collocazione per gli oltre mille migranti presenti sull'isola. Essi erano stati quindi condotti a Palermo e imbarcati su tre navi, rimaste per diversi giorni attraccate al porto della medesima città. Dall'aeroporto palermitano, i migranti erano infine stati rimpatriati in Tunisia previo un sommario accertamento della loro identità avanti al console tunisino in applicazione dell'accordo italo-tunisino del 5 aprile 2011.

[7] Art. 10-*ter* TU: "lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi *hotspots*. …Presso questi punti di crisi sono effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito".

[8] Il decreto legge Minniti ha però previsto che il rifiuto dello straniero di farsi identificare può portare al trattenimento in un centro di permanenza per il rimpatrio. Si configura, così, una nuova e ulteriore figura di trattenimento, che prescinde da un previo provvedimento espulsivo, finalizzata a sanzionare la condotta di chi si rifiuta di essere sottoposto al rilevamento fotodattiloscopico.

garantendo il diritto costituzionale, lo ha reso oggetto delle politiche di controllo dei flussi e del contrasto all'immigrazione irregolare" (p. 305).

Il migrante che sia richiedente protezione può accedere al sistema di accoglienza. Sistema la cui complessa evoluzione viene attentamente ricostruita nel volume che recensiamo.

Come noto, il nostro sistema, che è stato per molti anni regolato da provvedimenti "emergenziali" volti a far fronte alle diverse esigenze umanitarie del momento, ha mostrato gravi carenze, le quali furono ben evidenziate nella sentenza *Tarakhel c. Svizzera* della Corte EDU[9].

Nel corso poi degli anni, in applicazione anche della normativa europea, si è venuta a strutturare una fase di prima accoglienza assicurata in Centri governativi e/o nelle strutture temporanee autorizzate dal prefetto (i cd. CAS) e una fase di seconda accoglienza disposta nelle strutture del Sistema di protezione per richiedenti asilo (SPRAR) gestito dagli enti locali.

Con l'approvazione del decreto sicurezza del 2018 si venne a incidere profondamente su questo assetto trasformando un sistema di accoglienza unitario (che accoglieva sia richiedenti asilo sia soggetti a cui era stata riconosciuta la protezione) in un sistema binario distinto in base allo *status* dei beneficiari, negando l'accoglienza nell'ambito del sistema territoriale (ribattezzato SIPROIMI) ai richiedenti asilo e relegandoli nei centri governativi di prima accoglienza, ove sarebbero state assicurate solo "le esigenze essenziali". La dissennatezza delle scelte del legislatore fu poi amplificata dall'erompere della pandemia che condusse il Governo a prolungare la permanenza nei progetti SIPROIMI dei richiedenti asilo. Finalmente il decreto legge del 2020 ha ripristinato per i richiedenti asilo l'accoglienza nel Sistema di accoglienza e integrazione (SAI), anche se il nuovo sistema, a differenza dello SPRAR, non garantisce indistintamente a tutti i migranti accolti gli stessi servizi.

È occorso invece un intervento della Corte costituzionale (sent. 186/2020) per rimuovere il divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo, anch'esso introdotto dal decreto sicurezza del 2018 e teso a "far terra bruciata" intorno a queste persone.

È davvero lungo un affannato viaggio che ci conduce il libro di Siccardi, un viaggio che conosce continue carenze di tutele giuridiche, con tutto ciò che ne consegue per la vita delle persone. La scelta dell'Autrice è proprio quella di offrire una carrellata delle innumerevoli questioni irrisolte e delle tante contraddittorietà che caratterizzano su questa tema i nostri ordinamenti.

Resta sullo sfondo l'art. 10, terzo comma Cost., norma fondativa della nostra democrazia, ma forse mai davvero del tutto attuata. È stato molto dibattuto se il sistema di protezione articolato nel rifugio, nella protezione sussidiaria e in quella umanitaria poteva dirsi finalmente attuativo della disposizione costituzionale. Sono poi note le vicissitudini che la protezione umanitaria ha conosciuto in questi ultimi anni. E, come sottolinea Siccardi, solo la prassi amministrativa e la giurisprudenza delle sezioni

[9] La Corte condannò la Svizzera per la decisione di trasferire una famiglia afghana verso l'Italia senza aver avuto assicurazioni sulle condizioni nelle quali sarebbero stati accolti i richiedenti, tenuto conto delle significative manchevolezze nel sistema italiano di protezione dei richiedenti asilo.

specializzate ci paleseranno la portata della protezione speciale come introdotta col decreto migranti del 2020.

Il profilo, però, più delicato che riguarda l'(in)attuazione dell'art. 10, terzo comma concerne la mancata disciplina di modalità di accesso protetto al territorio. Come si è visto, vi è necessità che il richiedente asilo raggiunga le nostre frontiere per poter chiedere protezione, attraversando quei deserti geografici e giuridici che abbiamo ricordato. Non si può quindi non condividere l'auspicio di Siccardi, che pur consapevole delle tante problematiche coinvolte e della pluralità degli approcci necessari, auspica una legge di attuazione dell'art. 10, terzo comma nella sua accezione extra-territoriale, volta a disciplinare il rilascio di visti umanitari a chi ne soddisfi le condizioni per raggiungere la frontiera italiana ai fini di richiedere protezione[10].

Finora le iniziative, anche a livello europeo[11], per l'adozione di misure che rendano possibile un ingresso protetto sono state palesemente insufficienti, nonostante le sollecitazioni giunte dall'UNHCR e dal relatore speciale delle Nazioni Unite sui diritti dei migranti, da organismi del Consiglio d'Europa e anche dall'Agenzia per i diritti fondamentali dell'Unione europea.

Si tratta di prendere sul serio il diritto di asilo, quale elemento fondativo di un ordinamento democratico e di dar vita a procedure (dai programmi di reinsediamento, ai visti umanitari)[12] che consentano a coloro che vedono conculcati i loro diritti fondamentali di non dover attraversare deserti di tutela.

[10] Sotto questo profilo notevoli profili d'interesse presenta l'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 dicembre 2021 (che risulta la prima in Italia ad applicare direttamente, in sede giudiziale, l'art. 25 Regol. UE n. 810/2009) con la quale è stato accolto il ricorso proposto da due cittadini afghani ai quali il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale aveva opposto il silenzio sulla loro richiesta di rilascio di visti umanitari per sottrarsi a rischi imminenti per la loro incolumità, a seguito della presa di potere in Afghanistan del nuovo governo dei cd. talebani.

[11] Anche le sentenze *X e X c. Belgio* della Corte di Giustizia e *M.N. e al. c. Belgio* della Corte EDU nel negare l'esistenza di un obbligo per gli Stati membri di autorizzare l'ingresso dei richiedenti asilo sul loro territorio, testimoniano della necessità di un quadro normativo di disciplina di un sistema di ingresso protetto.

[12] Cfr. P. BONETTI, *Editoriale. La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2021. C. PANZERA*, Il diritto di asilo. Profili costituzionali,* Napoli, 2020.

REPLICA

CECILIA SICCARDI*

Ringrazio sentitamente la Professoressa Cecilia Corsi per aver accettato l'invito del Comitato di Direzione di questa *Rivista* a scrivere la recensione, offrendo così al mio lavoro l'opportunità di essere discusso pubblicamente in una sede così prestigiosa.

Le sono particolarmente grata non solo per la cura e la dovizia di particolari con cui ha ripercorso le pagine del libro, cogliendone perfettamente lo spirito, ma anche perché gli studi della Professoressa Cecilia Corsi sono stati una imprescindibile fonte di ispirazione per le mie ricerche.

Diversi lavori di Cecilia Corsi sono stati fondamentali per far luce su questioni complesse che contraddistinguono il tema delle migrazioni nella prospettiva del/della costituzionalista, quali, ad esempio, il principio di solidarietà[1], le criticità poste dalle riforme più recenti come il c.d. Decreto Sicurezza[2] o le conseguenze derivanti dalla pandemia[3]; ancora, la Rivista diretta da Cecilia Corsi "*Diritto, immigrazione e cittadinanza*" rappresenta un costante punto di riferimento per restare al passo dei continui mutamenti di un settore, come quello del diritto degli stranieri, in continua evoluzione.

Ma è stata soprattutto la monografia di Cecilia Corsi *Lo Stato e lo straniero* del 2001 ad avermi guidato sin dall'inizio dei lavori della tesi di dottorato[4].

Da un lato, nel libro del 2001, l'Autrice ripercorre i rapporti che regolano lo Stato «che è la comunità politica per eccellenza e lo straniero, che è persona che non appartiene la comunità»[5], i quali dovrebbero essere ispirati ad una delle principali conquiste del costituzionalismo moderno: l'universalismo dei diritti umani. L'apertura della Costituzione verso la Comunità internazionale e le Convenzioni di diritto internazionale dei diritti umani garantisce a tutti "gli individui" (e non più ai soli cittadini) la tutela dei diritti inviolabili (art. 2, art. 10 Cost.).

Dall'altro lato, dalle stesse pagine risulta altrettanto evidente che «la tensione tra apertura universale e senso di appartenenza sia ancora irrisolta». Ne consegue che «se da un lato i diritti umani cominciano a scontrarsi con il principio della cittadinanza nazionale e con gli stessi confini della nazione, dall'altro il principio del particolarismo

* Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

[1] C. CORSI, *Commissione c. Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria: il principio di solidarietà nelle politiche in materia di asilo*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020.

[2] C. CORSI, *The Right of Asylum after the 'Security Decree'. The Abolition of Humanitarian Protection, in Italian journal of public law*, 2/2019.

[3] C. CORSI, *Migranti e immigrati di fronte all'emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Diritto pubblico*, 3/2020.

[4] C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, 2002.

[5] *Ibidem*, XIII.

territoriale, del senso di appartenenza ad una comunità stanziata su un certo territorio sono ancora ben radicati»[6].

La consapevolezza di questa tensione irrisolta ha accompagnato la mia ricerca sui diritti costituzionali dei migranti in viaggio tra i confini non solo "degli Stati" ma "dei diritti"; un viaggio che attraversa, come efficacemente osservato dalla Professoressa Corsi, «deserti di tutela»[7].

Entrando ora nel vivo del compito che mi è stato assegnato dal Comitato di Direzione della *Rivista*, devo anzitutto ammettere che non è agevole "replicare" alla recensione "*Ai confini dei diritti*". Condividendo, infatti, tutte le osservazioni proposte dalla Professoressa, intendo approfittare di questa importante opportunità non tanto per "replicare", quanto piuttosto per accogliere l'invito a proseguire lo studio su alcune "piste" di ricerca.

Un primo importante tema, messo in luce dalla Professoressa Corsi e che meriterebbe un approfondimento, è rappresentato dal sistema dei visti. Quest'ultimo, come configurato dal Regolamento (CE) n. 810/2009, rischia di produrre effetti discriminatori, in base alla nazionalità e alla classe sociale. È, infatti, «facile constatare che a coloro che provengono dai luoghi più poveri è richiesto il visto per varcare i confini della stragrande maggioranza di tutti gli altri paesi. Non è così per i cittadini dei paesi più sviluppati»[8]. Anche i visti di lunga durata di competenza del diritto nazionale, devono essere oggetto di studio, soprattutto per quanto attiene all'assenza di vie di ingresso legale per motivi umanitari e alla quasi totale assenza di queste ultime per motivi di lavoro che rendono pressoché impossibile la migrazione regolare verso il nostro Paese. È, d'altra parte, proprio la mancanza di vie legali di accesso al territorio per richiedenti protezione a determinare il paradosso che permea le pagine di tutto il libro: persone potenzialmente titolari di un diritto costituzionale, il diritto d'asilo, sono costrette a giungere in modo irregolare alla frontiera dopo lunghi e rischiosi viaggi.

Il secondo invito, di carattere più generale, che mi sembra emergere dalle parole di Cecilia Corsi è quello di proseguire la ricerca intorno agli «spazi di non diritto» ai «limbi giuridici»[9] che presenta la materia oggetto del volume qui recensito. Queste zone franche si ritrovano in diverse tappe delle rotte verso il Mediterraneo e si caratterizzano per l'assenza di una disciplina di rango primario e per le difficoltà di accesso alla giustizia dei migranti in viaggio verso le nostre coste o in ingresso alle nostre frontiere. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, agli accordi di esternalizzazione dei controlli di frontiera, ai respingimenti in mare, alle politiche di c.d. chiusura dei porti, ai punti di crisi, alla selezione operata dall'autorità amministrativa in ingresso tra richiedenti protezione e migranti economici.

Tale situazione lede nel profondo il principio di legalità[10], alla base della democrazia, e impone una riflessione sull'(in)attuazione dell'art. 10, comma 3 della

[6] *Ibidem*, 406.

[7] C. CORSI, *Ai confini dei diritti. Recensione a Cecilia Siccardi, I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del mediterraneo, Napoli, Editoriale scientifica*, 2021, in *Questo Fascicolo*.

[8] *Ibidem*.

[9] *Ibidem*.

[10] Sul tema M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4/2018.

Costituzione. Anche su questo Cecilia Corsi invita a soffermarsi, sotto due prospettive diverse.

La prima, attiene alle conseguenze della mancata attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost., dalla quale deriva la «paradossale inversione di logica: il legislatore invece di predisporre gli strumenti necessari per dare attuazione all'art. 10, comma 3, Cost., garantendo il diritto costituzionale, lo ha reso oggetto delle politiche di controllo dei flussi e del contrasto all'immigrazione irregolare»[11].

La seconda prospettiva riguarda l'art. 10, comma 3 della Costituzione nella sua accezione extra-territoriale, quale fondamento costituzionale di una legge volta a disciplinare l'ingresso di richiedenti protezione che si trovino in Stati terzi. In quest'ottica, gli strumenti su cui ragionare al fine di regolare l'ingresso sicuro dei richiedenti protezione potrebbero essere diversi, dai visti umanitari, ai reinsediamenti, ai corridoi umanitari. Oltre ai dettagli relativi alle singole procedure di ingresso protetto, Cecilia Corsi esorta a riflettere sul loro senso costituzionale quale modo per «prendere sul serio il diritto di asilo, quale elemento fondativo di un ordinamento democratico»[12].

[11] Così C. SICCARDI*, I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo, Napoli, Editoriale scientifica*, 2021, come riportato da C. CORSI, *Ai confini dei diritti*, cit.

[12] C. CORSI, *Ai confini dei diritti*, cit.

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

IL FORUM

SI PUÒ PARLARE DI UN "NEOCOSTITUZIONALISMO" IN AMERICA LATINA?*

Introduzione al *Forum*

MARILISA D'AMICO

Il *Forum* che si presenta invita autori ed autrici a riflettere sul tema del neocostituzionalismo in America latina.

Gli autori e le autrici si sono confrontati su cinque domande concernenti i significati teorici e concreti di questo «modo di vedere il diritto costituzionale», come le sfide relative alla tutela dei diritti e all'organizzazione del potere politico, il ruolo delle comunità originarie, il modello democratico, il processo costituente.

L'idea di dedicare il *Forum* a questo tema, in una Rivista esplicitamente dedicata al "Dibattito aperto sul Diritto e sulla Giustizia costituzionale", è sicuramente frutto anche delle nuove attività dell'Associazione.

Sin dall'insediamento nel 2019 il Direttivo ha condiviso con tutti i soci la necessità di un'apertura internazionale e ha promosso iniziative volte ad avviare un confronto anche con studiosi stranieri. Sotto questo profilo è stato determinante lo stimolo del gruppo dei giovani costituzionalisti, di recente formalizzato nel "Comitato dei giovani costituzionalisti".

L'organizzazione del Seminario di Diritto comparato con il fondamentale supporto del "Comitato", che coinvolge ogni anno relatori e relatrici, giovani studiosi e giovani studiose provenienti da molte Università europee, ne è una dimostrazione.

Nella stessa direzione si pone l'apertura della *Rivista* ad autori e autrici stranieri e a contributi in lingue diverse, come la pubblicazione di questo *Forum*, nel quale dialogano illustri studiosi e studiose di Università latino-americane e di Università europee.

* Contributi sottoposti a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

Dal punto di vista del contenuto, mi sembra particolarmente pregevole il fatto che gli autori e le autrici del *Forum* abbiano affrontato il tema del neocostituzionalismo non limitandosi all'elaborazione teorica, seppur imprescindibile, ma indagandone le ricadute pratiche sul diritto e sulla giustizia costituzionale.

Tra le tante ricadute concrete mi preme metterne in luce una, rilevata anche dagli scritti pubblicati in questo *Forum*. Il neocostituzionalismo latino-americano si caratterizza, grazie anche al rinvio alle convenzioni internazionali, per l'intento di ampliare l'area di tutela dei diritti dei soggetti più fragili, tra i quali vengono spesso richiamati donne, bambini, giovani, anziani e i membri delle comunità originarie storicamente emarginati.

Infine, non posso che evidenziare un aspetto a me particolarmente caro e che attiene al principio costituzionale di parità di genere. Non solo, come appena visto, il neocostituzionalismo latino-americano presenta una particolare sensibilità verso i diritti delle donne, ma le donne si sono rese protagoniste di questo cambiamento.

Mi riferisco alla Costituzione cilena, nata dalla prima Assemblea costituente totalmente paritaria, costituita cioè da 77 donne e 78 uomini, e presieduta da una donna, Elisa Loncón, simbolo dei diritti delle donne e dei popoli nativi.

Non può che tornare alle mente lo sforzo profuso delle nostre Costituenti per affermare quei "nuovi" principi di parità in un Assemblea formata da 21 donne e 535 uomini; principi che rappresentano un tratto saliente della democrazia costituzionale.

INDICE

I Domanda (p. 239 ss.) - Quale ritiene che sia il punto di riferimento o l'evento rilevante a partire dal quale potrebbe parlarsi di un nuovo costituzionalismo in America Latina? Quali sarebbero i tratti maggiormente significativi di questo modo di vedere il diritto costituzionale?
¿Cuál considera que sería el punto de referencia o hecho relevante a partir del cual se podría hablar de un nuevo constitucionalismo en América Latina? ¿Cuáles serían los rasgos más importantes de esta forma de ver el derecho constitucional?

II Domanda (p. 255 ss.) - Come si è evoluto questo nuovo costituzionalismo nelle diverse realtà in cui è stato messo in pratica? Quali sarebbero le principali difficoltà che incontra e le più significative sfide dal punto di vista dei diritti e dell'organizzazione del potere politico?
¿Cómo ha evolucionado este nuevo constitucionalismo en las diversas realidades donde se han puesto en práctica? ¿Cuáles serían sus principales dificultades y desafíos desde el punto de vista de los derechos y la organización del poder político?

III Domanda (p. 266 ss.) - Qual è il ruolo che rivestono i diritti delle comunità originarie in tale nuovo costituzionalismo? Quale dovrebbe essere la sua relazione con il modello democratico e repubblicano dei Paesi dell'America Latina?
¿Cuál es el papel que tienen los derechos de las comunidades originarias en este nuevo constitucionalismo? ¿Cómo debería considerarse su relación con el modelo democrático y republicano de los Países de América Latina?

IV Domanda (p. 276 ss.) - Come si inserisce il processo costituente cileno nel solco del nuovo costituzionalismo? Esiste in questo caso una linea di continuità o è il frutto di un processo che corrisponde al grado di maturazione storica e politica del popolo cileno?

¿Cómo se entiende el proceso constituyente chileno en el marco del nuevo constitucionalismo? ¿En este caso existe una relación de continuidad o es el resultado de un proceso que corresponde a la maduración histórica y política del pueblo chileno?

V Domanda (p. 284 ss.) - In altri Paesi dell'America Latina come in Perù l'idea di una nuova Costituzione forma parte del dibattito, ma in questo caso si propone la possibilità di un referendum per evitare di passare attraverso il Congresso della Repubblica: come giudica questa eventualità dal punto di vista della legittimazione democratica? Quali sarebbero a suo giudizio le condizioni necessarie affinché questa idea iniziale si converta in un processo costituente?
Existen otros Países de América Latina como el Perú, donde la idea de nueva Constitución forma parte del debate, pero en este caso se habla de un referéndum para no pasar por el Congreso de la República: ¿Cómo observa esta posibilidad desde el punto de vista de la legitimidad democrática? ¿Cuáles serían las condiciones para que esta inicial idea se convierta en un proceso constituyente?

I partecipanti al Forum (p. 288 s.)

I Domanda

Quale ritiene che sia il punto di riferimento o l'evento rilevante a partire dal quale potrebbe parlarsi di un nuovo costituzionalismo in America Latina? Quali sarebbero i tratti maggiormente significativi di questo modo di vedere il diritto costituzionale?
¿Cuál considera que sería el punto de referencia o hecho relevante a partir del cual se podría hablar de un nuevo constitucionalismo en América Latina? ¿Cuáles serían los rasgos más importantes de esta forma de ver el derecho constitucional?

MARÍA ELENA ATTARD BELLIDO

Considero que existen cuatro puntos cardinales que a su vez son los rasgos más importantes de un *nuevo constitucionalismo en América Latina:* i) El reconocimiento a la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico igualitario, la interculturalidad, la descolonización y la despatriarcalización; ii) La ruptura del paradigma antropocéntrico y la asunción del paradigma del vivir bien o *suma qamaña;* iii) La resignificación de la cláusula de igualdad sustantiva y no discriminación en clave de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización y despatriarcalización; y, iv) El desarrollo de diálogos inter-cultural a través de procesos constituyentes plurales y diversos.

El reconocimiento a la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico igualitario, la interculturalidad, la descolonización y la despatriarcalización es un primer componente característico de *un nuevo constitucionalismo en América Latina,* primero por la idea del tránsito necesario del Estado-Nación al Estado constitucionales plurinacional de derechos, que, desde la plurinacionalidad y la cláusula de libre determinación de los pueblos indígenas plantean una estructura de derechos que superen una visión individual y exclusivamente universalista, para que, en el marco de procesos interculturales de traducción y entendimiento, estos derechos sean construidos pluralmente desde la voz de los históricamente oprimidos.

Asimismo, la plurinacionalidad -como hilo narrativo de un nuevo constitucionalismo en América Latina-, irradiará en la parte orgánica de las Constituciones a través de una institucionalidad plurinacionalidad que, desde la libre determinación de los pueblos indígenas, asegure su participación real en el ejercicio del poder a través de los diferentes órganos del Estado.

Por su parte, el pluralismo jurídico de tipo igualitario, brinda una lectura plural del orden jurídico-constitucional a partir de un sistema plural de fuentes de juridicidad. En efecto, la Constitución irradia de contenido a la ley (formal y material), la cual no es la única fuente directa de derechos ya que, en el marco de constantes diálogos interculturales, coexiste con las normas, procedimientos y cosmovisiones de los pueblos indígenas que también son fuente directa de derecho y de juridicidad en el marco de la descolonización de saberes.

Además, la jurisprudencia emanada de un Tribunal Constitucional Plurinacional es también fuente directa de derecho a la luz del estándar jurisprudencial más alto, es decir que, son precedentes en vigor los entendimientos que sean más favorables y progresivos para grupos históricamente discriminados y oprimidos, como es el caso de los pueblos indígenas o las mujeres indígenas, por lo que entendimientos regresivos o limitativos del máximo contralor de constitucionalidad, en el marco de los principios de progresividad, prohibición de regresividad y favorabilidad, nunca llegarán a ser fuente directa de derecho.

Tejiendo estos criterios que unen los coloridos hilos de un nuevo constitucionalismo en América Latina, debe destacarse que la plurinacionalidad y el pluralismo, son interdependientes a la interculturalidad; por tanto, en culturas y sociedades plurales y diversas, la interculturalidad plantea diálogos de complementariedad y constantes procesos de traducción y entendimiento para superar visiones hegemónicas de poder y así construir pluralmente los derechos desde las voces de personas y colectividades históricamente excluidas y discriminadas.

Desde la perspectiva anotada, sin duda los métodos del control de constitucionalidad cambian sustancialmente, ya que el razonamiento jurídico-constitucional tendrá legitimidad en la medida en la cual las juezas y jueces que deben devenir tanto de la tradición de justicia ordinaria como de la justicia indígena (por eso la necesidad de un tribunal constitucional plurinacional y con composición plural), deben realizar diálogos interculturales e interjurisdiccionales para así construir pluralmente derechos a partir de las voces de las personas y colectividades históricamente oprimidas. Entonces, el razonamiento judicial desde el cómodo escritorio de las juezas y jueces constitucionales y desde la venda de la diosa Themis que perpetua un positivismo jurídico recalcitrante basado en la igualdad formal y el desconocimiento e invisibilización de patrones históricos de discriminación por raza, sexo u otros factores, no tiene cabida en esta nueva teoría constitucional latinoamericana.

De acuerdo a lo referido, la plurinacionalidad, el pluralismo y la interculturalidad tienen sustento en la descolonización que, en el caso boliviano, es un principio de rango constitucional. En virtud a este principio, se postula una deconstrucción del modelo de Estado y de todas las estructuras de poder hegemónicas que desde el proceso de colonización oprimieron y excluyeron a los pueblos indígenas, a las comunidades afrodescendientes así como a las mujeres, reproduciendo modelos sociales, políticos, económicos y jurídicos discriminatorios y excluyentes.

Por su parte, la despatriarcalización cuestiona al modelo de masculinidad hegemónica reflejado en el varón, blanco, católico, propietario, proveedor, heterosexual y sin discapacidad a partir del cual se han construido sociedades históricamente desiguales, asimétricas y de poder entre mujeres y hombres y que con mayor rigor han generado opresión en las mujeres indígenas y afrodescendientes.

Entonces, estos cinco hilos conductores: la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico igualitario, la interculturalidad, la descolonización y la despatriarcalización son un punto de referencia y también un rasgo de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos; sin embargo, no pueden ser comprendidos de una manera aislada,

sino más bien en el marco de una armónica articulación con el criterio de ruptura del paradigma antropocéntrico y la asunción del paradigma del vivir bien o *suma qamaña,* que en particular fue planteado a través de la Constitución boliviana de 2009.

En efecto, la ruptura del paradigma antropocéntrico supone desarrollar un esquema de derechos que no sólo debe tener una dimensión individual, sino la inclusión de un amplio catálogo de derechos, entre los cuales se tiene a la Madre Tierra -o Pacha Mama a la luz de la mirada andina-, no como objeto de protección, sino más bien como titular de derechos que debe ser protegida en armonía con la cosmovisión de cuidado y equilibrio de los pueblos indígenas, principales guardianes de sus derechos. Esta concepción que atribuye a la Madre Tierra la calidad de sujeto de derecho, supone no sólo la superación del tradicional paradigma antropocéntrico de matriz eurocéntrica, sino que configura uno de los rasgos más destacables del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Asimismo, desde el paradigma del vivir bien, los seres sintientes, es decir los animales, no son objeto de protección, sino titulares de derechos con protección reforzada y herramientas de directa justiciabilidad para su eficacia. Es así que desde los nuevos constitucionalismos latinoamericanos ingresan al debate temas como las familias diversas inter-especie, la libertad de los anímales en cautiverio a partir de su derecho a la dignidad, entre otros temas que deben ser abordados por los altos tribunales de la región.

Otros derechos también entran en escena desde la ruptura del paradigma antropocéntrico y la vigencia del paradigma del *suma qamaña* o vivir bien planteado en particular por el constitucionalismo boliviano, entre ellos los derechos transindividuales como los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el derecho a la paz, la democracia, la seguridad pública, la salubridad pública, el espacio público, entre otros, los cuales superan la visión del individuo y más bien se orientan a la colectividad plural y diversa para vivir bien y consagrar el *suma qamaña* como fin esencial del Estado.

Esta narrativa del paradigma del *suma qamaña,* debe ser también entendida a la luz del redimensionamiento constitucional de la cláusula de igualdad sustantiva y de prohibición de discriminación que debe ser leída en clave de plurinacionalidad, pluralismo jurídico igualitario, interculturalidad, descolonización y despatriarcalización. En esta línea, esta corriente del nuevo constitucionalismo latinoamericano debe deconstruir las históricas relaciones de poder y asimetría desde el lente de la despatriarcalización, que a su vez implica aplicar como métodos del derecho al enfoque diferencial, de género, de interculturalidad e interseccionalidad.

En efecto, el enfoque diferencial identifica todas las relaciones de asimetría o desventaja en las cuales se encuentran niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, personas migrantes, personas refugiadas, personas privadas de libertad o de personas que se encuentren por cualquier circunstancia en situación de vulnerabilidad y desventaja. Nótese como la mirada del constitucionalismo no se centra en la idea de igualdad formal, sino más bien de igualdad sustantiva a partir de la cual, desde este enfoque se identifican factores de asimetría para así superar cualquier forma de discriminación.

Por su parte, el enfoque de género es un método del derecho constitucional destinado a identificar relaciones históricas de poder, desventaja y asimetría entre mujeres y hombres, para así generar condiciones de igualdad sustantiva y superar relaciones de discriminación en razón de género.

Asimismo, el enfoque de interseccionalidad es también un método del derecho constitucional y una herramienta de análisis esencial para el nuevo constitucionalismo latinoamericano ya que identifica las causas múltiples de discriminación que se entrecruzan y colocan a una persona en una situación de mayor desventaja y vulnerabilidad, así por ejemplo, desde este enfoque se analiza la situación de las mujeres indígenas, migrantes, en situación de pobreza para así brindar una respuesta desde el constitucionalismo destinada a asegurar una igualdad real a partir de medidas o acciones reforzadas que superen barreras de hecho y de derecho para el ejercicio pleno de sus derechos.

El enfoque de interculturalidad es un método del derecho constitucional latinoamericano que, a partir de la especificidad cultural, identifica las relaciones de poder, de asimetría y de desventaja en la cual puedan encontrarse las personas por su pertenencia identitaria.

Entonces, estos enfoques redimensionan y reivindican la cláusula de igualdad sustantiva para así generar un pensamiento emancipatorio para las personas y colectividades históricamente oprimidas y excluidas en Latinoamérica.

Finalmente, un último eje de análisis y rasgo esencial del nuevo constitucionalismo latinoamericano se traduce en los importantes procesos constituyentes de la región, entre ellos el de Colombia que concluyó con la Constitución de 1991, de Ecuador que dio origen a la Constitución de 2008 y de Bolivia del cual emanó la Constitución de 2009. Estos fueron espacios de diálogo intercultural esenciales para la reividicación de las voces de las personas y colectividades históricamente oprimidas. Estos procesos brindaron legitimidad a Constituciones emancipatorias, dignas de ser estudiadas por la teoría constitucional.

ELENA BINDI

Come noto, il termine neocostituzionalismo ha ormai assunto diversi significati, tanto che Carbonell ha proposto di parlare di neo costituzionalismi, visto le molteplicità di accezioni che vi rientrano [cfr. M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, 2003]. Anche utilizzato al singolare è comunque una nozione sicuramente onnicomprensiva, un contenitore di teorie molto eterogenee, che si muovono tuttavia nel medesimo *humus* dello Stato costituzionale di diritto, caratterizzato dal superamento dei vecchi paradigmi dello Stato di diritto, *in primis* la contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo [per una ricostruzione delle teorie etichettabili come neocostituzionaliste cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001].

In estrema sintesi, si può dire che il neocostituzionalismo ha promosso una nuova teoria del diritto le cui caratteristiche più salienti sono state individuate nell'interpretazione e applicazione di testi costituzionali contenenti un ampio elenco di principi, che esprimono valori disomogenei, e quindi tendenzialmente in conflitto. Tutti i giudici, e non solo i Tribunali costituzionali, nel momento in cui, per così dire, il caso interroga il testo, sono pertanto chiamati ad un'opera di ponderazione tra principi, con il rischio di onnipotenza degli organi giudicanti a scapito del legislatore.

Tale teoria, pur nata nel contesto europeo, si è poi sviluppata anche in America Latina, con il nome di "*nuovo costituzionalismo latinoamericano*", attraverso il quale si è soliti indicare una serie di cambiamenti, che sarebbero stati introdotti a seguito dell'ultima ondata di riforme adottate tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo (Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009).

Il nuovo costituzionalismo latinoamericano, difatti, pur debitore al neo-costituzionalismo europeo per alcuni aspetti quali la proliferazione di elenchi dei diritti fondamentali nei testi costituzionali e la creazione di Corti costituzionali, per altri aspetti si è differenziato da esso, sviluppando caratteristiche comuni nelle soluzioni accolte nelle costituzioni adottate nello specifico contesto dell'America latina.

Se è vero che molte sono le sfaccettature del nuovo costituzionalismo latinoamericano, frutto di un'evoluzione graduale già iniziata con la Costituzione del Brasile del 1988 e ancora in corso, è altrettanto vero che una caratteristica comune può essere individuata in processi costituenti non più diretti dalle élite, ma risultato di precedenti rivendicazioni sociali che portano alla convocazione di un'Assemblea costituente pienamente democratica e alla ratifica popolare del testo costituzionale.

Sebbene già a partire dagli anni '80, sotto l'impulso di due processi di transizione democratica, la maggior parte dei paesi dell'America Latina aveva promulgato nuove Costituzioni e/o attuato importanti riforme costituzionali (tra questi: El Salvador, 1983; Guatemala, 1985; Honduras 1982; Nicaragua, 1987; Brasile, 1988; Cile, 1980; Ecuador, 1979), è soltanto con il processo costituente colombiano, culminato con la Costituzione del 1991, che si è affidato ad una Assemblea costituente pienamente democratica l'approvazione di una nuova costituzione.

Questo mi sembra un aspetto senz'altro rilevante del nuovo costituzionalismo in America Latina. Al processo costituente colombiano fece poi seguito il processo costituente ecuadoriano del 1998, caratterizzato tuttavia da forti conflitti tra l'Assemblea costituente e i poteri costituiti e all'esito del quale non vi fu un referendum finale sul testo costituzionale, tanto che, passati neppure dieci anni, si procedette ad un nuovo processo costituente. Maggiormente in linea con il processo costituente colombiano, fu invece il processo costituente venezuelano del 1999, anch'esso prodotto più da rivendicazioni popolari e movimenti sociali e nel quale fu fatto ricorso all'istituto referendario sia per attivare tale processo sia per approvare il testo costituzionale.

Anche i processi costituenti sia quello dell'Ecuador del 2007-2008, che quello della Bolivia del 2006-2009, si caratterizzano per la volontà di legittimare ampiamente processi costituenti richiesti dai movimenti sociali tendenti alla netta rottura con il passato.

Anche dal punto di vista contenutistico, l'estensione della lunghezza delle nuove Costituzioni assicura la permanenza della volontà del costituente, espressione delle istanze dal basso, volte ad ottenere "costituzioni sperimentali", capaci di innovare il contesto socioeconomico. Ciò spiega anche perché la complessità tecnica è accompagnata da una semplicità linguistica dovuta alla volontà di trascendere il costituzionalismo 'delle élite' verso un costituzionalismo 'più vicino ai cittadini'. Come ad esempio nella Costituzione boliviana (Titolo IV, artt. 109 e ss.), non sono state inserite espressioni latine, che sono così comuni nel linguaggio tecnico giuridico, per cui per indicare il noto *habeas corpus* è stata utilizzata l'espressione *acción de libertad*, e per l'*habeas data*, *acción de protección de privacidad* [cfr. R. VICIANO PASTOR, R MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9/2011, 19, nota 52].

Sempre sotto il profilo contenutistico, il nuovo costituzionalismo latinoamericano si caratterizza per la garanzia dei diritti dei soggetti deboli (tra cui donne, bambini e giovani, disabili, anziani) e delle comunità originarie storicamente emarginati (sul punto v. infra la risposta n. 3), ampliando l'ambito di tutela anche grazie al recepimento dei trattati internazionali sui diritti umani.

Gli elenchi lunghi e dettagliati di diritti perseguono, inoltre, la finalità di comprimere quanto più possibile i poteri costituiti, non solo il legislatore ma anche le Corti costituzionali. Si sente addirittura l'esigenza di indicare criteri interpretativi delle norme costituzionali, cercando quando più possibile di vincolare la discrezionalità dell'interprete. Nell'art. 196, punto II, della Costituzione boliviana del 2009, si prevede infatti: "*En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto*". Ed anche nell'art. 427 della Costituzione ecuadoriana del 2008 si afferma: "*Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional*".

In linea con la tendenza a creare meccanismi di contenimento dei poteri costituiti e stabilire controlli su di essi, sono stati, altresì, introdotti strumenti per garantire un'ampia partecipazione popolare per rafforzare il legame tra sovranità e azione di governo Quello che la Costituzione colombiana del 1991 (Titolo IV, Capitolo I), chiama "*Formas de participación democrática*"; la Costituzione dell'Ecuador del 1998 (art. 1); denomina "*gobierno participativo*; le Costituzione del Venezuela del 1999 (Preambolo e artt. 6, 18, 55, 62), e della Bolivia del 2009 (art. 11) definiscono come *democracia participativa*; e la Costituzione dell'Ecuador del 2008 (Titolo IV, Capitolo I sezione terza) qualifica come "*Participación en democracia".*

Infine, come è stato giustamente sottolineato in dottrina, "*donde más se evidencia la transformación que el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha sido capaz de*

aportar al concepto de control de constitucionalidad es exactamente en la legitimación activa proponiendo que toda persona o ciudadano sea 'guardián de la Constitución' (a través, claro está, del goce de los derechos y del ejercicio de los mecanismos jurisdiccionales puestos a su disposición por parte de cada uno de los ordenamientos)" [C. STORINI, J. ESCUDERO SOLIZ, *El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano,* en *Revista General de Derecho Comparado*, 9/2011, 30].

MICHELE CARDUCCI

La formula linguistica "nuovo costituzionalismo", riferita all'America latina, è carica di innumerevoli significati non tutti omogenei o convergenti. In linea molto generale, essa indica l'insieme delle "novità" presenti nelle Costituzioni adottate nel nuovo millennio, a partire da quella venezuelana del 1999: un insieme complesso di contenuti, forme e procedimenti, difficilmente classificabili all'interno delle ricostruzioni tradizionali della dottrina comparatistica europea, come, per esempio, la scansione cronologica dei "cicli costituzionali".

Nuovo costituzionalismo latinoamericano non è sinonimo di nuovo "ciclo" nel tempo continuo e unitario di un unico costituzionalismo universale omologante. Esprime, piuttosto, una discontinuità nella genealogia delle soggettività costituzionali di matrice europea: non più solo individui, cittadini, persone, ma anche e soprattutto comunità, tradizioni, pratiche plurali controegemoniche, che l'Europa ha progressivamente occultato nel trionfo dell'individualismo metodologico della modernità.

Da questo angolo di visuale, l'esperienza giuridica latinamericana scandisce una rottura epistemica nella narrazione del diritto costituzionale come cultura universale del rapporto tra libertà e potere.

Tre sono gli elementi determinanti di questa rottura epistemica:

- il riconoscimento, per via formale o giurisprudenziale, dei diritti della natura;
- la centralità della partecipazione democratica locale nelle deliberazioni economiche e sull'uso delle risorse naturali;
- il rifiuto del primato del mercato sullo Stato e la costituzionalizzazione di antidoti contro la cattura del regolatore.

Il grado di incidenza di questi tre elementi varia a seconda delle esperienze di riferimento, senza tuttavia inficiarne la rilevanza proprio dal punto di vista epistemico.

Provo a spiegarmi in sintesi.

Parto dalla considerazione dei diritti della natura. La loro introduzione nella Costituzione dell'Ecuador e il loro riconoscimento da parte di diverse Corti del subcontinente hanno indubbiamente avviato un dibattito "nuovo" nel diritto costituzionale in ordine alla qualificazione dogmatica del diritto soggettivo. Fino alla fine del Novecento, il diritto soggettivo è sempre stato inquadrato, esplicitamente o implicitamente poco importa, dentro il classico schema hohfeldiano delle posizioni

elementari della volontà umana come pretesa, privilegio, potere o immunità [W.N. HOHFELD, *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, in *The Yale Law Journal*, vol. 23, 1/1913, 16-59], la cui combinazione ha consentito poi di spiegare la dinamica dei rapporti giuridici e le tutele conseguenti. La previsione della natura come soggetto, ora come singolo "ente vitale" ora come intero ecosistema, ha scompaginato questa episteme elementare, imponendo interrogativi inediti sulla soggettività. La soggettività coincide con l'autodeterminazione volitiva dell'individuo umano o con la necessità della connessione biofisica nella sopravvivenza di tutte le specie viventi? È noto, infatti, grazie agli studi dell'ecologia e della biofisica, che la pratica delle libertà individuali di autodeterminazione ha avviato un inesorabile processo di "disconnessione biofisica" della sola specie umana: una disconnessione sia spaziale che temporale [K.E. BOULDING, *The economics of the coming spaceship*, in H. JARRET (ed.) *Earth environmental quality issues in a growing economy*, Baltimore, 1966, 3-14; G.C. DAILY, *Nature's services: societal dependence on natural ecosystems*, Washington, 1997; C. FOLKE, R. BIGGS, A.V. NORSTRÖM, B. REYERS, J. ROCKSTRÖM, *Social-ecological resilience and biosphere-based sustainability science*, in *Ecology and Society*, vol. 21, 3/2016, 41]. Tutte le comunità di viventi sono intrinsecamente connesse e dipendenti dalla biosfera e dalle sue funzioni (l'interazione biosferica locale con atmosfera, idrosfera, litosfera e criosfera), in ragione del flusso di materiali ed energia che le compongono. Le società umane moderne, però, si sono sempre più disconnesse sia dal loro spazio locale di sopravvivenza, accedendo a flussi di materiale ed energia da luoghi lontani attraverso il commercio internazionale (inaugurato proprio dall' "economia mondo" della *conquista*), sia dalla stessa biosfera, con il ricorso alle risorse fossili estratte dalla litosfera per aumentare e accelerare bisogni materiali di consumo. L'uso dei fossili, tuttavia, ha immesso gas serra in atmosfera, destabilizzando, nella irreversibilità del tempo della termodinamica, le sfere del sistema climatico e portando all'emergenza planetaria contemporanea: un'emergenza che non ha precedenti nella storia umana [T. LENTON, J. ROCKSTRÖM, O. GAFFNEY *et al.*, *Climate tipping points — too risky to bet against*, in *Nature*, 27 november 2019-20 april 2020]. Che senso ha, allora, continuare a regolare le sole autodeterminazioni volitive individuali, se esiste un "potere" della natura (nell'insieme dei servizi ecosistemici del sistema climatico) capace di imporsi su di esse? Non è forse più intelligente, dal punto di vista epistemico confortato dalle conoscenze sempre più puntuali della biofisica, impostare un complesso di regole che riconosca quel potere e lo incanali nei rapporti attivati dall'azione umana? A questo serve il riconoscimento dei diritti della natura: non per "aggiungere" un nuovo "soggetto" o un nuovo "catalogo" di diritti, bensì per legittimate un "nuovo" metodo giuridico di regolazione delle libertà dentro il sistema climatico destabilizzato dall'azione umana. Di più non si può dire nell'economia espositiva di un *forum*; ma certamente è innegabile che una simile acquisizione epistemica sia derivata dalle "novità" del costituzionalismo latinoamericano. Il costituzionalismo europeo, con il suo diritto ambientale "*market oriented*", non ha mai partorito nulla del genere.

Lo stesso discorso può essere replicato sul fronte degli istituti di democrazia partecipativa, espressivi non di un semplice concorso di interessi e opinioni individuali

(secondo i classici canoni della sussidiarietà privata), bensì della declinazione delle diverse caratteristiche territoriali della biosfera (per tale motivo si parla di "demodiversità" come democrazia della biodiversità naturale e culturale dei territori, non standardizzabile, nelle forme e nelle pratiche, in nome di categorie astratte quale appunto la sussidiarietà privata).

La stessa direzione di rottura epistemica è segnata, infine, dalle clausole costituzionali di contrasto alla cattura del regolatore, tra le quali spiccano le disposizioni della Costituzione dell'Ecuador sull'autonomia negoziale privata, in particolare in tema di subordinazione gerarchica e assiologica delle clausole di investimento (per es. artt. 339 e 416) e degli arbitrati internazionali (artt. 421 e 422).

La messa in atto di queste rotture epistemiche è difficile perché in controtendenza con la tradizione costituzionale euroatlantica. Ma questo non è un argomento sufficiente per non prenderle in considerazione nella loro portata innovativa per la cultura giuridica.

EMANUELE CORN-JERSON GERMAN VALENCIA CARRIZO

Le nostre idee si muovono nel solco della ricostruzione teorica di Roberto Gargarella che, come noto, suddivide la tradizione costituzionale latinoamericana in quattro tappe: 1) indipendentista (1810-1850); stabilità economica (1850-1917); riconoscimento dei diritti sociali (1917-1980); rilettura dei diritti fondamentali nel quadro della dottrina dei diritti umani (dal 1980).

Non riteniamo però che si possa individuare un evento specifico che, per tutto il continente, abbia funzionato come spartiacque verso un nuovo costituzionalismo, salvo considerare il processo di uscita dalle dittature che hanno condizionato la scena politica della seconda parte del XX secolo. Pressoché ovunque, tuttavia, si è trattato per l'appunto non di un evento, ma di un processo lungo che, di fatto, solo oggi alcuni Paesi stanno completando.

Quanto ai tratti maggiormente significativi di questo nuovo costituzionalismo, concordiamo nel vederli nel riconoscimento della natura di titolari di diritti fondamentali e di diritti di natura collettiva in capo ai popoli originari, capaci di andare anche oltre i limiti liberali dei diritti individuali.

Quanto al riflesso di questa visione nella concezione dello Stato e della sua organizzazione, esso si risolve in un lento ma costante processo di superamento dell'idea di Stato Nazione, soppiantato progressivamente da una visione dello stesso come entità plurinazionali, connotate da un regionalismo via via più marcato.

Ecco allora che la Convenzione Costituzionale cilena proporrà, nell'ambito del referendum confermativo, di superare il testo della c.d. costituzione politica del 1980 che collocava ancora la sovranità nella nazione, per dare spazio a uno Stato plurinazionale, interculturale a struttura regionale.

Se alude a un proceso histórico visible en las últimas décadas del siglo pasado. La Constitución colombiana de 1991 es una primera señal en este itinerario, pero luego se identifican los procesos constitucionales de Venezuela (2000), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

En la base de todos estos procesos se detecta como relevante la presencia de las comunidades y la ciudadanía como los actores que han influido y, en algunos casos, determinado el desarrollo de los procesos constituyentes. Sin embargo, existen algunas diferencias y matices que no se deben pasar por alto sin correr el riesgo de incurrir en la generalización. La primera es que el proceso constituyente colombiano produjo acuerdos de distribución del poder en un esquema de partidos. De este modo, el régimen electoral aseguró la fragmentación política, y no se produjo la presencia de un líder que buscara hegemonizar el poder desde su propio entorno para imponerlo al resto del sistema político [M.P. VERDUGO, *The dual aversion of Chile's constitution-making process*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, 1/2021, 149-168, part. 158-159]. Esta Constitución fue aprobada, por lo demás, como "(...) respuesta a la enorme crisis de legitmidad y de seguridad (...)"[B. DE SOUSA SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, 2001, 77], provocado por la violencia de los carteles del narcotráfico y la guerrilla (*ibidem*).

En consecuencia, para entender mejor todo el escenario habría que tomar en cuenta su evolución en el tiempo. En primer lugar, los procesos constituyentes que en el siglo XIX dieron lugar a numerosas constituciones en América Latina, son la extensión de las disputas locales que surgen como correlato de la independencia de la corona española, y no son ajenos a las supervivencias virreinales presentes en la forma de organización del poder, en la organización de la economía y en el derecho como reflejo de ambas. Incluso, el estado-nación no fue "una fórmula de integración de poblaciones, de conformación de comunidades medianamente consistentes y aptas para una acción colectiva eficaz, sino fundamentalmente un instrumento de fragmentación de la América Latina" [J. ABUGATTAS, *El Perú y los retos del entorno mundial*, en *Desde el Límite. Perú, reflexiones en el umbral de una nueva época*, Lima, 1992, 84-85]. Al contrario, este modelo sirvió para la "(…) repartición de poblaciones y territorios entre grupos con aspiraciones de control exclusivo y excluyente sobre ellos" (*ibidem*).

Las ideas que forman parte de este debate y que influyen en los procesos constituyentes, aunque responden a las ideologías importadas de las revoluciones liberales, deben enfrentar el aclimatamiento producto de los acomodos, tensiones y los intereses de las élites y grupos dominantes.

Estos procesos constituyentes se desarrollaban en un escenario de escasa participación ciudadana [J. LLANO FRANCO, *Construcción de ciudadanía en la América Latina del siglo XIX: una perspectiva constitucional*, en *Revista Republicana*, 22, 2017, 227], porque la propia ciudadanía estaba restringida o ni siquiera estaba reconocida en forma real a las mayorías sociales y a los miembros de las comunidades originarias de estos países. La ciudadanía no tuvo una participación plena en estos procesos

constituyentes. De ahí que las constituciones tuvieran una débil legitimidad democrática de respaldo. En este escenario los valores y principios del constitucionalismo estarán permanentemente contaminados por esta tendencia que se mantuvo aún durante varias décadas a lo largo del siglo XX.

Frente a esta realidad parece indispensable considerar el significado de la Constitución de Querétaro (1917). Con ella se instaura una perspectiva definida por el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales que influye en (el enfoque del constitucionalismo en América Latina. Sin embargo, la tendencia inicial no logró madurar hasta el punto de convertirse en una práctica constitucional en los países del continente. Querétaro produjo un constitucionalismo social en el discurso y en algunas declaraciones que intentaron ir más allá de lo formal, pero difícilmente se pudo evitar la inercia que la "colonialidad del poder" [A. QUIJANO, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, en E. LANDER (cur), *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, 2014, 777] traía consigo. En esta realidad, la injerencia de los poderes económicos externos que vinculaba a sus pares locales hizo diluir la posibilidad de contar con un orden político fundado sobre la importancia de los derechos sociales: su aparición se desvanece como destellos frente a la realidad. La ausencia de participación ciudadana en los procesos políticos, la desigualdad y la exclusión social están en la base de este modelo que en algunos países se alterna con extensos períodos de autoritarismo y dictaduras a lo largo de los siglos XIX y XX.

Frente a ello se podría decir que las constituciones de las últimas décadas surgen premunidas de un amplio respaldo ciudadano presente en la base de sus procesos constituyentes [R. MARTÍNEZ DALMAU y R. VICIANO PASTOR, *Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina*, en EAD., *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Santiago de Chile, 2021, 41]. Este carácter democrático, como nota característica, cuenta también con una impronta reivindicativa que reclama derechos sociales debido a que la institucionalidad precedente no había logrado crear una estructura de derechos sociales como prioridad de los Estados [G. GONZALES MANTILLA, *La consultazione preventiva come strumento per ripensare la teoria costituzionale in Perù*, en *Osservatorio AIC*, 3/2014]. Un carácter que aspira a la transformación, que se inscribe en la idea de desmantelar el modelo anterior, se abre paso con inusitada fuerza en estos procesos, haciendo la salvedad del caso colombiano.

También es necesario notar el afianzamiento que en este contexto adquiere el reconocimiento de la pluralidad cultural y étnica, visible, por lo demás, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009] Este derecho constitucional de las comunidades indígenas se propone como una fórmula cuyas consecuencias tienen la pretensión de redefinir la fórmula del Estado planteando la plurinacionalidad como nuevo punto de referencia político y jurídico de su configuración.

TANIA GROPPI

La nozione di "neocostituzionalismo latinoamericano" è stata sviluppata dalla dottrina negli anni 2000, a partire da quella di "neocostituzionalismo", che era emersa già nel decennio precedente. In particolare, si è passati da un uso della parola "neocostituzionalismo" volto a designare una particolare concezione dell'interpretazione costituzionale (il diritto per principi, nelle accezioni di Carlo Nino e Miguel Carbonell, che si sono espressamente posti nel solco delle opere di Alexy e Zagrebelsky: accezione che permane nella filosofia del diritto, anche italiana), a un uso (a volte non scevro dalla volontà di legittimare scelte politiche compiute dalle assemblee costituenti latinoamericane) volto ad indicare costituzioni connotate da alcune caratteristiche comuni e sviluppatesi in una precisa area geografica, quella, appunto, dell'America latina.

In effetti, benché molti dei tratti che saranno successivamente ricondotti al "neocostituzionalismo" fossero già presenti nella costituzione brasiliana del 1988 e in quella colombiana del 1991, è soltanto con l'approvazione delle costituzioni dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009 che la categoria, peraltro già affacciatasi nel dibattito relativo alla costituzione venezuelana del 1999, viene messa a fuoco.

Non mi pare possibile, pertanto, individuare un evento scatenante ma piuttosto un processo graduale. Se mai, esiste un punto di riferimento abbastanza condiviso, che consiste nel riconoscere un ruolo significativo alla Corte interamericana dei diritti umani, la cui giurisprudenza avrebbe contribuito in maniera decisiva allo sviluppo di un diritto costituzionale incentrato sulla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, nell'ambito di un dialogo verticale guidato dalla Corte medesima.

Questo ci porta a dire qualcosa sulle caratteristiche di questo costituzionalismo, che si connota appunto, secondo la dottrina, per la centralità della garanzia dei diritti e per l'influenza del diritto internazionale dei diritti umani. Tutto ciò nell'ambito di un contesto caratterizzato da decenni, per non dire da secoli, di regimi autoritari e di gravi violazioni dei diritti umani, con uno dei tassi di diseguaglianza e di violenza tra i più alti del mondo, uno sfruttamento smodato delle risorse naturali e la spoliazione dei diritti ancestrali delle comunità indigene. Rispetto a tale realtà, questo costituzionalismo è stato individuato come "trasformatore" [si vedano i molti lavori pubblicati nell'ambito del progetto ICAL-*Ius constitutionale commune en América latina* del Max-Planck Institute di Heidelberg: https://www.mpil.de/en/pub/research/areas/comparative-public-law/ius-constitutionale-commune.cfm. Tra cui: A. VON BOGDANDY, R. UREÑA, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, in *The American Journal of International Law*, 114, 3/2020, 405 ss.; A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI, F. PIOVESAN, X. SOLEY, *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*¸ Oxford, 2017, riprendendo e rivitalizzando una categoria, quella del "transformative constitutionalism", che era stata sviluppata principalmente nel contesto sudafricano: K.

KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, Vol. 14, 1998, 146 ss.; K. KLARE, D.M. DAVIS, *Transformative constitutionalism and the common and customary law*, in *South African Journal on Human Rights*, 2010, 403 ss.].

Peraltro, è stato fatto rilevare di recente che, più che alla nascita di una nuova tipologia di costituzioni, siamo di fronte a un'operazione volta a rivestire con un nuovo nome costituzioni ricche di norme programmatiche e incentrate sul principio dell'eguaglianza sostanziale, che caratterizzano già molti ordinamenti europei a partire perlomeno dal secondo dopoguerra, se non fin dalla costituzione di Weimar [M. HAILBRONNER, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, in *The American Journal of Comparative Law*, 65, 3/2017, 534 ss.]. In fondo, per noi italiani, tale nozione richiama la "rivoluzione promessa" di Piero Calamandrei, e non ci è difficile leggere la nostra costituzione come "trasformativa".

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

Existe cierto consenso en la doctrina de que el hecho que en mayor medida caracteriza a las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano es su origen democrático; esto es, la presencia de un proceso constituyente popular. Habitualmente se procede a un referéndum constituyente que puede haberse previsto previamente en la constitución anterior o, lo más habitual, surge desprendido de cualquier anclaje constitucional previo. La decisión soberana es sucedida por unas elecciones democráticas a una asamblea constituyente, de la que surge un proyecto de constitución que habitualmente es aprobado también por referéndum. Se trata de procesos profundamente democráticos, que generan dinámicas de transformación.

El nuevo constitucionalismo de inscribe así dentro de la corriente del constitucionalismo democrático; esto es, los procesos de generación constitucional que aparecen en las revoluciones democráticas de finales del siglo XVIII y han evolucionado durante los últimos dos siglos. El Derecho constitucional avanza entonces hacia una mayor legitimidad democrática, en la que la participación de una sociedad en acción es indispensable para la redacción y puesta en marcha de una nueva constitución.

ANNA MASTROMARINO

Più che dal punto di vista geografico, i confini del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* (d'ora in poi NCLA) devono essere rintracciati sul piano ideologico ossia, nello specifico, nel rapporto, del tutto peculiare, che si è venuto consolidando tra le più recenti costituzioni latinoamericane e il potere costituente: detto altrimenti, nella tensione sociale proiettata sul piano normativo dalle costituzioni latinoamericane approvate negli ultimi decenni [cfr. A. MASTROMARINO, *Il* nuevo constitucionalismo latinoamericano*: una lettura in prospettiva*, in *DPCE*, 2/2020, 317 ss.].

Nelle costituzioni riconducibili al NCLA, infatti, l'anima politica prevale sulla loro vocazione giuridica, di modo che la garanzia di un processo partecipato, la costruzione di una legittimazione dal basso, la salvaguardia del potere costituente, inteso nella sua complessità come attività che plasma il corpo politico e la sua fisionomia, finiscono con il rappresentare il punto di partenza e di arrivo di ogni analisi.

Le costituzioni del NCLA pretendono di essere rappresentazione del pluralismo sociale perché alla loro stesura sono chiamate a partecipare tutte le componenti del corpo sociale, anche quelle tradizionalmente escluse dallo spazio pubblico. Il momento costituente diviene momento di rivendicazione politica, di emersione e, infine, di protagonismo in particolare per quei gruppi etnico-sociali da secoli ridotti al silenzio e all'invisibilità; in questo senso le carte costituzionale sono considerate un'occasione di riscatto e lotta sociale prima che documenti giuridici.

Volontà di rompere con il sistema politico, economico e sociale del passato, desiderio di rivalsa, lotta all'ingiustizia, afflato decolonizzante: ecco i detonatori (…in salsa, invero, a tratti populista) di una rivoluzione costituzionale che può essere rintracciata già nel percorso costituente della Colombia e del Venezuela, ma che si manifesta in maniera ancora più evidente in Ecuador e Bolivia, dove il conflitto sociale è stato canalizzato in un processo costituente partecipato, caratterizzato dal desiderio di recupero della tradizione indigena, *campesina* e dei discendenti *afro*, come elemento imprescindibile nella ricostruzione del nuovo assetto costituzionale.

La volontà costituente appare come il precipitato di questo convergere, a volte conflittuale, delle diverse anime della società. Nel NCLA riconoscere e accettare la poliedricità di questa volontà significa assumere, forse retoricamente, l'idea che la storia possa essere scritta da tutti, anche dagli ultimi; preservare la volontà popolare espressa in costituzione diviene l'obiettivo primario del NCLA, dal momento che in quella volontà si esprime la voce di tutti ed è racchiuso un progetto politico, scaturito dal conflitto sociale e reso comune dalla scrittura della Costituzione [cfr. A. NOGUERA FERNÁNDEZ, M. NAVAS ALVEAR, *Los nuevos derechos de participación. Derechos constituyentes o constitucionales?*, Valencia, 2016, part. 25).

A voler dedurre tutte le conseguenze possibili da quanto si va dicendo, dovremmo, dunque, ipotizzare che il NCLA non possa essere trattato, meramente, come una nuova manifestazione delle dottrine della costituzione in senso materiale, dal momento che, nella sua esperienza concreta, lo spazio riconosciuto alle istituzioni per intercettare le possibili evoluzioni del contesto socio-politico in un'ottica di integrazione appare assai ridotto se non neutralizzato: con tutto ciò che questo può significare sia sul piano teorico, per quel che concerne i rapporti tra potere costituente e potere costituito; sia sul piano pratico, in relazione alla forma e contenuti dei testi costituzionali.

Se, pertanto, è sull'idea della prevalenza assoluta del potere costituente rispetto al potere costituito e sulla sua permanenza che si fonda concettualmente il NCLA, ne discende che è questa la base teorica da cui scaturiscono tutti quei caratteri tradizionalmente individuati dalla dottrina come caratterizzanti il NCLA: originalità, ampiezza, complessità e rigidità.

Non solo. Quanto si va dicendo getta nuova luce anche rispetto a uno dei temi divenuto un *topos* nei discorsi sul NCLA: la protezione e l'inclusione dell'ambiente nel progetto costituzionale.

Non vi è dubbio che le costituzioni approvate negli ultimi anni nella regione latinoamericana siano testi che dedicano all'ecosistema e alla sua tutela una grande attenzione. Un'attenzione, invero, assai maggiore di quella offerta da altre costituzioni che pure si mostrano sensibili al tema.

Eppure, non si tratterebbe solo di aver implementato la categoria dei cosiddetti diritti di terza generazione, tra i quali quelli ambientali costituiscono sicuramente una tipologia emblematica.

Senza dubbio siamo davanti a un aspetto che può a ragione essere considerato consustanziale ai testi costituzionali, rappresentando un profilo distintivo del NCLA. Non di meno non pare questa l'unica prospettiva per inquadrare la vocazione, per così dire, ambientalista del NCLA.

In realtà, per poter valutare fino in fondo la sua potenziale portata giuridica è necessario contestualizzare la virata biocentrica, avviata da alcuni paesi della regione latinoamericana, dal punto di vista del processo costituente (e non solo della valenza costituzionale). Si potrà così verificare come il tema della tutela dell'ambiente non è affrontato in questi testi come una nuova sfida sul piano dei diritti. Esso, piuttosto, esula dai codici giuridici con cui si è soliti parlare di ecosistema in diritto, perché, lungi da essere un obiettivo a sé stante, rappresenta l'inevitabile corollario dell'entrata in gioco, sul piano costituente, della cultura indigena. In questo senso l'impronta cosmocentrica delle costituzioni di Ecuador e Bolivia, dove il *giro biocéntrico* si fa più evidente, non rappresenterebbe un altro possibile prisma attraverso cui leggere i processi costituzionali nella regione latinoamericana, bensì l'inevitabile conseguenza della natura di quei processi il cui elemento distintivo è costituito dal valore politico prima che giuridico assegnato alle costituzioni; dalla prevalenza dell'atto costituente sul potere costituito; dall'inesauribile manifestazione del popolo costituente nei processi decisionali, al fine di rinnovare *ad libitum* la volontà del corpo sociale espressa nell'atto costituente.

Non è possibile ignorare che, una volta che la componente indigena fa ingresso nel processo costituente, rivendicando un ruolo paritario rispetto a tutte le altre componenti, la tradizione ctonia penetra necessariamente nei processi di scrittura del testo costituzionale, condizionandone i contenuti. Da qui l'esaltazione della natura nella sua dimensione cosmica, anche attraverso il ricorso a termini con i quali abbiamo acquisito familiarità, come *Pachamama*, e ben oltre la prospettiva antropocentrica alla quale il costituzionalismo di matrice liberale ci ha abituati. D'altra parte, al di fuori di quella dimensione comunemente conosciuta come *Buen vivir* la cultura ancestrale delle popolazioni *precolombine* non sarebbe neppure concepibile [cfr. S. BALDIN, *Il Buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparatistici*, Torino, 2019].

IRENE SPIGNO- SANTIAGO D. SÁNCHEZ JUÁREZ

El constitucionalismo latinoamericano se ha desarrollado a lo largo de cuatro etapas: el *experimental* (1810-1850), el *fundacional* 1850-1917), el *social* (1917-1980), y el de los *derechos humanos* (1980 a la fecha) [R. GARGARELLA, *Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27, 1/2018, 110]. A este último se hace referencia como el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* [P. SALAZAR UGARTE, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en D. VALADÉS Y L.R. GONZÁLEZ PÉREZ (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, 2013, 349].

El constitucionalismo que se ha desarrollado a partir de finales del siglo XX resulta impulsado por una fuerte reacción a la grave crisis política y de derechos humanos derivada del las dictaduras y gobiernos autoritarios en los años setenta y la crisis económica relacionada con la aplicación de los programas de ajuste estructural, característicos de la década de los años noventa.

Las constituciones incluidas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano son muy diferentes a las derogadas (como en el caso de Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador) o la modificación de las ya existentes, ya que implicaron cambios trascendentales en las mismas (así en Argentina, México, Costa Rica). Los rasgos esenciales de este cambio se pueden observar, principalmente, a través de tres elementos: la naturaleza del proceso constituyente, la aparición de una idea diversa de Constitución, y el perfeccionamiento de las técnicas de garantía de los derechos fundamentales.

Por lo que respecta a los procesos constituyentes se han producido, sobre todo, transiciones democráticas. Es decir, la formación de los nuevos ordenamientos constitucionales se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, desde el punto de vista de los resultados, se ha asistido a un proceso unidireccional, en el sentido de que ha tenido lugar el cambio de una forma de Estado autoritario a un ordenamiento democrático; por lo que concierne al proceso de desarrollo de la transición, la característica más destacada ha sido su aspecto pacífico. Finalmente, se han generado Constituciones pactadas, en el sentido de que, en algunos casos, las figuras destacadas del viejo régimen han participado en la elaboración de las nuevas Constituciones, siendo investidas –al menos en un primer momento-, de responsabilidades de gobierno; mientras, en otros casos, el proceso de negociación ha involucrado a las fuerzas de la oposición y a los miembros destacados de la guerrilla.

Así, la Constitución de 1988 de Brasil transitó de un régimen militar a uno democrático, aunque no como resultado de una revolución, sino debido a la concesión paulatina del poder de los militares a la sociedad [G. FARFÁN MENDOZA, *Brasil: la Constitución de 1988 y las reformas a los sistemas de pensiones*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 19, 2014, 36]. En Paraguay, su nueva Constitución derivó del golpe de Estado de 1989 en contra de Alfredo Stroessner. Los primeros dos años se mantuvo la Constitución de 1967, sin embargo, la Asamblea Nacional consideró que era necesario romper la carga simbólica y emocional presente en el mandato

dictatorial [L. LEZCANO CLAUDE, *Historia constitucional del Paraguay (período 1870-2012)*, en *Revista Jurídica Universidad Americana*, 3/2012, 269].

Por su parte, en Perú, la Constitución de 1993 surge a partir del llamado *autogolpe de 1992* liderado por el presidente –y dictador– Alberto Fujimori con el fin de reestructurar la organización del país. Este texto a la postre fue reformado sustancialmente en 2001 para desapegarse de los principios y valores impuestos por Fujimori [S.B. ABAD YUPANQUI, *Reforma constitucional o nueva constitución. La experiencia peruana*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 37, 2017, 296]. Colombia, en cambio, no salió de un regímen militar, pero sí se vio inmerso durante muchos años en un contexto de violencia y conflicto interno [C.A. GARZÓN MARTÍNEZ, *La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el mito político*, en *Desafíos*, 29, 1/2017, 109-138]. Además, su Constitución anterior tenía más de cien años (1886-1990), motivo por el cual se combinaron dos factores: una ruptura social y una fragmentación jurídica, que orilló a la creación de una nueva carta constitucional.

Mientras que en otros países, como Ecuador [R. ÁVILA SANTAMARÍA, *El constitucionalismo ecuatoriano. Breve caracterización de la constitución de 2008*, en M. CARBONELL SÁNCHEZ, J. CARPIZO Y D. ZOVATTO (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, 2009], Venezuela [A.R. BREWER CARÍAS, *Constituciones Iberoamericanas. Venezuela*, México, 2014], y Bolivia, la aprobación de una nueva constitución atendió a otros factores. En estos tres casos, la urgencia de reestructurar el Estado, reestablecer un pacto social, o dirigir un nuevo rumbo para fortalecer tanto la economía como a las instituciones.

Desde el prisma, por otra parte, de la teoría de la Constitución se asiste a una profunda novedad derivada del surgimiento de la idea normativa de la Constitución, como vínculo jurídico sancionable frente a todos los poderes públicos. Las Constituciones ya no se consideran solo un documento preferentemente político y programático, sino que son un conjunto de normas supremas susceptibles de inmediata y directa aplicación; no representan un manifiesto político, un "canal de comunicación" de ideologías y principios institucionales, sino más bien un parámetro para evaluar la legitimidad de los hechos y las conductas realizadas por todo los poderes constituidos.

Un tercer elemento fundamental de las constituciones o reformas constitucionales pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano tendien a fortalecer tres grandes rubros: el catálogo de derechos, el papel del derecho internacional como normativas validas y relevantes en la actuación estatal, y procedimientos constitucionales diseñados para proteger los derechos humanos de todas las personas.

II Domanda

Come si è evoluto questo nuovo costituzionalismo nelle diverse realtà in cui è stato messo in pratica? Quali sarebbero le principali difficoltà che incontra e le più

significative sfide dal punto di vista dei diritti e dell'organizzazione del potere politico?

¿Cómo ha evolucionado este nuevo constitucionalismo en las diversas realidades donde se han puesto en práctica? ¿Cuáles serían sus principales dificultades y desafíos desde el punto de vista de los derechos y la organización del poder político?

MARÍA ELENA ATTARD BELLIDO

El pensamiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, ha tenido un eco importante en las Constituciones de Ecuador de 2008 y del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 y también en avances jurisprudenciales importantes en la región; a pesar de ello, encuentro obstáculos importantes que merecen ser reflexionados.

En efecto, en particular en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia se tiene un diseño constitucional emancipatorio para pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, mujeres y otros sectores excluidos; sin embargo, se advierte graves problemas de implementación por varias razones, entre ellas, la falta de voluntad política de generar una cultura del *suma qañana*.

También se identifican deficiencias en un Tribunal Constitucional Plurinacional que no tiene una composición plural, es decir, no existe una composición de autoridades que devengan de la justicia ordinaria y también de la justicia indígena y que además incluya a mujeres en paridad y en particular a mujeres indígenas. Esta ausencia de composición plural evita que el máximo contralor de constitucionalidad interprete los derechos a través de construcciones plurales y dialógicas que consideren la voz de las personas y colectividades históricamente oprimidas.

Asimismo, a nivel del Tribunal Constitucional Plurinacional -que es el encargado de dar vida a la Constitución-, existe fuertes cuestionamientos a su independencia, escenario en el cual se observan sistemáticas y recurrentes decisiones parcializadas a factores de poder dominantes, lo que evita la emisión de estándares jurisprudenciales más altos emancipatorios y coherentes con el proceso de descolonización y despatriarcalización.

Tampoco se ha consolidado una real institucionalidad plurinacionalidad, ya que los pueblos indígenas no tienen una participación política paritaria en la Asamblea Legislativa Plurinacional, ni en las Asambleas Legislativas Departamentales o en los Concejos Municipales y el modelo autonómico plurinacional diseñado por la Constitución, especialmente a partir de la conformación de las autonomías indígena originaria campesinas, fracasó por la visión todavía centralista y homogeneizante del poder y por los obstáculos burocráticos que han sido impuestos, los cuales sin duda son absolutamente contrarios al principio de descolonización.

La academia tampoco ha contribuido al cambio, ya que la formación del derecho en las universidades públicas no ha sufrido un cambio sustantivo de currículas, por lo que las nuevas generaciones todavía tienen una visión monocultural del derecho, basada en la igualdad formal y en prácticas judiciales absolutamente excluyentes y discriminatorias.

La persistencia de las todopoderosas togas negras en la justicia ordinaria, que sustentan ritualismos extremos y barreras infranqueables de hecho y de derecho para las personas y colectividades históricamente oprimidas, es otro factor que ha evitado la materialización de la Constitución y ha frenado la implementación de una teoría constitucional latinoamericana a partir de los hilos argumentativos ya expuestos en la primera pregunta.

Esta justicia ordinaria ciega como la diosa Themis vendada, no ha mirado -en el marco de la igualdad jerárquica- a la jurisdicción indígena, no ha considerado un pluralismo jurídico de tipo igualitario y tampoco ha reparado en la cláusula de igualdad sustantiva a partir de los enfoques diferencial, de género, de interseccionalidad o interculturalidad. En síntesis, la justicia vendada ha reproducido y convalidado históricas relaciones de asimetría y poder desconociendo por completo los principios constitucionales de descolonización y despatriarcalización.

Por su parte, la justicia indígena no ha avanzado a pesar de la igualdad jerárquica que consagra la Constitución. Esta justicia que tiene un gran potencial emancipatorio también tiene retos y desafíos importantes, como por ejemplo asegurar una composición plural de hombres y mujeres indígenas en sus procesamientos y de aplicar interpretaciones coherentes con la cláusula de libre determinación pero siempre en el marco de una protección reforzada a las mujeres, niñas, niños, adolescentes y otros grupos de atención prioritaria que se encuentran en situación de desventaja por las causas múltiples de discriminación.

Los factores antes expuestos que ocasionan la brecha de implementación constitucional, se agudizan por la persistencia de mensajes y visiones homogeneizantes, racistas y excluyentes que impiden construir puentes de diálogo entre iguales y desde la voz de las personas y colectividades históricamente oprimidas.

ELENA BINDI

Senza dubbio le Costituzioni scritte nel decennio 1990-2000 in America Latina si caratterizzano, come si è anticipato, per contenere ampie e dettagliatissime carte dei diritti. E le Costituzioni del decennio successivo, 2000-2010, in particolare quella dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009, come vedremo nel rispondere alla 3° domanda, si identificano nella costruzione di uno Stato plurinazionale, che garantisca tutela al *modus vivendi* delle comunità originarie.

Ma queste Costituzioni hanno due anime, una dei diritti con elenchi sempre più estesi e generosi, e l'altra dell'organizzazione del potere, caratterizzata ancora dalla concentrazione delle "leve del comando" e dalla carenza di *checks and balances*.

Se negli anni '80, diversi paesi hanno cercato di stabilire dei limiti alle regole di rielezione presidenziale (tra questi, Ecuador (nel 1978), Guatemala (1985), Honduras (1982), Colombia (1991) e Paraguay (1992), già negli anni '90, il quadro è cambiato nuovamente. È stata soprattutto la crisi sociale scatenata dagli "*ajustes económicos*", a fare sentire nuovamente il bisogno di un potere concentrato e una "autorità forte", come

strumenti per scacciare i vecchi timori di violenti conflitti sociali, che solo il presidenzialismo si riteneva potesse arginare, facendone dimenticare in fretta le degenerazione che ne avevano caratterizzato il modello nell'area latinoamericana. Dall'inizio degli anni '90, difatti, ben molteplici furono gli interventi di riforma costituzionale finalizzati ad agevolare la rielezione presidenziale, con un beneficio diretto per degli attori politici che le avevano promosse [cfr. G. NEGRETTO, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge, 2013, 33].

Non sono tuttavia mancate anche modifiche volte, ad esempio, a superare un modello centralizzato e concentrato di potere [cfr. le riflessioni di G. PAVANI, *El gobierno local. De los antiguos modelos europeos al nuevo paradigma latinoamericano*, Santiago del Chile, 2019]. Vi sono state, infatti, riforme che hanno introdotto l'elezione popolare dei sindaci - Bolivia (nel 1994); Colombia (1991); Paraguay (1992); Venezuela (1989) e altre dirette a moderare i poteri legislativi dell'esecutivo furono di una certa importanza (Brasile nel 1988, Colombia nel 1991). E soprattutto riforme tese a rafforzare l'indipendenza della magistratura, che nel suo ruolo di potere contromaggioritario, può diventare strumento per mitigare lo strapotere dell'esecutivo [cfr. J. RÍOS-FIGUEROA, *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*, in G. HELMKE, J. RÍOS-FIGUEROA (eds.), *Courts in Latin America*, New York, 2011]. Peraltro, come sottolinea Gargarella, le misure volte a limitare il potere presidenziale sono generalmente molto modeste e molteplici studi hanno dimostrato che sussiste ancora un "modello tipicamente latinoamericano del potere presidenziale, con un ruolo incisivo del presidente sul potere legislativo, e con ampi poteri di emergenza [cfr J. C. CHEIBUB, Z. ELKINS, T. GINSBURG, *Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective*, in *Texas Law Review*, vol. 89, 7/2011, 1730; R. GARGARELLA, *Sobre el "nuevo constitucionalismo latinoamericano"*, in *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, 1/2018, 121].

Le sfide consistono quindi nel superare un modello di organizzazione in cui "le leve del potere" sono ancora concentrate nelle mani di pochi e la "*sala de máquinas*" della Costituzione rimane sotto stretta sorveglianza [cfr. R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010,* New York, 2013; J.E. ROA ROA, *La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano*, in *Revista Derecho del Estado*, num. 49, 2021, 35 ss.].

L'anima dei diritti e l'anima dell'organizzazione del potere non devono essere contrapposte, dovrebbero invece diventare "anime gemelle". Senza cambiamenti strutturali, che in primo logo attenuino l''iper-presidenzialismo' latinoamericano, i diritti promessi non trovano attuazione e senza una effettiva democratizzazione della "*sala de máquinas*" anche le Costituzioni più avanzate non mantengono le promesse, affinché sia davvero un *constitucionalismo experimental* [B. DE SOUSA SANTOS, *La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional*, Cochabamba, 2007, 28 ss.], e *transformador* [cfr., *ex multis*, A. VON BOGDANDY, R. UREÑA, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, in *The American Journal of International Law*, vol. 114, 2020, 405 ss.; J.E. ROA ROA, cit.].

MICHELE CARDUCCI

Per rispondere unitariamente a queste domande, si può ricorrere alla metafora del treno, piuttosto diffusa in America latina e resa celebre dal costituzionalista argentino Roberto Gargarella [*La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, 2014]. Il nuovo costituzionalismo latinamericano ha cambiato struttura e arredamento dei vagoni che compongono le Costituzioni (le parti relative ai soggetti, i diritti e le procedure di partecipazione, inclusione e integrazione). Non ha cambiato, invece, la motrice del treno, la "sala di macchine" delle Costituzioni; in una parola, il sistema di legittimazione ed esercizio dell'indirizzo politico, che permane a forte trazione monocratica.

Di conseguenza, la funzionalità di questi nuovi sistemi costituzionali risulta contraddittoria e a volte schizofrenica, soprattutto allorquando il potere giudiziario manifesta disinvolto coraggio nell'attuazione degli istituti e dei parametri introdotti dai testi dentro una costante tensione con organi politici, a partire dal Presidente della Repubblica, legittimati da un consenso quasi sempre personalizzato se non addirittura personificato.

EMANUELE CORN-JERSON GERMAN VALENCIA CARRIZO

Il merito maggiore della ricostruzione di Roberto Gargarella, tale da permetterle di diffondersi e di farsi apprezzare ben al di là dei confini argentini, sta proprio nella sua capacità di prestarsi a una lettura in realtà e contesti tra loro anche piuttosto diversi all'interno del continente.

La tendenza generalizzata all'ampliamento dei diritti fondamentali propria del nuovo costituzionalismo è tuttavia costretta a pagare dazio all'eredità perversa delle dittature del secolo scorso, consistente in un modello economico caratterizzato da un tale livello di liberismo (si chiami o meno "neo") da condizionare ovunque, pesantemente, la costruzione stessa dei temi di volta in volta portati a dibattito pubblico.

Il discorso resta valido sia che si tratti di realtà in cui il modello economico è ancora riconosciuto e confermato dalle fonti giuridiche di più alto livello, sia quando è contestato e respinto, perché comunque è assunto come elemento di riferimento.

Ecco allora che, ancora facendo riferimento a una metafora di Roberto Gargarella, il nuovo costituzionalismo non è (ancora) entrato nella "sala macchine" delle parti organiche delle costituzioni. Non si dà ancora la circostanza, cioè, che i vari organi siano effettivamente depositari di poteri decisionali, reciprocamente equilibrati, e in grado di produrre decisioni che incidano strutturalmente sull'ordine socioeconomico dei rispettivi Paesi.

Se all'osservatore esterno pare evidente lo scollamento tra grandi proclami nell'elencazione di diritti e scarsa protezione degli stessi all'atto pratico (quando non si

arriva a macroscopiche violazioni), ciò si deve, tra i molti fattori, soprattutto alla mancanza di fiducia nella legittimazione dell'intervento statale in tutti i campi che, secondo una visione di stampo europeo, indubbiamente le spetterebbero.

Le ragioni di questa mancanza di fiducia, probabilmente, hanno un fondamento più nelle scienze politiche che nelle scienze giuridiche in senso stretto. Risulta evidente, tuttavia, come le realtà depositarie del potere economico abbiano tutto l'interesse a non cedere lo spazio che occupano nella citata "sala macchine".

GORKI GONZALES MANTILLA

El carácter reivindicativo de los derechos que marca el itinerario de los procesos constituyentes más recientes es también una crítica a la ausencia de estado social, a la exclusión y desigualdad, como rasgos patológicos y crónicos, que exhiben la mayor parte de países de América Latina. En el caso chileno habría que añadir o colocar como factor detonante, el agotamiento -también fracaso- de un modelo económico y político neoliberal. Pero en líneas generales la reivindicación es también un proceso que ya está en el constitucionalismo que se abre paso desde la Constitución de Querétaro que se recibe nominalmente en varias constituciones de América Latina, pero que no tuvo un correlato decisivo en la realidad.

En efecto, no se debe perder de vista que lo "nuevo" como rasgo atribuido a este proceso, puede generalizar el significado que tienen las piezas de su estructura histórica, política y constitucional, además puede servir para sobredimensionar sus consecuencias en el plano de la realidad [Por lo demás, la ambiguedad de la expresión "nuevo" ha dado lugar a consideraciones que buscaban marcar o distinguir lo que estaba ocurriendo respecto de lo que había: describir el proceso constitucional que sigue a las postdictaduras latinoamericanas de hace más de tres o cuatro décadas. Lo nuevo en este caso ofrecía las siguientes condiciones: se advierte que tales constituciones provienen de procesos unidireccionales, pues van de un Estado autoritario a un ordenamiento democrático; que las transiciones han sido pacíficas y, por último, que han sido Constituciones pactadas entre los mandos del régimen depuesto y los miembros de la oposición. G. ROLLA, *La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, 329-351, part. 333-334]. Es indispensable reconocer que la vocación transformadora de la reivindicación en materia de derechos no se traslada mecánicamente a las garantías y a los diseños políticos.

Al respecto, las experiencias en Bolivia, Venezuela y Ecuador muestran la ausencia de algunas condiciones necesarias para que la impronta de sus procesos constituyentes pudiera producir consecuencias susceptibles de ser reconocidas como parte de lo nuevo [R. GARGARELLA, *Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, 1/2018, 110]. En efecto, se muestra la ausencia de una estructura política apta para reconducir el ejercicio del poder y, por lo tanto, de los derechos y libertades en función de las expectativas

sociales. Esta condición está en la genética de los ordenamientos constitucionales desde el siglo XIX a través de la forma que adquiere la recepción del modelo presidencialista estadounidense del constitucionalismo del Siglo XIX (*ibidem*).

En aquellos países la resistencia a la reforma constitucional se instala en la misma ruta de los procesos constitucionales que buscan la transformación. Los principios y la estructura para el ejercicio del poder de las fórmulas que el presidencialismo adquiere (a través del denominado semi-presidencialismo o presidencialismo atenuado) se han mantenido creando una contradicción con el discurso de los derechos: la concentración del poder político diluye el ánimo transformador y se opone a la atmósfera democratizadora que los procesos constituyentes traían consigo [J. COUSO, *Las Democracias Radicales y el "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano"*, en *Derechos Humanos: Posibilidades Teóricas y Desafíos Prácticos*, Buenos Aires, Argentina, 2014, 193-208].

Por lo tanto, el desafío de las experiencias instauradas con estos ordenamientos constitucionales es que el nuevo orden plurinacional republicano deje de ser solo una promesa [El historiador Jorge Basadre advertía sobre la necesidad de afirmar el ideal que articule la vida de los individuos como parte de la comunidad, el ideal que se debe buscar como suprema necesidad de todo el pueblo y como misión encomendada a los que lo guían. J. BASADRE, *La promesa de la vida peruana y otros ensayos*. Lima, 1958, 15] y resulte apto para realizar los ideales que representan los derechos, la igualdad y la libertad para todos los miembros de la comunidad republicana. Es imprescindible, entonces, que los principios y estructuras para el ejercicio del poder se comprometan con esa finalidad. Al final, lo que importa de una Constitución no es solo lo que se diga sobre ella o el discurso que se construye a partir de ella, lo que importa realmente es lo que se hace con ella en la realidad material.

TANIA GROPPI

A partire dalle costituzioni brasiliana e colombiana, questo nuovo costituzionalismo si connota per un ampio catalogo dei diritti (ulteriormente allungatosi con le costituzioni della Bolivia e dell'Ecuador), accompagnato da disposizioni costituzionali estremamente dettagliate, assai vicine ai contenuti di un normale testo legislativo. Queste costituzioni ben si prestano ad essere direttamente applicate dai giudici, anche perché si accompagnano a sistemi di giustizia costituzionale caratterizzati da una molteplicità di vie di accesso, tra le quali varie forme di ricorso diretto e anche, in alcuni casi, di *actio popularis*. In effetti, le costituzioni "trasformative", scontrandosi con una realtà molto distante dalle prescrizioni del testo normativo, richiedono significative politiche pubbliche per essere attuate. Qui si collocano le principali difficoltà, riconducibili a due tematiche, ovvero l'assetto istituzionale e quello che viene chiamato el "*estado debil*". Da un lato, infatti, la "sala delle macchine" del costituzionalismo trasformatore [su cui v. R. GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010,* Oxford, 2013; J.E. ROA ROA, *El rol del juez*

constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper No. 2020-11] prevede forme di governo presidenziali, o iperpresidenziali, in cui non sempre i presidenti si fanno carico dell'attuazione costituzionale. Dall'altro, anche quando si è di fronte a una volontà politica, la debolezza dell'amministrazione pubblica, degli apparati dello Stato, in contesti in cui esistono poteri privati, domestici e stranieri, assai forti, rende assai difficile l'implementazione delle costituzioni. Da qui l'intervento, in veste di supplenza, dei giudici, che però non riescono a colmare i vuoti, a fronte di interventi che, quando non limitati a rimedi *inter partes*, richiedono scelte politiche e mobilitazione di risorse pubbliche.

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

En general, la evolución del nuevo constitucionalismo ha sido ampliamente positiva. Recordemos que muchos países latinoamericanos provenían de situaciones de déficit en el desarrollo productivo, en los procesos de integración social y en los mecanismos institucionales de participación, además de dificultades constatadas de generar una vigencia efectiva y generalizada de los derechos sociales. Las situaciones de necesidad constituyente que dieron paso a los procesos constituyentes se generan principalmente ante la constancia de estas falencias, que no encuentran solución desde la institucionalidad. En este sentido, todos los países que han avanzado hacia constituciones democráticas han iniciado procesos de desarrollo y de integración avanzados en comparación con las situaciones anteriores. No obstante, la evolución no ha sido homogénea en todos los casos. Allí donde la constitución se ha incumplido o se ha intentado soslayar, se han producido situaciones de retroceso o de crisis global.

Por otro lado, es constatable que los avances en las constituciones del nuevo constitucionalismo han sido más amplios y originales respecto a las partes dogmáticas que en el desarrollo de los órganos del Estado. Mientras la determinación de los derechos, y en buena parte sus garantías, se veían ampliados, los órganos del Estado se construían al ralentí de la organización decimonónica que se arrastraba desde el siglo XIX. Esto podría haber implicado un desequilibrio entre las demandas que deberían ser satisfechas por el Estado según la constitución y la falta de actualización de la organización estatal destinada a cubrir estas demandas. El reto futuro se sitúa en la generación de los medios para que el Estado social sea efectivo y pueda cubrir las expectativas creadas en los procesos constituyentes.

ANNA MASTROMARINO

Trascorsi ormai diversi anni dal manifestarsi delle prime esperienze, qualche riflessione sulla bontà delle proposte del NCLA è opportuno cominciare a svolgerla. Certo non in termini definitivi, ossia in chiave consuntiva, ma sicuramente per provare a

rimodulare alcune voci al fine di intervenire sull'esistente nell'ottica di individuare alcune criticità e operare opportuni aggiustamenti per il futuro.

Oltre che miope, è sbagliato e riduttivo cercare una relazione di mera causa/effetto tra l'erosione democratica e la precarietà in cui versano alcuni ordinamenti in America Latina, da una parte, e le novità, concettuali, prima ancora che organizzative, che il NCLA ha voluto introdurre a livello costituzionale, dall'altra. Farlo significherebbe dimenticare colposamente i limiti strutturali che attanagliano la regione da decenni e che rendono comunque difficile il radicamento e la buona riuscita di qualunque processo democratico.

Non di meno, bisogna riconoscere le evidenti difficoltà che le costituzioni che sono nate all'interno di questo movimento stanno incontrando nel garantire la loro attuazione. Si tratta effettivamente di carte in cui il grado di prescrittività e la pretesa di cambiamento risultano assolutamente sproporzionati rispetto alla loro capacità non tanto di raccontare la società quanto piuttosto di indirizzarla.

L'ansia di fotografare in costituzione l'assetto politico del momento costituente, evitando sovrapposizioni e fuori campo, non lascia spazio a nessuna soluzione di sintesi.

Il che non è problema da poco per una teoria costituzionale che ha la pretesa di incidere sulla realtà politico-sociale del paese e che per farlo intende radicarsi su premesse di interculturalismo sociale e ideologico. Con il fine di aumentare i presupposti per garantire uguaglianza e riconoscimento sociale a tutti gli individui, come a tutti i gruppi che compongono il corpo sociale, le costituzioni del NCLA includono al loro interno cosmovisioni e ideologie assai diverse - come quella liberale e quella ctonia, quella di matrice socialista e quella conservatrice, per citarne alcune - che impongono di confrontarsi con categorie di diritti diversi, basi filosofiche diverse, obiettivi diversi. In nome di un preteso dialogo interculturale la costituzione accoglie al suo interno linguaggi e concezioni eterodossi, senza fornire gli strumenti necessari per assicurare compenetrazione tra le diverse componenti, così condannando il sistema all'incertezza giuridica. Non si tratterebbe, dunque, di negare rilevanza a un processo che intende sostenere l'emersione sociale di gruppi cui la storia ha negato visibilità e parola, permettendo loro di divenire protagonisti nello spazio pubblico e fomentando anche dal punto di vista simbolico una cultura costituzionale. Neppure si vuole sostenere che i processi costituzionali in atto nella regione latinoamericana siano stati pensati, sin dall'origine, come espressione di un *constitucionalismo populista.* Si tratta di sottolineare, piuttosto, come il cambiamento sia stato sì tentato, ma quasi a prescindere dalle caratteristiche del corpo sociale. Il successo del NCLA, infatti, presuppone il mantenimento di un livello alto e costante di attivismo politico da parte dei cittadini, una consapevolezza alta e già difficile da ottenere in condizioni di medio sviluppo economico, salvaguardia dei diritti, anche di quelli sociali, e stabilità economica. Un livello, dunque, sostanzialmente utopico in contesti di fragilità come quelli della regione latinoamericana.

Anziché agire sulle fratture del corpo sociale, affiancando politiche di perequazione all'emersione delle classi più discriminate, ci si è affidati, piuttosto e

secondo una pratica consueta nella storia regionale, all'ennesima operazione di sovrapposizione del nuovo all'esistente, mediante la giustapposizione di rivendicazioni di gruppi assai differenti e divergenti tra loro, destinati, in assenza di codici comuni di dialogo e con buona pace delle ambizioni delle traduzioni interculturali, all'incomunicabilità e a uno stato di prevaricazione del più forte. Il che, forse non troppo paradossalmente, finisce con il favorire proprio il consolidarsi di quelle condizioni con cui si voleva definitivamente rompere, generando uno stato permanente di stallo e ingovernabilità.

In questa situazione il crittotipo del *caudillo* torna a condizionare la scena politica, mentre l 'esaltazione e la moltiplicazione dei luoghi e degli istituti deputati alla democrazia diretta non fanno che agevolare questi tentativi, più o meno riusciti, di manipolazione dell'elettorato che privo di anticorpi sembra non trovare altra via che affidarsi al "salvatore della patria" di turno [cfr. P. CASTRO, *El caudillismo en América Latina, ayer y hoy*, in *Política y Cultura*, 27, 2007]. La limitazione del potere come massima espressione del costituzionalismo è qui intesa come azione da esercitarsi nei confronti dei poteri costituiti, ma non rispetto alla sovranità popolare, con tutto ciò che in condizioni di precarietà politico-istituzionale ciò può significare.

Nell'evolversi delle stagioni del NCLA, infatti, si ritrovano con chiarezza quelle dinamiche che Roberto Gargarella [*La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, 2014] individua come topiche della storia costituzionale della regione latinoamericana: al crescere dei diritti riconosciuti e dei soggetti tutelati non corrisponde una trasformazione dell'organizzazione e della classe politica capace di dare attuazione al ricco impianto di libertà costituzionalmente previsto, condannando il testo a una incoerenza interna che impedisce a eventuali cambiamenti di rotta di stabilizzarsi, affidando tutt'al più alla (provvisorietà) della decisione giudiziaria la trasformazione del sistema

In ultima istanza, dunque, anche nel NCLA, che non prevede canali garantiti di accesso alla "sala delle macchine" da parte di quelle classi che si sono fatte promotrici del cambiamento, quelle promesse di riscatto sociale e politico, che pure trovano spazio nel testo costituzionale, restano lettera morta: in fin dei conti limitarsi ad approvare o tentare di respingere le proposte avanzate da un presidente, appare una concezione di democrazia partecipata assai povera, se è venuta meno ogni formazione intermedia di natura politica capace di fungere da contrappeso al potere di chi governa.

IRENE SPIGNO-VÍCTOR M. VERA GARCÍA

El nuevo constitucionalismo latinoamericano constituye la última de las cuatro etapas de desarrollo del constitucionalismo en la región latinoamericana: la *experimental* (1810-1850), la *fundacional* (1850-1917), la *social* (1917-1980), y se identifica con la de los *derechos humanos* (1980-2000) [R. GARGARELLA, *Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'*, en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27, 1/2018, 110]. Las constituciones que se toman como modelos de esta etapa son las

de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) [A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura*, en *Revista Digital de la Asociacion Argentina de Derecho Constitucional*, suplemento especial VII, 2020, 8]. En este sentido, se incluye también la importante reforma constitucional en materia de derechos humanos que tuvo lugar en México en el 2011.

La evolución que trae consigo el nuevo constitucionalismo busca reparar las grandes faltas históricas del constitucionalismo regional, las cuales se pueden dividir en tres apartados: i) la atención a los derechos de las partes más relegadas de la sociedad, en específico los pueblos indígenas; ii) el persistente desdén frente a los derechos humanos; y iii) la incapacidad para garantizar y hacer efectivos los derechos políticos de la población en general [R. GARGARELLA, *Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'*, cit., 115; R. MARTÍNEZ DALMAU, *¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?*, en *Derecho y Sociedad*, 51, 2018, 194.

Las dificultades y desafíos a los que se enfrenta actualmente el nuevo constitucionalismo son precisamente las cuestiones que caracterizan al movimiento desde sus inicios. Por una parte desde el punto de vista de los derechos humanos, los mismos son reconocidos a través de amplios listados bastante novedosos que continúan con la tradición de la etapa social en la que precisamente se buscaba atender la cuestión social olvidada en épocas pasadas [R. GARGARELLA, *Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'*, cit., 115].

Existe una correlación entre la entrada en vigor de las nuevas Constituciones y la mejora en el nivel de vida de los ciudadanos en cuanto al goce de sus derechos fundamentales y la disminución de la desigualdad pese a que aún las cifras negativas son altas [R. MARTÍNEZ DALMAU, *¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?*, cit., 195, 196, 200, y 203]. A pesar de lo anterior, un problema importante de esta situación radica en que los catálogos de derechos no han sido acompañados por una procuración de las condiciones de posibilidad (legales, políticas, materiales) de los mismos derechos [R. GARGARELLA, *Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'*, cit., 117].

Ahora bien, por parte de la organización política del poder, se encuentra que existe aún una arraigada tendencia al conservadurismo. Esto en el sentido de que el poder se sigue estructurando con una concentración política y una centralización territorial (R. Gargarella, *Sobre el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano'*, cit., 115). De hecho, a diferencia de su correlación con los derechos, la implementación de las nuevas constituciones no han traído consigo una transformación democrática que consagre el límite del poder y la erradicación de tendencias autoritarias [R. MARTÍNEZ DALMAU, *¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?*, cit., 198].

Otra cuestión presente en los textos constitucionales del nuevo constitucionalismo es la búsqueda de la participación ciudadana a través de procesos democráticos, cuestión que busca subsanar la falta delegitimidad plena de regímenes y gobiernos

pasados. Esta situación trae consigo la preocupación de una posible instauración de gobiernos populistas [R. VICIANO PASTOR Y R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9/2011, 21; R. MARTÍNEZ DALMAU, *¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?*, cit., 192; A. MASTROMARINO, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una perspectiva de lectura*, cit., 12].

III Domanda

Qual è il ruolo che rivestono i diritti delle comunità originarie in tale nuovo costituzionalismo? Quale dovrebbe essere la sua relazione con il modello democratico e repubblicano dei Paesi dell'America Latina?
¿Cuál es el papel que tienen los derechos de las comunidades originarias en este nuevo constitucionalismo? ¿Cómo debería considerarse su relación con el modelo democrático y republicano de los Países de América Latina?

MARÍA ELENA ATTARD BELLIDO

Como ya se señaló, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano y específicamente en el caso del constitucionalismo boliviano, los derechos colectivos de los pueblos indígenas son la esencia del paradigma del *suma qamaña* y han planteado el tránsito de un Estado-Nación amparado en un modelo republicano a un Estado constitucional plurinacional de derechos que desde la cláusula de libre determinación de los pueblos indígenas plantea su inclusión en clave de plurinacionalidad, pluralismo jurídico igualitario, interculturalidad, descolonización y despatriarcalización.

La Constitución boliviana en su artículo treinta, consagra un catálogo abierto de derechos colectivos de los pueblos indígenas, los cuales, desde la doctrina del bloque de constitucionalidad, se complementan e interpretan armónicamente con los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre estos derechos de naturaleza colectiva puede destacarse el derecho a la territorialidad, a la consulta previa, a la autoidentificación, entre otros. Lamentablemente, estos derechos, por factores ya analizados, no han tenido una real materialización en el Estado Plurinacional de Bolivia; su vulneración es cada vez más evidente en un entorno altamente extractivista que amenaza a los pueblos indígenas y a la Madre Tierra frente a la ciega mirada del Tribunal Constitucional Plurinacional.

ELENA BINDI

Uno degli elementi qualificanti del nuovo costituzionalismo in America latina è proprio il riconoscimento dei diritti delle comunità originarie, soprattutto ad opera delle Costituzioni dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009. Tale riconoscimento svolge un ruolo indubbiamente di primo piano proprio al fine di delineare un nuovo modello di convivenza sociale incentrato su valori come il *buen vivir* e la solidarietà, un sistema cioè che metta al centro il rispetto della natura contro ogni forma di depauperamento delle risorse per soddisfare interessi economici.

Le Costituzioni dell'Ecuador del 2008 e della Bolivia del 2009 sono nate, infatti, a seguito di movimenti di protesta dei popoli nativi contro le privatizzazioni in Bolivia e l'egemonia economica statunitense in Ecuador, con la conseguente perdita della sovranità monetaria da parte di quest'ultimo paese [cfr. F. RAMÍREZ GALLEGOS, *Processo costituente ecuadoriano e legittimazione democratica: un contrappunto andino*, in S. BAGNI (ed.), *Dallo Stato del* bienestar *allo Stato del* buen vivir. *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, 19 ss.].

Il riconoscimento dei diritti dei popoli nativi non poteva pertanto non caratterizzare il nuovo costituzionalismo latino americano in cui i processi costituenti erano stati legittimati dal basso, ad opera soprattutto di coloro che erano stati storicamente emarginati.

Persino chi in dottrina nega il carattere veramente innovativo del nuovo costituzionalismo latinoamericano rispetto alla tradizione europea in materia di diritti (senza tuttavia esprimere un giudizio di valore negativo sui miglioramenti introdotti, per quanto non troppo innovativi), sottolinea comunque che le poche novità di reale interesse consistono nella maggiore apertura verso le comunità originarie, precedentemente escluse, previste nella Costituzione della Bolivia del 2009 [cfr. R. GARGARELLA, *El «nuevo constitucionalismo latinoamericano»*, in *Estudios Sociales*, num. 48, 2015, 170].

Tale costituzione ha difatti accolto un modello di stato interculturale e plurinazionale (l'art.1 parla di "*Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*"), garantendo espressamente alle comunità originarie il diritto all'autodeterminazione nel quadro dell'unità nazionale, che si concretizza nel diritto all'autonomia, all'autogoverno, alla cultura, al riconoscimento delle loro istituzioni e al consolidamento delle loro entità territoriali in conformità con la Costituzione e le leggi (art. 2). La Costituzione boliviana, tutela, inoltre, le loro lingue native come lingue ufficiali dello Stato e stabilisce l'uso obbligatorio di due lingue ufficiali, una delle quali è lo spagnolo (art. 5). Nella sfera politica, contempla meccanismi per garantire la loro partecipazione agli organi e alle istituzioni dello Stato. Ad esempio, nell'elezione dei deputati, la Costituzione prevede la creazione di circoscrizioni speciali indigene, affinché le comunità originarie possano eleggere il loro deputato (art. 146, punto VII), allo scopo di assicurare la rappresentanza degli interessi di tali comunità e porre fine alla loro emarginazione politico-sociale. Prevede, altresì, un Tribunale costituzionale plurinazionale, composto in parte da membri scelti secondo il sistema indigeno (art. 196

e ss.) e stabilisce che nella composizione del Tribunale Supremo Elettorale, almeno due dei sette membri siano indigeni (art. 206, punto II).

Questi sono solo esempi di come la Costituzione boliviana accolga un modello inclusivo delle comunità in passato emarginate, al fine di garantire il pluralismo giuridico in quanto strumento per fare coesistere diversi sistemi giuridici nello stesso spazio socio-politico.

Anche la Costituzione dell'Ecuador del 2008 riflette gli ideali dei popoli nativi rimasti fino ad allora emarginati, ispirandosi ad una visione cosmocentrica anziché antropocentrica sul modello occidentale, sebbene rispetto alla Costituzione della Bolivia l'approccio a tutela del pluralismo sia diverso tanto che vi è un unico riferimento testuale nell'art. 57, punto XV, che riconosce ai gruppi etnici il diritto a istituire e mantenere organizzazioni che li rappresentino nel quadro appunto del rispetto del pluralismo.

Nel *Preambolo* della Costituzione dell'Ecuador si afferma, infatti, la volontà di costruire "una nuova forma di convivenza cittadina, nella diversità e in armonia con la natura, per perseguire il *buen vivir*, il *sumak kawsay*". La natura (*Pacha Mama*) da oggetto diviene soggetto titolare di diritti, (art.10) ed ha quindi "diritto a che si rispetti integralmente la sua esistenza e al mantenimento e alla rigenerazione dei suoi cicli vitali, strutture, funzioni e processi evolutivi. Ogni persona, comunità, popolo o nazionalità potrà pretendere dall'autorità pubblica l'osservanza dei diritti della natura" (art. 71, co. 1), con il conseguente diritto al ripristino (*derecho a la restauración*) dei sistemi di vita degradati, indipendentemente dall'obbligo di indennizzare o risarcire le persone che hanno subito danni diretti dall'evento (art. 72, co. 1).

Le potenzialità 'trasformative' insite nella previsione dell'actio *popularis* si scontrano, tuttavia, con una prassi amministrativa, che non sviluppa le possibilità di tutela dell'ambiente previste nel testo costituzionale. E nonostante l'art. 408 contempli espressamente la sovranità dello Stato sulle risorse naturali, lo sfruttamento smodato delle risorse naturali da parte delle multinazionali è agevolato dalla prassi amministrativa, con l'ulteriore spoliazione dei diritti delle comunità originarie derivanti dalla previsione costituzionale che ammette eccezioni al divieto di attività estrattive di risorse non rinnovabili nelle aree protette e nelle zone dichiarate intangibili "su richiesta motivata della Presidenza della Repubblica e previa dichiarazione d'interesse nazionale da parte dell'Assemblea Nazionale che, se lo riterrà opportuno, potrà indire una consultazione popolare"(art. 407).

Al riguardo, c'è chi ha sottolineato che queste sono costituzioni frutto di commistione di modelli (*constituciones de "mezcla"*), che affermano simultaneamente rivendicazioni opposte, e quindi più che essere una soluzione virtuosa possono rappresentare una scelta che apre, in concreto, a interpretazioni contraddittorie su questioni fondamentali (cfr. R. Gargarella, *Sobre el "nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., p. 124).

Qui il discorso aprirebbe ad una digressione troppo ampia per questa sede, certo è che le costituzioni che tutelano il pluralismo sono inevitabilmente frutto del

compromesso, la sfida è pertanto quella di realizzare le promesse in esse contenute, in un giusto bilanciamento tra i principi che possono entrare in conflitto.

Merita, infine, sottolineare che se è vero che le Costituzioni previgenti già riconoscevano l'esistenza di società multietniche e pluriculturali, con le Costituzioni ecuadoriana del 2008 e boliviana del 2009 sono gli Stati stessi a essere plurinazionali. Il che equivale ad affermare la piena uguaglianza di tutti i popoli che vivono nel medesimo Stato, respingendo definitivamente ogni forma di supremazia e sfruttamento tipica del sistema coloniale,

Questo approccio ha indubbie ricadute sul modello democratico. Solo per fare un esempio, il sistema di giurisdizione indigena, regolato dal diritto consuetudinario, non è più in un rapporto di subordinazione con la giurisdizione ordinaria, sebbene debba essere conforme ai trattati internazionali e alla Costituzione (artt. 179, punto II, 192 e, 410 Cost. boliviana). E ciò permette alle popolazioni originarie, in passato discriminate da parte delle forze di polizia e dagli organi giudiziari, espressioni delle classi dominanti, di applicare sistemi che incentrano la propria risposta su meccanismi di riabilitazione o riparazione piuttosto che su modelli retributivi-punitivi; e che, se combinati con il sistema giudiziario nazionale, possono fornire una giustizia adeguata alle comunità originarie ed essere un mezzo per ridurre gli alti livelli di incarcerazione.

Certo queste Costituzioni, così generose nel riconoscere diritti dei popoli nativi e che attraverso un ampio catalogo dei diritti vogliono rompere nettamente con la pesante eredità coloniale, devono fare poi i conti con la realtà. La grande sfida è quindi quella di costruire l'unità della Stato sulla base del riconoscimento della diversità etniche e culturali; ma l'essere uniti nella diversità è un risultato molto difficile da raggiungere, come ben sa anche l'Unione europea. Affrontare questa sfida richiede pertanto profondi cambiamenti da parte della società nel suo insieme, indispensabili per fare prendere vita a Carte di diritti così innovative. A tal fine, un contributo indispensabile può senz'altro darlo la magistratura, che pur lentamente si sta muovendo in tale direzione; e soprattutto la Corte interamericana dei diritti umani, sempre più spesso chiamata a garantire tutela ai diritti delle comunità indigene. La stessa Corte costituzionale dell'Ecuador, ad esempio, ha riconosciuto il suo obbligo di effettuare un controllo di convenzionalità a tal punto che i diritti e le garanzie riconosciuti non solo nei trattati, ma anche nell'interpretazione della Corte interamericana, fanno parte del blocco di costituzionalità, hanno quindi lo stesso rango delle norme costituzionali e sono direttamente e immediatamente applicabili nel sistema giuridico ecuadoriano (cfr, per esempio, sent n. 11-18-CN/19 del 12 giugno 2019; sent. n. 3-19-JP/20 del 20 agosto 2020; sent. n. 108-14-EP/20 del 9 giugno 2020; sent. n. 207-11-JH/20 del 22 luglio 2020).

MICHELE CARDUCCI

Le comunità indigene, soprattutto nei paesi dell'arco andino, hanno svolto un ruolo determinante nella configurazione dei nuovi testi costituzionali, almeno su tre fronti:

- come contronarrazione sulla presunta tradizione repubblicana latinoamericana, tutt'altro che includente ed egualitaria;
- come emersione di tradizioni occultate dal discorso egemonico del diritto costituzionale euroatlantico, insensibile al pluralismo giuridico della regione;
- come ricostruzione di uno spazio pubblico sottratto al dominio dei grandi interessi privati, da sempre influenti sulla vita politica e istituzionale dei paesi del subcontinente.

Anche in questo caso si potrebbe ricorrere a una diffusa metafora latinoamericana: quella della riduzione dello spazio costituzionale da piazza a giardino [N. SALDANHA, *O Jardim e a Praça. O privado e o público na vida social e histórica*, São Paulo, 1993]. Le comunità originarie sono sempre rimaste al di fuori dello spazio deliberativo sulle Costituzioni, riservato al "giardino" della cultura giuridica eurocentrica di impronta coloniale. L'insorgenza indigena nei nuovi processi costituenti ha consentito di ridimensionare questa riduzione, contrapponendo a essa la "piazza" del confronto pubblico con l'alterità di pratiche – come la "demodivesità" e i diritti della natura – altrimenti sconosciute e impensabili.

EMANUELE CORN-JERSON GERMAN VALENCIA CARRIZO

L'emersione dei diritti dei popoli originari certamente corrisponde a un'azione di riconoscimento di una realtà precedentemente non osservata (o in certi contesti esplicitamente negata), ma al contempo si connota come un elemento teso, vuoi a sanare una ferita, vuoi a pagare un debito, vuoi a tendere una mano.

Nel riconoscimento che alcuni Stati (Ecuador e Bolivia su tutti) hanno già fatto e che altri faranno della loro presenza posteriore rispetto alla previa esistenza delle comunità originarie è sottesa l'esplicitazione di una colpa. L'imposizione del diritto spagnolo a popoli preesistenti alla conquista spagnola è percepita come un errore e se anche questo può essere discutibile in termini storiografici, corrispondendo a un giudizio contemporaneo di un evento molto lontano nel passato, in termini politici si tratta del percorso scelto per dare maggior forza a un rinnovato patto sociale.

Al riguardo, la relazione di questi diritti con l'esercizio del modello democratico ci invita seriamente a riconsiderare la "vecchia" massima dell'uguaglianza davanti alla legge, sostituendola con concezioni egualitarie strutturali, in cui esiste un'interferenza non arbitraria dello Stato diretta a correggere la situazione di esclusione in cui in precedenza proprio il costituzionalismo di matrice europea aveva confinato queste comunità.

D'altra parte, questa lettura potrebbe perdere parte del sapore esotico che stimola in alcuni un affrettato giudizio di sufficienza rispetto a queste esperienze, se solo volgessimo lo sguardo con più attenzione verso le tracce antiche del diritto italiano, che

sono entrate nei nostri ordinamenti dal Medio Evo, ovvero quella lunga fase storica in cui, anche in Europa, molte comunità vivevano reciprocamente più isolate. Pensiamo in particolare alle Regole nella gestione delle foreste e delle risorse naturali che in alcuni casi dall'XI secolo in avanti non hanno mai smesso di regolare la vita degli abitanti di molte valli alpine, garantendo sostentamento alla popolazione e permettendo che il patrimonio comune si rigenerasse senza ricorso alla proprietà privata.

Certo, la regola della Magnifica comunità della Valle di Fiemme non chiama il bosco "*la Pachamama*", ma sarebbe altrettanto superficiale considerare "la foresta i violini" a Paneveggio solo una moderna invenzione di marketing turistico, quando i liutai affrontavano viaggi complicati per raggiungere quei boschi e dal momento che quelle distese di alberi sono in tutto e per tutto un fattore identitario per chi oggi vi abita.

Ebbene, lungi dall'essere antidemocratiche, le regole delle comunità originarie possono essere lette come una spontanea organizzazione giuridica che vede la sua molecola elementare non nell'individuo, ma nella famiglia o in un gruppo più grande. In Europa, specie con l'Illuminismo, una concezione individualistica ha guadagnato spazio trasformandosi nel modello dominante, risultando estremamente duttile e funzionale al modello di progresso che si stava facendo spazio. D'altra parte, nemmeno l'Europa ha mai dimenticato del tutto queste esperienze del suo passato remoto e di recente sta, anzi, tornando ad apprezzarne il valore e a studiarle.

Oggi, in molti Paesi dell'America Latina è in atto un percorso collettivo di riscoperta ancora più consapevole e profondo (tanto profondo quanto è stato il tentativo secolare di cancellare queste identità). Ecco perché il giudizio sulla democraticità o meno del modello non dovrebbe essere troppo affrettato, perché non può prescindere dalla valutazione del contesto sociale di un determinato territorio. La *Pachamama* della Costituzione della Bolivia ha più a che vedere con una concezione non antropocentrica ma "biocentrica" del rapporto di un gruppo umano con il suo ambiente, che non con la valorizzazione del diritto ambientale di fronte alle sfide del cambiamento climatico e del riscaldamento globale.

Attualmente, sia pur come bozze, risultano approvati per un loro inserimento nella prima parte della Costituzione, questi due importanti articoli:

Art. 4: «*Chile es un Estado Plurinacional e Intercultural que reconoce la coexistencia de diversas naciones y pueblos en el marco de la unidad del Estado. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapa Nui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawashkar, Yaghan, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley*».

Art. 5: «*Los pueblos y naciones indígenas preexistentes y sus miembros, en virtud de su libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales. En especial, tienen derecho a la autonomía y al autogobierno, a su propia cultura, a la identidad y cosmovisión, al patrimonio y la lengua, al reconocimiento de sus tierras, territorios, la protección del territorio marítimo, de la naturaleza en su dimensión material e inmaterial y al especial vínculo que mantienen*

con estos, a la cooperación e integración, al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales y […]».

GORKI GONZALES MANTILLA

Los derechos de las comunidades originarias forman parte de la agenda de los procesos constituyentes de las últimas décadas en América Latina. Sus consecuencias deben verse reflejadas en el diseño y organización del ejercicio del poder político, es decir, a través de su presencia en los espacios de representación política, en la definición institucional de los órganos con competencias constitucionales, en el reconocimiento de la autonomía sobre sus territorios, en general, el significado de la pluralidad cultural debería estar presente como un valor de la vida pública. El constitucionalismo como teoría y práctica del poder y los derechos a partir de su referencia al orden constitucional encuentra en los derechos de las comunidades un factor de legitimidad que lo retroalimenta.

Lo propio sucede con el orden republicano desde que los valores de la pluralidad cultural se convierten en piezas del propio modelo. Entonces, la comunidad republicana se hace ciertamente más compleja y robusta. Se exige la definición de instituciones que respondan a esas demandas en todos los órdenes -si se piensa en el derecho a usar la propia lengua para comenzar-, y con ello se crea una institucionalidad más amplia y de mayor tejido social y cultural: una república pluricultural que debe reconocer en sus instituciones los valores de la pluralidad. Luego el reconocimiento de los derechos de las comunidades también contribuye con la legitimidad del modelo democrático, en la medida que se de paso a la representación directa de las comunidades en las diversas instancias políticas, y en la medida que se establezcan las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos conforme a los valores que las definen.

TANIA GROPPI

Senza dubbio un aspetto qualificante delle costituzioni latinoamericane più recenti, Bolivia ed Ecuador soprattutto, è il riconoscimento dei diritti dei popoli nativi, a partire da quelli linguistici e culturali, che hanno un impatto anche sul rapporto con la natura e sulla tutela dell'ambiente. In questa operazione di valorizzazione delle comunità indigene, un ruolo importante è svolto in tutto il continente dalla Corte interamericana dei diritti umani. Si tratta di un cammino volto a creare una democrazia pluralista inclusiva, che vada oltre il retaggio coloniale, ma ancora una volta l'attuazione degli enunciati costituzionali non è semplice, specie quando vengono in rilievo lo sfruttamento delle risorse naturali da parte di grandi gruppi multinazionali. Resta tutta da verificare l'effettività delle norme costituzionali, che necessiterebbe di ricerche empiriche che vadano oltre l'applicazione giurisprudenziale, per cercare di misurare, attraverso la metodologia degli *empirical legal studies*, l'impatto sulla realtà.

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ

No hay un consenso sobre el significado del término neo constitucionalismo -y de las variantes que suelen ser incluidas bajo el mismo-, pero sí existen algunos rasgos comunes que ayudan a delimitar qué debe entenderse como tal: "(i) el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución como ley suprema; (ii) la incorporación a la misma de un denso contenido material o sustantivo, en particular de derechos fundamentales; (iii) la garantía judicial, y; (iv) la rigidez frente a la norma" [L. PRIETO SANCHÍS, *Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principalista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias*, en *Doxa*, 34, 2011, 231]. Con independencia de las diferencias entre lo que suele ser comprendido bajo ese término, lo cierto es que los rasgos mencionados permiten advertir un nuevo modelo de constituciones surgido de manera posterior a la Segunda Guerra Mundial, en las que se incorporan una serie de derechos mucho más amplios que en los textos que las precedieron y cuya primacía debe permear sobre la legislación secundaria.

No obstante, si bien las nuevas constituciones ampliaron el catálogo de derechos, también es verdad que en buena parte de ellas persistía una visión, ya existente en el siglo XVIII, según la cual las diferencias al interior de la sociedad no debían ser consideradas como relevantes, pues lo prioritario en esos momentos fundacionales era la búsqueda de acuerdos respecto a las similutudes, y no en cuanto a los disensos. Al analizar el movimiento revolucionario francés, Tocqueville mencionó: *"Se hizo un supremo esfuerzo por entenderse. En lugar de buscar aquello en que se difería, todos se dedicaban a no considerar más que lo que conjuntamente se deseaba: destruir el poder arbitrario, asegurar los derechos de todo ciudadano, hacer libre la prensa e inviolable la libertad individual, dulcificar las leyes, reforzar la justicia, garantizar la tolerancia religiosa, suprimir las trabas que entorpecen el comercio y la industria: he ahí lo que de concierto se pedía. Se lo recordaban unos a otros y se felicitaban por ello; se habla de lo que une y se silencia lo que aún escinde. En el fondo no hay entendimiento, pero todos tratan de convencerse de que se van a entender, se reconcilian sin haberse explicado"* [A. (de) TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, 1982, 73].

Lo mismo puede decirse del tipo de sociedad que tenían en mente los federalistas en Estados Unidos, pues en sus debates mencionan diferencias únicamente entre ricos y pobres, propietarios y no propietarios o deudores y acreedores, cuando en realidad existía una pluralidad social mucho más amplia [R. GARGARELLA, *Ni política ni justicia*, en *Claves de razón práctica*, 114, 2001, 53-60]. Tales rasgos, que ya estaban presentes en las primeras constituciones, pueden encontrarse también en aquellas surgidas en la segunda mitad del siglo XX que adoptaron una concepción de democracia liberal, aquella para la que los esfuerzos para lograr la igualdad pasaban, incluso, por suprimir o no reconocer las diferencias, sobre todo en países en los que habitan comunidades originarias. En efecto, la posición del liberalismo es aquella en la que las

diferencias de tipo cultural no influyen en las determinaciones de la sociedad a la que se aspira [Ó. PÉREZ DE LA FUENTE, *Pluralismo cultural y derechos de las minorías. Una aproximación iusfilosófica*, Madrid, 2005, 266], lo que termina por desconocer los conflictos culturales propios de las sociedades diversas y, por ende, los mecanismos para su solución.

En las últimas décadas del siglo XX cobraron fuerza distintas corrientes de pensamiento que, con sus diferencias, pueden englobarse bajo el término de multiculturalismo. Desde tales posturas es necesario reconocer la relevancia de las diferencias existentes al interior de la sociedad a partir de los rasgos propios de cada grupo cultural. La riqueza de los debates doctrinales entre el liberalismo y el multiculturalismo permitió matizar algunas de las posturas fuertes existentes en tales escuelas de pensamiento, y también un mayor interés en incluir tanto en las convenciones e instrumentos internacionales, como en las constituciones nacionales, algunos aspectos que hasta entonces habían sido olvidados, como el relativo a los derechos de las comunidades originarias y al tipo de relación que estas deberían tener en el modelo democrático y republicano.

En el ámbito internacional, el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1957, tenía como propósito "integrar" a las comunidades indígenas a la colectividad, visión que se modificó por completo al derogar dicho instrumento con la aprobación del Convenio 169 de la misma organización, de 1989, con un propósito, no de integración, sino de convivencia con las diferencias, rasgo presente también en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007. Parte de la doctrina también ha asumido una posición más objetiva al señalar que si bien no todos los rasgos culturales son tolerables [E. GARZÓN VALDÉS, *Propuestas*, Madrid, 2011, 230], sí existe el deber de una igual valoración jurídica de las diferencias, bajo el parámetro de los derechos fundamentales [L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2019, 73-76].

Las constituciones y la interpretación que sobre las mismas realicen los tribunales deben por ello incorporar este nuevo entendimiento sobre la importancia que debemos dar a las diferencias culturales en países culturalmente diversos. A pesar de tener 68 grupos índígenas en su territorio, no fue hasta 1992 que se incorporó un artículo en la Constitución de México que mencionó la composición pluricultural del país. En una reforma constitucional más reciente, de 2011, se dio un cambio fundamental al incorporar no solamente la obligación de cumplir con los tratados internacionales en materia de derechos humanos vigentes para el país, sino también la de interpretar tales derechos de manera que se favorezca a las personas con la protección más amplia posible, lo que repercute también en la manera en que deben tratarse y resolverse asuntos en los que intervengan individuos y comunidades indígenas.

Desde luego, este nuevo paradigma constitucional no ha supuesto que los tribunales y las autoridades nacionales resuelvan asuntos en los que estén involucradas dichas personas y comunidades de manera uniforme y homogénea. En todo caso, sí ha motivado un renovado proceso de adaptación y de desarrollo jurisprudencial que no ha concluido y que, con seguridad, se irá afinando y delimitando conforme se resuelvan

casos particulares. El reconocimiento de las diferencias culturales es parte importante de este proceso, como también lo es el reconocimiento y respeto de los derechos humanos por parte de quienes pertenecen a esas comunidades. En definitiva, frente al liberalismo y el multiculturalismo, las constituciones y los tribunales deben asumir una visión intercultural, abierta a la diversidad, pero respetuosa de los derechos humanos [M. DEL TORO HUERTA Y R. SANTIAGO JUÁREZ, *La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos (una aproximación desde el análisis de las controversias electorales en comunidades indígenas*, México, 2015, 210-216], rasgo que debe caracterizar el modelo democrático y republicano en América Latina.

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

Históricamente, los pueblos indígenas fueron en su mayoría excluidos de la construcción de las repúblicas criollas y el desarrollo de los nuevos Estados latinoamericanos durante el siglo XIX, repitiendo y en algunos casos profundizando su marginación durante la época colonial. Los avances en la integración de las comunidades originarias durante el siglo XX fueron puntuales y escasos. Las nuevas constituciones latinoamericanas son las primeras que se ven permeadas por la presencia de pueblos originarios tanto en su redacción como en su contenido formal. Las reivindicaciones de los pueblos originarios están presentes, y estos han participado activamente en los procesos constituyentes. Son, en este sentido, constituciones con un alto grado de potencial decolonizador.

La presencia de cosmovisiones y nuevas construcciones indígenas en los modelos democráticos latinoamericanos ha generado la transformación de los textos constitucionales y la exploración de nuevas dimensiones tanto respecto a los derechos como a la organización territorial. La constitucionalización de la plurinacionalidad, la presencia de autonomía indígena, la incorporación de modelos de justicia plurales o el reconocimiento de los derechos de la naturaleza son sin duda elementos transformadores del constitucionalismo clásico que han colaborado en la presencia de constituciones democráticas cercanas a las realidades de los pueblos.

ANNA MASTROMARINO

Forte della sua vocazione politica e pertanto empirica, non di meno il NCLA si presenta anche come una dottrina della costituzione. Pretende di essere una teoria sulla democrazia: si pone, infatti, come alternativa al modello esistente e si costruisce in termini contrappositivi allo *status quo* proponendo un nuovo paradigma di convivenza, che ha la pretesa di espandersi oltre la regione, assumendo un concetto di sud del mondo che non ha una valenza necessariamente geografica.

È in questa idea di *constitucionalismo transformador* che si radica la portata innovatrice della riflessione in America Latina, che esige un approccio interculturale e

presuppone una nuova cosmovisione prevalentemente immanentista e comunitaria che non si chiude nell'individualismo e nel presentismo della cultura occidentale, ma trae il proprio fondamento da una concezione circolare del tempo, secondo la quale termini come cambiamento e transizione appaiono smorzati nella loro accezione necessariamente progressista e positiva. Essa si apre a una concezione in cui la storia è uno spazio abitato e da abitare, scritto e da scrivere, in cui passato e futuro si fondono, dato che il tempo è «semplicemente intorno a noi» e fa coesistere, prescindendo da un altrove ultraterreno, i viventi con gli antenati e con coloro che non sono ancora nati, tutti raccolti in una medesima comunità «composta senza tener conto degli accidenti della nascita e della morte» [H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, (2010), trad. it., Bologna, 2011, 145 s.].

Nel NCLA si avverte la volontà rigeneratrice dei processi costituenti, che intendono inaugurare una nuova stagione di decolonizzazione sul piano culturale, politico, economico e anche giuridico, proponendo un nuovo concetto di uguaglianza, al contempo interculturale, intergenerazionale e olistica, ossia priva di limiti spaziali e temporali, nella volontà di rispondere al dilemma dei nostri tempi che concerne il come porre rimedio alla disuguaglianza sociale che schiaccia le nostre società. Non è un caso se proprio in quei paesi, dove le contraddizioni sociali sono più forti e dove la più larga maggioranza della popolazione è stata per secoli esclusa dalla spazio politico, in una condizione di invisibilità e mutismo, il desiderio di cambiamento ha preso la forma di un movimento che ha trasformato l'atto costituente in occasione di rivoluzione sociale, rovesciando lo *status quo* e proponendo un nuovo progetto politico attraverso il testo costituzionale.

In questo senso, se da una parte si rileva una sorta di persistenza di istituti e nozioni tipici del linguaggio occidentale, dall'altra è d'obbligo sottolineare il loro uso in termini di discontinuità, in chiave contro-egemonica, è stato detto [B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*, Lima, 2010], ossia al fine di scardinare, piuttosto che di confermare, l'impianto originario. Così accade nel caso di concetti come quello di popolo, natura, classe sociale, comunità, stato, nazione, seppure anche il termine costituzionalismo non sia immune rispetto a questa metamorfosi.

IV Domanda

Come si inserisce il processo costituente cileno nel solco del nuovo costituzionalismo? Esiste in questo caso una linea di continuità o è il frutto di un processo che corrisponde al grado di maturazione storica e politica del popolo cileno?

¿Cómo se entiende el proceso constituyente chileno en el marco del nuevo constitucionalismo? ¿En este caso existe una relación de continuidad o es el resultado de un proceso que corresponde a la maduración histórica y política del pueblo chileno?

MARÍA ELENA ATTARD BELLIDO

El nuevo proceso constituyente chileno debe ser analizado desde dos perspectivas importantes: Un proceso de continuidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano y también un proceso histórico que ha implicado una conciencia colectiva de reivindicación, democracia plural, inclusión, descolonización y despatriarcalización.

Los ejes temáticos que se abordan en Chile en medio de un proceso constituyente altamente democrático y plural consolidan la visión del nuevo constitucionalismo latinoamericano y ponen en práctica los enfoques diferencial, de género, de interseccionalidad e interculturalidad antes abordados. Asimismo, la previsible consagración de la Madre Tierra como titular de derechos y el reconocimiento de derechos y protección reforzada a seres sintientes consagra otro de los hilos esenciales de pensamiento de esta corriente constitucional.

ELENA BINDI

Il processo costituente cileno si inserisce sicuramente nel solco del nuovo costituzionalismo, in quanto risultato di rivendicazioni dirette a ottenere una società più giusta ed inclusiva.

Dalle mobilitazioni del 18 ottobre 2019 in Cile vi è stata, infatti, una forte pressione da parte dei cittadini per ottenere l'adozione di una nuova Costituzione.

Anche se i tentativi di approvare una nuova costituzione in Cile non sono nuovi - durante il mandato del presidente Michelle Bachelet, era stato già elaborato un progetto di riforma costituzionale che, tuttavia, non ottenne una maggioranza sufficiente-, il 25 ottobre 2020, il popolo cileno ha scelto, con una larga maggioranza di voti (78,28%), di darsi una nuova Costituzione e affidarne la scrittura, sempre con una larga maggioranza di voti (78,99%), ad un'Assemblea costituente democraticamente eletta. Il lavoro di quest'ultima dovrà poi essere sottoposto a un "*plebiscido de salida*", in linea quindi – come abbiamo visto – con la tendenza tipica del nuovo costituzionalismo latinoamericano di sottoporre i nuovi testi costituzionali all'approvazione popolare.

Inoltre, il precedente tentativo di riforma portato avanti durante il mandato di Bachelet, anche se non ha raggiunto i risultati attesi, è servito come monito e la lezione non poteva essere più chiara di così: i momenti costituenti devono fondarsi su una mobilitazione dei cittadini che si approprino, per così dire, del processo costituente. Questo non può essere lasciato nelle mani delle discussioni dei leader politici.

Infine, se è vero che in Cile, così come in altre esperienze costituzionali dell'America Latina a partire dagli anni '90, i processi costituenti si sono sviluppati a seguito di mobilitazioni sociali che hanno generano movimenti "anti-sistema", tali movimenti in Cile sono stati portatori di una proposta politica che, in maniera chiara e rapida, è stata poi incanalata in un percorso volto all'approvazione di una nuova costituzione, destinata a sostituire il testo costituzionale ereditato dalla dittatura militare (1973-1990). La profondità di questo processo costituente dimostra che si è trattato di

un cambiamento atteso da tempo, prova ne sono i dibattitti sulle necessità di riforme costituzionali che hanno avuto luogo in diversi momenti storici a partire dal ritorno alla democrazia nel 1990 [cfr. C. NASCH, C. NÚÑEZ, N. MORALES, *Prólogo*, in C. NASCH, C. NÚÑEZ, N. MORALES, M-C. FUCHS (eds), *Constitución y Estado de derecho. Experiencias comparadas*, Colombia, 2021, 15 ss.].

MICHELE CARDUCCI

Quanto sta avvenendo in Cile rappresenta un processo diverso da quelli andini, dal punto di vista sia formale che sostanziale.

Sul piano formale, non si è in presenza di un'Assemblea costituente con pieni poteri, bensì di un "potere costituente derivato" operante nella continuità giuridica e politica dello Stato. Questo "potere derivato" non è neppure rappresentativo di un'istanza unitaria di rottura dal passato. Infatti, le regole per eleggere la Convenzione hanno portato a una rappresentanza di genere paritaria e a una presenza inedita, per quantità e varietà, di indipendenti e popoli originari, non tutti coincidenti con il cosiddetto *estallido social* del biennio precedente.

Di conseguenza, il compromesso sui contenuti del nuovo testo diventa molto difficile e lento. Tra l'altro, le Commissioni, in cui si articola la Convenzione, producono elaborati a maggioranza semplice, mentre in plenaria è necessaria una maggioranza qualificata di due terzi dei componenti. Con questa asimmetria, la scrittura preliminare dei testi viene quasi sempre bocciata in sede finale, con un effetto "*navette*" che nuoce alla redazione degli enunciati normativi, i cui contenuti, per accontentare un po' tutti, devono tendere alla genericità delle formulazioni di principio, come sta avvenendo proprio sul tema dei diritti della natura, "importati" dal testo dell'Ecuador ma tradotti in nominalismi privi dei dettagli della fonte originaria (come si legge nell'art. 9 del progetto di Costituzione). Il nominalismo costituzionale – tipico di molti prodotti normativi dei compromessi latinoamericani – è la principale insidia della transizione cilena.

EMANUELE CORN-JERSON GERMAN VALENCIA CARRIZO

Il processo costituente in Cile si inserisce certamente nel solco del nuovo costituzionalismo. Con abbondanza di argomenti, insigni giuristi continuano a riferirsi al testo fondamentale approvato durante il governo della dittatura militare di Augusto Pinochet come alla; "cosiddetta costituzione del 1980".

Nei primi anni successivi al referendum del 1990, a trent'anni dagli eventi, si può riconoscere che il passaggio a un regime democratico fu tutt'altro che istantaneo e che, malgrado il governo fosse effettivamente esercitato dalla *Concertación*, per molto tempo la possibilità di una ripresa del potere da parte dei militari fu un'evenienza realmente percepibile nel Paese.

Le analisi politiche interne sembrano coincidere nella lettura che vede unite da un filo generazionale comune le proteste sociali. La gestazione ebbe inizio con i primi "figli della democrazia", che presero le piazze nel 2006 con la rivolta dei "*Pinguinos*" (che prese il nome dal termine popolare con cui si indicavano le uniformi dei liceali) e con le proteste universitarie del 2011, per passare a quelle riconducibili alle storture del sistema pensionistico (*No más AFP*) fino all'esplosione sociale ("*estallido social*") del 2019, espressione mediatica ma quanto mai impropria visti i ripetuti segnali da tempo provenienti dalle tensioni sociali.

Bisogna d'altra parte ricordare come, da diversi anni, in occasione delle tornate elettorali, alcune forze politiche stimolassero sistematicamente gli elettori ad annullare le schede scrivendo su di esse: A.C. (*Asamblea constituyente*).

Riteniamo, in buona sostanza, che gli eventi del 2019 fossero nell'aria da tempo. Se pure una parte consistente della protesta (che si è caratterizzata per una grande diffusione sul territorio nazionale, per un alto grado di violenza, anche nella risposta repressiva, e per una grande intensità partecipativa) chiedesse a gran voce la rimozione del Presidente della Repubblica, i partiti d'opposizione seppur ben rappresentati in Parlamento non premettero unitariamente in quella direzione. Si concentrarono, invece, sulla richiesta di un nuovo patto sociale, riconoscendo nel testo del 1980 la fonte di una serie di problemi strutturali altrimenti non affrontabili. Ecco perché, dopo l'annuncio dell'avvio del processo costituente, la protesta sociale scemò rapidamente.

Effettivamente la popolazione sentiva la necessità di allontanarsi da quel passato funesto e ri-appropriarsi della propria identità, trasferendola nella sua legge fondamentale.

Un ultimo, ma non per questo meno importante, elemento che caratterizza questa fase politico-giuridica in Cile è una diffusione generalizzata e trasversale del pensiero femminista (in molte delle sue infinite sfaccettature) in vasti strati della popolazione, risultando pressoché dominante nella popolazione giovane-adulta che, non a caso, in questo momento esprime le figure principali del governo in carica.

GORKI GONZALES MANTILLA

Como en los otros países de América Latina, el proceso constituyente en Chile responde a un conjunto de factores que se explican en su propia historia como país. En lo inmediato la dictadura de los años ochenta es un aspecto relevante por sus consecuencias aún después de ella, por los rasgos que definen la transición a la democracia que se agravan con la instauración y consolidación del modelo neoliberal, y su efecto en el terreno de la igualdad y el déficit de representación del sistema democrático que produjo. El proceso constituyente chileno tiene en esos términos las razones próximas que, por lo demás, se hicieron evidentes en el "estallido social" a partir del 18 de octubre de 2019 [C. CELIS ZORONDO y N. VIDELA CANESSA, *El Constitucionalismo Latinoamericano como fuente para el proceso constituyente chileno*, en *Revista de Ciencias Sociales – Universidad de Valparaíso*, num. 79, 2021,

198] como parte de un proceso histórico de más larga duración que recuerda las manifestaciones estudiantiles entre abril y noviembre de 2011 catalogadas como la mayor movilización desde el regreso de la democracia con un millón de manifestantes en las calles [F. PENAGLIA y S. MEJÍAS, *El conflicto estudiantil chileno y sus efectos políticos*, en *Polis*, vol. 15, 2/2019, México 11 Sep 2020, 8]. Más aún, el escenario de la conflictividad y el descontento ciudadano con los gobiernos viene de atrás y en esa línea de tiempo tambien se debe tener presente el gran moviemiento de mayo de 2006 con la llamada "revolución pingüina", "(...) protagonizada por estudiantes de educación secundaria que se movilizaron por una transformación estructural en el sistema educativo chileno exigiendo la derogación de la Ley Orgánica Constitucional de Educación" (*ibidem*, 11).

La respuesta ciudadana que hoy se verifica en el proceso constituyente chileno se construye en forma consciente en los años de la transición y en las luchas ciudadanas. Este es el punto que lo vincula con el constitucionalismo de las últimas décadas en América Latina: la fuerte presencia ciudadana como fuente de la reivindicación que exige igualdad, justicia social y democracia y que cuestiona el modelo económico impuesto desde la dictadura.

A partir la premisa anterior la nueva Constitución podría recoger algunas de las ideas que han circulado en los anteriores procesos constituyentes. Sin embargo, la experiencia chilena se presenta con mucha fuerza cultural por el peso de su historia y el significado de la dictadura de Pinochet. La perspectiva de un constitucionalismo transformador -evocando el caso de los anteriores procesos en América Latina-, en su caso adquiere un significado muy específico que deberá madurar en el curso del debate en la Convención Constituyente: los énfasis están señalados en la reforma de las fuerzas armadas y policiales, la presencia de un enfoque feminista de la Constitución y el orden constitucional, la afirmación de los derechos indígenas y los derechos sociales como punto relevante de la crítica al modelo económico [M.P. VERDUGO, *The dual aversion of Chile*, cit., 168].

El constitucionalismo que se abre paso en Chile está muy lejos de incurrir en los errores de los procesos latinoamericanos respecto de la forma de organizar el poder político para exacerbar la presencia del ejecutivo, debilitar la presencia del sistema judicial e incluso la del parlamento como ha ocurrido en las experiencias constitucionales de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

TANIA GROPPI

Il processo costituente cileno può essere letto come il tentativo, per una comunità politica, di stipulare un nuovo patto costituente, che tenga conto delle esigenze di una società pluralista. Da questo punto di vista, appare in linea di continuità con quanto accaduto in altri paesi della regione, ma non solo, a seguito della transizione da regimi autoritari a regimi democratici. La transizione cilena, dopo il referendum del 1988, è stata caratterizzata da molteplici revisioni costituzionali volte a rimodellare la

costituzione di Pinochet, ma non dall'adozione di un nuovo testo costituzionale. Questa mancanza dovrebbe essere colmata dal processo costituente avviato nel 2020, che si colloca in linea di continuità con quello posto in essere nel secondo mandato della presidente Michelle Bachelet. L'esigenza di un nuovo patto sociale era presente anche nelle costituzioni di Bolivia ed Ecuador, ma mi pare che questi processi costituenti non siano riusciti a tale scopo e non abbiano condotto a costituzioni "*pactadas*", bensì a costituzioni imposte da una parte sull'altra, nell'ambito di Assemblee costituenti altamente polarizzate. Non è chiaro in questo momento (marzo 2022) quale strada seguirà il processo costituente cileno, se nella direzione di un ampio accordo che necessariamente dovrà lasciare alcuni punti irrisolti, oppure in quella di una costituzione approvata a colpi di maggioranza. Le forze di sinistra, sulla carta, hanno i 2/3 necessari, secondo la "Ley 21.100, que modifica el capítulo XV de la Constitución política de la República", del 23 dicembre 2019, per approvare gli articoli della costituzione, nonostante i rischi che ciò potrebbe comportare nel "*plebiscito de salida*" (obbligatorio). Ovviamente, per comprendere il processo costituente cileno occorre anche considerare la tradizione costituzionale cilena, nella quale lo Stato liberale di diritto si era radicato in modo più stabile rispetto ad altri paesi della regione, e lo sviluppo socio-economico del Cile, che, sebbene caratterizzato da rilevanti diseguaglianze, è senza dubbio incomparabile con quello dell'area latinoamericana.

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

Casa proceso constituyente cuenta, como no podría ser de otra manera, con una serie de particularidades que lo hacen único; elementos como la evolución histórica, las condiciones sociales o la coyuntura política determinan las características del proceso constituyente. En el caso chileno, también es así. Chile vivía bajo la normatividad de una constitución autoritaria, la de 1980, que había sufrido las reformas que la institucionalidad entendía adecuadas para adaptarse a una transición democrática que ha durado décadas. El proceso constituyente chileno, que se generó desde las reivindicaciones sociales con décadas de historia que, a su vez, convergieron en el denominado "estallido social" de 2019, responde a estas particularidades chilenas.

Pero, al mismo tiempo, el proceso constituyente chileno responde a necesidades comunes en América latina: la reivindicación de la presencia indígena, la necesidad de ampliar los derechos y las formas de participación democrática, la búsqueda de una mayor igualdad social, son elementos comunes que explican la inmersión del proceso constituyente chileno en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Por esa razón las dos formas perviven: por un lado, la madurez del propio recorrido histórico y social chileno, con sus particularidades; por otro, la incorporación del proceso constituyente de Chile en un paradigma de constituciones latinoamericanas con rasgos claramente identificables.

ANNA MASTROMARINO

Il cosiddetto *estallido social* cileno del 2019, più che in singoli episodi detonanti, affonda le sue radici in un diffuso e profondo malessere rispetto a un sistema che, con gli anni, ha contribuito ad amplificare il divario tra le classi sociali del Paese, affidandosi a una logica liberalista del tutto estranea a qualsiasi progetto di solidarietà e perequazione sociale. È alle radici di quella logica che bisogna andare per capire le ragioni delle rivendicazioni di quei giorni e se si vuol comprendere perché, per placare le agitazioni di una piazza che protesta, è stato necessario mettere in campo non solo una riforma costituzionale, ma anche l'avvio di un vero e proprio processo costituente [sia consentito il rinvio ad A. MASTROMARINO, *Quando la Costituzione si fa memoria. Perché le piazze cilene chiedono una nuova Costituzione?*, in *DPCEonline*, 1/2021].

Questa operazione eziologica può essere parimenti utile nel momento in cui ci interroghiamo sulla possibilità che l'esperienza cilena possa essere assimilata a quella di altri paesi che, negli anni scorsi, hanno intrapreso la strada costituente nella volontà di imporre un significativo cambiamento del sistema, non solo dal punto di vista giuridico, ma anche e soprattutto sociale.

Mentre la Convenzione è ancora alle prese con la scrittura del nuovo testo e alcuni nodi fondamentali non sono stati ancora sciolti, è difficile poter formulare considerazioni di sintesi sulla natura della nascente carta costituzionale cilena e sulla sua possibile assimilazione o prossimità al modello del NCLA.

Quello che sin da ora può essere sottolineato è che il modello economico e sociale cileno, contro cui si è agitata la folla delle piazze in tutto il Paese, si è configurato nel contesto del regime di Pinochet, restando sostanzialmente intatto attraverso gli anni della transizione alla democrazia e le modifiche che, pure profondamente, hanno interessato la Carta dal 1990 a oggi. Le politiche di liberalizzazione del mercato, la privatizzazione, la progressiva diminuzione della spesa pubblica e la repressione sindacale fecero della dittatura cilena un indiscusso campione di neoliberismo, il cui impianto è stato scarsamente mitigato negli anni successivi, rafforzando l'idea di un apparato statale al servizio del mercato, piuttosto che delle persone.

Per quanto la Costituzione del 1980 sia stata rimaneggiata nel corso dei decenni, sino a perdere formalmente ogni richiamo esplicito alle sue origini, quel peccato originale che risiede nel suo DNA (l'essere, cioè, stata concepita per volontà di un sistema autocratico, repressivo, nato per mano della violenza e votato all'oppressione di alcuni gruppi sociali più che alla loro emancipazione) ha continuato, di fatto, a condizionare la capacità del testo costituzionale di autorigenerarsi. È mancato lo spazio politico-istituzionale per aprirsi a un nuovo modello economico e sociale e proprio nell'impresa di rinnovamento sono falliti, una e più volte, gli stessi governi progressisti di sinistra. Non stupisce, dunque, che le lotte sociali in Cile siano ben presto divenute una cosa sola con le rivendicazioni di chi da tempo, sostenendo la necessità di chiudere i conti con il passato, chiedeva l'apertura di un nuovo processo costituente, ritenendo del tutto priva di legittimazione politica la vigenza del testo del 1980.

La portata delle rivendicazioni costituenti in Cile ci ricorda che ogni costituzione è per sua natura un testo politico oltre che giuridico, la cui validità è sancita dall'esistenza di una legittimazione popolare prima che normativa. E i fatti degli ultimi anni mostrano che in Cile quella legittimazione non si era del tutto consolidata.

In quanto espressione di un processo costituente aperto e concluso da Augusto Pinochet, la Costituzione del 1980, infatti, non ha potuto che farsi eredità vivente del suo regime. È così che è stata percepita, sempre. Oggetto esemplare di memoria. Monumento al passato. Origine di un conflitto memoriale che trova finalmente espressione nelle piazze nell'ottobre del 2019. Dopo più di trent'anni di latenza.

In quest'ottica, non stupisce, dunque, che la protesta sociale sia presto divenuta lotta istituzionale, dal momento che, trascorsi decenni, ci si vuole finalmente liberare oggi di un segno di quella parentesi della storia cilena che nessuno vuole più riproporre e di cui, tutt'al più, bisognerà fare memoria, ma attraverso la commemorazione del sacrificio di tutti coloro che morirono sotto la sua spietata repressione, sancendo in un nuovo testo costituzionale quei valori per cui lottarono, perdendo la vita. Una nuova Costituzione, per scrivere una nuova memoria, dunque. Perché, sul piano pubblico in particolare, la memoria non è mai detta una volta per tutte.

Valutare le possibili aderenze del processo costituente in atto in Cile con il NCLA senza tenere conto di questi presupposti sistemici che trovano ragione nella storia del Paese potrebbe, dunque, condurre a frettolose e forse ingannevoli conclusioni.

Si può concordare sul fatto che il processo cileno non è estraneo all'influenza di quei precedenti così vicini geograficamente e storicamente. L'afflato partecipativo è potente ed è senza dubbio orientato a includere quelle parti del corpo sociale che da secoli risultano estranee ai processi politico-decisionali. Mai nessuna assemblea costituente ha registrato numeri così alti di partecipazione di donne e appartenenti a comunità di minoranza; è, inoltre, da salutare con ottimismo il risultato ottenuto dalla raccolta di milioni di firme che ha determinato l'ammissione di 78 proposte popolari nel dibattito della Convenzione costituente; non può essere sottovalutato, infine, il grado di adesione e interesse che il processo sta riscuotendo tra gli elettori.

Non di meno, pare presto per poter trarre conclusioni definitive circa l'appartenenza del processo al *genus* del NCLA, dal momento che ci troviamo, almeno pare, davanti a un processo costituente, entusiasmante, effervescente, ma anche, per così dire, addomesticato. Siamo lontani dalle esperienze di quei paesi che, negli ultimi decenni, hanno finito con il rappresentare paradigmaticamente la base per la teorizzazione del nuovo costituzionalismo nella regione. Infatti, seppure originato da violenti scontri sociali, sin dalle sue prime battute, si è cercato di ricondurre l'iter costituente cileno nell'alveo della legalità costituzionale, ancorando alla Costituzione vigente la procedura *una tantum* per l'approvazione del nuovo testo. Ne consegue che parte della sua "originarietà" il momento costituente pare perderlo proprio essendo stato negato carattere sovrano alla Convenzione, vincolata nei modi e nei tempi alla procedura costituzionalizzata e circoscritta nei contenuti a quanto dettato all'art. 135, ultimo comma, che sancisce che «il testo della nuova Costituzione che sarà sottoposta a plebiscito dovrà rispettare il carattere di Repubblica dello Stato cileno, il suo regime

democratico, le sentenze giudiziali passate in giudiziario e i trattati internazionali ratificati dal Cile che siano in vigore».

Tenuto conto delle rilevanti differenze che distinguono quanto sta accadendo in Cile da quanto accaduto anni fa in Bolivia o Ecuador, per esempio, varrà la pena tornare a interrogarsi sull'influenza che il modello del NCLA avrà eventualmente esercitato sul testo costituzionale cileno una volta approvato; non di meno possono essere avanzati dei dubbi sulla possibilità che per allora si possa giungere a registrare la sua piena aderenza a un modello che come abbiamo voluto sostenere rispondendo alle precedenti domande, non si caratterizza certo per una mera attenzione alle questioni ambientali o agli strumenti di partecipazione della componente indigena, ma presuppone un approccio ideologico e performativo del tutto peculiare al testo costituzionale la cui valenza politica prevale sulla sua natura giuridica.

V Domanda

In altri Paesi dell'America Latina come in Perù l'idea di una nuova Costituzione forma parte del dibattito, ma in questo caso si propone la possibilità di un referendum per evitare di passare attraverso il Congresso della Repubblica: come giudica questa eventualità dal punto di vista della legittimazione democratica? Quali sarebbero a suo giudizio le condizioni necessarie affinché questa idea iniziale si converta in un processo costituente?

Existen otros Países de América Latina como el Perú, donde la idea de nueva Constitución forma parte del debate, pero en este caso se habla de un referéndum para no pasar por el Congreso de la República: ¿Cómo observa esta posibilidad desde el punto de vista de la legitimidad democrática? ¿Cuáles serían las condiciones para que esta inicial idea se convierta en un proceso constituyente?

MARÍA ELENA ATTARD BELLIDO

Considero que en Perú el proceso constituyente es inminente, máxime en un escenario de diversidad cultural, de profunda exclusión y de relaciones desiguales de poder que parten de un modelo capitalista basado en la superioridad del varon, blanco, propietario, capitalista, proveedor, heterosexual y sin discapacidad.

En el contexto descrito, es necesario un poder constituyente soberano, democrático y profundamente inclusivo para lograr así un cambio realmente emancipatorio en Perú. Tenemos la esperanza de que el proceso constituyente chileno, incida directamente en un inminente proceso constituyente en Perú. En esta línea, es importante resaltar que en el caso peruano, la respuesta democrática no puede estar en manos del Congreso de la República, sino de un soberano poder constituyente que a su vez concluya con un referendo constitucional para legitimar el nuevo texto constitucional, así sucedió en el Estado Plurinacional de Bolivia.

EMANUELE CORN-JERSON GERMAN VALENCIA CARRIZO

L'idea di un referendum costituente che senza collegamenti con l'ordinamento vigente getti le basi per un nuovo patto sociale tra i cittadini e le istituzioni di cui si doteranno, seduce da sempre giuristi, politici e comuni cittadini.

D'altra parte, nella misura in cui la partecipazione popolare superi una certa soglia e, potenzialmente la maggioranza assoluta degli aventi diritto si esprimesse in questa direzione, non si vedrebbero particolari ostacoli per quanto concerne la legittimazione democratica.

Va da sé che l'idea stessa di un potere costituente del tutto sganciato dal potere precedente, salvo si tratti di colpi di stato militari, per quanto concerne l'America Latina è più teorica che reale.

Sarebbe, infatti, comunque indispensabile fare ricorso a istituzioni precostituite quantomeno per indire e gestire il referendum stesso e, soprattutto, per stabilire il quesito.

V'è da chiedersi, invece, quale terribile crisi di legittimazione sostanziale stia allora attraversando il Parlamento del Perù se prende piede l'idea che si debba prescindere da esso anche solo per innescare un profondo processo di riforme che conduca a una nuova Costituzione.

Ebbene, appare ai nostri occhi come il Perù, chiusa la fase drammatica del terrorismo di *Sendero Luminoso* e del Fujimorismo nel 2000, dopo pochi anni sia scivolato in una crisi che ha coinvolto tutte le sue istituzioni democratiche. Esse hanno iniziato a esercitare sistematicamente, come ordinari, dei poteri formalmente previsti come eccezionali, quali il meccanismo parlamentare per la destituzione del presidente, cosa che ha prodotto un fortissimo senso di scollamento tra la popolazione e le istituzioni costituzionali.

Nella costituzione attuale, in Perù (in un modo non dissimile da altri Paesi del continente) il Presidente della Repubblica concentra nella propria figura un'eccessiva quantità di poteri. Attualmente, lungi dal permettergli un effettivo esercizio degli stessi, la loro concentrazione alimenta un'immagine negativa in base alla quale la presidenza della Repubblica "tutto può, ma nulla fa" per migliorare la vita dei cittadini.

Riteniamo che questo cortocircuito istituzionale, continuamente alimentato da un alternarsi sempre più serrato tra entusiasmi elettorali cui seguono azioni di discredito senza soluzione di continuità, alimentino il desiderio di proporre delle soluzioni in cui la rottura con il precedente sistema sia il più netta possibile.

D'altra parte anche in Cile, la soluzione adottata a fine 2019 – un accordo politico che ha prodotto una riforma costituzionale che a sua volta ha stabilito un percorso di riforma integrale da convalidare tramite referendum – è stata tutt'altro che spontanea. Come non le si può negare valore e ingegno, allo stesso tempo non si può considerare come, se tale accordo non si fosse rapidamente trovato, l'*Estallido social* sarebbe

proseguito a oltranza, quantomeno sino alle dimissioni di un'ampia platea di politici (con un effetto simile al *¡Qué se vayan todos!* del recente passato argentino).

Una presa di coscienza popolare di vaste proporzioni, che corrisponda a un programma politico chiaro, è probabilmente, per il Perù, l'unico percorso percorribile per avviare tramite assemblea un autentico processo costituente. Non ci si può attendere che, le classi dominanti siano altrimenti disposte a cedere, anche solo in parte, il loro potere nelle forme in cui lo stanno attualmente esercitando.

D'altra parte, nel momento in cui tali condizioni sociopolitiche si manifestassero, il percorso imboccato dal Cile ben potrebbe fungere da modello, dal momento in cui le funzioni della *Convención constituyente* sono state previste con legge costituzionale, mantenendo quindi un ruolo di potere e indiretto controllo da parte del Parlamento in carica.

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

En algunos países latinoamericanos las condiciones de materialización del poder constituyente democrático han sido difíciles. Es el caso de Perú donde, a pesar de que existe una crisis generalizada de un sistema deslegitimado que proviene de la época de la dictadura y que la desigualdad y la insatisfacción de las demandas sociales están al orden del día, todavía no ha cuajado el inicio de un proceso constituyente democrático. Sin duda, uno de los obstáculos es la falta de mecanismos facilitadores del proceso constituyente en la Constitución de 1993. El referéndum constituyente, en este sentido, es un mecanismo válido, puesto que apela directamente a la soberanía popular por encima los formalismos de una norma con déficit democrático. Así ha tenido lugar en varios países, como el caso colombiano de 1991. El referéndum constituyente inicia un proceso participativo que tiene por objeto una nueva constitución, por lo que la legitimidad democrática permea todo el proceso. La convocatoria debería provenir del gobierno, donde reside la competencia para convocarlo, y respondería a la necesidad de iniciar un proceso de cambio social largamente reivindicado por el pueblo peruano.

ANNA MASTROMARINO

L'aver individuato nella preservazione della volontà costituente rispetto alla pratica del potere costituito il compito essenziale delle costituzioni che si riconoscono o sono ricondotte all'esperienza del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* obbliga a rispondere a questa domanda tenuto conto di una serie di condizioni presupposte. Prima di tutto in merito alla sostanziale tensione cui inevitabilmente può dare origine un sistema che, privo di una struttura di pesi e contrappesi efficace, riconosce al legislativo e al capo dello Stato la medesima legittimazione popolare. Venendo a mancare un fisiologico equilibrio tra poteri, la degenerazione del sistema in una condizione cronica di instabilità diviene inevitabile, dal momento che l'uno come l'altro rivendicheranno

per sé un potere originario che deriva loro dall'essere espressione diretta del popolo costituente.

In assenza di un assetto di poteri separati ma interdipendenti, necessario in un sistema a forte impronta dualista quale è quello presidenziale, il rapporto tra Presidente e Congresso diviene antagonistico.

L'esperienza peruviana è paradigmatica di quanto si va dicendo. Basti pensare che negli ultimi quattro mesi il neo eletto Presidente Pedro Castillo è stato sottoposto per due volte alla procedura d'*impeachment* da parte del Congresso, che per sottoporlo a voto è ricorso per l'ennesima volta alla "inabilità morale permanente" come motivazione, ossia a una fattispecie che negli anni precedenti aveva già richiamato l'attenzione della Commissione interamericana allertata dal suo uso reiterato ed eccessivamente discrezionale.

Il fatto che Castillo sia scampato, seppure per un solo voto, alla sua destituzione non consente di considerare appianate le divergenze tra Esecutivo e Legislativo, dal momento che queste affondano le loro radici in una melma di corruzione, abuso di potere, violenza che ostruisce gli ingranaggi della politica peruviana da decenni.

In questo contesto, il ricorso al referendum come via per escludere il Congresso dal processo costituente più che un tentativo di rafforzamento della partecipazione diretta del popolo alla approvazione della nuova Costituzione, potrebbe rappresentare l'ennesimo atto di strumentalizzazione degli elettori per ravvivare la lotta tra il Legislativo e il Presidente le cui prime scelte politiche e il cui programma non paiono aver convinto fino in fondo neppure la sua maggioranza in Congresso, tutt'altro che disposta a relegarsi a un ruolo di supporto dell'azione politica del Capo dello Stato.

Bisognerà aspettare e vedere se Pedro Castillo avrà davvero la forza di avviare un processo costituente prescindendo dall'appoggio del Congresso peruviano; e resta da verificare quanto verrebbe a costargli dal punto di vista dei contenuti questo eventuale appoggio. Non è da escludere che il Congresso possa fare un passo indietro rispetto al processo di approvazione della nuova Costituzione, chiedendo in cambio una pesante rimodulazione delle proposte di rinnovamento del maestro di Cajamarca che con il suo slogan "*No más pobres en un país rico. Palabra de maestro*" ha impostato la campagna elettorale come un'occasione di lotta di classe, di battaglia alle disuguaglianze e alle *élite*, ben rappresentate dall'avversaria Keiko Fujimori, nell'intenzione di dare voce alle zone rurali, alle fasce più deboli, agli emarginati, alle popolazioni indigene.

Ma questa è una storia ancora tutta da scrivere. Restano i timori che, laddove si dovesse aprire un processo costituente in queste condizioni di instabilità sistemica e in assenza dei più embrionali anticorpi a garanzia della limitazione del potere, il testo costituzionale potrebbe nascere ostaggio di questa o quella forza politica, di questo o quel presidente di turno, ed espressione di un popolo ancora una volta tirato per la giacchetta da questa o quella forza politica, da questo o quel presidente di turno. È evidente che, a prescindere dai suoi modelli di riferimento, non sarebbero queste le condizioni ottimali per dare avvio a una nuova stagione costituzionale in Perù. Con o senza voto referendario.

***

I PARTECIPANTI AL FORUM

María Elena Attard Bellido, Académica. Doctora en Derecho Constitucional – Universidad Mayor de San Andrés (La Paz – Bolivia)

Elena Bindi, Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Siena

Michele Carducci, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università del Salento

Emanuele Corn, Research fellow – Università di Trento e Antofagasta (Cile)

Gorki Gonzales Mantilla, Profesor principal en Filosofía del Derecho, Argumentación Jurídica y Teoría Constitucional – Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima – Perù)

Tania Groppi, Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Siena

Rodrigo Santiago Juárez, Director del Centro de Educación para los Derechos Humanos de la Academia Interamericana de Derechos Humanos – Universidad Autónoma de Coahuila (Saltillo – Messico)

Rubén Martínez Dalmau, Profesor titular de Derecho constitucional – Universitat de València

Anna Mastromarino, Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato – Università degli Studi di Torino

Santiago D. Sánchez Juárez, Auxiliar de investigación del Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos – Universidad Autónoma de Coahuila (Saltillo – Messico)

Irene Spigno, Directora General de la Academia Interamericana de Derechos Humanos – Universidad Autónoma de Coahuila (Saltillo – Messico)

Jerson German Valencia Carrizo, Profesor asistente – Universidad de Antofagasta (Cile)

Víctor M. Vera García, Auxiliar de investigación del Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos – Universidad Autónoma de Coahuila (Saltillo – Messico)