GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2021/02

Contributi di:

A. Anzon Demmig, M. Betzu, F. Biondi, Y.M. Citino, M. D'Amico, L. D'Andrea, P.I. D'Andrea, L. Di Majo, B. Liberali, A. Lo Calzo, C. Malinverno, D. Morana, A. Morelli, C. Napoli, G. Orlando, L. Pace, S. Penasa, M. Plutino, F. Politi, G. Tarli Barbieri

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"*), Alessia Fusco (*Università degli Studi di Torino*), Marsid Laze (*"Sapienza" Università di Roma*), Cristina Luzzi (*Università di Pisa*), Giuditta Marra (*"Sapienza" Università di Roma*), Andrea Napolitano (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Costanza Nardocci (*Università degli Studi di Milano*), Leonardo Pace (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Valentina Pupo (*Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro*), Giada Ragone (*Università degli Studi di Milano*), Umberto Ronga (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Giuliano Serges (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Cecilia Siccardi (*Università degli Studi di Milano*).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 2/2021

Benedetta LIBERALI, *Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale* 1

Ylenia Maria CITINO, *I materiali fattuali costituzional nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze* 40

Adele ANZON DEMMIG, *Contrasto al correntismo e questioni di "genere" nella discussione attuale sul Consiglio superiore della Magistratura* 60

Patrizio Ivo D'ANDREA, *L'impugnabilità degli atti di conferimento degli incarichi direttivi del CSM* 66

Antonello LO CALZO, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nell'emergenza da Covid-19. Riflessioni in tema di fondamento e prassi del potere di sospensiva nel giudizio in via principale* 85

Chiara MALINVERNO, *Quali prospettive per terzi,* amici curiæ *ed esperti a più di un anno dalla riforma delle norme integrative? Spunti a partire dalla giurisprudenza costituzionale* 129

Francesca BIONDI, *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi* 149

Marco BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale* 166

Cristina NAPOLI, *Territorio, globalizzazione, spazi virtuali* 192

Giancarlo ORLANDO, *Le ragioni attuali dell'associazionismo dei magistrati* 222

Le recensioni

Leonardo PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il Giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020

Recensione di Giovanni TARLI BARBIERI 238

Replica dell'Autore 251

Il Forum

Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19..... 257

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL REGIONALISMO ITALIANO ALLA PROVA DELLE DIFFERENZIAZIONI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO – 18-19 SETTEMBRE 2020

STATO E REGIONI DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE[*]

BENEDETTA LIBERALI[**]

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Parificazione o perdurante *asimmetria*? – 3. *Disponibilità* dell'azione e *indisponibilità* delle attribuzioni. – 3.1. La scelta *politica* del ricorso. – 3.2. La scelta *politica* della rinuncia al ricorso (e della sua accettazione). – 3.3. La scelta *politica* di modificare le disposizioni censurate (e della mancata costituzione). – 3.4. La scelta *politica* dei parametri. – 4. Terzi, *amici curiae* e istruttoria. – 5. Stato e Regioni ai tempi del Covid: ancora davanti alla Corte costituzionale? – 6. Conclusioni.

1. *Osservazioni introduttive*

Ragionare sul rapporto fra Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale impone di considerare i giudizi che li coinvolgono e, dunque, quello in via principale e il conflitto di attribuzione. Queste due tipologie di processo costituzionale[1], pur con i rispettivi

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

[**] Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

Alcune riflessioni sono tratte da B. LIBERALI, *Un processo ambiguo. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Giappichelli, in corso di pubblicazione, cui si rinvia per più ampie e aggiornate considerazioni.

[1] Sulle nozioni di processo e diritto processuale costituzionale si vedano M. D'AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giurisprudenza italiana*, 11/1990, 480 ss., M. D'AMICO, *Diritto processuale costituzionale e giudizio in via principale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1999, 2969 ss., G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, Milano, 1989, C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di Governo*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63 ss., A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, A. PIZZORUSSO, *Art. 137*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali, Art. 134-139*, Roma, 1981, 1 ss., V. ANGIOLINI, *La Corte senza il "processo", o il "processo" costituzionale senza processualisti?*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 20 ss., R. ROMBOLI, *La*

caratteri, sono accomunati da alcuni tratti che attengono alla natura *discrezionale* della loro attivazione e, dunque, *disponibile* della sottesa azione processuale da parte degli enti titolari e all'assoluta *indisponibilità* delle prerogative costituzionali che ne sono oggetto[2].

Per porre in rilievo i profili processuali problematici della contrapposizione diretta fra Stato e Regioni nel giudizio costituzionale che derivano da tali caratteri, se pure si prenderà in considerazione innanzitutto il giudizio in via principale perché consente di porli in evidenza con maggiore efficacia[3], non mancheranno alcune riflessioni sulle altre tipologie di giudizio in cui si possono contrapporre direttamente, come nel conflitto di attribuzione, o anche indirettamente.

Si pensi al giudizio in via incidentale, per quanto concerne non solo la specifica tutela dei diritti fondamentali (in relazione alla parallela possibilità nel giudizio principale per le Regioni di evocare parametri costituzionali estranei al riparto di competenza), ma anche il riconoscimento della legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni con riguardo a parametri costituzionali ulteriori rispetto all'art. 81 Cost.[4].

Al giudizio costituzionale per conflitto di attribuzione si farà specifico riferimento alla luce dell'attuale emergenza sanitaria, pur considerando che (almeno finora) non vi sono stati né ricorsi in via diretta né ricorsi per conflitto di attribuzione.

Le conseguenze dell'emergenza in ordine alla tutela dei diritti, alle fonti e al riparto di competenze fra Stato e Regioni (e anche ai lavori della Corte costituzionale), nonché al rapporto con la scienza, quindi, consentono di approfondire l'analogia che lega le due tipologie di giudizio e di porre in risalto le differenze fra le prestazioni di giustizia della Corte costituzionale e quelle della giurisdizione amministrativa, che è stata e continua a essere coinvolta per dirimere le controversie relative ai provvedimenti regionali.

Le regole del processo costituzionale in via principale fanno emergere un carattere complesso del giudizio, definito ambiguo per la costante oscillazione fra natura soggettiva di conflitto di attribuzioni legislative e quella oggettiva di controllo di costituzionalità

Corte costituzionale e il suo processo, in *Foro it.*, 1995, IV, 1090 ss., e M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

[2] G. VOLPE, *Art. 137 (*terza e quarta parte*)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali, Art. 134-139*, Roma, 1981, 129, ha sottolineato che il conflitto di attribuzione fra enti "dal punto di vista della struttura processuale […] presenta caratteri assai simili a quelli del sindacato principale, a cominciare da quelli che fanno di esso un «processo di parti»".

[3] A. ANZON, *Il giudizio in via di azione nel dialogo tra la Corte e la dottrina nelle pagine di* «Giurisprudenza costituzionale», in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 3, qualifica il giudizio in via principale "strumento privilegiato per garantire il rispetto del nucleo essenziale della nostra forma di Stato".

[4] Si veda G. RIVOSECCHI, *Corte costituzionale, finanza pubblica e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 1 ss.

delle leggi[5] e per la compresenza di "tratti della 'contestazione' […] e della 'contrattazione' di legittimità"[6].

A fronte di tale commistione emerge un ulteriore profilo caratteristico del giudizio, che si esprime nella costante tensione fra la natura facoltativa dell'impugnazione (e la conseguente *disponibilità* del rapporto processuale, che rende il giudizio costituzionale "soggettivo") e l'*indisponibilità* delle sottese attribuzioni costituzionali (che deriva dalla natura "oggettiva" di strumento di garanzia dell'integrità dell'ordinamento costituzionale)[7].

La piena *disponibilità* dell'azione per Stato e Regioni (e, dunque, dell'avvio e del proseguimento del giudizio) e l'assoluta e indiscussa *indisponibilità* delle rispettive attribuzioni costituzionali (con divieto di acquiescenza) pongono un interrogativo di fondo su quella che potrebbe apparire una vera e propria incoerenza intrinseca e insuperabile del giudizio in via principale.

Una possibile chiave di lettura, che consenta di risolvere il delineato profilo di (apparente) contraddizione, può essere offerta dall'analisi di alcuni ben noti nodi problematici del giudizio principale[8].

Questi ultimi, pur differenziati a seconda che a ricorrere siano lo Stato o le Regioni, trovano una matrice comune nel carattere politico (che non dovrebbe mai essere

---

[5] G. VOLPE, *Art. 137*, cit., 358, che ritiene la "giurisdizione costituzionale come «sistema misto» o, meno tecnicamente, un ambiguo miscuglio" e ricorda come anche "attraverso le scarne e affrettate battute di un'Assemblea sull'orlo dello scioglimento è possibile cogliere la profonda ambiguità annidata […] fin dalle origini dell'azione-giudizio in via principale" (ivi, 332).

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 248, sottolinea l'"ambiguità non risolta circa il carattere del giudizio principale, sempre in bilico tra la sua versione di giudizio di legittimità costituzionale e l'altra di regolamento di competenza legislativa".

C. SALAZAR, Politicità e asimmetria *nel giudizio in via principale: un binomio in evoluzione?*, in AA.VV., *I ricorsi in via principale*, Milano, 2011, 112 s., ritiene che "*tuttora* il giudizio in via d'azione conserva lo 'strabismo' derivante dal fatto che esso risulta avvicinabile al giudizio di costituzionalità *tout court* della legge, quando l'oggetto sia una disciplina regionale, presentandosi invece simile al mero conflitto di competenze, quando lo scrutinio cada su un atto statale".

C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova, 2005, 364 s., sottolinea come il giudizio in via principale si distingua "abbastanza nettamente dai giudizi 'oggettivi' di costituzionalità", come quello in via incidentale.

E. MALFATTI, *Art. 127*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, sottolinea che "una profonda ambiguità si annida, fin dalle origini, nell'azione-giudizio in via principale, oscillando esso tra le opposte sponde del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi e della risoluzione dei conflitti di attribuzione".

[6] E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio in via principale oggi: prevenire è meglio che reprimere. Sì, ma come?*, in AA.VV., *I ricorsi*, cit., 9.

[7] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, II, 159, rilevano "la difficoltà di armonizzare la facoltatività e la politicità del ricorso governativo con la funzione di esso quale strumento di garanzia dell'integrità dell'ordinamento costituzionale". M. D'AMICO, *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 230, sottolinea il carattere ambiguo del "processo in via principale come processo «di parti» dal punto di vista soggettivo, ma, al tempo stesso, avente ad oggetto un interesse pubblico e generale, che trascende l'interesse di parte".

[8] Si vedano C. CARUSO, *I profili processuali del sindacato in via principale: un giudizio in trasformazione?*, in *Le Regioni*, 3/2019, 607 ss., A. LOLLO, *Sulla natura (anche) politica dell'impugnativa governativa nel giudizio in via d'azione*, ivi, 659 ss., C. MAINARDIS, *Illegittimità consequenziale e giudizio in via principale*, ivi, 685 ss., e C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di ridondanza*, ivi, 737 ss.

"politicizzato"[9]) che accompagna tutto il giudizio e contraddistingue l'iniziativa di impugnazione e l'eventuale rinuncia del ricorrente, oltre che la scelta dei parametri costituzionali; la possibile accettazione della rinuncia o la modifica delle disposizioni censurate per ottenere la rinuncia del ricorrente o una decisione di cessazione della materia del contendere, così come la scelta del resistente di non costituirsi.

Proprio il carattere politico di queste determinazioni, che riconoscono in capo alle parti ampio margine di discrezionalità nella *disponibilità* del rapporto processuale, fa emergere la problematicità di alcuni profili processuali del giudizio in via principale.

Essi attengono innanzitutto alla perdurante *asimmetria* fra Stato e Regioni in relazione ai parametri costituzionali evocabili. Con riguardo ai ricorsi regionali emergono le problematiche sottese alla possibile o auspicabile esatta individuazione dei requisiti della ridondanza (potendo le Regioni evocare parametri costituzionali che attengono alla ripartizione delle competenze legislative, salva la possibilità di evocare parametri diversi attraverso la dimostrazione della lesione delle stesse)[10]. Sul fronte dei ricorsi statali si può rilevare un utilizzo dei parametri costituzionali non sempre lineare e coerente, laddove siano censurate disposizioni analoghe o identiche di diverse Regioni, con evidenti ricadute sul percorso motivazionale delle decisioni della Corte costituzionale in ordine all'individuazione delle materie.

In secondo luogo, la politicità della scelta di impugnazione induce a soffermarsi sul divieto di *acquiescenza* nel giudizio costituzionale, ossia sull'impossibilità di far derivare da precedenti mancate impugnazioni (o comportamenti) la rinuncia al ricorso e alla difesa delle prerogative costituzionali. La politicità di questa scelta, in particolare laddove ricorrente sia lo Stato, determina la possibilità che disposizioni di diverse Regioni (benché del tutto o in parte analoghe) siano o non siano censurate e, dunque, non vengano dichiarate incostituzionali. Al proposito, si pone l'interrogativo circa gli strumenti che potrebbero superare o attenuare tali differenziate modalità di impugnazione, senza minarne la natura politica e discrezionale.

In terzo luogo, la *disponibilità* del rapporto processuale emerge anche dalla politicità delle scelte di *rinuncia* al ricorso e di eventuale *accettazione* o della *modifica* delle disposizioni censurate in senso satisfattivo. In questi casi, emergono differenti profili di interesse, che attengono alla tipologia di decisione della Corte: nel primo caso l'estinzione del giudizio impedisce ogni valutazione di merito; nel secondo la cessazione della materia del contendere consente alla Corte di verificare la direzione delle modifiche e la mancata applicazione delle disposizioni censurate durante la pendenza del giudizio.

[9] C. SALAZAR, Politicità, cit., 89, si sofferma sul rischio per il processo costituzionale di "trasformarsi in una sede nella quale si 'continua la politica con altri mezzi'" e, dunque, "dalla *politicità* si passerebbe alla *politicizzazione* dell'impugnazione". D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 148, ritiene che possa anche accadere che "l'impugnazione sia *politicizzata*".

[10] Sulla ridondanza si veda innanzitutto M. CECCHETTI, *La "ridondanza" tra mitologia e realtà. Vizi deducibili e legittimazione delle Regioni a difendere le proprie attribuzioni costituzionali contro gli atti legislativi dello Stato*, in AA.VV., *I ricorsi*, cit., 279 ss.

L'analisi di questi profili (che non prescinderà da un breve cenno alla *ratio* dell'art. 127 Cost. nella formulazione originaria e in quella successiva alla riforma del 2001[11] e che sarà condotta attraverso il richiamo di alcune decisioni della Corte) consentirà di verificare se la contraddizione del giudizio in via principale che contrappone la piena *disponibilità* dell'azione e l'indiscutibile *indisponibilità* delle attribuzioni costituzionali non possa essere risolta ritenendo che sia proprio quest'ultima con il divieto di acquiescenza a confermare la natura politica e la conseguente *disponibilità* del rapporto processuale fin dalla sua iniziativa e, quindi, che sia la natura politica e, dunque, *disponibile* della scelta di impugnazione a confermare l'*indisponibilità* delle attribuzioni costituzionali[12].

In relazione al giudizio in via principale si possono prospettare, da ultimo, due ulteriori riflessioni, alla luce delle nuove disposizioni delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale in merito agli interventi dei soggetti terzi, degli *amici curiae* e degli esperti. Poiché attraverso la modifica dell'art. 23 tali previsioni sono applicabili anche al giudizio in via principale ci si soffermerà sul contraddittorio e sulla natura di processo di parti e si ragionerà anche sull'attività istruttoria formale cui la Corte, proprio in questo giudizio, sta facendo rinnovato ricorso[13].

2. *Parificazione o perdurante* asimmetria*?*

Con la legge cost. 3/2001 di riforma dell'art. 127 Cost.[14] muta profondamente l'impianto del giudizio in via principale, sebbene, come si vedrà, esso confermi la supremazia dello Stato nei confronti delle Regioni e, dunque, la sostanziale *asimmetria* fra le rispettive posizioni processuali.

Innanzitutto, il potere delle Regioni di impugnare le leggi statali viene menzionato nella disposizione costituzionale accanto a quello dello Stato e il termine per le impugnative viene parificato, come anche il carattere successivo del ricorso.

---

[11] Sugli effetti della riforma del 2001 si rinvia a M. D'AMICO, *Il giudizio davanti alla Corte e gli effetti delle decisioni. Sull'uso delle regole processuali da parte della Corte nel giudizio in via principale*, in AA.VV., *I ricorsi*, cit., 191 ss.

[12] Sui caratteri di politicità e sull'asimmetria fra enti si veda C. SALAZAR, Politicità, cit., 45 ss.

[13] Si pensi alla sent. n. 197/2019, su cui si veda M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Diritto e società*, 3/2019, 321 ss.

Sulle modifiche delle Norme integrative si vedano M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 402, ss., A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia insieme*, 2020, M. C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 5 ss., P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, 2/2020, iv ss., e A. D'ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"*, in *Consulta Online*, 2020, 1 ss.

[14] Per prime considerazioni si veda E. LAMARQUE, *Il nuovo art. 127 della Costituzione e il giudizio di legittimità costituzionale in via di azione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, 96 ss. Sull'originario art. 127 Cost. si rinvia a G. VOLPE, *Art. 137*, cit., 312 ss., V. ONIDA, *I giudizi sulle leggi nei rapporti fra Stato e Regione: profili processuali*, in *Le Regioni*, 5/1986, 986 ss., E. GIANFRANCESCO, *Il controllo governativo sulle leggi regionali. Profili procedimentali*, Milano, 1994, e C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bologna, 2020, 23 ss.

L'eliminazione del ricorso alla Corte prima dell'entrata in vigore della legge regionale da parte dello Stato (che esercitava quella che è stata definita una vera e propria funzione di "polizia costituzionale", configurandosi tale ricorso "nei termini ampi della difesa dell'ordinamento costituzionale come tale"[15]) è l'elemento di maggiore novità, che equipara dal punto di vista processuale le parti e che supera l'incongruenza rispetto alla natura intrinseca del giudizio, ossia quella di "processo indiscutibilmente «di parti»"[16].

La parificazione della tempistica processuale ha senz'altro attenuato il carattere di *asimmetria* fra le parti a favore delle Regioni, il cui accesso alla Corte risultava "poco conducente", se non "quasi impossibile"[17] (considerando i tempi di impugnazione più ristretti e la perdurante efficacia della legge statale) e le cui "*reali* possibilità di difesa quali resistenti" apparivano "alquanto esili" (tenuto conto che il previo rinvio governativo poteva trasformarsi in uno "strumento di 'contrattazione' dei contenuti della legislazione locale", soprattutto a fronte dell'"invenzione dei 'rinvii plurimi'"[18]).

Rispetto a questo profilo processuale relativo alla parificazione fra Stato e Regioni (ferme restando le differenze quanto al merito delle censure prospettabili), la Corte costituzionale con la sent. 274/2003 si è pronunciata sulla specifica eccezione sollevata dalla Regione resistente in merito alla possibilità per lo Stato dopo la riforma del 2001 di "dedurre come parametro violato qualsiasi norma costituzionale, ovvero solo quelle concernenti il riparto delle competenze legislative"[19].

La Corte richiama la sent. 30/1959, con cui ha ritenuto che lo Stato, diversamente dalle Regioni, potesse evocare ogni parametro costituzionale anche non relativo alla ripartizione delle competenze. Tale conclusione derivava dalla differenza testuale dell'originario art. 127 Cost., che richiamava l'eccesso di competenza regionale, consentendo di ravvisarlo "nel contrasto della legge impugnata con qualsiasi principio costituzionale", e dell'art. 2, comma 1, della legge cost. 1/1948, che si riferiva all'invasione della sfera di competenza per legittimare il ricorso regionale, con ciò configurando la sola "violazione di parametri (costituzionali e interposti) incidenti, direttamente o indirettamente, sul riparto delle competenze"[20].

Se il comma 1 dell'art. 127 Cost. continua a richiamare l'eccesso di competenza da parte delle Regioni per legittimare il ricorso statale, il comma 2 introduce la lesione della sfera di competenza per legittimare al ricorso la Regione. In tal modo si conserva "la diversità rispetto alla disciplina del ricorso dello Stato, con una formulazione sostanzialmente simile a quella dell'art. 2" della legge cost. 1/1948[21].

---

[15] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 248.

[16] *Ibid.*, che sottolinea tale (originaria) incongruenza considerando quello in via principale un giudizio di parti, "subordinato ad un interesse processuale che non coincide con quello «ordinamentale» della difesa della costituzione".

[17] C. SALAZAR, Politicità, cit., 46 s.

[18] *Ibid.*, 47.

[19] Corte cost., sent. 274/2003.

[20] *Ibid*.

[21] *Ibid*.

La Corte si interroga sul tenore testuale della nuova disposizione e, in generale, sul nuovo assetto derivato dalla riforma nel passaggio dal termine "invasione" a quello di "lesione"[22].

Se si può ritenere superata la citata *asimmetria*, in virtù, in particolare, degli artt. 114, 117 e 127 Cost., "è decisivo rilevare come […] allo Stato sia pur sempre riservata […] una posizione peculiare desumibile non solo dalla proclamazione di principio" di cui all'art. 5 Cost., "ma anche dalla ripetuta evocazione di un'istanza unitaria, manifestata dal richiamo al rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative […] e dal riconoscimento dell'esigenza di tutelare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento stesso"[23]. Questa istanza "postula necessariamente che nel sistema esista un soggetto […] avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento", anche considerando che "solo allo Stato spetta il potere di revisione costituzionale"[24].

La Corte, pertanto, ribadisce l'*asimmetria* dei ricorsi statali e regionali, potendo i primi dedurre la violazione di qualsiasi parametro costituzionale, a differenza dei secondi, pur con le deroghe connesse alla ridondanza[25].

Tale "permanente riconoscimento di un ruolo «peculiare» dello Stato risponde all'esigenza di mantenere una effettiva e completa possibilità di controllo statale sulle leggi regionali, esigenza tanto più avvertita oggi in conseguenza del superamento della fondamentale fase di dialogo tra Stato e Regione - efficacemente definita «contrattazione» - che, vigente il vecchio art. 127 Cost., aveva luogo preventivamente rispetto al perfezionamento dell'*iter legis*, attraverso, eventualmente, la prassi dei c.d. «rinvii plurimi»"[26].

Tale "supremazia 'sostanziale'" dello Stato fonda la perdurante *asimmetria* rispetto alle Regioni, che riguarda i motivi deducibili e si collega alla titolarità in capo al primo del potere di disporre dell'applicabilità delle norme costituzionali[27]. La diversa posizione processuale delle parti, dunque, corrisponde alla loro diversa posizione sostanziale, confermando e rafforzando "la supremazia dello Stato sulle Regioni"[28].

La perdurante differenza delle censure prospettabili si riflette nell'art. 127 Cost., che, nel ribadire la possibilità per il Governo di promuovere la questione "quando ritenga che una legge regionale *ecceda* la competenza della Regione", riconosce tale facoltà quando quest'ultima "ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o

[22] M. CECCHETTI, *La "ridondanza"*, cit., 284, sottolinea la differenza fra i due termini: l'invasione, infatti, "dovrebbe richiamare – a rigore – il solo fenomeno dell'*usurpazione*, che dà vita al conflitto per *vindicatio potestatis*", mentre la lesione "è più ampia, giacché è in grado di comprendere anche il fenomeno della semplice *interferenza*, che dà vita al conflitto da *menomazione*".

[23] Corte cost., sent. 274/2003.

[24] *Ibid*.

[25] La Corte già nella sent. 94/2003 aveva riconosciuto tale "posizione di privilegio" in capo allo Stato secondo M. D'AMICO, *Le zone*, cit., 224.

[26] *Ibid.*, 225 s.

[27] C. PADULA, *L'asimmetria*, cit., 374, che sottolinea come "la diversità dei motivi deducibili […] non 'mina' la 'parità delle armi' fra le due parti, perché […] costituisce la mera 'proiezione processuale' della posizione costituzionale complessiva" di Stato e Regioni.

[28] *Ibid.*, 378.

di un'altra Regione *leda* la sua sfera di competenza" e, quindi, non più quando la *invada* (come prevedeva l'art. 2, comma 1, della legge cost. 1/1948).

In ogni caso, tale *asimmetria* viene ridimensionata alla luce della diversa modulazione con cui la Corte riconosce o meno la ridondanza, ampliando o riducendo le possibilità di censura delle Regioni rispetto a parametri non competenziali.

Un ulteriore profilo che avvicina la posizione di Stato e Regioni nel giudizio in via principale e che si collega alla soppressione del controllo preventivo statale è la previsione di cui agli artt. 35 della legge 87/1953 e 21 delle Norme integrative sul potere di sospendere l'efficacia della disciplina impugnata nelle more del giudizio.

La decisione di sospensione, peraltro, introduce una seconda riflessione, relativa ancora alla natura di giudizio di parti e di processo *disponibile*, poiché, pur rimettendo alla Corte la valutazione in ordine al rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico o di un pregiudizio grave e irreparabile per i diritti, la subordina alla presentazione dell'istanza di parte.

La stessa Corte, peraltro, nel respingere una specifica eccezione di inammissibilità sollevata dallo Stato rispetto all'istanza di sospensione delle norme impugnate, ha esplicitato che lo stesso art. 35 della legge 87/1953, rinviando all'art. 32, "rende palese che la Regione può proporre istanza cautelare, ove ritenga che ne sussistano i presupposti"[29]. Con ciò si è superata l'obiezione per cui la sospensione avrebbe potuto applicarsi solo per le leggi regionali, con ciò confermando l'attenuazione dell'*asimmetria* fra le parti. Ciò non toglie che, mentre lo Stato può richiedere la sospensione sostenendo che la legge regionale impugnata pregiudichi l'interesse pubblico, l'ordinamento giuridico e i diritti dei cittadini, per le Regioni occorre soddisfare un più ampio onere di motivazione.

Anche questo profilo, in ogni caso, non sembra idoneo a consentire una lettura delle modifiche operate dalla riforma del 2001 nel senso di un definitivo superamento dell'*asimmetria* non solo processuale, ma anche sostanziale fra Stato e Regioni.

I ricorsi regionali dal primo punto di vista non hanno "una portata strutturalmente diversa dal ricorso statale" e dal secondo (in relazione alla scelta dei parametri costituzionali) hanno "semplicemente una finalità più circoscritta", mirando "a restaurare" la loro "autonomia politico-territoriale, illegittimamente compressa dalla legge statale"[30].

3. Disponibilità *dell'azione e* indisponibilità *delle attribuzioni*

Il carattere facoltativo e *disponibile* della scelta di impugnazione in via principale emerge innanzitutto se si considerano le valutazioni politiche che sottostanno alla delibera del Consiglio dei Ministri o della Giunta regionale i cui contenuti quanto

[29] Corte cost., ord. 107/2010.
[30] C. CARUSO, *I profili*, cit., 649.

all'individuazione del *thema decidendum* devono corrispondere al ricorso, ferma restando la discrezionalità argomentativa delle difese tecniche[31].

Analoghe considerazioni politiche possono poi condurre alla rinuncia al ricorso, senza alcun onere di motivazione[32].

Tale atto, se accettato dall'ente resistente o in assenza di sua costituzione, determina l'estinzione del giudizio (art. 23 delle Norme integrative), con ciò rafforzandosi il margine di *disponibilità* del sottostante rapporto processuale riconosciuta alle parti, se pure in via reciprocamente subordinata.

Nella stessa prospettiva si può inquadrare la scelta dell'ente resistente di modificare le disposizioni censurate nelle more del giudizio, che, oltre a poter indurre alla rinuncia con sua estinzione, può determinare la dichiarazione di cessazione della materia del contendere, se le modifiche normative sono satisfattive e le previsioni impugnate non sono state applicate.

Al riconoscimento alle parti della decisione sull'avvio del giudizio costituzionale e, con i limiti accennati, sulla sua prosecuzione e, dunque, al riconoscimento di un certo margine di *disponibilità* della scelta di tutelare le attribuzioni costituzionali si contrappone l'impossibilità di disporne. Non è possibile, infatti, rinunciare alle competenze o accettare la violazione del relativo assetto definito dalla Costituzione: da qui, il divieto di acquiescenza sia se espressa dall'ente che pure ne è titolare, sia se dedotta da un precedente comportamento consistente nella mancata impugnazione di precedenti disposizioni analoghe a quelle oggetto del giudizio, nella partecipazione alle procedure che, nel rispetto del principio di leale collaborazione, conducono a intese fra Stato e Regioni oppure nel raggiungimento di accordi in pendenza del giudizio[33].

La stessa natura dispositiva che caratterizza il giudizio in via principale quale processo di parti, quindi, non può condurre a sovrapporla alle analoghe categorie dei giudizi civile o amministrativo, "poiché quando la posta in gioco è l'accertamento dell'esistenza o meno di un *vulnus* arrecato alla Costituzione, gli interessi coinvolti trascendono quelli delle parti, con un'evidenza ancora più netta di quella che accompagna tale fenomeno in ogni altro processo"[34].

La natura *disponibile* delle scelte delle parti, peraltro, emerge dallo stesso art. 127 Cost., che riconosce la "sola" possibilità (non l'obbligo) di impugnazione, e tali scelte

---

[31] Sottolinea come la scelta di ricorso sia politica, trasformandosi in "questione giuridica a tutti gli effetti" alla luce dell'ampio margine con cui le difese tecniche possono predisporre il ricorso e le memorie, M. D'AMICO, *Il giudizio*, cit., 265. A. PERTICI, *Il confronto politico nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in G. CAMPANELLI, F. DAL CANTO, E. MALFATTI, S. PANIZZA, P. PASSAGLIA, A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, 73, ritiene che lo "sviluppo della funzione arbitrale tra […] gli esecutivi dello Stato e delle Regioni […] spinge certamente la Corte costituzionale 'a ridosso' della politica, ed anzi pare porla anche *plasticamente* 'in mezzo' ad essa".

[32] Sottolineano tale profilo G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 309. F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 239, evidenziano che "è frequente che la parte ricorrente rinunci in seguito alla modifica del quadro normativo di riferimento posta in essere […] con l'obiettivo di far venir meno le ragioni del contenzioso costituzionale. In alcuni casi la rinuncia al ricorso è formalmente contrattata in un accordo".

[33] In tal senso Corte cost., sentt. 117/2020, 171/2018 e 169/2017.

[34] C. SALAZAR, Politicità, cit., 58.

sono influenzate da considerazioni (anche) di carattere politico e dall'individuazione di raccordi e coordinamenti fra Stato e Regioni per contenere i ricorsi.

Si è anche sottolineata la differenza fra le iniziative statali e regionali, considerando le prime più tecniche (quantomeno nella fase istruttoria) e non inscindibilmente connesse al colore politico degli organi esecutivi[35]. In ogni caso l'elevata conflittualità fra Stato e Regioni ha indotto a paventare il rischio che il giudizio costituzionale si trasformi in "uno dei principali strumenti di dialettica" fra gli enti, in particolare "attraverso un suo uso *tattico* (attraverso la sequenza impugnazione-negoziazione […]) o addirittura *strategico* (configurandosi come momento di 'identificazione' politica dello Stato o della Regione)"[36]; o, dal lato statale, che si configuri una "questione di legittimità *strumentale*, […] al fine specifico di 'punire' il Consiglio regionale"[37].

3.1. *La scelta* politica *del ricorso*

La scelta dello Stato di impugnare le legge regionali è certamente influenzata da considerazioni politico-discrezionali, ma risulta almeno nella fase preparatoria connotata da una valutazione tecnica. La relativa attività istruttoria viene svolta dal Dipartimento degli Affari regionali[38], che monitora le leggi regionali, confermandosi anche la funzione contenitiva del contenzioso davanti alla Corte attraverso accordi fra le parti[39].

Segue la deliberazione del Consiglio dei Ministri, che fa proprie valutazioni non solo tecniche, ma anche politico-discrezionali, come è emerso con il ricorso statale 98/2019 relativo alla legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 9/2019 in materia di immigrazione. Poiché la determinazione a ricorrere è intervenuta nella prima seduta del II Governo Conte su proposta del nuovo Ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie nei confronti della Regione con diversa maggioranza politica dopo la crisi del 2019, si è sostenuto che ciò avesse indotto al ricorso. Non si è però tenuto conto del lavoro tecnico-istruttorio del precedente Ministro dello stesso partito del Presidente della Regione. Se, dunque, la determinazione statale è frutto anche di valutazioni politiche, non può sottovalutarsi il previo lavoro istruttorio di monitoraggio tecnico[40].

Il peso di valutazioni politiche sembra ancor più emergere quando il ricorso riguarda disposizioni di alcune Regioni e non di altre, sebbene analoghe o identiche,

[35] Osservano come il "'colore' politico delle maggioranze regionali e di quella nazionale risulta sostanzialmente indifferente rispetto alle censure governative, a conferma della natura prevalentemente 'tecnica' del ricorso statale", mentre rispetto alle impugnazioni regionali "si conferma il dato relativo alla diffusione dei ricorsi tra quasi tutte le regioni" F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio*, cit., 160.

[36] E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio*, cit., 12.

[37] C. SALAZAR, Politicità, cit., 91.

[38] Su tale struttura si veda E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio*, cit., 18 s.

[39] Si veda la direttiva del Ministro Lanzillotta del 2006, con cui si è inteso "elaborare metodologie e procedure che consentano di ridurre, in misura sostanziale, il contenzioso, privilegiando il ricorso a metodi di collaborazione e di concertazione" (Audizione, 28.6.2006).

[40] Ritiene, invece, che uno "*screening* 'a tappeto' sulla legislazione locale non solo è escluso dal carattere facoltativo del ricorso, ma sarebbe anche materialmente molto arduo, […] in un arco temporale tale da consentire il rispetto del termine […] per l'impugnazione" C. SALAZAR, Politicità, cit., 59.

ponendo profili problematici rispetto alla vigenza di quelle non oggetto dell'impugnazione che ha condotto a una decisione di accoglimento.

Sulla selezione delle disposizioni regionali la Corte si è pronunciata con la sent. 107/2016, rivolgendo un diretto monito sulla modalità di impugnazione che deve essere trasparente e coerente.

L'eccezione d'inammissibilità della Regione Molise relativa alla mancata precedente impugnazione di un'identica disciplina di altra Regione viene respinta per la natura del ricorso, "connotato da un forte grado di discrezionalità politica che ne consente […] la piena disponibilità"[41]. L'omessa impugnazione di disposizioni analoghe, ma appartenenti a leggi di Regioni diverse, non può far sorgere "alcuna legittima aspettativa di analogo trattamento"[42].

In modo forse contraddittorio rispetto alla premessa sulla natura del giudizio, però, la Corte rileva che l'impugnazione dello Stato deve connotarsi per "assoluta imparzialità, trasparenza e coerenza", in ragione della posizione di "custode della finanza pubblica allargata"[43].

Tale conclusione sembra offrire notevoli spunti di riflessione, che ne estendono la portata anche oltre la materia finanziaria. Le richieste modalità di impugnazione, infatti, giustificano la perdurante *asimmetria* rispetto alle Regioni e confermano la differente posizione dello Stato.

La Corte, in ogni caso, non può sanzionare le scelte di ricorso statale: in tal modo è come se avesse "inteso tracciare […] il confine tra *politicità* e *giurisdizionalità* nel giudizio". Essendo la scelta di ricorso discrezionale rilevano solo le "argomentazioni *giuridiche* esplicitate […], con riguardo alle norme *effettivamente* impugnate: *e solo a queste*"[44].

A fronte della perdurante vigenza di disposizioni regionali analoghe se non identiche a quelle incostituzionali si ripropongono i quesiti circa le alternative per rendere effettivo il monito della Corte.

Con esso si definisce quanto in fondo la Corte aveva già affermato nelle sentt. 93/2008 e 59/1996, pur non risolvendo tale criticità, se si considera anche il caso della disciplina regionale del patrocinio legale gratuito per alcune categorie di vittime di reati. Al riguardo, pur rinviando alle successive considerazioni, occorre richiamare i ricorsi sulle leggi delle Regioni Veneto, Liguria e Basilicata accolti con motivazioni diverse a seconda dei parametri (sentt. 81 e 172/2017 e 285/2019) e la mancata censura dell'analoga legge della Regione Lombardia.

Questi casi confermano la connotazione *discrezionale* dell'impugnazione, che cade in modo differenziato su disposizioni analoghe o identiche senza una motivazione giuridica.

---

[41] Corte cost., sent. 107/2016.

[42] *Ibid*.

[43] *Ibid*.

[44] C. SALAZAR, Politicità, cit., 61. Si veda anche G. FALCON, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 3/2019, 601, che sottolinea che "potrà essere politica la decisione di contestare determinate disposizioni regionali, ma politica non può significare «partigiana»: una volta presa, essa deve valere ugualmente per tutti i casi uguali".

Inoltre, emerge la differenziazione della scelta dei parametri evocati. Se la diversa scelta di impugnazione da parte dello Stato pone problemi circa la permanente vigenza di altre disposizioni regionali, la differente evocazione dei parametri ha indubbi effetti sulla motivazione delle decisioni della Corte in un giudizio dove centrale è l'individuazione della materia entro cui ricondurre le competenze legislative.

La richiesta di coerenza e imparzialità nella scelta di impugnare le leggi regionali (ossia "nelle politiche di gestione dei ricorsi"), in fondo, "estroflette" e conferma "la funzione anfibia" del giudizio, "premiando l'imprescindibile esigenza di massima tutela dell'integrità ordinamentale che […] si traduce in un divieto di esercizio irragionevole dell'impugnativa"[45].

In ragione dell'esplicitata mancanza di strumenti per rendere effettivo il sindacato sul punto si può tornare a ragionare sulle ipotesi di risoluzione delle criticità derivanti da simili scelte disomogenee.

Rispetto alla mancata censura di disposizioni analoghe o identiche si è immaginata in primo luogo un'illegittimità costituzionale consequenziale (art. 27 della legge 87/1953)[46]. Molti sono i dubbi manifestati dalla dottrina, a fronte di una prassi della Corte che mostra come a essa non si sia mai fatto ricorso per disposizioni di leggi non impugnate di altre Regioni.

Tale orientamento risiede nelle conseguenze che la decisione determinerebbe per l'assetto del giudizio in via principale, tenendo conto della sua già rilevata natura ambigua, che conduce a una "permanente incertezza"[47] fra giudizio di legittimità delle leggi o conflitto di attribuzione.

A tal proposito, infatti, si deve sempre avere riguardo alla piena *disponibilità della* e *nella* scelta sul *se* e *quali* disposizioni impugnare, al *contraddittorio* tipico del giudizio di parti e alla *corrispondenza* fra chiesto e pronunciato.

Rispetto a tale ultimo profilo occorre considerare come alla Corte non sia estranea la manipolazione del *thema decidendum*, precisando i termini delle questioni sollevate con ricorsi non chiari. Ancora, la Corte manipola il *petitum* riunendo o separando le questioni, a seconda della loro omogeneità che può condurre anche al "contestuale accorpamento 'trasversale' delle stesse questioni con altre […] proposte da ulteriori atti introduttivi"[48].

La separazione delle questioni fraziona nel tempo la risposta ai quesiti sollevati, richiedendosi una specifica motivazione che ne consenta di ricostruire le soluzioni[49] e

---

[45] A. LOLLO, *Sulla natura*, cit., 675.

[46] Al riguardo si vedano A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, e R. ROMBOLI, *Illegittimità costituzionale conseguenziale e formazione «giurisprudenziale» delle disposizioni processuali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1992, 4368 ss.

[47] A. MORELLI, *L'illegittimità*, cit., 247.

[48] C. SALAZAR, Politicità, cit., 64.

[49] A tale proposito C. SALAZAR, Politicità, cit., 66, sottolinea la necessità che tra le pronunce vi sia un "nesso con la decisione capostipite, di modo che sia ricostruibile la 'catena decisoria' e, pertanto, divenga accertabile anche la tempistica entro cui si completa la risposta 'frazionata' offerta alle questioni sollevate originariamente *uno actu*". E. BINDI, *La Corte costituzionale e la tecnica della scissione dei ricorsi*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., 70, rileva che il ricorso alla scissione "sebbene foriero di eventuali contraccolpi in termini di manipolazione del *thema decidendum* […] non può che essere guardato

attenui la compromissione della corrispondenza fra chiesto e pronunciato "scollegando, nello spazio e nel tempo, il primo dal secondo"[50] e della formazione del contraddittorio per il possibile accorpamento con questioni oggetto di ricorsi di altri enti.

Anche scegliendo la priorità di trattazione delle questioni "il Giudice costituzionale utilizza poteri che gli consentono di 'governare' il merito della decisione, decidendo di spezzare la corrispondenza fra il contenuto di un ricorso e l'oggetto della propria pronuncia" e divenendo, in definitiva, "sovrano del proprio giudizio"[51].

Se è pur vero che può concretizzarsi "il pericolo che la Corte [ne] faccia un uso strategico" e che valorizzi "il proprio ruolo arbitrale", a fronte dell'elevato numero di ricorsi "mediante questo accorgimento di tipo processuale la Corte sembra aver svolto il ruolo di tutore della Costituzione, più che di «arbitro irresponsabile della vita dello Stato»"[52].

Rispetto alla natura *disponibile* del giudizio, inoltre, si pongono insuperabili profili problematici connessi alla valutazione che l'estensione dell'incostituzionalità richiederebbe alla Corte.

Si imporrebbe, infatti, uno *screening* a tappeto delle leggi regionali per verificarne similarità, omogeneità o identità. Con ciò la Corte non farebbe che sostituirsi al Governo nelle relative scelte, contraddicendo il carattere *disponibile* dell'azione processuale e ampliando il *thema decidendum* in modo ancora più esteso di quanto non avvenga nel giudizio in via incidentale.

Inoltre, tale valutazione imporrebbe una complessa comparazione fra le disposizioni individuate. Il giudizio intorno al carattere analogo, omogeneo o identico dovrebbe tenere conto del fatto che esse si inseriscono in sistemi normativi che possono essere nel loro complesso del tutto o anche solo in parte differenti, superando in tal modo analogia, omogeneità o identità di formulazione.

Queste due fasi, oltre a comportare un improprio snaturamento dello stesso giudizio, imporrebbero alla Corte un carico di lavoro eccentrico.

Peraltro, anche ad ammettersi che tale comparazione possa essere condotta e che i contesti normativi regionali risultino omogenei, devono considerarsi gli effetti di un'eventuale "applicazione intermittente dell'istituto", che determinerebbe "una disparità fra enti […] ancor più inaccettabile di quella conseguente all'inerzia governativa"[53].

Allo snaturamento del carattere *disponibile* della scelta di impugnare farebbe seguito la compromissione della corrispondenza fra chiesto e pronunciato e della formazione del contraddittorio, con ulteriori conseguenze sulla gestione dei tempi del giudizio.

Sulla possibilità di coinvolgere anche altre Regioni che possono averne interesse, a fronte di disposizioni analoghe o identiche a quelle censurate, si tornerà oltre in relazione

favorevolmente perché volto ad agevolare una migliore qualità delle decisioni", soprattutto se si considerano le leggi *omnibus* e, dunque, i "ricorsi a loro volta *omnibus*", che potrebbero condurre a "motivazioni *omnibus*, di assai difficile lettura e comprensione".

[50] F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio*, cit., 217.

[51] M. D'AMICO, *Il giudizio*, cit., 212.

[52] E. BINDI, *La Corte*, cit., 73.

[53] D. MONEGO, *Legislazione regionale e gratuito patrocinio*, in *Le Regioni*, 4/2018, 603.

ai terzi o *amici curiae*, alla luce delle modifiche introdotte alle Norme integrative nel 2020.

Pur non essendoci una disposizione che riconosca alla Corte il potere di autorimessione, tale evenienza si configura come "pregiudizialità di una questione di costituzionalità"[54].

Con l'ord. 22/1960 si è riconosciuto che non "può […] ritenersi che proprio la Corte […] sia tenuta ad applicare leggi incostituzionali, e neanche che, nell'ipotesi di incostituzionalità delle leggi […], possa e debba disapplicarle, senza mettere [in] moto il meccanismo […] destinato a condurre, se del caso, con le debite garanzie di contraddittorio, alla eliminazione, con effetti erga omnes, delle leggi incostituzionali"[55].

Tale decisione, in un conflitto di attribuzione fra enti, fa espresso riferimento al giudizio in via principale: nessuna "preclusione può derivare alla possibilità di sollevare in giudizio, in via incidentale, una questione relativa alla legittimità costituzionale di una legge, dal fatto che il giudizio verta tra gli stessi enti […], l'uno dei quali avrebbe potuto sollevare, e non sollevò, a suo tempo, in via principale, mediante ricorso contro la legge dell'altro, la questione di cui trattisi"[56].

Il mancato ricorso "in tempo utile […] non può precludere […] la possibilità di difendere in giudizio le posizioni giuridiche" spettanti a Stato e Regioni, "anche se per la realizzazione di tale difesa si imponga la necessità di sollevare un incidente di legittimità costituzionale nei confronti della legge a suo tempo non impugnata in via principale"[57].

Rispetto all'autorimessione si possono avanzare alcune obiezioni forse insuperabili, relative alla pur sempre necessaria rilevanza.

Se non sembrano porsi problemi circa la non manifesta infondatezza della questione in ragione della formulazione analoga o identica delle disposizioni comparate, occorre che di quelle della cui legittimità costituzionale la Corte dubita debba fare applicazione, condizionando l'esito del giudizio.

L'autorimessione di questioni su disposizioni analoghe o identiche di altre Regioni non potrebbe fondarsi su tale presupposto, non potendo la questione originaria oggetto di ricorso essere decisa solo dopo la loro risoluzione[58].

Allo stesso modo si porrebbero profili problematici analoghi all'incostituzionalità consequenziale, se si considerano la natura del giudizio in via principale e l'impropria sostituzione della Corte nelle scelte di impugnazione, oltre che l'elusione dei termini processuali.

La garanzia del diritto di difesa delle Regioni interessate, invece, potrebbe ritenersi in parte soddisfatta laddove se ne riconoscesse la legittima costituzione, sebbene non siano state parti del giudizio costituzionale nel cui ambito sono state sollevate le questioni.

[54] G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio*, cit., 100.
[55] Corte cost., ord. 22/1960.
[56] *Ibid*.
[57] *Ibid*.
[58] Esclude tale opzione anche C. SALAZAR, Politicità, cit., 68.

Per guidare le modalità con cui lo Stato impugna le disposizioni regionali, sembra del tutto inconfigurabile la dichiarazione d'inammissibilità del ricorso, che incontra le stesse problematicità dell'incostituzionalità consequenziale.

Si imporrebbe, innanzitutto, un eccessivo lavoro preparatorio per la ricerca di tutte le disposizioni di altre Regioni che potrebbero essere oggetto di estensione e che, quindi, dovrebbero giustificare l'inammissibilità del ricorso che non le ha censurate.

Si richiederebbe ancora alla Corte un'impropria sostituzione rispetto all'iniziativa politica e *disponibile* del ricorso, giungendo ad annullarla e a scoraggiarla per il futuro, anziché ad ampliarne gli effetti come con l'incostituzionalità consequenziale.

Se pure non si porrebbero i profili critici sulla formazione del contraddittorio e sulla corrispondenza fra chiesto e pronunciato, tale tecnica decisoria allontanerebbe le questioni dalla Corte, sanzionando impropriamente il ricorrente.

Ci si potrebbe chiedere se sia immaginabile una declinazione del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni anche a seguito di una decisione di incostituzionalità relativa a disposizioni di alcune Regioni e non di altre: sarebbe inimmaginabile che le Regioni terze si attivino spontaneamente per modificarle o abrogarle?

Se non si può ipotizzare un simile obbligo giuridico, si devono considerare gli effetti che le decisioni di incostituzionalità dispiegano anche su Regioni terze, se solo si considera la formazione di precedenti giurisprudenziali e, dunque, la loro influenza sulle scelte normative regionali[59].

Inoltre, le decisioni rese nei giudizi principali possono influenzare anche eventuali giudizi in via incidentale[60], se si considerano gli specifici riferimenti a essi in alcune pronunce.

Nelle motivazioni della sent. 194/2019 sull'inammissibilità della questione sui titoli di soggiorno e sulle prestazioni sociali erogate si sottolinea che la "doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo […] sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili": se a tale risultato non dovesse pervenirsi la Corte potrebbe essere "adita in via incidentale, restando ovviamente impregiudicata […] ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale"[61].

Si coglie una precisa indicazione sulla possibilità che, pur a fronte dell'inammissibilità dei ricorsi, i medesimi dubbi possano indurre a sollevare identiche questioni in giudizi comuni.

Inoltre, le decisioni di incostituzionalità di disposizioni di specifiche Regioni potrebbero fornire argomenti a sostegno della non manifesta infondatezza di questioni sollevate su analoghe o identiche leggi di altre Regioni.

[59] Anche E. MALFATTI, *Art. 127*, cit., rileva che la decisione della Corte "influirà in modo importante sullo sviluppo delle politiche legislative dell'uno e degli altri enti, con eventuali consistenti ricadute anche su Regioni diverse […] per il possibile formarsi di precedenti giurisprudenziali".

[60] M. D'AMICO, *Il giudizio*, cit., 264, ritiene che il giudizio in via incidentale sia "una strada alternativa molto più praticabile di un tempo, anche su questioni aventi ad oggetto leggi regionali".

[61] Corte cost., sent. 194/2019.

Le Regioni, quindi, potrebbero essere indotte a prevenire non solo un ricorso diretto, ma anche questioni sollevate in via incidentale.

Lo specifico inciso della sent. 194 sembra consolidare questa prospettiva, che si salda al monito della sent. 107/2016 sulle modalità imparziali e coerenti di impugnazione.

Ciò che emerge dalle sentt. 194/2019 e 107/2016 sembra avvicinare i due giudizi principale e incidentale quanto all'obiettivo comune di espungere dall'ordinamento disposizioni incostituzionali, pur mantenendone inalterati i peculiari caratteri.

Rispetto alla scelta di impugnare disposizioni statali è più difficile individuare casi di inerzia regionale che determini irragionevoli disparità di trattamento[62].

La differenziazione che può condurre alcune Regioni a censurare leggi statali e altre ad astenersene può ricondursi a diverse ragioni.

Innanzitutto, si possono incontrare maggiori difficoltà nella valutazione dei profili di illegittimità costituzionale, laddove le Regioni non siano dotate di uffici dedicati e tenuto conto della problematicità di monitorare tutte le disposizioni che possono riguardare le loro competenze[63].

Inoltre, non sono da sottovalutare motivazioni di ordine economico che determinano la scelta di non impugnare o non costituirsi.

Infine, vi possono essere ragioni di opportunità politica, che spingono solo alcune Regioni a censurare determinate disposizioni statali. Al riguardo possono avere un rilievo determinante "una maggiore consonanza ideale tra governi dello stesso 'colore politico'", "una maggiore facilità di questi ultimi di raggiungere un accordo", "una sorta di 'controllo politico' del Governo nazionale su quelli regionali espressione della stessa coalizione" o "una tendenza ad opporsi comunque a provvedimenti espressione dell'altra parte politica"[64].

Ragioni più politiche fondano iniziative regionali che hanno a oggetto "alcuni grandi provvedimenti caratterizzanti dell'azione del Governo"[65]. Esse paiono trasformarsi in una "raffica di impugnazioni regionali su un singolo provvedimento", con "l'effetto di farne saltare il significato non solo giuridico ma anche politico, con cui il Governo e la maggioranza avevano ritenuto di caratterizzare la propria azione"[66].

Al riguardo, si possono richiamare i ricorsi relativi al decreto-legge 113/2018 di diverse Regioni, alcune delle quali hanno rinunciato al ricorso o chiesto a fronte del cambio politico della maggioranza il rinvio della trattazione per poterne rivalutare le ragioni[67].

---

[62] Anche C. SALAZAR, Politicità, cit., 79, ritiene che non si pongano problemi di disparità di trattamento a fronte dell'inerzia degli esecutivi regionali, pur sottolineando come non sia "del tutto infondato il timore che la *facoltatività* dell'impugnazione possa offrire copertura a inerzie motivate *esclusivamente* dal puro calcolo di convenienza".

[63] Già V. ONIDA, *I giudizi*, cit., 988, rilevava "la scarsa preparazione e organizzazione di molte strutture regionali".

[64] A. PERTICI, *Il confronto*, cit., 78.

[65] *Ibid.*, 77.

[66] *Ibid*, 77 s.

[67] Corte cost., sentt. 194 e 195; ord. 196/2019.

Questi ricorsi relativi a una normativa di forte impatto in materia di immigrazione e sicurezza pubblica evidenziano il carattere politico dell'impugnazione, confermato dalle successive rinunce e accettazioni.

Essi risultano interessanti anche per un ulteriore profilo relativo alla scelta dei parametri costituzionali non limitati a quelli competenziali, ma che toccano la tutela dei diritti, arricchendo la nozione di ridondanza.

Se pure non si determinano trattamenti differenziati nei confronti della legge statale per scelte regionali diverse, è significativo richiamare quanto la Corte costituzionale ha avuto occasione di affermare con la sent. 198/2004.

A fronte di ricorsi statali aventi a oggetto disposizioni di diverse Regioni la Corte, nel dichiararne l'incostituzionalità, sottolinea come non siano configurabili leggi regionali di mera reazione tese a bloccare l'applicabilità sui rispettivi territori di leggi statali in ragione della loro asserita incostituzionalità, senza che si provveda a impugnarle.

Secondo la Corte ciò che "è implicitamente escluso dal sistema costituzionale è che il legislatore regionale […] utilizzi la potestà legislativa allo scopo di rendere inapplicabile nel proprio territorio una legge dello Stato che ritenga costituzionalmente illegittima, se non addirittura solo dannosa o inopportuna, anziché agire in giudizio"[68].

Si rivolge così un monito alle Regioni non con riferimento alle modalità di impugnazione, ma a quelle di esercizio della potestà legislativa per evitare un giudizio costituzionale: "né lo Stato né le Regioni possono pretendere […] di risolvere direttamente gli eventuali conflitti tra i rispettivi atti legislativi tramite proprie disposizioni di legge"[69].

3.2. *La scelta* politica *della rinuncia al ricorso (e della sua accettazione)*

Anche la scelta di rinuncia si connota in senso politico e discrezionale, confermando la natura *disponibile* del rapporto processuale (sebbene subordinata all'accettazione del resistente) e a riaffermare (forse in misura ancor più intensa) la problematicità dell'interrogativo sulla contraddittorietà rispetto al carattere *indisponibile* delle attribuzioni costituzionali[70].

La Corte prende atto di rinuncia e accettazione ai fini dell'estinzione del giudizio, senza valutare il merito delle censure[71]. Inoltre, la Corte non deve venire formalmente a conoscenza degli eventuali accordi o delle ragioni che inducono alla rinuncia, rendendo evidente come le attribuzioni siano oggetto di contrattazione e, dunque, siano *disponibili*.

---

[68] Corte cost., sent. 198/2004.

[69] *Ibid*.

[70] E. GIANFRANCESCO, *La rinuncia al ricorso nel giudizio in via principale all'indomani della riforma del titolo V. Alcune brevi considerazioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2002, 1495 ss., sottolinea "la natura contenziosa e disponibile delle decisioni relative alla instaurazione ed alla connessa estinzione del giudizio costituzionale in via principale" e ritiene che l'eliminazione del controllo preventivo e "la realizzazione di una tendenziale «parità delle armi» […] hanno indubbiamente rafforzato gli argomenti a favore dell'ineliminabile ed intrinseca politicità della decisione di attivare il giudizio di costituzionalità e, conseguentemente, di desistere dal giudizio stesso".

[71] Da ultimo Corte cost., ord. 124/2020.

Le motivazioni che possono indurre alla rinuncia nel caso in cui nella decisione di estinzione non vi siano riferimenti non sono conoscibili, potendosi "inferire che il *revirement* sia imputabile al mutamento sostanziale dei rapporti «politici» tra Governo e Regioni, o comunque a ragioni politiche che non possono essere esplicitate davanti alla Corte"[72]. In alcuni casi, invece, sono indicate le ragioni di cui la Corte riferisce nella decisione, per esempio dando atto dell'inapplicabilità alla Regione delle norme statali censurate, della loro sopravvenuta abrogazione[73] o della modifica della disciplina regionale[74].

Certamente la rinuncia al ricorso (e l'accettazione) "non mette in discussione né la competenza (che per la sua natura funzionale è irrinunciabile) né l'azione, che potrebbe essere riproposta, oltre che in via incidentale, anche in via principale […], ma opera, invece, soltanto sul processo inteso come rapporto processuale, estinguendolo"[75].

Ancora una volta il carattere politico e discrezionale della rinuncia soprattutto statale è più evidente dopo la riforma dell'art. 127 Cost., che pur eliminando il controllo preventivo lascia permanere nel rapporto fra Stato e Regioni quella medesima sfumatura di *asimmetria*, che si traduce nell'immediato ricorso, con successiva rinuncia determinata dall'iniziativa regionale di modificare in senso satisfattivo le disposizioni censurate.

Il rinvio governativo si trasforma, dunque, nel ricorso alla Corte, che diviene "passaggio necessario di quella dialettica" fra Stato e Regioni che avveniva attraverso il previo rinvio: la Corte si limita "a svolgere un ruolo passivo di colei che viene utilizzata come possibile minaccia di un intervento demolitorio della legge impugnata"[76].

Le peculiarità della gestione del rapporto processuale degli enti legittimati al ricorso, alla rinuncia e all'accettazione, dunque, confermano la piena *disponibilità* dell'azione processuale (non solo rispetto all'*an*, ma anche al *quando*) e rendono strumentale il giudizio rispetto al raggiungimento di eventuali accordi.

Gli atti di rinuncia e accettazione, inoltre, dispiegano ulteriori effetti non solo sui rapporti fra Stato e Regioni e sulla prosecuzione del giudizio, ma anche sulla sua fase preparatoria, soprattutto laddove intervengano in prossimità dell'udienza, se non addirittura durante la stessa[77].

Se, dunque, appare ineliminabile il carattere *discrezionale* di rinuncia e accettazione, così come anche la contrattazione per pervenire alla rinuncia o alla modifica delle disposizioni, il relativo accordo dovrebbe giungere in modo tempestivo.

La rinuncia e l'accettazione in fasi avanzate del processo pur rispondendo all'ineliminabile carattere *disponibile* dell'azione processuale frustrano l'obiettivo del giudizio costituzionale, fino a renderlo quasi oggetto di strumentalizzazione per ottenere una modifica normativa.

---

[72] E. ROSSI, *Le decisioni di estinzione per rinuncia nell'ultimo decennio di giurisprudenza costituzionale, tra ragioni sostanziali e profili procedurali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. IV. Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 1607 s.

[73] Corte cost., ord. 107/2020.

[74] Corte cost., sentt. 31 e 63/2020.

[75] G. VOLPE, *Art. 137*, cit., 352.

[76] E. ROSSI, *Le decisioni*, cit., 1610 s.

[77] Di recente Corte cost., ordd. 63, 109 e 110/2020.

Come è stato osservato[78] (richiamando la ben nota "curiosità [non tanto] di vedere *cosa* andava inventando la Corte sul piano processuale, ma piuttosto di comprenderne il *perché*" e, quindi, l'interrogativo circa "la ragione della crescente espansione di decisioni in un certo senso inutili"[79], ossia quelle di inammissibilità) anche per le decisioni di estinzione del giudizio si può pervenire ad analoga conclusione, ossia che "un intento comune alla base di queste decisioni processuali c'era davvero: quello precisamente di fornire una *non risposta* che avesse la *parvenza* della *definitività*"[80].

In particolare, si è sottolineato che le decisioni di estinzione "meritano di essere considerate sia per le valutazioni che esse consentono di operare in ordine ai rapporti tra Stato e Regioni […] sia per l'organizzazione interna dell'organo esecutivo a livello nazionale come a quello regionale": in tal modo, "se anche forse si tratta di decisioni «inutili», non è invece inutile comprendere il perché ed il come esse sono pronunciate"[81].

Con riferimento alla condotta delle parti, non sembrano percorribili soluzioni processuali sanzionatorie, se non sacrificandone la piena *disponibilità*.

Questa, peraltro, giustifica anche il divieto di *acquiescenza* che impedisce di trarre da rinuncia e accettazione un obbligo per il futuro e dare rilievo ad accordi di rinuncia a ricorsi pendenti[82].

Se oltre l'udienza non si assegna rilievo ad atti di rinuncia e accettazione come chiarito nella sent. 361/2010, nemmeno risulta immaginabile la loro sottrazione alla *disponibilità* delle parti a seconda dello stato di avanzamento del giudizio.

La questione dell'individuazione di una soglia temporale oltre cui non si potrebbe rinunciare al ricorso è stata posta alla Corte durante l'udienza del 19.6.2019 relativa ai ricorsi contro il decreto-legge 113/2018.

Il Presidente della Corte ha avvisato le parti di aver ricevuto una lettera del neo eletto Presidente della Regione Piemonte, con cui rendeva noto di aver chiesto al difensore di presentare istanza di rinvio dell'udienza in considerazione dell'insediamento della nuova Giunta il 17.6.2019 per rivalutare le ragioni del ricorso.

Benché il difensore della Regione avesse sottolineato l'inopportunità di un rinvio a fronte del grado di maturazione del giudizio e delle censure relative ai diritti, la Corte ha rinviato la trattazione del ricorso respingendo le considerazioni sulla sottrazione alla disponibilità delle parti per ragioni politiche delle scelte di richiesta di rinvio e rinuncia.

In senso parzialmente contrario si era espressa la Corte con l'ord. 257/2014, relativa a un giudizio promosso da più Regioni e Province autonome. Durante l'udienza due ricorrenti ne avevano chiesto il rinvio per la conclusione di un accordo. Si è disposto il rinvio di tutti i ricorsi, benché una Regione avesse insistito per la prosecuzione della discussione: avendo i ricorsi a oggetto la stessa disposizione, era "opportuna una

[78] E. ROSSI, *Le decisioni*, cit., 1606.

[79] L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 31.

[80] *Ibid*.

[81] E. ROSSI, *Le decisioni*, cit., 1631.

[82] F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio*, cit., 193.

contestuale discussione degli stessi", mentre un rinvio avrebbe consentito di "valutare la persistenza dell'interesse al ricorso"[83].

La valutazione di rinuncia e accettazione non sembra prescindere, quindi, anche dalle eventuali previe richieste di rinvio della trattazione delle questioni, assumendo anche esse i caratteri di politicità e discrezionalità e, inoltre, presentando profili di connessione con la modifica o l'abrogazione delle disposizioni censurate e con il raggiungimento di accordi[84].

La rinuncia e l'accettazione (come le richieste di rinvio) mostrano l'ineliminabile natura discrezionale che rende *disponibile* il sotteso rapporto processuale. Inoltre, quando intervengono nell'imminenza dell'udienza o durante la stessa si ripercuotono sulla gestione del processo e sui lavori preparatori della Corte[85].

3.3. *La scelta* politica *di modificare le disposizioni censurate (e della mancata costituzione)*

La *disponibilità* del rapporto processuale si esprime anche nella scelta di modificare o abrogare le disposizioni censurate per indurre a rinunciare al ricorso con conseguente accettazione ed estinzione del giudizio o la Corte a dichiarare la cessazione della materia del contendere[86].

Come per le decisioni di estinzione[87], l'iniziativa di una delle parti rende il rapporto processuale *disponibile* e suscettibile di venire meno, se pure in via subordinata rispetto alla verifica di due condizioni.

Occorre, infatti, che le modifiche siano satisfattive per il ricorrente e che non abbiano i medesimi contenuti delle disposizioni censurate o che le abroghino, altrimenti determinandosi un trasferimento delle questioni sulle nuove disposizioni[88] per evitare una compromissione del "principio di effettività della tutela costituzionale delle parti nei giudizi in via di azione", che "non tollera che, attraverso l'uso distorto della potestà legislativa, uno dei contendenti possa introdurre […] una proposizione normativa di contenuto sostanzialmente identico a quella impugnata, ottenendo l'effetto pratico di vanificare l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale"[89].

Inoltre, le disposizioni censurate non devono aver avuto applicazione durante la pendenza del giudizio, rilevando a tale fine anche il lasso di tempo di vigenza delle stesse[90].

---

[83] Corte cost., ord. 257/2014.

[84] Si vedano Corte cost., ordd. 90, 330 e 372/2010; sent. 165 e ordd. 78 e 284/2014; sent. 239 e ord. 255/2015.

[85] In merito alla "disfunzione del sistema" si veda la *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, 2016, 11.

[86] Si vedano Corte cost., sentt. 117/2020 e 325/2011.

[87] Sulle due tipologie decisorie si veda la sent. 3/1962, oltre che F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio*, cit., 258 ss., a proposito di "un'immagine molto sfocata delle due formule processuali".

[88] Su tale profilo si veda Corte cost., sent. 44/2018.

[89] Corte cost., sent. 168/2008.

[90] Da ultimo Corte cost., sent. 25/2020.

A differenza delle decisioni di estinzione del giudizio, dunque, la Corte conserva un certo margine di controllo intorno alla direzione satisfattiva delle modifiche.

In ogni caso, non intervenendo una pronuncia sul merito delle censure resta inevasa la richiesta di accertamento sulla violazione delle attribuzioni costituzionali ed emerge un'ulteriore forma di composizione fra le parti, cui resta del tutto estraneo il sindacato costituzionale. Come per le ipotesi di rinuncia e accettazione, anche laddove intervengano modifiche normative può essere posta in essere una previa contrattazione, per giungere a un accordo teso alla cessazione della materia del contendere.

Tale contrattazione si accorda con il carattere *disponibile* del rapporto sotteso, ma pare contraddire la natura *indisponibile* delle attribuzioni costituzionali, sottraendo alla Corte ogni valutazione di merito.

Cionondimeno, la *disponibilità* del rapporto non rende del tutto disponibili anche le sottese attribuzioni, se si pensa che la prassi di concludere accordi fra Stato e Regioni non può comportare una rinuncia per il futuro alla loro difesa per il divieto di acquiescenza.

La stessa contrattazione esprime un ulteriore profilo di *asimmetria* fra Stato e Regioni, più evidente prima della riforma dell'art. 127 Cost. in ragione del previo esame statale, oltre a quello della maggiore o minore ampiezza dei motivi di censura.

Essa, infatti, assume un rilievo più incisivo con riguardo al ricorso statale. Vi è l'indubbia difficoltà per le Regioni di convincere lo Stato a modificare le sue disposizioni normative e si deve considerare l'attività di mediazione del Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie, il cui "esito ottimale […] è costituito dall'adeguamento della legge regionale realizzato mediante un nuovo atto legislativo"[91]. La contrattazione del Dipartimento con la Regione, peraltro, può anche condurre a concordare strumenti compensativi in sede attuativa con "regolamenti, circolari rivolte all'amministrazione regionale, prassi interpretative che 'pieghino' l'interpretazione delle norme contestate nel senso in grado di soddisfare i rilievi governativi"[92].

Il raccordo fra Dipartimento e Regione per prevenire l'impugnazione, inoltre, mostra come la soppressione della richiesta di riesame non abbia eliminato il controllo che lo Stato comunque esercita nei confronti del legislatore regionale, ma lo abbia reso opaco e poco trasparente.

La riforma dell'art. 127 Cost., pur avendo parificato Stato e Regioni per i tempi di impugnazione, mantiene un certo grado di *asimmetria* in favore del primo, in ragione della "maggiore forza contrattuale", che conferma la perdurante *disponibilità* delle scelte di tutelare le attribuzioni costituzionali. Queste continuano a (poter) essere oggetto di contrattazione prima di giungere alla vera contestazione con il ricorso.

In stretta connessione con la scelta di modificare le disposizioni si pone quella di non costituirsi in giudizio per indurre alla rinuncia con conseguente estinzione del giudizio, anche considerando che in tale evenienza non vi è dubbio sulla mancanza di interesse a una pronuncia di merito, al contrario del caso in cui il resistente si costituisca o decida di non accettare la rinuncia.

---

[91] E. GIANFRANCESCO, *Il giudizio*, cit., 21.
[92] *Ibid.*, 22.

Quest'opzione ancora una volta si registra con maggiore frequenza da parte delle Regioni e non risulta omogenea[93].

La mancata costituzione in giudizio mostra una rinuncia alla difesa delle proprie prerogative ponendo in rilievo, ancora, il grado di *disponibilità* non tanto del giudizio costituzionale che potrebbe proseguire in mancanza di rinuncia, quanto delle attribuzioni costituzionali.

Le ragioni della mancata costituzione possono ritrovarsi nella scelta di abrogare o modificare le disposizioni censurate per ottenere la rinuncia statale al ricorso (con estinzione del giudizio) o la dichiarazione di cessazione della materia del contendere se le modifiche (o l'abrogazione) sono satisfattive e le disposizioni non sono state applicate.

In altri casi le Regioni non si costituiscono perché ritengono minime o assenti le possibilità di successo o per ragioni economiche.

Peraltro, se alla mancata costituzione segue la rinuncia, si ripropongono le stesse conseguenze delle rinunce tardive sui lavori preparatori della Corte e sull'effettività del suo sindacato. Essa, infatti, "si limita a restare alla finestra […], attendendo gli esiti del confronto politico e limitandosi a registrare le conclusioni cui lo stesso giunge"[94].

La Corte ha rilevato che risulta, "in ogni caso, abbastanza evidente qualche disfunzione del sistema: […] l'impugnazione finisce per configurarsi come una sorta di rimedio cautelativo, esperito […] in vista di una più ponderata valutazione dell'effettiva portata della lesione lamentata, oppure […] come indiretta sollecitazione per un accordo con la controparte; […] l'insieme delle operazioni svolte dalla Corte a seguito dell'atto di promovimento finisce per risolversi, nel complesso, in un dispendio di risorse, non ininfluente […] sulla stessa organizzazione dei lavori"[95].

3.4. *La scelta* politica *dei parametri*

Anche la tipologia di vizi prospettabili conferma la perdurante *asimmetria* fra Stato e Regioni nel giudizio in via principale.

Se è pur vero che allo Stato è riconosciuta massima *disponibilità* nella scelta dei parametri costituzionali, mentre alle Regioni è consentito evocare parametri non competenziali quando ne dimostrino la ridondanza, si deve rilevare che, a fronte dell'"*escalation* del contenzioso in via principale", che vede la Corte trasformata "da 'giudice dei diritti in giudice dei conflitti'", "i diritti […] non sono destinati a restare fuori dall'orbita del processo in via d'azione"[96].

Non pare di secondario rilievo il fatto che il giudizio in via principale permetta un più immediato sindacato costituzionale, se si considerano i limiti temporali dei ricorsi, rispetto all'instaurazione di giudizi in via incidentale. Si pensi al riguardo alle decisioni

[93] F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio*, cit., 174.
[94] *Ibid.*, 177.
[95] *Relazione del Presidente*, cit., 11.
[96] C. SALAZAR, Politicità, cit., 77 s., che giunge a ritenere che "il fatto che la tutela dei diritti divenga terreno di 'scontro' tra Stato e Regioni fa sì che, nel risolvere le controversie *ex* art. 127 Cost., la Corte si trovi a formulare affermazioni di grande rilievo, la cui ricaduta va ben oltre il caso deciso".

rese prima in giudizi in via principale e solo dopo in via incidentale nella materia di pianificazione urbanistica e di libertà religiosa[97] o del consenso informato[98].

L'analisi di alcuni casi consente di interrogarsi non solo sul tema centrale della possibile, opportuna o auspicabile definizione cristallizzata di ridondanza in relazione in particolare ai ricorsi regionali e della sua applicazione anche nei confronti dei ricorsi statali (ridimensionandone il ventaglio di censure), ma anche sulle conseguenze che lo stesso orientamento della Corte ha determinato e determina in materia di tutela dei diritti.

Con specifico riferimento ai ricorsi statali, inoltre, emergono ulteriori profili problematici, che si ripercuotono sulla tecnica decisoria e sulle motivazioni delle decisioni, che attengono al trattamento differenziato riservato alle Regioni non tanto nella scelta di quali disposizioni regionali impugnare, quanto in quella di quali parametri evocare.

Le osservazioni che si intendono condurre non possono prescindere da una riflessione di più ampio respiro sulla sinergia fra i giudizi costituzionali in via principale e incidentale che, ferme restandone le specificità, rendono il complessivo sistema di giustizia costituzionale idoneo a garantire il rispetto della Costituzione.

Occorre al riguardo soffermarsi sulle questioni di costituzionalità sollevate in sede di parificazione dei rendiconti da parte della Corte dei conti, ormai legittimata a evocare anche parametri ulteriori rispetto a quello dei vincoli di bilancio[99], che ha indotto a qualificare il relativo giudizio quale "terzo tipo", poiché "si introduce per via giurisprudenziale un sindacato di legittimità costituzionale che – pur ascritto […] al tipo incidentale – non ne ha le caratteristiche sostanziali, presentando invece numerosi tratti che lo avvicinano al giudizio principale, dal quale pure alcune peculiarità lo rendono distante"[100]. Nella prospettiva di dare attuazione a "una più ampia e necessitata strategia di aggressione delle zone franche di giustizia costituzionale, volta a rispondere all'imperativo categorico di assicurare piena effettività al principio di legittimità costituzionale"[101], infatti, si è declinata la nozione di rilevanza come "ridondanza dei vizi di altri parametri costituzionali sugli equilibri di bilancio"[102], come quelli relativi al riparto di competenza.

Questa trasformazione del controllo contabile attraverso ulteriori parametri consentono di intravedere "interessanti scenari per la tutela dei diritti costituzionali e per la definizione dei costi delle decisioni del Giudice costituzionale"[103], ancora una volta,

[97] Corte cost., sentt. 63/2016 e 67/2017; sent. 254/2019.

[98] Corte cost., sentt. 438/2008 e 253/2009; ord. 207/2018 e sent. 242/2019.

[99] Corte cost., sentt. 196/2018 e 18, 105, 138 e 146/2019.

[100] G. FALCON, *Stato*, cit., 605. R. BIN, *Zone d'ombra del controllo di legittimità e zone buie del ragionamento giuridico*, in *Le Regioni*, 1/2019, 16, qualifica questo giudizio come "una sottospecie tutta speciale di giudizio incidentale".

[101] E. CAVASINO, *Controllo contabile e controllo di costituzionalità delle leggi: una diversa prospettiva sul giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Le Regioni*, 1/2019, 45.

[102] *Ibid*., 57. C. MASCIOTTA, *La "ridondanza" nel giudizio di legittimità costituzionale in via d'azione*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 210, ritiene vi sia "una ridondanza 'invertita', poiché è la violazione del parametro competenziale a veicolare la lesione del parametro extra-competenziale, e (ad una ridondanza) *in re ipsa*, dato che «in tali casi la Regione manca per definizione della prerogativa di allocare risorse»".

[103] E. CAVASINO, *Controllo*, cit., 69.

quindi, inducendo a riflettere sul complessivo sistema di giustizia costituzionale e sulle possibili (forse imprescindibili) sinergie fra i diversi giudizi.

L'analisi di alcune decisioni rese nel giudizio in via principale promosso dallo Stato consente di ragionare, quindi, su due ordini di profili che dispiegano i propri effetti sia sulla complessiva coerenza normativa dell'ordinamento sia sulla motivazione delle pronunce: l'uno più generale attiene all'ampio margine di scelta dei parametri costituzionali da parte dello Stato; l'altro più specifico concerne la scelta dei parametri evocati rispetto ad analoghe o identiche disposizioni di diverse Regioni, che talvolta sembra una selezione arbitraria o non consapevole.

La possibilità riconosciuta allo Stato di censurare disposizioni regionali con riferimento a qualsiasi parametro costituzionale connota certamente nel senso della perdurante *asimmetria* le posizioni delle parti processuali nel giudizio.

Ciò conduce a pronunce che possono riguardare direttamente la tutela dei diritti e non solo le competenze. In tale prospettiva si può cogliere la citata sinergia fra giudizi in via principale e incidentale, nonostante le differenze che ne caratterizzano le procedure e che continuano a far emergere le numerose "«strettoie» derivanti dalla natura incidentale del giudizio, che non consentono a tutti i vizi di legittimità costituzionale di essere denunciati" e che "non impediscono a una legge incostituzionale di essere applicata, potendo i suoi vizi essere rimossi anche molto tempo dopo la sua entrata in vigore e magari anche dopo che essa sia uscita indenne da un giudizio di legittimità costituzionale fondato solo su vizi di competenza"[104].

Vengono in rilievo alcune decisioni le cui motivazioni, relative anche alla ripartizione di competenze, non mancano di contribuire a definire la portata dei diritti sottesi.

Si pensi, per esempio, alla sent. 262/2016, avente a oggetto le disposizioni della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 4 del 2015, censurate per violazione dell'art. 117, commi 2, lett. l), e 3, Cost. e dell'art. 3 Cost., nella parte in cui istituiva un registro regionale per le dichiarazioni anticipate di trattamento e la donazione dopo la morte di organi e tessuti.

Secondo la Corte, che accoglie le questioni sollevate sia rispetto all'art. 3 Cost. sia in relazione all'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., la disciplina censurata appresta una disciplina organica in materia e incide "su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona": al riguardo si impongono "uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza, ratio ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento civile», disposta dalla Costituzione"[105].

Pare evidente la stretta connessione fra le argomentazioni sul riparto di competenza e sui diritti fondamentali.

Analoga connessione emerge anche laddove la Corte ha avuto diverse occasioni per soffermarsi sulla definizione di libertà religiosa e di culto a fronte di alcuni ricorsi relativi

[104] M. D'AMICO, *Le zone*, cit., 226.
[105] Corte cost., sent. 262/2016.

alla materia della pianificazione urbanistica. Lo Stato (mostrando in questo caso di esercitare la propria facoltà di impugnazione in modo coerente) ha censurato le leggi delle Regioni Lombardia 12/2005[106] e Veneto 12/2016, che intervenendo sui principi relativi alla pianificazione delle attrezzature per i servizi religiosi avrebbero violato l'uguaglianza di tutela della libertà religiosa di tutte le confessioni, oltre che il riparto di competenze legislative. La Corte con le sentt. 63/2016 e 67/2017 dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni per profili sia competenziali, sia relativi ai diritti e al principio di non discriminazione ponendoli in stretta relazione.

Sempre in occasione di giudizi in via principale, sostanziali considerazioni sono state sviluppate dalla Corte in ordine all'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia di tutela del diritto alla salute con riferimento al consenso informato e all'evoluzione tecnico-scientifica, unitamente alla responsabilità e all'autonomia del medico.

La Corte (accogliendo le questioni sollevate sulla legge della Regione Piemonte 21/2007, in relazione all'art. 117, commi 2, lett. m), e 3, Cost. e agli artt. 2 e 32 Cost.) si è soffermata sulla definizione del consenso informato "quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico", che si configura quale "vero e proprio diritto della persona". Ciò rende il consenso funzionale a garantire il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute: da ciò deriva che esso deve considerarsi "un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale"[107].

Questioni sollevate sulla legge della Regione Marche 26/2001, in relazione agli artt. 2, 32 e 33, comma 1, e all'art. 117, commi 2, lett. l) e m), e 3, Cost., nella parte in cui prevedeva la sospensione sul proprio territorio dell'applicazione della terapia elettroconvulsivante TEC e della pratica della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi, consentono alla Corte di diffondersi su profili essenziali del diritto alla salute. Si riconosce, infatti, che la pratica terapeutica si pone "all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica". Non può il legislatore stabilire quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, i limiti e le modalità applicative: essendo le acquisizioni scientifiche in continua evoluzione "la regola di fondo […] è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico"[108]. L'intervento legislativo può fondarsi non su valutazioni di pura discrezionalità politica, ma sullo stato di conoscenze scientifiche e sperimentali.

Queste conclusioni trovano conferma in altre decisioni, come le sentt. 338/2003 e 5/2018, ma anche, in occasione di un giudizio in via incidentale, nella sent. 151/2009. Tale circostanza rende evidente il rilievo che nei giudizi in via principale possono assumere censure che, pur non solo riconducibili alle competenze, sono a esse correlate

[106] La legge della Regione Lombardia è stata oggetto di questioni introdotte in via incidentale definite con la sent. 254/2019.

[107] Corte cost., sent. 438/2008 e anche sent. 253/2009.

[108] Corte cost., sent. 282/2002.

e in grado di offrire occasione per definire la portata di principi che sostanziano la tutela dei diritti.

La scelta dei parametri evocati dal ricorrente statale risulta significativa anche se si tiene conto della tecnica decisoria della Corte: essa può decidere di soffermarsi sia su parametri competenziali, sia su altri senza ricorrere alla tecnica dell'assorbimento.

Un esempio significativo è offerto dalla sent. 107/2018, con cui la Corte costituzionale ha accolto le questioni sollevate sulla legge della Regione Veneto 6/2017, laddove prevedeva titolo di precedenza per l'accesso agli asili nido secondo l'ordine di priorità dei bambini portatori di disabilità e dei figli di genitori residenti nella Regione anche in modo non continuativo da almeno 15 anni o con attività lavorativa ininterrotta da almeno 15 anni, in relazione agli artt. 3, 16, 31, comma 2, 120, comma 1, e 117, comma 1, Cost.

La Corte sceglie di non ricorrere all'assorbimento e di motivare per ciascun parametro le ragioni dell'incostituzionalità. Essa non sembra accontentarsi di dichiararla con riferimento a un solo parametro, ma dedica a ciascuno una specifica motivazione che definisce le funzioni degli asili, che rendono il requisito richiesto irragionevole[109].

La scelta di diversi parametri, dunque, consente alla Corte di motivare in modo completo le ragioni dell'accoglimento, dedicando a ognuno un'autonoma motivazione forse anche per la delicatezza delle problematiche sottese, che conduce a richiamare anche un ulteriore parametro non evocato, ossia l'art. 37, comma 1, Cost. in relazione al ruolo della donna.

Sulla modalità di scelta dei parametri costituzionali rispetto a disposizioni analoghe o identiche di leggi di Regioni diverse, inoltre, occorre richiamare l'insieme delle decisioni sulla regolamentazione del gratuito patrocinio a favore di determinate categorie di vittime di reato contro il patrimonio o la persona, accusati di eccesso colposo nella legittima difesa o di omicidio colposo o assolti per legittima difesa.

Con la sent. 81/2017 la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla legge della Regione Veneto 7/2016, in relazione all'art. 117, comma 2, lett. l), Cost., "facendo ricorso al proprio potere di decidere l'ordine delle questioni da affrontare"[110]. Dopo aver richiamato alcuni precedenti da cui si trae la riconduzione della disciplina del gratuito patrocinio entro la materia della regolamentazione del processo e del diritto di difesa, si rileva l'incisione della relativa materia di competenza esclusiva dello Stato, con assorbimento delle censure relative alle lett. g) e h) e all'art. 3 Cost.

Con la sent. 172/2017 relativa alla legge della Regione Liguria 11/2016, censurata in riferimento ancora una volta alla lett. l) dell'art. 117, comma 2, Cost., con specifico riguardo all'ordinamento penale, ma anche alla lett. h), la Corte opera una diversa scelta processuale, accogliendo la questione in relazione a quest'ultima, ossia rispetto alla materia di competenza esclusiva statale dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Richiamando il precedente, la Corte chiarisce che non si era pronunciata sulla violazione delle competenze esclusive statali relative all'ordine pubblico e alla sicurezza oltre che all'ordinamento penale, con ciò sottolineando che l'assorbimento operato con la

[109] Corte cost., sent. 107/2018.
[110] Corte cost., sent. 81/2017.

sent. 81 ha lasciato del tutto impregiudicata un'eventuale diversa valutazione della materia entro cui ricondurre analoga previsione. Poiché il ricorrente non evoca la lett. l) con riguardo all'ordinamento processuale non vi è alcuna contraddizione fra le pronunce. La Corte, anzi, sottolinea che la "qualificazione materiale operata nella sentenza ricordata […] non impedisce di verificare se la disciplina regionale impugnata invada altresì le competenze statali nelle materie «ordinamento penale» e «ordine pubblico e sicurezza»"[111]. Poiché nel caso di specie la disposizione non interferisce con la materia dell'ordinamento penale, essa ricade in quella dell'ordine pubblico e della sicurezza, poiché regola il patrocinio nel processo penale.

Di tale percorso argomentativo si trae conferma nella sent. 285/2019, relativa all'analoga legge della Regione Basilicata 45/2018, censurata per violazione degli artt. 3, 117, comma 2, lett. h) e l), Cost., rispetto alle materie della giurisdizione e delle norme processuali oltre che dell'ordine pubblico e della sicurezza. La Corte accoglie la questione con riguardo alla lett. l), assorbendo invece la censura relativa alla lett. h), sottolineando di aver confermato con la sent. 172 "come simili norme regionali siano comunque lesive della competenza esclusiva statale in materia di norme processuali"[112].

Al contrario la legge della Regione Lombardia 17/2015 di analogo tenore non è stata impugnata in via diretta né risultano pendenti questioni di legittimità costituzionale introdotte in via incidentale[113].

L'evocazione di parametri diversi in relazione a disposizioni analoghe di Regioni diverse, dunque, costringe la Corte ad articolare diversamente le motivazioni e a modulare la tecnica decisoria dell'assorbimento di alcune censure e dei relativi parametri, che tornano a emersione laddove quelli che hanno condotto al precedente accoglimento non siano evocati.

Uno dei profili che rendono ancora *asimmetrica* la posizione processuale di Stato e Regioni è costituito dalla più ristretta possibilità di evocare i parametri costituzionali riservata alle seconde. Oltre ai parametri riconducibili al riparto di competenze legislative, le Regioni possono dimostrare la ridondanza della violazione di altri parametri costituzionali sulle proprie competenze. Accanto ai parametri relativi ai diritti, come è noto, è stata riconosciuta anche la possibilità di evocare gli artt. 76 e 77 Cost., oltre che gli artt. 3 e 97 Cost.[114].

In relazione ai parametri non competenziali e che riguardano i diritti fondamentali si è soffermata la dottrina alla ricerca di uno statuto della ridondanza[115]. Dato l'orientamento della Corte, infatti, non è possibile individuare una sua definizione

[111] Corte cost., sent. 172/2017.

[112] Corte cost., sent. 285/2019.

[113] G. FAMIGLIETTI, *Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del «magnetismo securitario»*, in *Le Regioni*, 2/2020, 397, rileva che è "singolare tuttavia notare come il provvedimento «capostipite» della *escalation* regionale su questo aspetto della legittima difesa" non sia stato impugnato.

[114] Al riguardo si vedano ancora F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio*, cit., 203 s., oltre che E. ROSSI, *La ridondanza, sai, è come il vento… Considerazioni sui ricorsi regionali nei confronti di atti normativi statali nel giudizio in via principale*, in *Consulta Online*, 2020, 3 s.

[115] A "una sorta di 'statuto dell'ammissibilità' delle censure che lamentino […] la '*lesione indiretta*' delle attribuzioni regionali" si riferisce M. CECCHETTI, *La "ridondanza"*, cit., 330.

cristallizzata, potendo qualificarla "come una specie di «oggetto misterioso», non essendo del tutto chiaro come una legge non contrastante con le norme del Titolo V (ma con altre norme costituzionali) possa produrre una lesione della sfera di competenza regionale"[116].

La mancanza di simile cristallizzazione conduce al riconoscimento di un certo margine di valutazione delle singole questioni. Al riguardo, si è giunti a prospettare un "interesse sostanziale ad esaminare e magari censurare comportamenti gravemente scorretti da parte del legislatore, interesse giustamente ritenuto […] prevalente sul profilo processuale". La Corte, quindi, giungerebbe a "modulare l'intensità della propria valutazione sul punto dell'ammissibilità del ricorso regionale, allargando le maglie o restringendole a seconda di come intende procedere sul merito delle censure"[117].

La Corte come è noto ricorre a formulazioni eterogenee nel riconoscere o meno la ridondanza[118]: si pensi ai casi in cui essa è ritenuta sussistente a fronte di un'esclusione o limitazione delle competenze legislative regionali; in cui è necessario che vi sia una loro compromissione; in cui si richiede una motivazione sulle loro violazioni, menomazioni, lesioni o vulnerazioni; in cui al contrario "la Corte si accontenta di molto meno, limitandosi a verificare se le norme impugnate siano potenzialmente *incidenti* sulle attribuzioni regionali, con affermazioni che suonano quasi tautologiche"[119]. A tal proposito si sono formulate differenti ipotesi ricostruttive, tese a ritenere sufficiente ai fini dell'ammissibilità delle questioni che le Regioni lamentino "un 'qualche effetto' sulle proprie attribuzioni", senza dover dimostrare la violazione di competenze costituzionali o la sussistenza della competenza regionale in materia; a richiedere che l'incidenza sulla competenza regionale debba essere "compiutamente argomentata e accertata dalla Corte ma ai soli fini del giudizio di ammissibilità, mentre la censura da sottoporre al giudizio di merito […] dovrebbe consistere nella sola violazione del parametro extra-Titolo V"; o a considerare connesse la violazione dei parametri competenziali e quella dei parametri non competenziali, rappresentando quest'ultima "solo un modo in cui può avvenire la lesione di competenza"[120].

A partire dalla mancata definizione della ridondanza si può individuare non tanto una definitiva linea di evoluzione nella giurisprudenza costituzionale, quanto la conferma

[116] C. PADULA, *Aggiornamenti*, cit., 737. Parla di "sfuggente concetto di *ridondanza*" e di regola "oscillante tanto nell'enunciazione linguistica quanto nelle sue applicazioni" E. LAMARQUE, *I profili processuali della sentenza n. 22/2012 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2012, 5.

M. CECCHETTI, *La "ridondanza"*, cit., 299, pur richiamando le "formule ormai tralatizie", che non sono "sempre pienamente coincidenti o sovrapponibili tra loro", e "qualche contingente difetto di precisione", ritiene che dalla giurisprudenza costituzionale emerga "con sufficiente chiarezza […] che il fenomeno della '*lesione indiretta*' […] è correttamente considerato dalla stessa Corte […] quale sicuro fondamento di legittimazione delle Regioni a promuovere il giudizio di costituzionalità *ex* art. 127 Cost.".

[117] E. ROSSI, *Il fine meritevole giustifica l'utilizzo elastico dei mezzi: la Corte e la "ridondanza"*, in *Consulta Online*, 2013, 10.

[118] Al riguardo M. CECCHETTI, *La "ridondanza"*, cit., 281 s., osserva come la Corte abbia elaborato "una copiosa giurisprudenza, per la verità assai ricca di affermazioni di principio", "non priva di contraddizioni […] e talora perfino sbrigativa o apodittica".

[119] E. ROSSI, *La ridondanza*, cit., 2.

[120] C. PADULA, *Aggiornamenti*, cit., 754 s.

dell'opportunità che rispetto alla ridondanza la Corte si riservi una certa flessibilità, certamente non del tutto discrezionale[121].

Risultano significative al riguardo le decisioni sulle vaccinazioni obbligatorie e sul decreto-legge 113/2018, che permettono di saggiare l'elasticità del ricorso a simili argomentazioni, conducendo le rispettive pronunce a esiti opposti.

La sent. 5/2018 ha respinto alcune questioni relative al decreto-legge 73/2017, nella parte in cui rende obbligatorie determinate vaccinazioni per i minori di 16 anni. Le questioni sono state sollevate rispetto a una pluralità di parametri fra cui gli artt. 2, 3 e 32 Cost. Viene respinta l'eccezione di inammissibilità rispetto alla ridondanza, ritenendosi che la Regione si avvicina al limite oltre il quale essa sussiste: benché il ricorso si incentri anche su argomenti relativi ai diritti, esso contiene l'indicazione delle attribuzioni regionali lese "con l'immediatezza tipica delle misure dettate in via d'urgenza" e la descrizione del sistema regionale di promozione vaccinale, con relativa segnalazione delle "frizioni che si verrebbero a creare implementando il diverso modello […] nazionale"[122].

Il superamento del crinale cui si è avvicinata la Regione consente alla Corte di diffondersi in modo conciso su alcuni principi di grande rilievo per la materia, rispetto al bilanciamento fra dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute e al dovere-diritto di cura dei genitori verso i figli.

In relazione al decreto-legge 113/2018 viene in rilievo la sent. 194/2019, che richiede la dimostrazione in concreto dell'incidenza delle disposizioni censurate sulle competenze regionali, restringendo in modo evidente la possibilità di evocare parametri non competenziali. La carenza dei ricorsi risiede nel fatto che essi "si limitano a postulare un'astratta attitudine delle norme contestate a incidere su ambiti assegnati alla Regione e agli enti locali, ma di tale incidenza non danno conto in maniera che essa possa essere valutata"[123].

Se è vero che ormai sono ammesse censure di disposizioni che rientrano nella sfera di competenza esclusiva statale, la dimostrazione concreta della ridondanza restringe senz'altro non tanto la scelta di impugnazione, quanto quella dei parametri.

Di questa concretezza si è provato a immaginare l'effettiva declinazione, facendo riferimento alla "necessità per le Regioni di argomentare con elementi oggettivi, determinati, verificati la lesione di proprie attribuzioni regionali", di "riferirsi a circostanze che sono desumibili nella pratica ovvero nella realtà dell'esercizio delle attribuzioni regionali" e di "argomentare in merito alla portata applicativa delle disposizioni impugnate, anche in termini di effetti e/o conseguenze da queste prodotte"[124].

Peraltro, la richiesta di una motivazione in concreto mostra un profilo di contraddizione intrinseca rispetto alla stessa natura del giudizio, laddove può essere

[121] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 251, si sofferma sul "problema degli *sconfinamenti* della giustizia costituzionale".

[122] Corte cost., sent. 5/2018.

[123] Corte cost., sent. 194/2019.

[124] F. BIONDI DAL MONTE, *Ridondanza «in concreto» e interpretazione conforme a Costituzione del decreto sicurezza nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 4/2019, 1144.

difficile che una disposizione entro il termine per il ricorso abbia avuto applicazione tale da determinarne l'evidenza.

Nelle diverse tempistiche processuali risiede una fra le più rilevanti differenze rispetto al giudizio in via incidentale, mentre è la stessa Corte a richiamare quest'ultimo, quale alternativa per un sindacato sulle medesime questioni che non superino il vaglio di ammissibilità in punto di ridondanza e, dunque, adombrando la possibilità del loro accoglimento.

Sembra, quindi, ancora emergere la complementarietà fra giudizi in via principale e incidentale, poiché nel primo attraverso un uso flessibile o più rigido della ridondanza la Corte giunge (o meno) a decidere questioni relative anche ai diritti in tempi più rapidi.

Inoltre, attraverso l'interpretazione dell'art. 127 Cost. secondo cui la lesione delle sfere di competenza non dovrebbe ritenersi limitata a quella delle mere competenze o materie, bensì essere estesa al "complesso di ciò che le Regioni sono chiamate a realizzare nell'ordinamento costituzionale"[125], l'utilizzo della ridondanza da parte delle Regioni e la relativa giurisprudenza costituzionale garantiscono alle prime la possibilità di vedere annullato un atto normativo anche solo potenzialmente lesivo delle proprie competenze. Oltre a questo interesse, le Regioni vedono soddisfatto anche quello "generale al rispetto […] delle disposizioni costituzionali", contribuendo a "svolgere una funzione di 'polizia costituzionale'"[126].

Tenendo sempre ben presenti le differenze che segnano le regole processuali dei due giudizi e pur rilevando alcuni punti di sinergia, non è privo di significato un inciso della sent. 194. Oltre a restringersi il grado di ammissibilità dei ricorsi in relazione alla ridondanza chiedendosene una dimostrazione in concreto, la Corte ha fornito una motivazione del tutto particolare, sottolineando la necessità di "evitare un'ingiustificata espansione dei vizi censurabili dalle Regioni nel giudizio in via d'azione e, quindi, la trasformazione della natura di tale rimedio giurisdizionale"[127], benché essa ammetta l'evocazione di parametri non competenziali.

Tale linea di tendenza, però, non risulta consolidata, se si considera che analoghe motivazioni poste a fondamento di censure relative al medesimo decreto-legge sono state ritenute sufficienti nella sent. 195/2019, secondo cui è idonea la prospettazione della lesione delle attribuzioni regionali.

Sembra comunque opportuno che i requisiti della ridondanza non siano cristallizzati, affinché si possa mantenere un certo margine di discrezionalità nella decisione intorno all'ammissibilità dei ricorsi regionali al fine limitato di evitare improprie trasformazioni della natura del giudizio in via principale.

Questo mancato inquadramento, però, non può sconfinare in un improprio snaturamento da parte della Corte dell'indubbia politicità della scelta del ricorso e dei parametri costituzionali che caratterizza e deve continuare a caratterizzare il giudizio in via d'azione.

---

[125] E. ROSSI, *La ridondanza*, cit., 5.
[126] *Ibid*.
[127] Corte cost., sent. 194/2019.

I margini di selezione dei parametri oltre a confermare la natura politica e *disponibile* del giudizio contribuiscono in fondo a rispondere all'interrogativo relativo al "se (ed eventualmente come) le Regioni si vedano davvero riconosciuto un potere *pieno ed effettivo* di difendere le loro attribuzioni costituzionali nei confronti degli atti di esercizio della potestà legislativa dello Stato"[128].

Il riconoscimento della possibilità di evocare parametri non attinenti al riparto di competenza, dunque, consente al giudizio in via principale di mantenere la sua natura di processo di parti con gli elementi di politicità delle scelte sottese, senza rischiare di avvicinarsi al (o trasformarsi nel) giudizio in via incidentale.

4. *Terzi,* amici curiae *e istruttoria*

Le problematiche sottese alla formazione del contraddittorio e alla sua possibile estensione caratterizzano, in generale, sia il giudizio in via incidentale sia quello in via principale, oltre che il conflitto di attribuzione fra enti[129].

Come è stato sottolineato, nel secondo la giurisprudenza della Corte è stata ancora più tassativa nell'escludere la partecipazione di terzi rispetto allo Stato e alle Regioni interessate, qualificandolo quale processo di parti e tenendo conto della "assai improbabile presenza di 'controinteressati'"[130]. Sono note le critiche rivolte dalla dottrina "in ragione tanto dell'impossibile preclusione di ogni *revirement* per ragioni soltanto teoriche, quanto di contingenti valutazioni di ordine processuale, tenuto altresì conto della parallela apertura del contraddittorio nel giudizio in via incidentale […] e […] seppure entro limiti stringenti, nei giudizi sui conflitti"[131].

Oltre allo snaturamento del giudizio di parti che comporterebbe il coinvolgimento di Regioni diverse dalle ricorrenti o resistenti (o anche di terzi), si possono prospettare ulteriori profili processuali problematici.

In primo luogo, si determinerebbe una manipolazione del termine posto dall'art. 127 Cost. per l'impugnazione diretta, poiché l'intervento in giudizio di altre Regioni sarebbe successivo.

Inoltre, si dovrebbe riconsiderare la possibilità di procedere a una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale, sulla quale si sono già svolte considerazioni critiche. A fronte di un intervento volontario delle Regioni terze nel giudizio avente a oggetto disposizioni simili o identiche alle proprie, il lavoro istruttorio e preparatorio della Corte si ridurrebbe alla valutazione di diversi contesti normativi per saggiarne l'effettiva omogeneità o identità senza il preliminare monitoraggio di tutte le discipline regionali.

---

[128] M. CECCHETTI, *La "ridondanza"*, cit., 280.

[129] Si vedano C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1-2/1972, 954 ss., R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, e M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.

[130] M. D'AMICO, *Il giudizio*, cit., 233. Si veda anche V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.

[131] *Ibid.*, 234. Si vedano per l'apertura ai terzi nei giudizi per conflitto di attribuzione fra enti Corte cost., sent. 230/2017, e in quelli in via incidentale Corte cost., sent. 180/2018.

Accanto alla natura di giudizio di parti si deve assegnare rilievo al sindacato di costituzionalità nel suo complesso e alla sua componente oggettiva. Questa contrapposizione (che riporta al carattere ambivalente del giudizio) potrebbe valorizzare, pur con profili critici, l'interesse di altre Regioni a costituirsi per sostenere la legittimità costituzionale della disciplina censurata "contro il rischio che l'accoglimento […] possa costituire un precedente 'scomodo'"[132]. Tale interesse assumerebbe maggiore peso quando nel ricorso statale si proponessero solo censure relative alla competenza.

Sembrano però insuperabili le obiezioni che negano l'ingresso di terzi, quali Regioni o enti locali, considerando che si determinerebbe "un contraddittorio ingestibile", in cui la posizione delle parti necessarie sarebbe "eccessivamente indebolita, perdendosi di vista il vero obiettivo del giudizio in via principale"[133] e lo stesso carattere politico e *disponibile* dell'impugnazione.

Le riflessioni fin qui condotte sono suscettibili di ulteriore arricchimento se si considera la modifica delle Norme integrative[134].

Il richiamo dell'art. 23 al nuovo art. 4 risulta ora limitato ai commi dal primo al sesto, escludendo il nuovo comma 7 che prevede che nei "giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio".

Prima di queste modifiche risultava applicabile il precedente comma 3, secondo cui gli interventi di terzi, "ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le modalità di cui al comma precedente".

Con la soppressione dell'inciso "ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità" e con l'introduzione del nuovo comma 6 (secondo cui in ogni caso "La Corte decide sull'ammissibilità degli interventi") sembra possibile un riconoscimento più ampio dell'intervento di specifici terzi.

Si può pensare innanzitutto alle Regioni, poiché, invece, più generiche "parti terze" sono state escluse dalla possibilità di intervenire nel giudizio in via principale a causa del mancato richiamo dell'art. 23 all'art. 4, comma 7, che richiede un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto.

Un simile interesse, in effetti, non parrebbe configurabile in capo a soggetti diversi dalle Regioni, a meno di non voler considerare le sostanziali ricadute che in ogni caso anche le decisioni rese nel giudizio in via principale dispiegano al pari di quelle rese in via incidentale, soprattutto se si considerano i profili connessi ai diritti.

Al contrario, si è sostenuto che il mancato rinvio all'art. 4, comma 7, determini una vera "aporia"[135], che potrebbe spiegarsi nell'intento di escludere proprio le Regioni terze.

Esso potrebbe essere frutto di "una scelta ponderata, che tuttavia […] ha l'effetto di ridimensionare la portata della riforma"[136], laddove si consideri che soprattutto le Regioni

---

[132] M. D'AMICO, *Il giudizio*, cit., 235.

[133] *Ibid.*, 239.

[134] Si vedano le osservazioni critiche di M. LUCIANI, *L'incognita*, cit., 423, che adombra "il rischio di un appannamento del profilo propriamente giurisdizionale del sindacato di costituzionalità e di una sua tensione verso l'affidamento alla Corte di compiti di mediazione del conflitto sociale".

[135] A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16/2020, 431.

[136] F. DAL CANTO, *Il giudizio*, cit., 325.

terze "possono vantare un interesse a intervenire in giudizio nel caso in cui risultino impugnate […] una legge statale potenzialmente lesiva anche delle proprie competenze oppure una legge regionale di contenuto identico o analogo ad una propria legge"[137].

Finora nei giudizi in via principale vi è stata un'unica occasione per pronunciarsi sugli interventi in particolare di alcune associazioni con la sent. 56/2020, che ha ribadito che anche alla luce delle modifiche alle Norme integrative il contraddittorio non può essere esteso, poiché il giudizio "si svolge esclusivamente tra soggetti titolari di potestà legislativa e non ammette l'intervento di soggetti che ne siano privi"[138].

Quella che è sembrata essere un'"occasione mancata" rispetto alla valutazione degli interventi dei terzi nel giudizio in via principale potrebbe forse essere motivata non "tanto dalla volontà di non aprire il contraddittorio ai soggetti privati ma dal timore di dover mettere in discussione anche la più delicata questione dell'intervento nel giudizio delle altre regioni e degli enti locali"[139].

La ferma applicazione al giudizio in via principale dei commi 3 e 6 dell'art. 4 delle Norme integrative, però, sembra poter aprire la strada a un'interpretazione che consenta il coinvolgimento delle Regioni, pur restando ferme tutte le problematiche connesse all'incisione della natura del giudizio messe in luce in relazione ai possibili rimedi a fronte dell'eterogenea impugnazione da parte statale di analoghe o identiche disposizioni regionali[140].

La Corte, inoltre, ha esteso il richiamo operato dall'art. 23 anche al nuovo art. 4-*ter*, secondo cui "le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare […] un'opinione scritta", entro specifici limiti di lunghezza e sempre che offrano "elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità".

Gli *amici curiae* non assumono la formale qualifica di parti e, dunque, non devono dimostrare di essere titolari di un interesse qualificato.

Essi però considerando forma e limiti dell'intervento possono fornire ulteriori "strumenti conoscitivi ampi", utili soprattutto "qualora le questioni abbiano per oggetto materie particolarmente complesse dal punto di vista scientifico o tecnologico"[141].

Ci si è interrogati su quali soggetti possano richiedere di depositare memorie in tale veste. La Corte nel relativo comunicato stampa ha fatto riferimento all'apertura alla società civile, con ciò inducendo a ritenere che "il varco che si è schiuso potrebbe rivelarsi una voragine, specie se si considera […] che gli interessi diffusi rappresentano una categoria dai confini incerti"[142].

Occorrerà verificare con quali modalità la Corte ammetterà il deposito di memorie di *amici curiae*, potendosi "congetturare di una sorta di categoria residuale […], nella quale può confluire una quota di quelle richieste d'ingresso nel processo costituzionale

[137] *Ibid.*, 326.
[138] Corte cost., sent. 56/2020.
[139] F. DAL CANTO, *Il giudizio*, cit., 328.
[140] Ammette tale interpretazione M. LUCIANI, *L'incognita*, cit., 420.
[141] M. D'AMICO, *Il giudizio*, cit., 242.
[142] A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 420.

che, finora, non hanno trovato sbocco nell'altro canale di accesso, costituito dai terzi intervenienti"[143]. Si potrà verificare qualità, tipologia e peso di questo apporto sulla base delle future adesioni all'invito della Corte e delle modalità con cui essa ne terrà e renderà conto nelle decisioni[144].

Finora solo nell'ord. 37/2020 resa in un giudizio in via incidentale la Corte ha fatto espresso richiamo all'intervento di terzi e *amici curiae*. Essa riconosce che l'art. 4, comma 7, delle Norme integrative "recepisce la costante giurisprudenza […] in merito all'ammissibilità dell'intervento nei giudizi in via incidentale di soggetti diversi", sottolineando che in tale prospettiva "l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente deve derivare dall'immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo"[145]. Non essendo sufficiente "la posizione di rappresentanza istituzionale degli interessi della professione giornalistica" del relativo Consiglio nazionale, la Corte specifica che a tale conclusione si debba pervenire "tanto più a fronte della recente introduzione" del nuovo art. 4-*ter*. Viene in ogni caso riconosciuta l'ammissibilità dell'intervento alla luce della specifica competenza disciplinare dello stesso Consiglio per cui si configura "un nesso con lo specifico rapporto giuridico dedotto in giudizio"[146].

L'importanza delle modifiche operate in questa direzione emerge se si considera la citata udienza relativa al decreto-legge 113/2018. L'avvocato della Regione, infatti, ha richiamato il lavoro svolto con alcuni studiosi dell'Università di Torino.

Risulta, pertanto, ricca di spunti di riflessione la modifica relativa agli *amici curiae*, che potrebbe scongiurare il rischio di analoghe "strumentalizzazioni" o "politicizzazioni" del giudizio e garantire di mantenere la stessa *politicità* dell'azione processuale.

Andranno monitorate le modalità con cui la Corte terrà e renderà conto di tali opinioni nelle sue decisioni, anche per verificare che la "proliferazione incontrollata di soggetti" non svilisca "la funzionalità dei riti", né si concretizzi "il rischio di trasformare il processo in una sorta di seconda istruttoria legislativa"[147].

Inoltre, occorrerà tenere conto del rischio di duplicare le vie di accesso dei terzi interessati a partecipare al giudizio in via principale, che potrebbero attivare sia la strada prevista dall'art. 4-*ter*, sia "la vecchia soluzione del tentativo di intervento", che, sebbene conduca a non essere ammessi formalmente, li rende "di fatto ascoltati"[148].

La Corte costituzionale secondo l'art. 13 della legge 87/1953 e gli artt. 12, 13 e 14 delle Norme integrative può disporre l'audizione di testimoni e il richiamo di atti o documenti, disporre i mezzi di prova opportuni e stabilire termini e modi per la loro assunzione. Mentre nel giudizio in via incidentale "la domanda che di fatto dà inizio al processo non proviene da un soggetto interessato, bensì da un soggetto legittimato a far valere un 'interesse' dell'ordinamento" e la parte privata non ha "la possibilità di

[143] *Ibid.*, 421 s.
[144] Pone questi stessi interrogativi A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 425.
[145] Corte cost., ord. 37/2020.
[146] *Ibid*.
[147] A. VUOLO, *Il contraddittorio*, cit., 433.
[148] F. DAL CANTO, *Il giudizio*, cit., 328.

modificare l'oggetto del giudizio", in altri giudizi "a contenuto 'soggettivo', dove le parti hanno influenza sul materiale probatorio, che, in alcuni casi dipende totalmente dalla loro iniziativa e dove il diritto di difesa si esercita anche e soprattutto in ordine all'utilizzazione dei poteri probatori anche nel processo", il regime delle prove è molto diverso[149].

Il mancato ricorso ai poteri istruttori è stato criticato soprattutto in relazione a materie tecniche, scientifiche ed economiche[150] e note ne sono le possibili motivazioni[151], fino a dubitarsi di un vero "diritto delle prove"[152].

Se a tale strumento si continua a non fare frequente ricorso si registra una sua rivitalizzazione[153] proprio nel giudizio in via principale, riemergendone i caratteri di intrinseca ambiguità.

Segna tale inversione di tendenza la sent. 197/2019, in calce alla quale è stata adottata un'ordinanza istruttoria indirizzata alle parti riservando a separata pronuncia la decisione delle sottese questioni.

E, infatti, la Corte ritiene che alcune questioni siano "in parte fondate e in parte meritevoli di apposita istruttoria finalizzata ad acquisire elementi indispensabili ai fini della decisione"[154], considerando che le parti hanno sviluppato "contrastanti argomenti" senza fornirne prove concrete.

L'utilizzo dei poteri istruttori e la specifica modalità con cui la Corte ha deciso di provvedervi pone in luce un ulteriore profilo problematico, sempre se lo si ricollega alla peculiare natura del giudizio. La separazione con conseguente rinvio della trattazione delle questioni oggetto di istruttoria, infatti, ha comportato sia un frazionamento temporale fra deposito del ricorso e decisione di alcune questioni non dipendente dall'eterogeneità dei profili sottesi, sia una maggiore difficoltà di ricostruire nel suo complesso la pronuncia.

Già prima di tale decisione, peraltro, era stata adottata l'ordinanza istruttoria relativa alla successiva sent. 188/2016, che ha deciso tutte le questioni e in cui la Corte ricorda di aver "disposto incombenti istruttori" con il relativo esito. Le risposte hanno messo "in rilievo dati concordanti oppure complementari e sostanzialmente compatibili",

---

[149] M. D'AMICO, *Le incertezze*, cit., 323.

[150] Si veda ancora M. D'AMICO, *Le incertezze*, cit., 334 ss., oltre che R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 1 ss., e Q. CAMERLENGO, *Poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, ivi, 163 ss.

[151] Su tali profili si vedano T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, M. LUCIANI, *I fatti e la Corte. Sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1987, 1045 ss., e V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 393 ss.

[152] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 291.

[153] Parla di "strada virtuosa, da rafforzare, che comincia a far intravedere un 'diritto delle prove', intorno al quale le parti possono confrontarsi e le cui risultanze influiscono sul percorso motivazionale della decisione" M. D'AMICO, *Le incertezze*, cit., 334.

[154] Corte cost., sent. 197/2019.

anche se "la loro lettura […] continua a differenziare le due posizioni processuali"[155]: la Corte ne rende conto in modo specifico nella motivazione.

Diversamente da questo caso e come nella sent. 197/2019 la Corte aveva disposto "l'acquisizione di informazioni e documenti, riservata ogni altra decisione sul ricorso" rispetto solo ad alcune questioni. Con la sent. 111/1999 la Corte, dopo aver dichiarato inammissibili e non fondate alcune questioni, "si riserva all'esito dell'istruttoria disposta con l'ordinanza […] ogni decisione sulle questioni" rimanenti[156].

Le già richiamate modifiche alle Norme integrative hanno introdotto all'art. 14-*bis* la possibilità di disporre l'audizione di esperti, laddove si "ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline": si può disporre che "siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite", che possono formulare domande.

Sarà la prassi a consentire di verificare se e come la Corte intenderà avvalersene e tenerne conto nelle decisioni. A differenza delle ordinanze indirizzate alle parti del giudizio con questo ulteriore strumento si potrà allargare il campo di dati e conoscenze contando su un punto di vista esterno[157].

Occorre svolgere un'ulteriore riflessione di più ampio respiro, che richiama le considerazioni introduttive sul complessivo sistema di giustizia costituzionale.

Si è già fatto riferimento alle potenzialità insite nel giudizio in via incidentale, laddove vengano in rilievo questioni sollevate dalla Corte dei conti, in ragione della riconosciuta legittimazione a evocare parametri anche competenziali. Rispetto a questo giudizio si è osservato che le criticità sottese alla mancata attivazione dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale si risolvono "quasi «automaticamente», almeno in parte, poiché gli elementi per una valutazione più strutturata e trasparente delle conseguenze finanziarie delle decisioni […] appaiono già presenti, circoscritte, evidenti, individuate in larga parte nell'ordinanza di rimessione dal Giudice contabile e, naturalmente, negli atti di eventuale costituzione delle parti […], garantendo così […] che nel controllo in via incidentale siano disponibili gli elementi necessari per un'istruttoria sul piano economico-finanziario"[158].

Ciò rende tanto più importante l'effettiva valorizzazione delle citate modifiche processuali, che spingono in qualche misura a una fase di più ampia apertura all'ingresso formalizzato nei diversi giudizi costituzionali di informazioni, documenti e opinioni differenti da quelli delle parti. L'ingresso nel giudizio di esperti o *amici curiae* incide ancora una volta sulla natura di giudizio di parti, introducendo elementi che queste ultime non intendono rendere noti alla Corte.

Pare confermarsi non solo "la convinzione che la Corte costituzionale si legittima non solo *per quello* che decide, ma *per come* decide", ma anche che "la possibilità di

[155] Corte cost., sent. 188/2016.

[156] Corte cost., sent. 111/1999.

[157] Si rinvia a G. P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte*, in *Le Regioni*, 1-2/2017, 252 s.

[158] E. CAVASINO, *Controllo*, cit., 72.

trasparenza e di massima strutturazione delle regole processuali risulta fondamentale" per giustificarne il ruolo[159].

5. *Stato e Regioni ai tempi del Covid: ancora davanti alla Corte costituzionale?*

L'attuale emergenza sanitaria pone notevoli profili di interesse che attengono innanzitutto al tema del bilanciamento fra diritti individuali e collettivi[160], come la salute comprensiva delle ordinarie patologie, le libertà di circolazione, domicilio, personale, di autodeterminazione, riunione e religiosa, nonché il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica, oltre che i diritti di istruzione e di difesa, considerando anche l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà.

In secondo luogo, si pongono rilevanti problematiche rispetto alle fonti del diritto cui l'ordinamento a livello nazionale e regionale ha fatto ricorso, oltre che al relativo impatto sulla forma di governo.

Infine, un profilo centrale che influenza i primi due concerne il necessario e imprescindibile rapporto con l'avanzamento delle conoscenze scientifiche che hanno supportato l'adozione delle note misure restrittive.

In relazione a tutti questi tre profili è possibile svolgere ulteriori considerazioni che riguardano il rapporto fra Stato e Regioni, che in modo continuo e non sempre convergente hanno disciplinato e disciplinano la situazione emergenziale.

Il ruolo della Corte costituzionale risulta, almeno finora e con riguardo al giudizio in via principale, del tutto assente, anche in ragione dello stretto lasso di tempo intercorso dall'adozione dei numerosi decreti-legge e della specifica contingenza sanitaria che forse non ha permesso di azionare la relativa facoltà di impugnazione. Nonostante l'acceso contrasto fra Stato e Regioni in merito alle rispettive misure adottate, inoltre, era forse davvero inimmaginabile che le seconde assumessero una simile iniziativa politica.

Se, dunque, la strada del giudizio in via principale non è stata perseguita alla luce di valutazioni politiche e tecnico-scientifiche, queste avrebbero potuto indurre le Regioni a impugnare i provvedimenti d'emergenza considerando il potere sospensivo della Corte.

Secondo l'art. 35 della legge 87/1953, infatti, la Corte può, laddove "ritenga che l'esecuzione dell'atto impugnato o di parti di esso possa comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini", adottare i provvedimenti previsti dall'art. 40, che consente nei conflitti di attribuzione fra enti di sospendere l'esecuzione degli atti che hanno dato luogo ai conflitti medesimi.

---

[159] M. D'AMICO, *Le incertezze*, cit., 363.

[160] Per un inquadramento generale si vedano B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020, iv ss., E. RAFFIOTTA, *Limitare la libertà per ragioni di sicurezza, la Costituzione dice sì*, in *ilSussidiario*, 2020, A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal, SI*, 1/2020, 7 ss., e G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, 2020.

La sospensione dell'efficacia delle disposizioni censurate può essere richiesta anche dalle parti con apposita istanza, come prevede l'art. 21 delle Norme integrative: ciò conferma ancora la "natura di giudizio contenzioso a parti contrapposte propria del procedimento in via principale", in misura maggiormente coerente rispetto all'"iniziativa officiosa, ritenuta […] in contrasto con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato"[161].

Tale riferimento consente di richiamare un ulteriore strumento cui si sarebbe potuto e si potrebbe ricorrere per tutelare le rispettive competenze, ossia il conflitto di attribuzione fra enti, laddove come prevede l'art. 39 della legge 87/1953 una Regione invada con un suo atto la sfera di competenza assegnata allo Stato (o ad altra Regione) e viceversa.

Al riguardo il Codacons ha ritenuto in modo del tutto improprio di potersi sostituire allo Stato nella difesa delle prerogative costituzionali, chiedendo alla Corte anche la sospensione dei provvedimenti regionali censurati[162].

6. *Conclusioni*

Per rispondere all'interrogativo circa i caratteri del giudizio in via principale relativi alla *disponibilità* del rapporto processuale e all'*indisponibilità* delle attribuzioni costituzionali con divieto di acquiescenza si può individuare una chiave di lettura che ne renda non contraddittoria la natura.

È proprio l'*indisponibilità* delle attribuzioni con divieto di acquiescenza a confermare la natura *politica* e la piena *disponibilità* dell'azione processuale, non potendosi immaginare un imbrigliamento per il futuro delle scelte delle diverse maggioranze politiche.

La natura *politica* e *discrezionale* del ricorso, quindi, rafforza l'irrinunciabile *indisponibilità* delle attribuzioni costituzionali reclamando il divieto di acquiescenza.

La costante giurisprudenza costituzionale che nega l'applicabilità di questo istituto manifesta come si sia "inteso dare preminenza alla componente politica della gestione della «contesa» e della scelta di impugnare": "negando l'applicabilità dell'acquiescenza, si riconosce […] una più ampia libertà nella scelta del momento e dell'occasione per intraprendere l'azione giurisdizionale"[163].

Il rilievo della volontà politica nell'attivazione e nello svolgimento del giudizio si accompagna a mutamenti di orientamento di non secondario rilievo rispetto alla posizione delle parti.

---

[161] G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio*, cit., 307.

[162] Codacons, ric. 3/2020, dichiarato manifestamente inammissibile con ord. 175/2020. Risultano anche significativi C. STATO, par. 735/2020, richiesto dal Ministero dell'Interno per l'annullamento straordinario dell'ord. 105/2020 del Sindaco di Messina che imponeva di registrarsi per fare ingresso nella Regione, e TAR Calabria, sent. 841/2020, che ha annullato l'ord. 37/2020 del Presidente della Regione Calabria sulle attività di ristorazione.

[163] G. VOLPE, *Art. 137*, cit., 363.

Si pensi all'ampliamento dei motivi di ricorso regionale e alle indicazioni della Corte sulle modalità di impugnazione statale, unitamente alle modifiche delle Norme integrative che arricchiranno il giudizio di nuove sfumature.

Questi pur significativi indici non scalfiscono il nucleo essenziale dell'impianto del giudizio in via principale e, dunque, del rapporto fra Stato e Regioni davanti alla Corte, restando irrinunciabile quel medesimo carattere che solo apparentemente sembra contraddittorio.

Piena *disponibilità* nell'attivazione del giudizio e piena *disponibilità* nella scelta sul *se*, *quando* e *come* tutelare le proprie attribuzioni si accompagnano necessariamente all'*indisponibilità* di queste, la cui difesa potrà essere esercitata in tempi e modi diversi, ma mai rinunciata per sempre.

Ciò vale se si considerano complessivamente i giudizi in via principale e incidentale: le attribuzioni non sono rinunciabili nel primo, potendo sempre formare oggetto di censura nel secondo.

I caratteri ambigui del giudizio in via principale, quindi, non sembrano contraddittori, ma ne riflettono le peculiarità che arricchiscono il sistema di controllo di costituzionalità.

Le attribuzioni della Corte pur differenziate tanto da non poterle ricondurre entro un'unica categoria di "processo costituzionale"[164] restano pur sempre tese a rendere effettiva la garanzia dell'integrità dell'ordinamento.

Esistenza, dunque, di "più «processi costituzionali»"[165], ciascuno dei quali soddisfa le esigenze obiettive di tutela costituzionale, a prescindere dalle modalità di instaurazione dei giudizi, dando attuazione al "*principio di legalità costituzionale*"[166].

[164] G. ZAGREBELSKY, *Processo*, cit., 522, che individua quale "elemento comune […] solo quello assai generico della connotazione giurisdizionale delle forme di esercizio della gran parte di tali competenze". A. MORRONE, *Suprematismo*, cit., 264, ritiene che "anche il giudizio in via d'azione sta diventando un altro modo per assicurare il rispetto di valori materiali piuttosto che una verifica delle linee di demarcazione della *sovranità* dello Stato e dell'*autonomia politica* delle regioni".

[165] M. D'AMICO, *Dalla giustizia*, cit., 490.

[166] M. D'AMICO, *Parti*, cit., 292.

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

I MATERIALI FATTUALI COSTITUZIONALI NELLA FORMA DI GOVERNO ITALIANA TRA VECCHIE E NUOVE TENDENZE[*]

YLENIA MARIA CITINO[**]

SOMMARIO: 1. Premessa: la forma di governo alla prova dell'emergenza pandemica. – 2. Incidenza dei materiali fattuali costituzionali. – 3. Il sistema delle convenzioni costituzionali fra normalità e crisi: *où on en est*? – 4. Il posto della consuetudine costituzionale nella forma di governo. – 5. Il substrato politico e l'auspicio di una normalizzazione della vita costituzionale.

1. *Premessa: la forma di governo alla prova dell'emergenza pandemica*

Se è vero, come è stato affermato, che il diritto è proteso all'«assolutizzazione del presente»[1], l'emergenza pandemica ha in qualche modo introdotto uno "scarto temporale" su alcune norme costituzionali, relativizzando momentaneamente taluni valori, come gli equilibri finanziari di bilancio o il libero esercizio dell'attività economica, nel nome del contenimento del contagio e della tutela della salute della collettività[2]. Nel contesto dell'attuale crisi sanitaria, si è dovuto assistere all'inusitata (ma necessaria) sospensione dell'operatività di alcune norme della Carta costituzionale[3]. Non solo, come accennato, sul piano dei diritti fondamentali, ma anche su quello delle fonti del diritto, altro ambito in cui si sono riscontrate deroghe o "straripamenti" rispetto all'ordinario esplicarsi degli equilibri tra poteri[4].

Nella complessa e partecipata ricerca di fondamenti o persino "lineamenti" costituzionali dell'emergenza, ciò che è probabilmente rimasto sullo sfondo è l'effetto di tali sollecitazioni sui *materiali fattuali* della Costituzione. L'implacabile processo di evoluzione della forma di governo ha buon gioco, come è noto, grazie all'elasticità di

[*] Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

[**] Dottoressa di ricerca in Scienze politiche, curriculum "Governo e istituzioni". Dipartimento di Scienze politiche, Università degli Studi Roma Tre.

certi disposti costituzionali: è questo che consente a un diritto supremo, altrimenti incorniciato dalla propria staticità lessicale, di adattarsi ai cambiamenti[5].

Le tracce lasciate da questi riassestamenti, perciò, non vanno sottovalutate, poiché possono rivelarsi preziosi indizi nello studio dei rapporti fra i poteri. L'originalità dell'intuizione mortatiana nel coniare il concetto di Costituzione "in senso materiale"[6] aveva mostrato una notevole lungimiranza, oltre che straordinarie potenzialità esplicative, dal momento che aveva saputo cogliere l'ampia dimensione ontologica del diritto supremo. E tuttavia, proprio i «vizi evidenti di olismo», come fa notare Sergio Bartole, ne costituiscono il limite più grande e ciò determina, in fin dei conti, l'abuso postumo della dottrina in questione[7].

Come emerge dalla maggior parte delle ricostruzioni, il susseguirsi delle varie stagioni politiche ha rappresentato un rilevante fattore di condizionamento della forma di governo[8]: così è stato per il passaggio dai governi di coalizione di stampo

---

[1] Così, E. OPOCHER, *Diritto e tempo*, in R. ORECCHIA (a cura di), *La responsabilità politica. Diritto e tempo, Atti del XIII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Pavia-Salice Terme, 28-31 maggio 1981, Milano, 1982, 157.

[2] Cfr. l'editoriale di B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6/2020, iv.

[3] Cfr. le riflessioni di A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 2/2020, 255 ss., che, nel valutare le pressioni a cui la Carta costituzionale è sottoposta dall'emergenza, si sofferma sulle criticità derivanti dal frequente ricorso ai decreti del Presidente del Consiglio, su cui anche *infra.*

[4] *Ex multis*, v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 109; R. CHERCHI-A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti Regionali*, 1/2020, 670; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020, 316.

[5] A tal fine, cfr. M. FIORAVANTI, *La Costituzione ieri e oggi*, in *Atti dei Convegni Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008*, Roma, 2009, 6, che parla dell'elasticità come di un "lusso" che le Costituzioni possono permettersi «se sono alla base ben fondate, ovvero riconosciute senza incertezze come norme fondamentali e primarie dalle rispettive comunità politiche». Si ricordino, altresì, le intuizioni di Elia in merito alle "norme a fattispecie aperta" e di Crisafulli in tema di "norme programmatiche". Secondo L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 640, «le norme sulla forma di governo (e particolarmente quelle relative al governo parlamentare in senso proprio) sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo». Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 52 ss. Più di recente, sulle criticità legate alle norme programmatiche rispetto al ruolo della Corte costituzionale, v. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 3 ss.

[6] Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* [1940], pref. di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, soprattutto 76 e 115 ss. ma anche ID., *Costituzione dello stato (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 167.

[7] Così, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 337. Interessanti, sul fronte speculare, le notazioni di M. GOLDONI-M.A. WILKINSON, *La Costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, 1/2020, 58, a proposito della "stanchezza" dell'approccio normativista e giurisdizionale e della corrispondente necessità di un recupero di un "costituzionalismo politico" che possa far apprezzare la dimensione materiale delle Costituzioni. A tal fine, gli autori suggeriscono una nuova metodologia di comprensione del diritto che integri il modello epistemologico classico basato sul predominio delle decisioni giurisdizionali con l'analisi profonda delle vicende politiche.

[8] Per una rassegna delle principali vicende politiche e il loro influsso sulla forma di governo italiana fino al 1996 resta sempre valido P. CALANDRA, *I governi della Repubblica*, Bologna, 1996, *passim.* Per

consociativo ai governi "di transizione", da un sistema elettorale di tipo proporzionalistico ad uno di tipo maggioritario bipolare (e ad aspirazione bipartitica), dall'ascesa del modello di partito "personale" o "carismatico"[9] sino all'avvento dei movimenti populisti e di un inedito tripolarismo. Tali vicende non hanno lasciato impregiudicato l'assetto istituzionale voluto e pensato dai padri costituenti ma, al contrario, hanno prodotto una serie di scostamenti più o meno evidenti rispetto al testo della Costituzione[10]. A questo insieme di elementi, tuttavia, oggi occorre aggiungere un inconsueto fattore che si è dimostrato essere "precursore" della politica stessa: ovvero, per l'appunto, la pandemia[11].

Si pensi, ad esempio, alle alterazioni prodotte sui meccanismi di produzione di fonti di rango primario, dovute all'incremento esponenziale delle potestà normative governative, spesso forzando il limite della legalità costituzionale[12]. L'ipertrofia della regolamentazione di tipo emergenziale, provocata, ad esempio, dal susseguirsi di decreti del Presidente del Consiglio e di ordinanze contingibili e urgenti a firma di Presidenti di Regione o Sindaci, ha fatto quasi passare in secondo piano le ben note prassi distorsive che si accompagnano sovente alla decretazione d'urgenza o alla delegazione legislativa[13]. Le motivazioni dell'urgenza appaiono, per così dire, sdoppiate: c'è l'urgenza "normalizzata" che fa da presupposto ai decreti-legge e c'è l'urgenza "urgente" che giustifica strumenti ancora più eccezionali.

Questa nuova configurazione dell'attualità costituzionale induce, dunque, ad aggiornare le riflessioni sulla dimensione non scritta del diritto pubblico, avendo in mente le teorizzazioni della dottrina tedesca in tema di *Verfassungswandlungen* (modificazioni tacite). Si è, infatti, parlato spesso di *Staatsnotrecht* (il diritto della necessità di Stato) per legittimare misure prese dallo Stato per "autoconservarsi". Questo, come aveva già fatalmente commentato Hans Kelsen, non è un diritto astratto e puro. La volontà di Stato in tempo di necessità coincide, si badi bene, con la volontà di coloro che si avvalgono della causa di necessità per conservare lo Stato stesso. In altre

---

una ricostruzione esaustiva e più aggiornata, cfr. anche N. LUPO*, Il governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 150-200.

[9] Cfr. S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, 19/2015, 3. V. anche il lavoro di M. CALISE, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2000, *passim.* Sul partito personale che "attecchisce" nel sistema partitico italiano, affermandosi anche a scapito dei vecchi "dinosauri", v. sempre S. STAIANO, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 4.

[10] Tali scostamenti, tuttavia, si sono sempre verificati con un certo gradualismo, senza configurare mai delle rotture aperte. A tal fine, basti pensare al passaggio fra il periodo statutario e quello repubblicano, caratterizzato da una sorprendente continuità nelle prassi politiche e parlamentari. Sul tema, P. CALANDRA, *I governi della Repubblica*, cit., 25 ss.

[11] Secondo E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli* spazi *e nei* tempi *del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?*, in *Federalismi.it*, 16/2020, iv, la pandemia sarebbe un «fatto costituzionalmente rilevante» all'affacciarsi del quale è meglio abbandonare l'"esprit de finesse" giuridico e riadattare i ragionamenti a tale accadimento.

[12] Cfr. 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*, Bologna, 2008, 133.

[13] Ma si veda, sul punto, la lettura più equilibrata fornita da U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, 2021, 13 ss., che avverte, per fare uno dei tanti esempi, come lo strumento dei d.P.C.M. sia stato oggetto da parte della dottrina dominante di ricostruzioni fondamentalmente errate sotto vari profili, legate a condizionamenti "politologici".

parole, la necessità combacia tautologicamente con ciò che gli «organi supremi» reputano essere necessario[14].

Ma le modifiche alla Costituzione sono un qualcosa di più rispetto a ciò che scaturisce dalla necessità[15]. Si tratta di poter individuare nella congerie di accadimenti la formazione di regole e *regolarità* non scritte che, pur non essendo astrattamente incompatibili con i valori e i principi costituzionali, li completano e li attualizzano rispetto alla fase storica in corso. Non necessariamente, dunque, delle usurpazioni contrarie alla lettera della Costituzione. Tale ultima conclusione, più radicale, muove da premesse rigidamente formaliste ed è da scartare perché provoca la perdita di preziosi dati interpretativi[16].

Questo contributo è volto ad offrire la nozione di "materiali fattuali costituzionali" come possibile strumento di analisi teorico-giuridica per ripercorrere mutamenti e trasformazioni della Costituzione, utile specialmente nella parte relativa alla forma di governo. L'indagine è effettuata a partire dai tradizionali concetti di prassi, convenzioni costituzionali e consuetudini, che attengono ad una dimensione puramente "interna". Ciò non toglie che possano registrarsi modifiche alla Costituzione provocate da atti e fatti "esterni", quali l'appartenenza all'Unione europea e, più in generale, alla comunità internazionale, cosa che costituirebbe certamente un ulteriore spunto di riflessione[17].

---

[14] H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* [1925], Milano, 2013, 366.

[15] Con specifico riguardo alla dottrina italiana, si possono segnalare sul tema i seguenti contributi: F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le "modificazioni tacite" della Costituzione* [1951], in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, I, 83 ss.; S. TOSI, *Modificazioni tacite*, cit.; M. CARDUCCI, *La revisione costituzionale parziale come "modificazione tacita" della Costituzione*, in AA.VV., *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, Napoli, 1999; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 407 ss.; ID., *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 34 ss. nonché, con uno sguardo sul versane degli Stati membri nei rapporti con l'ordinamento europeo, ID., *Identità e trasformazioni costituzionali*, in *Diritto Costituzionale*, 1/2020, spec. 11 ss.; M. SICLARI (a cura di), *I mutamenti della forma di governo tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, 2008; A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo Di Pisa*, 2018, 1-26; M.P. IADICICCO, *Settant'anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Rivista del Gruppo Di Pisa*, 2018, 1-49; M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 266-295; infine, si segnala sul tema il recente numero monografico di *Diritto Costituzionale*, 1/2020, tra cui rilevano ai presenti fini, oltre al già menzionato saggio di Bartole, anche R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, 23-45; F. CORTESE, *«Le défaut est un élément de la perfection possible». Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, 47-73 e A. MANGIA, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, 75-116.

[16] Un'impostazione cui sembrerebbero aderire C. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale. I) Premesse generali*, Napoli, 1992, 170 ss., secondo il quale nel nostro ordinamento le modificazioni tacite, che opererebbero per fatti concludenti, non si possono ritenere legittime in quanto sempre contraddittorie rispetto alla costituzione formale; nonché S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959, 5, per il quale, in regime di Costituzione rigida, a rigore, non si potrebbe parlare di modificazioni tacite, perché se esse non sono il frutto di un'interpretazione evolutiva sono vere e proprie violazioni costituzionali, dunque pienamente illegittime.

[17] Ad esempio, A. MANGIA, *Moti della Costituzione*, cit., 76 ss., allude alle conseguenze implicite provocate sul significato della Costituzione dai «Trattati di Maastricht (1992) e di Lisbona (2008); poi la disciplina del processo di bilancio descritta dal PSC del 1997; e quindi i Trattati Fiscal Compact e Mes del 2012».

2. *I materiali fattuali costituzionali e le regole giuridicamente imperfette*

In un recente studio monografico si è sostenuta la tesi per cui l'insieme dei fenomeni di adeguamento tacito della forma di governo può essere ricondotto all'operare di "materiali fattuali costituzionali". Essi sono da intendere, secondo la proposta di analisi che si sta per argomentare, come quel fascio di prassi, condotte e regolarità che emerge dalle vicende relazionali fra gli organi costituzionali e che è idoneo a far sorgere convenzioni, consuetudini e regole non scritte[18]. Bisogna precisare che se il loro modo di venire in essere si basa su un elemento naturale, quale può essere il semplice atto di effettuazione delle consultazioni o il conferimento in via orale dell'incarico di governo, essi danno luogo altresì a rapporti suscettibili di diventare giuridici o a regole che teoricamente potrebbero essere "perfette", come le consuetudini, ma che in realtà sono "imperfette" a causa dell'assenza di un'autorità che ne certifichi la qualificazione consuetudinaria[19].

È stato affermato da una larghissima dottrina che fra le prassi e le consuetudini esisterebbe una progressione di crescente "giuridicità", che passa attraverso le convenzioni, considerate alla stregua di consuetudini "in nuce". Ma il difetto di concordia fra gli interpreti impedisce di poter valutare con certezza "scientifica" i confini fra i tipi di regole eventualmente prodotti dalle varie condotte. La nozione di "fatto normativo", che pure è stata al centro di importanti riflessioni[20], ha svolto un ruolo ausiliario. Essa contiene al suo interno una profonda antinomia, frutto dell'irrisolvibile dilemma della legge di Hume, ossia la contraddizione insita nel passaggio dall'essere al dover essere. Un passaggio che può essere dato per scontato in nome dell'effettività, come sosteneva il filosofo Widar Cesarini Sforza nel suo saggio "Ex facto ius oritur"[21]. Oppure, al contrario, può rappresentare una barriera insormontabile per tentare l'ardua operazione di costruire un concetto giuridico a partire da un piano "metaetico".

---

[18] Cfr. Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo allo studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021.

[19] In una diversa visione, M. CAVINO, *Appunti per una riflessione intorno a convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 1-3/2008, 115 ss., giudica le norme consuetudinarie *minus quam perfectae* in quanto non assistite da alcuna sanzione.

[20] Arrivare a spiegare la "forza normativa del fatto" è una sfida ricorrente fra gli studiosi che l'hanno assunta a fondamento di una rivoluzione epistemologica. La teoria della forza normativa del fatto trova il suo precursore in G. JELLINEK che l'ha formulata in *La dottrina generale dello Stato – Volume I, Studi introduttivi. Dottrina generale sociale dello Stato*, Milano, 1921, 70 ss. e in *Mutamento e Riforma Costituzionale* [1906], trad. di M. Carducci, Lecce, 2004, 10 ss. Sul tema dei fatti normativi, v. ampiamente K. HESSE, *La forza normativa della Costituzione* [1959], Seregno, 2008, spec. 22 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di formazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 28-29, secondo cui sono fatti normativi quei fatti che «al di fuori di una preventiva posizione di norme regolatrici, valgono – col loro realizzarsi e stabilizzarsi – ad instaurare o modificare un ordinamento giuridico, nel suo insieme o in singole strutture, ponendosi, essi medesimi, come determinanti della propria legittimità ed efficacia». Per altre nozioni, si rinvia a P.L. ZAMPETTI, *Considerazioni metodologiche sul problema dei rapporti tra norma e fatto*, in *Jus*, 2/1959, 216-231; F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale*, cit., 83 ss.; C. PIOVANI, *Il significato del principio dell'effettività*, Milano, 1953, 16 ss.; un'ulteriore rassegna delle definizioni è stata compilata da R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 645 ss. Più recente è l'ampio studio di Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002.

[21] W. CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, in AA.VV., *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, I, Modena, 1930.

Parlare di "fatto" non può semplicemente rimandare al concetto di «dato grezzo, avvenimento chiuso nella sua particolarità e accidentalità», bensì deve evocare un «fenomeno complesso, che non esiste se non interpretato, ricostruito, ricondotto a un "tipo", a un modello che lo definisce»[22]. Una serie di fatti identici o simili, dunque, può rientrare sotto un medesimo modello, definibile come una *regolarità*[23]. Tuttavia, nel momento in cui il fattore psicologico dell'*opinio* interferisce con una ripetizione rendendola consapevolmente "doverosa", la regolarità intraprende il suo lungo cammino, che potrebbe portarla a diventare una *regola* giuridica. Come è noto, tale cammino è molto accidentato, dovendo fare i conti con i requisiti della *vetustas*, della *diuturnitas*, dell'*immutabilitas*. Prima di giungere all'ambìto traguardo consuetudinario, una condotta deve essere interpretata in modo coerente con le sue premesse: deve, in altre parole, rispondere a quel principio di *utilitas* – sempre per scomodare un altro latinismo – che ha evocato, giustificato e sostenuto i primissimi precedenti.

Va, dunque, chiarito che l'idea di "materiali fattuali costituzionali" non è coincidente con quella di fatto normativo, una nozione la quale già di per sé non gode della medesima reputazione presso gli studiosi. Volendo azzardare una sintesi, andrebbero recensiti, da un lato, coloro che riducono il fatto normativo a una semplice fonte *extra ordinem* – in quanto non tipizzato dalle regole di produzione giuridica – e, dall'altro lato, coloro che vi ricomprendono anche fatti dall'origine autonoma e decentrata, come, ad esempio, il *rinvio* ad un ordinamento giuridico esterno o la *presupposizione*[24].

Da un punto di vista del metodo, gli studiosi che muovono da una concezione prescrittiva del fatto normativo ambiscono a colmare le lacune in tema di forma di governo attraverso il ricorso alle sole argomentazioni testuali. Per cui, i comportamenti dei singoli consociati o le prassi degli organi costituzionali sono ininfluenti nell'ordinamento qualora non rispettino i canoni della giuridicità. Inoltre, il fatto normativo in sé è considerato un elemento spurio nel sistema e costituisce una minaccia alla stabilità e alla certezza del diritto, un'interferenza da contrastare[25]. Al contrario, la

---

[22] M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, 35. La definizione di "tipo", inoltre, è ripresa da M. WEBER, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* [1904], in *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, 57 ss., che ne parla come di "stenografia di concetti". Sul punto, anche A. RUGGERI, *Il Governo tra vecchie e nuove regole e regolarità (spunti problematici)*, in AA.VV., *AIC, Il Governo. Atti del Convegno di Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Padova, 2002, 317 ss., che contrappone alle regole costituzionali le regolarità della politica nelle dinamiche endogovernative.

[23] Per M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, cit., 36, le regolarità sono delle «costanti di fatto, dei dati strutturali, delle interpretazioni dell'organizzazione statuale ricostruite al di là e indipendentemente dal dato normativo formale».

[24] Sul tema, sempre A. MANGIA, *Moti della Costituzione*, cit., 87, che ricorda come «che tutte le fonti di provenienza esterna all'ordinamento nazionale – che si tratti, cioè, di fonti ascrivibili alla sfera del diritto dell'Unione o del diritto internazionale (nella sua duplice accezione di diritto consuetudinario e di diritto dei trattati) – non entrano nel nostro sistema come atti, ma solo come fatti normativi» e che «questi atti normativi di origine esterna entrano nel nostro sistema solo se, e in quanto, richiamati da una norma di collegamento presente nel diritto interno».

[25] Sul punto, v. M. AINIS, *Sul valore della prassi nel diritto costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 321 ss., secondo il quale «non resta che una desolata conclusione: il primato della prassi nel diritto costituzionale […] dipende dal costume mentale dei costituzionalisti […] c'è infatti una crisi della legalità costituita ogni volta che la regola forgiata dalla prassi s'imponga a scapito della norma

concezione "descrittiva" rinuncia a spiegare l'integrabilità dei fatti normativi in un sistema costituzionale rigido e "giuridificato", ammettendo che essi possano operare quasi fossero delle "valvole di sfogo" non collocabili in nessuna specifica tassonomia.

È, dunque, preferibile superare le incertezze derivanti dall'estrema complessità e tortuosità dei ragionamenti che riguardano i fatti normativi, circostanza che ha portato ad un episodico uso dello strumento. Il suggerimento avanzato in apertura vuole invece indurre a considerare l'insieme dei fenomeni produttivi di regole, senza ulteriori distinzioni. E ciò al mero scopo transeunte di valutare i cambiamenti prodotti sulla forma di governo in un dato momento storico. Non a caso, infatti, con la pandemia, hanno ripreso vigore le antiche teorie sulla *necessità* come fonte del diritto, nel tentativo di dare una lettura (troppo) classica ad una prospettiva del tutto inedita[26]. E rischiando di compiere un'eterogenesi dei fini, poiché, come evidenzia Brunelli rievocando un risalente commento di Silvestri in tema di decreti-legge, si rischia di giustificare l'operato dello Stato avvalendosi della sola effettività[27]. Qui, invece, non si tratta di prospettare un modello di analisi che si basi sul predominio indiscusso dello stato delle cose, ma di leggere la forma di governo *anche* attraverso i fatti, per non perdere le diverse chiavi di interpretazione che possono essere offerte dalla realtà materiale.

Ciò posto, verranno ora presi in esame quei materiali fattuali inerenti al piano costituzionale della forma di governo. Si ometterà, invece, la considerazione di altri elementi, dotati di un minore rilievo, perché derivanti da motivi più tenui, come la deontologia[28], le regole di correttezza[29], la cortesia, il galateo parlamentare o l'etichetta istituzionale.

---

scritta […] la Costituzione formale e quella materiale si delegittimano a vicenda, col risultato che quando un paese ne ospiti due versioni incompatibili, quando il divario tra il diritto e il fatto assuma proporzioni troppo vistose, esso si trova in conclusione senza Costituzione, senza un ordine costituzionale cui appellarsi».

[26] Bastino, tra i tanti, le considerazioni di A. BALDASSARRE, *Il diritto ai tempi del Covid-19*, in *Lo Stato*, 14/2020, 271 ss.; A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. spec., 338, che spiega la rivisitazione delle teorie sulla necessità «più come reazione istintiva per colmare l'*horror vacui* che come scelta argomentativa razionale di riproposizione di un determinato orizzonte concettuale». Al contrario, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, IV ed., Padova, 2020, 215, ipotizza uno scenario in cui non essendo utilizzabili disposti costituzionali appositi in materia di emergenza, non si vengono a creare precedenti poiché è la necessità l'unica fonte e giustificazione delle misure adottate per fronteggiare la pandemia; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, 144, che parla della necessità come «fonte potenziale implicita» del diritto.

[27] G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 391.

[28] Secondo G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, IX ed., Milano-Padova, 2017, 298, le regole di correttezza costituzionale, affini a quelle di moralità politica e di deontologia professionale, riguarderebbero materie «marginali» e pertanto afferenti a comportamenti «giuridicamente indifferenti». Esse, tuttavia, sono caratterizzate dall'avere limiti poco netti rispetto alle convenzioni e alle consuetudini e pertanto «non è sempre chiaro se l'eventuale mancato rispetto di una certa regola di comportamento "corretto" non implichi più di un semplice biasimo».

[29] È noto sull'argomento lo studio di S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 271-285. In chiave monografica, invece, si guardi P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano, 1939, soprattutto, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, 75 ss.; A. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 489-506.

3. *Il sistema delle convenzioni costituzionali fra normalità e crisi:* où on en est?

Cessata l'ostilità verso lo studio delle convenzioni[30] e preso atto che non si tratta di fenomeni marginali, esse sono le prime a dover essere monitorate ai fini della corretta e realistica descrizione di un assetto costituzionale[31]: si pensi, ad esempio, al ruolo decisivo del potere di *advice and consent* del Senato federale statunitense sulle nomine presidenziali di giudici ed alti funzionari, utilizzato in maniera convenzionalmente più ampia rispetto a ciò che risulta dal testo della Costituzione. Esso rappresenta uno strumento potenzialmente molto incisivo nelle mani del Senato americano, poiché, condizionando la conferma delle nomine all'ottenimento dell'appoggio su altre decisioni, offre un rilevante potere di leva sul Presidente[32].

Essendo «regole di politica costituzionale»[33], dunque, le convenzioni possono fungere da importanti cartine di tornasole sulla funzionalità della forma di governo: di esse rileva il grado di stabilità, il tasso di acquiescenza e di osservanza nonché il livello di obiettivizzazione. Quest'ultimo non si acquisisce immediatamente: è ragionevolmente probabile che l'unilaterale imposizione di una regola duri sino a che l'equilibrio di forza resti immutato, mentre solo un largo consenso può consentire a un precedente sorto dagli interessi di parte di "staccarsi" dalla figura del suo creatore, obiettivizzandosi.

In via generale, l'accentuazione dello scarto fra le disposizioni costituzionali e le consolidate pratiche in vigore fra i soggetti istituzionali potrebbe essere un sintomo di quella «patologica regolarità»[34] che emerge solitamente durante una fase di transizione

---

[30] Un'ostilità durata a lungo, come testimonia R. BIFULCO, *Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 1992, 32, che, tra le ragioni, ricorda la controversa appartenenza delle convenzioni alle fonti-fatto, la difficoltosa traduzione in regole formali, la contingenza e la loro posizione in una zona di frontiera fra diritto e politica. Sulle convenzioni, si ricordino non solo i noti lavori di G. TREVES, *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962; G. ZAGREBELSKY, *Convenzioni costituzionali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988; S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il politico*, 2/1983, part. 254 ss. e G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972, ma anche, ad esempio, ID., *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018, 1-15; A. MANNINO, *Prime considerazioni in tema di convenzioni costituzionali*, in *Rassegna parlamentare*, 1998, spec. 864 ss.; AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Atti del XXIX Convegno annuale Catanzaro, 16-18 ottobre 2014, Napoli, 2015; M. CAVINO, *Convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, 2015.

[31] Si pensi, ad esempio, al tentativo di catalogazione compiuto da G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003, che, dopo aver ricostruito nei primi due capitoli le teorie in tema di convenzioni, nel terzo capitolo (57 ss.) analizza le regole non scritte e i fatti a rilevanza costituzionale fra la XIII e la XIV legislatura.

[32] Sul tema, R.L. WEAVER, *"Advice and Consent" in Historical Perspective*, in *Duke Law Journal*, 8/2015, 1717 ss., che descrive il sistema convenzionale americano come particolarmente prono a fenomeni di ostruzionismo.

[33] Così, G. GRASSO, *Convenzioni costituzionali e forma di governo nel primo scorcio della XVIII legislatura: "prove di dialogo" con Antonio Ruggeri*, in *Federalismi.it*, 18/2019, 3.

[34] L'espressione è mutuata da A. BARBERA, *Le epifanie del «fatto» nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *AIC, Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale. Atti del XXIX Convegno annuale. Catanzaro, 16-17-18 ottobre 2014*, Napoli, 2015, 261.

costituzionale[35]. Nel passaggio da un vecchio a un nuovo *status quo*, infatti, le forze politiche in crisi non riescono a legalizzare i cambiamenti intervenuti sul piano materiale e a canalizzarli in una riforma di ampio respiro[36]. La volontà di trasformazione dell'assetto normativo viene frustrata dal frazionamento del consenso e così la fase di transizione si perpetua in un circolo vizioso[37].

Oltre allo scarto costituzionale, un altro elemento da tenere in conto è quello della cedevolezza delle convenzioni, caratteristica apprezzabile in certi contesti caratterizzati dall'alta politicità e variabilità degli scenari (si pensi alla scarna disciplina di cui agli artt. 92 ss. Cost.), ma deprecabile quando la permanente messa in discussione delle regole pattizie derivi dalla mera instabilità delle forze politiche. Ciò, infatti, può voler indicare che la destrutturazione dei partiti o l'aumento della litigiosità impediscono il verificarsi di modelli costanti di comportamento[38]. I "nuovi arrivati", infatti, difficilmente si sentono assoggettati a convenzioni in vigore tra soggetti differenti così come raramente sono disposti a sacrificare una regola previgente per fare emergere nuovi rapporti[39]. Si ricordi, infatti, che le convenzioni hanno, certamente, un fondamento pattizio, ma non sinallagmatico.

Fatta questa sommaria ma opportuna ricostruzione, è doveroso chiedersi "*où on en est*" in un momento come quello che si sta vivendo, caratterizzato non solo da molteplici fratture e ricomposizioni del sistema politico ma altresì dall'impatto drammatico e doloroso di una pandemia globale. I precari equilibri e le molteplici trasformazioni che stanno contraddistinguendo la XVIII legislatura hanno portato alla creazione o alla distruzione di convenzioni costituzionali?[40]

Dovendo procedere in maniera erratica e senza pretese di esaustività, è possibile rilevare che l'emersione di un assetto politico tendenzialmente tripolare ha prodotto nuove conseguenze, innanzitutto, sul fronte del funzionamento interno delle Camere. Un esempio è la convenzione sull'elezione del Presidenti d'Assemblea: sviluppatasi a partire dalla VII legislatura, essa aveva portato alla designazione di personalità appartenenti all'opposizione. Alla volta della XII legislatura, invece, il venir meno delle

---

[35] Infatti, A. RUGGERI, *Note sparse per uno studio sulle transizioni di rilievo costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, 63, distingue fra continuità dei valori e discontinuità delle regole organizzative.

[36] In tal senso, ad esempio, R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006, XI, afferma che «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 iure condendo*, al fine di stabilizzare la forma di governo e migliorare la sua funzionalizzazione alla forma di stato democratica».

[37] Cfr. P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Parigi, 1997, 4, che mette in rilievo come il senso di un testo non preesiste alla sua applicazione pratica, ma va interpretato secondo il paradigma politico esistente.

[38] Si spiega, così, la definizione di T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed., Milano, 2010, 72, per cui le convenzioni sono «regole di condotta che disciplinano l'esercizio delle competenze costituzionali o un temporaneo assetto dello stesso ordine costituzionale, stabilite in seguito ad un accordo, espresso o tacito, stipulato a livello costituzionale fra gli operatori politici».

[39] Così, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2003, 51.

[40] In termini analoghi, anche i quesiti posti nell'editoriale di B. CARAVITA, *I Governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 5/2019, 5, che parla dei primi diciotto mesi della XVIII legislatura come di un «laboratorio in cui sono potute esaminare le dinamiche costituzionali italiane, verificando dal vivo la tenuta delle regole, scritte o consuetudinarie».

ragioni politiche che la sorreggevano ha condotto a una modifica della convenzione, imponendo un ritorno alla "presidenza di maggioranza" analogo alla prima fase della storia repubblicana[41]. Dal 2013, si è potuta registrare un'ulteriore trasformazione della regola cosicché l'aggiudicazione della seconda e terza carica dello Stato è toccata a due "neofiti" della politica[42]. Nel 2018, infine, l'elezione è avvenuta prima della formazione di uno stabile assetto governativo e, come è noto, la presidenza del Senato è stata attribuita a una parlamentare di Forza Italia: una sorta di compensazione per la "*conventio ad excludendum*" provocata dal *caveat* del Movimento 5 Stelle al suo ingresso nel governo. L'attribuzione della presidenza del Senato, dunque, avrebbe dovuto costituire un risarcimento con lo scopo dichiarato di ottenere la "non opposizione" di Forza Italia alla costituzione di un esecutivo che avrebbe intaccato la compattezza dello schieramento di centrodestra[43].

Se in apertura sono stati sommariamente ricordati i cambiamenti sul sistema delle fonti, dovuti all'emergenza pandemica, va segnalata altresì una tendenza sul piano più procedurale, in atto da maggior tempo e culminata, di recente, con la pronuncia n. 17/2019 della Corte costituzionale. Il riferimento è alla prassi di "accelerazione" nell'*iter* dei disegni di legge finanziaria mediante l'apposizione di maxi-emendamenti abbinati a questioni di fiducia, tale da non escludere compressioni anche *patologiche* dei tempi parlamentari che inficiano la conoscibilità dei testi legislativi in fase di discussione. Tale prassi non è sembrata giustiziabile dalla Corte se non quando fosse integrato il (controverso) criterio della "violazione manifesta" delle prerogative costituzionali[44]. Inoltre, le modifiche regolamentari del 20 dicembre 2017, che avrebbero inserito nuovi commi all'art. 161 delle regole di procedura del Senato, paiono aver mitigato alcuni meno ovvi profili di contrarietà legati all'uso della fiducia come atto di indirizzo del governo[45].

Ma è sul fronte del procedimento di formazione dell'esecutivo che si sono riscontrate le innovazioni di maggiore importanza. Le vicende legate alla gestazione del primo governo Conte, ad esempio, sono ascrivibili al «dissolversi delle norme convenzionali sulla formazione e sulla delimitazione delle coalizioni», un «effetto

---

[41] Cfr. M. MANETTI, *Le modalità di elezione e i poteri di nomina. La drammatica assenza di nuove regole per il ruolo dei Presidenti*, in *ARSAE, Le trasformazioni del ruolo dei Presidenti delle Camere, Il Filangieri. Quaderno 2012-2013*, Napoli, 2013, 165 ss. secondo cui la convenzione in questione non rappresentava l'affermazione di una regola alternativa bensì una vera e propria violazione della prassi.

[42] Condivisibile, pertanto, l'analisi delle vicende effettuata da G. GRASSO, *Convenzioni costituzionali*, cit., 9.

[43] Ciò confermerebbe ulteriormente le difficoltà nella costituzione del primo governo della XVIII legislatura, le quali, tra l'altro, come sottolinea G. GRASSO, *Convenzioni costituzionali*, cit., 9, avrebbero portato ad una «lunga e anomala *prorogatio*, che ha ripetuto uno schema già impiegato con il Governo Monti».

[44] Tra gli innumerevoli commenti, in funzione critica, C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle "violazioni manifeste" nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019, 7.

[45] Profili esaminati in G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Napoli, 2018, spec.118. Sull'art. 161 Reg. Senato, cfr. N. LUPO, *La riforma del 20 dicembre 2017 del (solo) regolamento del Senato, nella faticosa ricerca di un'omogeneità regolamentare tra i due rami del Parlamento*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4/2017, 33.

distruttivo della legge n. 165 del 2017»[46]. L'evocativa immagine suggerita da Staiano - di aggregati di partiti simili più a «cartelli elettorali» invece che a coalizioni - sta a significare non solo, o non soltanto, l'estemporaneità di certe formule di governo, ma anche la loro precarietà. Tali caratteristiche risulterebbero già provate dalla circostanza che, al momento in cui si scrive, si sono succeduti tre diversi governi.

La mancata razionalizzazione che si auspicava potesse derivare dalla legge elettorale ha facilitato il *redde rationem* dei fatti sul diritto: così, dunque, si può interpretare la curiosa ascesa alla ribalta del "contratto per il Governo del cambiamento", proposto per sugellare la richiesta di fiducia alle Camere del primo Governo Conte[47]. Tale contratto prenegoziato potrebbe voler documentare l'inizio di un'estromissione del Parlamento dalla relazione fiduciaria, che sembra spostarsi sempre più *extra moenia.* Le assemblee, infatti, sono state chiamate a ratificare non tanto il programma in sé quanto la propria simbolica "sopravvivenza", poiché l'assenza di intesa avrebbe quasi certamente condotto ad uno scioglimento anticipato, come ventilato da Mattarella.

In tale vicenda, il rapporto fiduciario si è risolto in un atto dovuto, come di deferenza alle segreterie dei partiti impegnate nei negoziati. Con la novità che, rispetto al passato, tali negoziati non sono più stati condotti "nel segreto dei palazzi", ma sono stati "sbandierati" attraverso i profili social e i mezzi di comunicazione informatici. Si è, così, potuta rivendicare una sostanziale patina di democraticità, essendo l'operazione sancita dal parziale beneplacito popolare derivante dalla votazione on-line sulla piattaforma Rousseau[48].

Dalla forma inedita del "cartello elettorale" del primo governo Conte derivano, inoltre, altri due peculiari materiali fattuali inerenti all'organizzazione interna dell'esecutivo.

Il primo elemento è consistito nell'affiancamento del Presidente del Consiglio da due Vicepresidenti, *leader* di partito e titolari di dicasteri "pesanti", sintomo dell'indebolimento della figura presidenziale, relegata a svolgere un ruolo inedito di mediazione fra le parti[49]. È stato singolare, oltre alla costituzione di questo *triumvirato*, poi, un secondo elemento fattuale, coincidente con il clamore derivato dal rifiuto della proposta di designazione a Ministro dell'Economia del prof. Paolo Savona: il "veto" posto dal Presidente Mattarella, motivato dall'inopportunità politica di tale scelta per

[46] In questi termini, S. STAIANO, *La forma di governo italiana*, cit., 7.

[47] Cfr. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo*. *Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020, 150. Sulla figura del contratto come strumento per sugellare in maniera convenzionale le volontà di due o più movimenti politici, v. il recente lavoro di A. CARIOLA, *Di contratti e convenzioni costituzionali, ma anche di loro giustiziabilità*, in *Diritti fondamentali*, 1/2021, 400 e ss.

[48] Cfr. B. CARAVITA, *I Governi Conte*, cit., 11, che si chiede se «in termini di diritto costituzionale» la consultazione effettuata sulla piattaforma Rousseau rappresenti più una modalità attuativa dell'art. 49 Cost. quanto al requisito del metodo democratico, ovvero inerisca in qualche modo al circuito politico delineato dagli artt. 92-94 Cost.

[49] A tal fine, G. CAVAGGION, *La formazione del governo*, cit., 250, parla di "commissariamento" del Presidente del Consiglio. Sull'«inedita centralità» dei Vicepresidenti e per una ricostruzione in chiave storica della prassi sui Vicepresidenti, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Vicepresidenti o Co-Presidenti del Consiglio? Alcune notazioni sparse su una carica controversa*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2019, 369 ss. che conclude con una sottolineatura sull'inadeguatezza della previsione di cui all'art. 8, l. n. 400/1988.

via delle posizioni euroscettiche espresse dal candidato Ministro, ha fatto assumere rilevanza alla necessità di rassicurare gli «operatori economici e finanziari» e al rischio di «impennata dello spread»[50], rendendo i mercati e l'Unione Europea fattori esogeni di rilievo da tenere in conto nel procedimento di formazione di un nuovo governo[51]. Si è detto, anzi, che nel nostro ordinamento si sarebbe instaurato "per fatti concludenti" un principio di *Europafreundlichkeit* che escluderebbe dalla designabilità a Ministri personalità con esso incompatibili[52].

In quest'ottica, sembra essersi stabilizzata la convenzione che vuole che l'assegnazione della carica di Ministro dell'Economia vada a una figura tecnica e imparziale. L'eccezione del Ministro Gualtieri, personalità non propriamente tecnica ma a pieno titolo politica, indicato in occasione del secondo governo Conte, non fa che confermare la regola se si considera il suo ruolo, come europarlamentare, di Presidente della Commissione per i problemi economici e monetari: si è affermata, dunque, la tendenza del Quirinale a porre una "speciale attenzione" sulla scelta della persona cui verrà affidata tale carica, che dovrà godere della fiducia delle istituzioni europee. La particolare considerazione si giustifica per il fatto che il Ministro dell'Economia sta assumendo un peso sempre maggiore a causa dei vincoli alla politica economica e di bilancio derivanti dall'UE (dai criteri di Maastricht al *Two pack* e al *Six Pack*, per fare degli esempi) e da accordi intergovernativi che coinvolgono soggetti parzialmente non coincidenti con gli Stati Membri UE, come il Patto di Stabilità e Crescita, il Patto *Euro Plus* e il Patto di bilancio europeo. La partecipazione del Ministro dell'Economia all'ECOFIN e all'Eurogruppo e l'importanza delle scelte che egli è chiamato a prendere hanno accresciuto il prestigio della carica. Anche nel governo Draghi, pertanto, si è riconfermata questa convenzione, essendo nominato a Ministro dell'Economia Daniele Franco, già direttore generale della Banca d'Italia.

---

[50] Così, dichiara, infatti, il Presidente Mattarella nel comunicato emesso il 27 maggio 2018, in occasione della formazione del primo Governo Conte, reperibile online su www.quirinale.it/elementi/1345: «Avevo fatto presente […] senza ricevere obiezioni che, per alcuni ministeri, avrei esercitato un'attenzione particolarmente alta sulle scelte da compiere […] Ho condiviso e accettato tutte le proposte per i ministri, tranne quella del ministro dell'Economia. La designazione del ministro dell'Economia costituisce sempre un messaggio immediato, di fiducia o di allarme, per gli operatori economici e finanziari. Ho chiesto, per quel ministero, l'indicazione di un autorevole esponente politico della maggioranza, coerente con l'accordo di programma». Vedi, inoltre, quanto già detto in precedenza rispetto ai cambiamenti nel ruolo del Quirinale.

[51] Per V. BALDINI, *Il veto assoluto alla nomina di un ministro e la formazione del governo del Presidente: uno sbrego della Costituzione?*, in *Diritti fondamentali*, 1/2018, 8, il rifiuto del Capo dello Stato «integra una vera e propria *Verfassungsdurchbrechung*, termine con cui la giuspubblicistica tedesca allude al realizzarsi di una divaricazione ("*Abweichung*") dal testo costituzionale in un caso specifico ("*im Einzelfall*"), ponendolo in contrapposizione tanto con una revisione formale della Costituzione *Verfassungänderung*), quanto con la "trasformazione costituzionale" (*Verfassungswandel*)». G. GRASSO, *Intervento al Seminario "Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali"*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 2. Cfr. anche il *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2018, 974 ss. e AA.VV., *Il Forum. La intricata vicenda della formazione del Governo Conte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018. La dottrina di scuola fiorentina, su iniziativa di Paolo Barile, invece, ha pubblicamente appoggiato con una lettera la posizione del Presidente della Repubblica. Analogamente, A. MORRONE, *Governo di cambiamento*, in *Federalismi.it*, 12/2018, 10.

[52] Così, A. MANGIA, *Moti della Costituzione*, cit., 92.

Se nell'esecutivo guidato da Draghi, poi, non si sono ripresentate le condizioni per una struttura di governo di tipo triumvirale, la pandemia ha rappresentato la premessa per una circostanza straordinaria: la costituzione di un governo di unità nazionale che gode di una maggioranza quasi "ecumenica", poiché un solo partito (Fratelli d'Italia) si è schierato apertamente all'opposizione[53]. Questo lascia aperto l'interrogativo delle presidenze degli organi parlamentari che per prassi spettano all'opposizione[54]: il COPASIR, la cui modalità di attribuzione della presidenza, basata su una norma convenzionale, è recepita in una norma di legge; la Commissione di Vigilanza RAI; la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato; la Giunta delle elezioni e la Giunta per le autorizzazioni della Camera; infine va considerato anche il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati che, secondo la legge, deve avere una composizione che rappresenti paritariamente maggioranza e opposizioni.

Con riguardo alla fase iniziale di formazione del governo, va rilevato il rafforzamento della rilevanza delle *consultazioni del Presidente del Consiglio incaricato* come strumento utile a fornire un supplemento di legittimazione politica a quest'ultimo. Sperimentate in caso di formazione di governi "infralegislatura", a formula politica ampia e tendenzialmente con prevalenza di personalità tecniche, esse si sono dimostrate vantaggiose ai fini dell'instaurazione di un dialogo preventivo con le parti chiamate a formare l'esecutivo di larghe intese.

Va rimarcata altresì la pubblicità data ai singoli passaggi istituzionali, come ad innovare la prassi precedente, rispetto alla quale le interlocuzioni fra le varie parti politiche erano caratterizzate da una relativa opacità. L'integrazione convenzionale e consuetudinaria delle norme sulla formazione del governo sembrerebbe aver segnato il superamento del potere di proposta dei ministri *ex* art. 92, c. 2, Cost.: qualora il presidente incaricato provenga da ambienti esterni al circuito politico, sembra quasi che gli venga implicitamente richiesto di aderire alle dinamiche di governo esistenti. Resta da verificare se queste premesse implichino una marginalizzazione del futuro Presidente ovvero se, in nome della "neutralità politica", siano il preludio di una sorta di inedito abbinamento alla Presidenza della Repubblica, facendo assurgere il ruolo del Presidente del Consiglio da *primus inter pares* a *primus…* "*super partes*"[55]. In ogni caso, questo sta a segnalare ancora una volta la labilità del sistema convenzionale in materia.

---

[53] Secondo N. LUPO, *Un governo"tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Federalismi.it*, 8/2021, 140, questo sarebbe dipeso dalla «volontà di essere tutti coinvolti nella decisione sul riparto dei fondi del Next Generation EU».

[54] Per una rapida notazione v. S. CURRERI, *"Super-maggioranze" e "super-opposizioni"*, in *laCostituzione.info*, 14 febbraio 2021, che richiama il precedente dell'on. D'Alema, presidente del Copasir, il quale, per ragioni di correttezza, rassegnò le proprie dimissioni all'atto della costituzione del governo Monti, essendoci anche allora un solo partito all'opposizione (la Lega Nord). Tra l'altro, al momento in cui si scrive sono in corso contestazioni sulla attuale presidenza del Copasir, ancora detenuta dall'on. Volpi della Lega ma reclamata dall'unico partito all'opposizione, Fratelli d'Italia. Cfr. la lettera-appello firmata da 40 costituzionalisti e rivolta ai Presidenti delle Camere per la rideterminazione dell'incarico in base ai nuovi equilibri del governo Draghi. Redazione Ansa, *Copasir: lettera costituzionalisti, pres. Camere intervengano*, in *www.ansa.it*, 21 aprile 2021; A. LAURO, *Copasir: la via del conflitto tra poteri*, in *laCostituzione.info*, 22 aprile 2021, nonché S. CURRERI, *Quel che i Presidenti delle Camere non dicono all'on. Raffaele Volpi*, in *laCostituzione.info*, 8 aprile 2021.

[55] Sul punto, cfr. Y.M. CITINO, *Dietro al testo*, cit., 240.

A fronte di questo "vuoto" di regole di razionalizzazione, per riprendere l'immagine suggerita da Staiano, si assiste perciò ad una vigorosa ripresa del ruolo di reggitore dello Stato del Presidente della Repubblica[56]. Dismesse le vesti schmittiane di custode discreto della Costituzione, egli si vede potenziate alcune delle sue funzioni più sostantive[57]. L'aumento della frequenza e della rilevanza degli atti di esternazione informale è il segno più evidente della necessità di assecondare quel percorso di incrementale mediatizzazione della politica. Giustamente, Cesare Pinelli ha messo bene in evidenza come la fine della "riservatezza" che un tempo ammantava la figura del Capo dello Stato sia indice di un profondo cambiamento in corso nella forma di governo[58].

In un contesto di mediatizzazione e talvolta, si osi dire, "spettacolarizzazione" dei processi politici, è individuabile una tendenza del Presidente della Repubblica a "ricordare" le motivazioni che sorreggono l'esercizio di alcune facoltà spettantigli di diritto. Se, da un lato, si tratta certamente di una prassi desiderabile, dall'altro lato rischia di porre ogni atto presidenziale "sulla graticola" della sindacabilità, facendo esternare posizioni che potrebbero dar luogo a un vero e proprio "indirizzo politico presidenziale". Si ricordino, a tal fine, le inconsuete dichiarazioni del Presidente Mattarella in occasione del conferimento dell'incarico al prof. Mario Draghi, in cui si avvertiva che, in seguito all'esito negativo del mandato esplorativo affidato al Presidente della Camera, egli avrebbe valutato di compiere una scelta tra due alternative, o le elezioni anticipate, ritenute tuttavia poco opportune, ovvero «dare, immediatamente, vita a un nuovo Governo»[59]. Per fare ciò, si raccomandava alle forze politiche di conferire la fiducia a un «Governo di alto profilo, che non debba identificarsi con alcuna formula politica»[60].

---

[56] Come illustra N. LUPO, *Un governo"tecnico-politico"?*, cit., 139, l'impulso proveniente dal Presidente della Repubblica è una delle tre "costanti" che caratterizzano anche i precedenti esecutivi tecnici a guida di Ciampi, Dini e Monti. Le altre due sarebbero la «durata limitata» e «l'ampio consenso parlamentare».

[57] Cfr., per esempio, E. FURNO, *Il Presidente della Repubblica al tempo della crisi*, Napoli, 2021; A. RUGGERI (a cura di), *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, Torino, 2011; O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010.

[58] C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018, 9.

[59] Dal Comunicato, difatti, si evincono una serie di emergenze che sconsiglierebbero di sciogliere anticipatamente le Camere. Al contempo, i tempi tecnici che occorrono per avere un governo pienamente funzionale sarebbero troppo lunghi in un «momento cruciale per le sorti dell'Italia» visto che andrebbe presentato un «piano per l'utilizzo dei grandi fondi europei». Da qui, la netta scelta di campo del Presidente della Repubblica. Secondo M. VILLONE, *La strada migliore per rendere Renzi irrilevante*, in *Il Manifesto*, 4 febbraio 2021, le esternazioni di Mattarella sono anche e soprattutto una «questione di sostanza».

[60] Cfr. *Comunicato del Presidente Mattarella del 2 febbraio 2021*, disponibile in *www.quirinale.it*. Anche in questo caso, peraltro, il Presidente sembra aver "detto troppo": il riferimento a un governo tecnico "di alto profilo" fa intendere che, in una situazione simile, un governo "politico" rischierebbe di essere, al contrario, "di basso profilo". Sul tema, un commento di A. D'ANDREA, *Governo Draghi e sopravvivenza della politica*, in *laCostituzione.info*, 10 febbraio 2021, che afferma che «a voler ben pensare, in effetti, il "Governo dei migliori" o qualcosa di simile non è solo un'utopia legittimamente desiderabile per il proprio Paese, ma anche una astrusa prospettiva istituzionale nel tempo del costituzionalismo democratico».

Un altro fronte che, convenzionalmente, sarebbe andato modificandosi in maniera evidente *anche* per effetto della pandemia, è quello dei rapporti Stato-Regioni: basti ricordare il controllo della spesa pubblica conseguente alle politiche di bilancio in periodo d'emergenza; la scarsa leva fiscale delle autonomie territoriali, resa ancora meno efficace dalla diminuzione delle entrate tributarie conseguente all'emergenza epidemiologica; il riaccentramento *de facto* di certe attribuzioni causato, ad esempio, dall'adozione delle cd. linee guida Covid statali[61]. Si pensi, inoltre, all'uso "normalizzato", frequente e, pertanto, problematico del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost., specialmente in ambito sanitario, a tutela dei livelli essenziali delle prestazioni o sempre per motivi di risanamento finanziario[62]. O ancora si consideri la curatela statale cui le Regioni sembrano essere state sottoposte ai fini del coordinamento delle misure di gestione dell'emergenza e al conseguente contenzioso sorto dai colpi di coda regionali (e locali) nel tentativo di affrancarsi dalle politiche statali per mezzo di ordinanze contingibili e urgenti o altri atti di autogoverno[63].

Le scelte in materia di bilancio, tra l'altro, rappresentano l'intersezione fra due piani fondamentali del diritto costituzionale: quello della forma di governo, visto che richiedono l'attivazione dei meccanismi del circuito Legislativo-Esecutivo, e quello dei diritti fondamentali, poiché ogni decisione relativa all'allocazione delle risorse incide sul godimento di taluni diritti, come quelli sociali, che richiedono non solo la predisposizione di mezzi e risorse ma anche la fornitura di prestazioni effettive da parte dello Stato e degli enti locali[64]. Diritti che in tempo di pandemia rivestono una funzione di protezione dell'individuo dalla rilevanza accresciuta, bilanciando gli effetti delle limitazioni all'esercizio di talune attività economiche imposte dallo Stato a motivo di contenimento dei contagi.

Inoltre, ai due piani suddetti vanno aggiunti quegli elementi esterni, menzionati in apertura, e consistenti: a) nell'Unione Europea che, attraverso la penetrante vigilanza della Commissione, incide pesantemente sulla discrezionalità di bilancio di ciascuno Stato, di fatto annullandola; b) nei fattori di destabilizzazione provenienti dal mondo della finanza globale, in particolare nel ruolo dei mercati e delle agenzie di rating, che, date le forti capacità di penetrazione negli ambienti politici interni, si sono mostrati capaci di condizionare fasi delicate come quelle delle elezioni politiche, del

[61] A. FONZI, *Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e regioni. Principio autonomistico versus accentramento delle funzioni nel "regionalismo dell'emergenza*, in *Corti Supreme e Salute*, 3/2020, 684.

[62] I CIOLLI, *Poteri sostitutivi statali, piani di rientro e vincoli di bilancio in materia sanitaria. Tra disuguaglianze e tentativi di emarginazione della decisione politica*, in *Diritti Regionali*, 1/2021, 44, per cui l'esercizio in concreto del potere costituirebbe un atto di indirizzo politico del legislatore centrale che esautora ripetutamente gli organi di governo regionali.

[63] Tutti temi diffusamente trattati dalla più recente letteratura.

[64] M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 6, che, ricordando i termini tradizionali del rapporto tra ricchezza e povertà, ripercorre i "paradigmi di riferimento" dei tribunali costituzionali al cospetto con i diritti sociali.

procedimento di ottenimento della fiducia di un nuovo esecutivo, nonché delle crisi politico-istituzionali[65].

4. *Il posto della consuetudine costituzionale nella forma di governo*

La compresenza di convenzioni e consuetudini nella forma di governo non agevola la collocazione di un netto confine fra i due fenomeni[66]. A livello teorico, infatti, bisogna riconoscere il peculiare rapporto di continuità: più le convenzioni si allontanano dalla volontà dei loro autori e dalle circostanze contingenti in cui sono sorte, più esse si spersonalizzano, diventando idonee a trasformarsi in consuetudini. Il fattore temporale, quindi, sarebbe cruciale ma nessun autore si è spinto, giustamente, ad azzardare una sua quantificazione: sono gli equilibri determinati dalle forze politiche a decidere di volta in volta la sorte delle regole.

In ogni caso, la presenza di una fattualità più consuetudinaria che convenzionale potrebbe indicare una maggiore sedimentazione delle regole di origine politica. Ma può anche significare un incremento della rigidità della forma di governo, poiché se le convenzioni possono essere trasgredite o abolite da un nuovo accordo convenzionale, al contrario le consuetudini sono svincolate dalla persistenza di una volontà ad applicarle e quindi una condotta divergente sarà percepita come una violazione, ma non potrà produrre la decadenza o l'espunzione della regola[67].

Occorre qui fare qualche precisazione: si suole, infatti, parlare di consuetudini *secundum legem*, avendo a mente quelle regole non scritte che, rendendo più agevole l'attuazione della Costituzione, si pongono in una posizione di accessorietà o strumentalità. Un esempio è dato dagli istituti relativi al procedimento di formazione del governo: le consultazioni, l'incarico in via orale, l'accettazione con riserva, il mandato esplorativo e così via. Di essi non si fa menzione nelle scarne disposizioni della nostra Carta ma fanno parte a pieno titolo della procedura[68].

Più sottile è l'individuazione di consuetudini che siano meramente negative, intese non già come una ripetizione di una condotta costante e uniforme nel tempo quanto, piuttosto, come la ripetuta omissione di essa. Si pensi, allora, alla regola secondo cui, in caso di crisi di governo, il Capo dello Stato si astiene dall'indire

---

[65] Sul tema, cfr. G. GRASSO, *Agenzie di rating e impatto sulle sovranità*, in *Consulta Online*, 2/2016, 280 ss.; 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 ss.

[66] Cfr. L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 678-9, per il quale l'operazione sarebbe impossibile in radice. Distinguere la consuetudine da una convenzione in virtù della sua presunta obbligatorietà non sarebbe che una petizione di principio. Le due categorie sono, per l'autore, accomunate da un carattere essenziale: «discendono entrambe da norme giuridiche implicite nella Costituzione ovvero dai principi generali del sistema».

[67] Cfr. C. PIOVANI, *Il significato del principio dell'effettività*, Milano, 1953, 37 ss. e C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale* [1962], in D. NOCILLA (a cura di), *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 312.

[68] Secondo G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, 166, queste consuetudini si porrebbero rispetto alla Costituzione nello stesso modo con cui il regolamento di esecuzione si pone rispetto alla legge ordinaria.

immediatamente nuove elezioni se è in grado di trovare una nuova maggioranza in seno alle Camere[69]. In questo caso, non vale il criterio tradizionale della *diuturnitas*. La differenza, rispetto alle consuetudini classiche, risiederebbe in un aggravamento del requisito temporale e in una discontinuità nei precedenti. Di recente, è rilevabile come alla consuetudine negativa appena tratta in esempio si sia abbinata la prassi dell'avvisaglia del ricorso ad elezioni anticipate da parte del Presidente della Repubblica, come mezzo per ricompattare forze politiche riottose[70].

È stato notato, peraltro, come non sempre una consuetudine riposi sulla convinzione o credenza di *dover* porre in essere una certa condotta. In altre parole, a volte il fatto emerge non già da una situazione di obbligo, bensì di potere. Si è parlato, in questo caso, di consuetudini cd. secondarie o di competenza[71], che non richiedono che un comportamento sia qualificabile come doveroso, limitandosi ad agevolare la distribuzione di competenze e attribuzioni fra determinati organi dello Stato (un classico esempio sono le regole in materia di questione di fiducia).

Come giustamente rilevato[72], essendo l'esercizio di un potere una prerogativa di un preciso organo, non è detto che quest'ultimo debba per forza esercitarlo. Anche in questo caso, il requisito della ripetizione andrebbe minimizzato rispetto alla teoria classica della consuetudine, perché potrebbe essere intermittente o discontinuo. L'unico modo per assecondare i criteri tradizionali sarebbe attraverso un'inversione logica della regola. Infatti, alla facoltà di esercitare un determinato potere corrisponde, dall'altro lato, un obbligo di astenersi dal compiere qualunque attività che osti all'esercizio del potere stesso o che ne renda difficoltoso l'esercizio. E allora, seguendo l'esempio precedente, si può riformulare il potere di porre la questione di fiducia con il corrispondente dovere del presidente dell'Assemblea di consentire la discussione e le dichiarazioni di voto sulla mozione[73].

Per quanto riguarda, poi, le consuetudini integrative, o *praeter Constitutionem* – intese come fonti che arricchiscono il contenuto di disposizioni che, per oggettiva difficoltà tecnica o per opportunità politica, non contengono una regolamentazione esaustiva di una data fattispecie[74] – va detto che la loro ammissibilità è da sempre al

[69] Sul punto, anche N. LUPO, *Il Governo*, cit., 182.

[70] A ciò si potrebbe aggiungere quanto sottolineato ancora una volta da N. LUPO, *Il Governo*, cit., 183, per cui esisterebbe «un divieto, sorto in via convenzionale, se non addirittura consuetudinaria, nel senso di impedire la formazione di un governo con un supporto parlamentare diametralmente opposto a quello della coalizione uscita vincitrice dalle elezioni politiche».

[71] G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., 45, che illustra in maniera approfondita il loro fondamento.

[72] G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., 46.

[73] Seguendo l'intuizione di G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine*, cit., 48, si può richiamare quanto specificato dall'autore che, nell'esempio in questione, enuclea due proposizioni che devono essere contestualmente valide affinché si possa prospettare l'affermazione, in capo all'organo assembleare, del potere di porre la questione di fiducia: a) in occasione delle passate votazioni sulla questione di fiducia non si devono essere constatati comportamenti impeditivi in tal senso e b) ogni volta che la votazione sulla fiducia è passata, si sono avute le dimissioni dell'organo esecutivo.

[74] V., a tal proposito, A. BARBERA, *Intorno alla prassi*, in A. BARBERA e T.F. GIUPPONI (a cura di), *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, 12, il quale, dopo aver formulato una nozione di convenzione diversa da quella concepita dalla dottrina anglosassone, produce, come esempi, il rimpasto in quanto alternativa alla crisi, l'introduzione in via consuetudinaria di figure quali il Vicepresidente del

centro di aspre contestazioni[75]. Andando a restringere il fascio applicativo di una norma, tali consuetudini andrebbero a limitare eventuali possibili adattamenti di significato andando contro le intenzioni dei Costituenti. Con specifico riguardo alla forma di governo, però, è stato argomentato anche che avendo la Costituzione fornito poche norme e pochi principi, deve ammettersi un'eterointegrazione attraverso norme non scritte, come frutto del naturale processo di applicazione dei principi stessi. Se le consuetudini non potessero operare in questo senso, dovrebbe ammettersi una riduzione della portata operativa della Costituzione[76]. Così, dunque, la pratica che vuole che la designazione delle personalità da proporre come Ministri non sia frutto di una iniziativa esclusiva del Presidente del Consiglio incaricato, bensì scaturisca dalle indicazioni dei vari movimenti politici, può essere vista al contempo come una violazione o come una specifica modalità di applicazione dell'art. 92 Cost., a seconda del punto di vista.

Sembrano esserci meno problemi sulle consuetudini cd. interpretative, in virtù delle quali la ripetizione di un fatto stabilizza uno solo dei tanti possibili significati di una norma costituzionale[77]. Anche qui, a buon diritto, si andrebbe a ridurre la portata precettiva di un articolo ma, trattandosi solo di un'interpretazione, essa non può realmente vincolare nessuno, men che meno la Corte costituzionale. Certo, è ben possibile che, a supporto del proprio giudizio, il giudice delle leggi ricorra al sussidio di una consuetudine interpretativa, come è avvenuto nel caso della sentenza n. 129/1981, fondata su «vere e proprie consuetudini costituzionali» in materia di immunità contabile[78]. Ma ci sono ipotesi in cui la Corte potrebbe non avere mai l'occasione di pronunciarsi, come per la consuetudine interpretativa dell'art. 59, 2 co., Cost., in merito alla nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica. Una consuetudine dalle vicende "tormentate"[79], ora codificata dalla riforma costituzionale in

---

consiglio o i Ministri senza portafoglio, l'istituzione di Commissioni bicamerali con funzioni consultive e altro ancora.

[75] Cfr. A. TESAURO, *La consuetudine costituzionale e le norme di correttezza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 498, che ritiene ammissibile la consuetudine integrativa nell'ordinamento statutario, ma non nell'attuale ordinamento italiano, poiché quest'ultimo, improntato ad una Costituzione rigida, e non più flessibile, può ammettere consuetudini solo come "attività di esecuzione": esse possono operare in tal modo al pari della legge, con esclusione delle materie riservate ad essa. Analogamente, S. TOSI, *Modificazioni tacite*, cit., 60, precisa che eventuali consuetudini possono al massimo dare attuazione alla Costituzione, ma mai integrarla, a pena di non voler forzare la rigidità con un concetto eccessivo di elasticità. Di opinione opposta, M. CAVINO, *Appunti per una riflessione*, cit., 110 che, tra l'altro, distingue le consuetudini integrative dalle consuetudini "integrate", essendo, queste ultime, regole esterne al nostro ordinamento ma da esso richiamate mediante rinvio.

[76] O addirittura, secondo M. CAVINO, *Appunti per una riflessione*, cit., 111, una «riduzione della sua efficacia come strumento di regolazione delle decisioni politiche».

[77] Cfr. il classico di A. PIZZORUSSO, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 3 ss.

[78] Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale in tema di prassi, convenzioni e consuetudini cfr. P. CARNEVALE, *A Corte… così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2014, 431 ss. e Y.M. CITINO, *Dietro al testo*, cit., 93 ss.

[79] Basti ricordare la violazione commessa dal Presidente Sandro Pertini che, avvalendosi di un'interpretazione estensiva del disposto costituzionale, scelse di designare due ulteriori senatori a vita, malgrado il Senato ne comprendesse già cinque. Sul punto, v. F. MODUGNO, *Noterelle (anacronistiche?) sull'interpretazione dell'art. 59, 2° comma, della Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, 671 ss.,

materia di riduzione del numero dei parlamentari, che ha modificato il suddetto comma chiarendo che il numero complessivo dei senatori in carica «non può in alcun caso essere superiore a cinque»[80].

In un contesto come il nostro, profondamente inciso dall'emergenza pandemica, il sistema delle consuetudini può essere investito da un duplice e potenzialmente confliggente ordine di fenomeni: da un lato, esso è chiamato ad operare come un baluardo a presidio di inveterate procedure costituzionali, impedendo che siano travolte e distrutte dalla piena della fiumana emergenziale; dall'altro lato, esso deve mostrarsi duttile e accondiscendente, pronto a "cedere" alle ragioni impellenti e, si spera, passeggere della crisi da Covid-19.

5. *Il substrato politico e l'auspicio di una normalizzazione della vita costituzionale*

Le considerazioni sinora svolte ambiscono ad evidenziare un importante passaggio: mentre l'esistenza di formule solenni e di precetti scritti è, nelle Costituzioni moderne, il segno tangibile della volontà razionalizzatrice, lo sviluppo di materiali fattuali costituzionali dimostra che il tentativo di tratteggiare un idealtipo di una forma di governo, che si mantenga funzionale, non riesce a distaccarsi dalla prismatica realtà del potere, il quale a sua volta è condizionato da congiunture storiche imprevedibili e immodificabili. Non è possibile operare una *reductio ad unum* delle mille possibili maniere in cui il sistema politico è chiamato ad operare dinanzi a certi significativi eventi. Parlare di materiali e di fatti, allora, significa "accogliere" la storia nel diritto e celebrare tutte le sfaccettature della Costituzione.

La razionalizzazione "debole" del sistema italiano[81] ha operato alla stregua di una «fattispecie a formazione progressiva»[82], poiché il fatto ha spesso preceduto il diritto e quest'ultimo si è trovato a dover «legalizzare le trasformazioni avvenute sotto la spinta degli avvenimenti o di un lento, implacabile processo di assestamento»[83]. I partiti

[80] Per una analisi dei termini dell'annosa controversia interpretativa, v. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 1/2011, 18 ss. La riforma costituzionale Renzi-Boschi, invece, ambiva ad abolire la carica dei senatori a vita, attribuendo alle cinque personalità prescelte dal Presidente della Repubblica un mandato della durata massima di sette anni. Sul punto, G. RIVOSECCHI, *I Senatori di nomina presidenziale nella legge costituzionale approvata dal Parlamento*, in *Federalismi.it*, 10/2016, 2-19. Si può, peraltro, aggiungere che la ricostruzione del potere presidenziale di nomina dei senatori a vita si avvale di un'ulteriore consuetudine, secondo la quale spetterebbe al Presidente della Repubblica in maniera esclusiva la scelta delle personalità da designare, essendo un'eventuale partecipazione dell'esecutivo diversa dalla mera apposizione formale della controfirma una forma illegittima di interferenza.

[81] Abbastanza condivisa, infatti, è l'idea che la Costituzione scritta sia stata redatta appositamente in modo incompleto «in nome del principio dell'autonomia politica o della libera articolazione del Governo». Così, L. PALADIN, *Governo italiano*, cit., 676. Da ultimo, G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 54.

[82] Così, S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti*, cit., 7.

[83] Così, G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, I, Padova, 1936, 416.

politici, come è stato ampiamente dimostrato da una vasta letteratura[84], sono stati i principali fattori a "riempire di contenuti" le formule astratte delle Costituzioni[85] e lo hanno fatto, perciò, anche avvalendosi dell'opportunità di introdurre regole nuove mediante lo strumento convenzionale[86]. La pandemia non ha spazzato via questo stato delle cose: in certi casi, lo ha semplicemente "sospeso", nell'attesa che l'emergenza rientri e che la vita costituzionale si normalizzi; in altri casi, lo ha "compenetrato", provocando alterazioni irreversibili che si sono innervate subdolamente e inconsciamente nello stesso modo di vedere del costituzionalista.

Le vicende legate all'ultima legislatura italiana non sembrano, del resto, falsificare tali congetture. La variante emergenziale ha operato, da un lato, *sul* sistema dei partiti, favorendo l'esecutivo di unità nazionale sotto un vessillo neutrale e, dall'altro, *attraverso* lo stesso sistema dei partiti, indebolendoli e ponendo le premesse per un rischio di "commissariamento" del Parlamento attraverso l'autoattribuzione dell'esecutivo di inedite modalità di regolamentazione fondate sull'immediatezza e sull'eccezionalità[87].

Sullo sfondo, dunque, riposa la consapevolezza di dover far decantare la straordinaria combinazione di una crisi pandemica con la fragilità e l'instabilità del sistema politico italiano, per comprendere sino a che punto il rimodellamento, a volte anche lo stravolgimento, di un consolidato apparato di regole fattuali possa restare nell'alveo dei riassestamenti consentiti della forma di governo[88].

Rievocando un'immagine profetica di Barile, qui non si assiste solo ad una trasfigurazione della Costituzione materiale, ma ad una vera e propria metamorfosi nella dialettica fra i poteri[89]. I partiti, infatti, restano aderenti alle norme costituzionali materiali solo fintanto che permane quel motivo di opportunità politica o di utilità che ne condizionava l'effettività. Ma se interviene un nuovo elemento a turbare l'ordine esistente, modificando la percezione del "fine politico della società", in un dato momento storico, nuovi fatti si produrranno, tendendo la corda ad un diritto sempre meno "elastico".

---

[84] Sia sufficiente, per tutti, il classico di H. TRIEPEL, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici* [1928], a cura di E. Gianfrancesco-G. Grasso, Napoli, 2015, spec. 7, nonché C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 215 ss.

[85] Sul tema rilevano gli importanti contributi di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi: studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964, ma anche ID., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 265 ss. per il quale la validità delle «fredde ricostruzioni concettuali delle astratte formule della Costituzione» dipende dal loro effettivo «animarsi» sul piano politico, restando altrimenti lettera morta.

[86] Ciò non implica che vi sia sempre una volontà innovatrice, ben potendo esservi un'opposta volontà conservatrice. Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro Padano*, IV/1954, 61 ss., che rileva come, nonostante l'entrata in vigore di una nuova Costituzione, solo la forma repubblicana era immediatamente percepibile agli occhi dell'interprete, mentre il resto, nella pratica, sembrava ignorare l'emanazione delle nuove norme per rifarsi comodamente ai vecchi testi.

[87] Si approfondisca con V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021, 268-277.

[88] Può risultare utile, sul punto, la suggestione di R. BIN, *Mutamenti costituzionali*, cit., 31, che invita a studiare gli "strappi" alla Costituzione mediante la "topologia", una branca della matematica che consente di misurare l'*omeomorfismo* delle figure, ossia le loro «deformazioni senza strappi».

[89] Cfr. P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Firenze, 1951, 44.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA:
SNODI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE DI RIFORMA
23 OTTOBRE 2020

CONTRASTO AL CORRENTISMO E QUESTIONE DI "GENERE" NELLA DISCUSSIONE ATTUALE SUL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA*

ADELE ANZON DEMMIG**

1. Il dibattito sui numerosi problemi posti dalle attività e dalla struttura del Consiglio Superiore della Magistratura ha attraversato l'esperienza pluridecennale di questo organo. Più volte infatti – ed anche in occasione dell'ultima vicenda, particolarmente grave, del c.d. caso Palamara – sono rifiorite le discussioni tra studiosi e tra magistrati, sono ripresi gli incontri di studio e i convegni nei quali sono stati esaminati e riesaminati i molteplici aspetti, spesso tra loro intrecciati, della complessa problematica che circonda il Consiglio.

Nel corso degli anni, mentre sostanzialmente pacifica è rimasta la convinzione della natura indefettibile dell'organo come principale strumento di garanzia dell'indipendenza della magistratura ordinaria, si è ripetutamente dibattuto sulla natura dell'organo (se costituzionale o solo di rilievo costituzionale), e delle sue funzioni (se amministrative o politiche), il suo carattere "rappresentativo" o meno, la titolarità di sole competenze tassative o anche implicite, l'attività e la composizione della sua sezione disciplinare, il suo potere normativo, la posizione del Capo dello Stato quale suo Presidente, i suoi problematici rapporti con il Ministro della Giustizia e quelli con "la politica"[1].

---

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

** Professoressa emerita di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

[1] Sul punto, anche per una puntuale analisi storica dei rapporti tra CSM e la politica cfr. F. BIONDI, *La responsabilità disciplinare dei magistrati ordinari: vecchie e nuove questioni*, Relazione presentata al Convegno odierno.

Si tratta di problemi di grande rilievo, non c'è dubbio. Ma il vero nucleo centrale di ogni discussione è da anni, appunto, il problema del c.d. "correntismo" e di una certa evoluzione dell'associazionismo dei magistrati, considerati la vera causa delle cattive pratiche che hanno afflitto e continuano ad affliggere le nomine e l'attribuzione ai magistrati degli incarichi direttivi[2].

È noto che specie nel tentativo di risolvere il problema sono state adottate numerose modifiche del sistema elettorale dei membri togati. Ma nessuna di tali modifiche è riuscita allo scopo, come dimostrano da ultimi i recenti scandali e come è riconosciuto sia nei contributi a questo convegno sia più in generale nella dottrina costituzionalistica[3] e nel dibattito all'interno della Magistratura, dedicati a commentare l'ultimo tentativo rappresentato dalla c.d. riforma Bonafede che rivolgono le critiche più ferme al nuovo sistema "ibrido" perché si affida, in ultima analisi, dopo un passaggio "elettorale", al sistema del sorteggio che, oltre ai dubbi sulla sua effettiva capacità di limitare o addirittura evitare le manovre correntizie è reputato da molti incostituzionale e comunque gravemente inopportuno perché tale da inficiare il prestigio dei magistrati ordinari, presupponendo la loro incapacità di scegliere correttamente i colleghi togati del CSM. Oltre a questa, anche altre misure introdotte dal progetto Bonafede con l'intento di contrastare il fenomeno correntizio – come per esempio il divieto di formare gruppi all'interno del Consiglio – sono di dubbia adeguatezza e considerati assai criticamente specie nell'ambiente della magistratura.

Ancorché indubbiamente utili, neppure determinanti, a quanto sembra, si sono dimostrate la prassi della valutazione di professionalità (minuziosamente regolamentata dalla legge n.111 del 2007) e l'applicazione dei criteri-guida appositamente dettati per delimitare il più possibile la discrezionalità delle scelte dell'apposita Commissione consiliare competente (c.d. Testo Unico del CSM sulla dirigenza giudiziaria (Circolare n. P-14858-2015, delibera del 28 luglio 2015)[4].

L'osservazione dei deludenti risultati dell'esperienza e del dibattito sul sistema elettorale non può che condurre alla conclusione che nessuna riforma, è utile e da sola sufficiente per eliminare, o almeno per ridimensionare i fenomeni degenerativi di cui si parla[5].

Più utile è concentrare l'attenzione su quelle che dai più sono ritenute le cause sostanziali dello strapotere delle correnti. Mi riferisco alle riflessioni esposte con

[2] Il tema è trattato esaurientemente e con ampiezza di argomentazioni nella Relazione di F. RIGANO e nell'intervento di S. BENVENUTI presentati in questo convegno.

[3] Tra gli scritti recenti soprattutto G. SILVESTRI, *Consiglio Superiore della magistratura e sistema costituzionale* in *Questione giustizia*, 4/2017, 27 ss.; R. ROMBOLI, *Quale legge elettorale per quale Csm: i principi costituzionali, la loro attuazione e le proposte di riforma*, in *Questione giustizia Online*, 25 maggio 2020, 24 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti togati*, Relazione al Convegno "*Voltare pagina. La riforma del sistema elettorale del CSM*", Roma, 23 giugno 2020, 9; M. VOLPI, *Relazione introduttiva* a questo Convegno; e ID., *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 369 ss.

[4] Cfr. sulla scarsa utilità della prefissione di criteri e profili G. SILVESTRI, *Notte e nebbia sulla magistratura italiana*, in *Questione Giustizia*, 3/ 2020.

[5] V. per tutti G. SILVESTRI, *Consiglio Superiore della magistratura e sistema costituzionale*, cit., 28 s. nonché la relazione di F. DAL CANTO, *La riforma elettorale del CSM*, presentata a questo convegno.

convinzione nelle relazioni odierne[6], ed espresse da tempo con toni diversi sia da studiosi che da numerosi magistrati. In queste riflessioni non si rivolgono critiche all'associazionismo giudiziario in sé per sé considerato, anzi lo si valuta positivamente come sede di coltivazione del pluralismo, mentre si attribuiscono le distorsioni del correntismo al venir meno progressivamente, nei magistrati, del senso dell'etica professionale e del valore del proprio ruolo e al consolidarsi dell'idea che quella del magistrato sia una vera e propria carriera e non il semplice esercizio della funzione pubblica di rendere giustizia.

All'origine di tali sviluppi avrebbero contribuito da un lato, l'introduzione della valutazione sulla base di criteri di merito in – meritoria - sostituzione dell'avanzamento a ruoli aperti secondo il canone della sola "anzianità senza demerito"[7]; dall'altro, l'ampiezza della discrezionalità del CSM nell'applicare i nuovi criteri; a ciò si aggiunge l'idea di una distinzione di prestigio, tra magistrati comuni e magistrati dirigenti ma anche la differenza di "peso" di alcune sedi a vantaggio di altre[8]. Insomma, nel quadro più generale del crollo delle ideologie della fine degli anni 80 del '900 e del conseguente dilagare di forme di competizione ed individualismo esasperato, questa situazione avrebbe offerto spazio alle ambizioni personali e agli accordi di lottizzazione e spartizione degli incarichi, tanto da condurre ad una involuzione parasindacale sia del CSM sia dell'associazionismo dei magistrati[9].

Di qui allora, l'invocazione di un recupero da parte dei giudici di una rigorosa cultura della responsabilità professionale e sociale, di un risveglio dell'etica del proprio ruolo, di un "soprassalto di dignità" dei magistrati e del Consiglio[10]. Questa invocazione, assolutamente condivisibile, tuttavia rischia di restare un auspicio ingenuo di "anime belle" se non un mero e vuoto espediente retorico facilmente attaccabile da chi potrebbe sostenere che l'etica professionale (come il coraggio della celebre frase manzoniana) se non la si ha non ce la si può dare. Occorre quindi cercare strumenti anche all'apparenza modesti, che però in fatto possono da un lato rilanciarne il valore e rafforzarne la crescita e la diffusione, dall'altro evitare le occasioni di cui si possono giovare le spinte distorsive e le manovre correntizie.

A tal fine un utile strumento per formare e consolidare l'orgoglio del ruolo è considerato il contributo che può dare la Scuola della Magistratura[11], mentre per combattere il clientelismo è reputata da molti efficace l'abolizione della prassi delle

---

[6] Mi riferisco alla *Relazione* introduttiva di M. VOLPI, a quella di F. RIGANO, *Gli incarichi direttivi,* e all'intervento di S. BENVENUTI.

[7] Criterio in auge a partire dagli anni 70 dello scorso secolo ma aspramente criticato soprattutto da G. SILVESTRI, *Consiglio Superiore della Magistratura e sistema costituzionale*, cit., e ID., *Notte e nebbia sulla magistratura italiana,* cit., 2020; F. RIGANO*, Gli incarichi direttivi*, cit., §3, iv).

[8] Sulla dirigenza in magistratura v. spec. S. BENVENUTI, *Gli incarichi direttivi*, cit.

[9] V. in tal senso, tra i contributi più recenti, M. VOLPI, *Le correnti della magistratura*, cit., 370 ss.; G. SILVESTRI, *Consiglio Superiore*, cit., 27 ss.; N. ROSSI, *Questione morale o questione democratica?*, in *Questione giustizia*, 3/2020; C. CASELLI, *Elogio dell'associazionismo giudiziario*, in *Questione giustizia*, 3/2019; ID*., La nomina dei dirigenti: problema dei magistrati o del servizio?*, in *Questione giustizia*, 3/2020.

[10] Così M. VOLPI*, Relazione introduttiva*, cit.

[11] Sulla quale v. G. SILVESTRI, *Formazione dei magistrati e attività della Scuola della magistratura*, in *Questione giustizia*, 3/2019.

nomine "a pacchetto", che ha l'effetto di concentrare tutte le nomine in determinati momenti favorendo la formazione di cordate e la stipulazione di accordi tra correnti: a tale prassi si dovrebbe sostituire invece quella delle nomine singole da effettuare di volta in volta non appena si crea la vacanza, ma con precisi limiti temporali (evitando ogni dilazione che avrebbe l'effetto di riprodurre la concentrazione dei posti da ricoprire, e dunque sarebbe causa di conseguenze negative simili a quelle delle attuali nomine "a pacchetto". Resterebbe aperto, è vero, il problema del rimedio alla mancata osservanza del termine, sul quale circolano diverse proposte di soluzione di dubbia praticabilità, sulle quali non ho sufficiente competenza per esprimermi e lascerei perciò la parola agli esperti).

Pur riguardando solo indirettamente il tema del correntismo (e non solo), ma indubbiamente influente sui rapporti magistratura-politica e dunque sul senso di etica professionale e sull' indipendenza dei giudici – assai opportuna sarebbe la regolamentazione rigida dell'assunzione da parte dei magistrati di incarichi politici[12].

2. Oltre al tema della degenerazione correntizia e del degrado dei compiti dell'associazionismo dei giudici, vorrei soffermarmi su un problema concernente la composizione del CSM, problema che – si debba o no considerare rilevante - ormai si ripropone da qualche tempo in ogni caso in cui si parla di copertura di "posizioni" in organi collegiali, specie, ovviamente quando si tratta di incarichi pubblici. Si tratta della c.d. "questione di genere", esposta qui con particolare impegno per il caso del CSM dalla collega Pezzini, che auspica l'introduzione della riserva di quote alle donne nella riforma del sistema elettorale dei membri togati.

Da questa particolare prospettiva, mi pare più appropriato, e comunque più comprensibile, parlare di "sesso" - inteso come una caratteristica estesa, sì, al ruolo sociale delle interessate/degli interessati, ma necessariamente innestata nel suo dato biologico – piuttosto che usare il concetto sociologico e nebuloso di "genere"[13], che – almeno ai meno avvertiti, come chi scrive – potrebbe essere confuso con "orientamento sessuale", che, al contrario del termine tradizionale, ricomprende una vasta tipologia esemplificata dalle numerose sigle (per es. LGTB e LGTBQIA), formata da numerose figure (omosessuali, lesbiche , transessuali, gay, bisessuali, intersessuali, asessuali, *queer*, e simili) . È certo evidente che l'orientamento sessuale di cui ora si sta parlando di per sé non può e *non deve* essere utilizzato come fattore di discriminazione e di ostacolo all'eguaglianza, neppure nella polemica sulle "posizioni" degli uffici pubblici da ricoprire; altrettanto evidente, però è che non sembra praticamente utilizzabile nel sistema della riserva di "quote", che è ciò di cui si parla quando si parla di fare spazio alle donne nella composizione del Consiglio Superiore.

[12] Cfr. M. VOLPI, *Relazione introduttiva*, cit., 3.3

[13] Sull'ambiguità del termine "genere" e sul suo implicito e ineliminabile riferimento al rapporto di subordinazione di quello femminile a quello maschile V., anche per svolgimenti ulteriori, I. MASSA PINTO, *Costituzione e generi: argomenti interpretativi e teorie sulla differenza sessuale,* in *Rivista di BioDiritto*, 2S/2019.

Sul tema delle rivendicazioni della parità tra i sessi da perseguire con un necessario riequilibrio mediante quote o simili ho già avuto occasione di esprimere il mio parere decisamente contrario anche se intese come "misure temporanee e acceleratorie"[14] in un precedente scritto[15], nel quale ho avuto modo di osservare che l'idea di "potere - le donne - pretendere in quanto tali un certo numero di "posizioni" nella distribuzione delle cariche pubbliche ed elettive solo in virtù del proprio sesso mi suscita un irrimediabile disagio anzi, una vera irritazione, perché, reclamando risultati, intende l'eguaglianza tra i sessi *ex* art. 51 Cost. in modo semplicistico, ben diverso da quello elaborato in dottrina e giurisprudenza anche nell'interpretazione dell' apposito "codice delle pari opportunità tra uomo e donna" (d.lgs.n.198 del 2006): mi sembra un'idea arcaica e meccanica che presuppone la convinzione della loro naturale inferiorità e quindi offensiva della dignità delle donne, che non possono che attendere passivamente aiuti esterni per migliorare le proprie posizioni. Puntare sull'esaltazione della loro dignità significa invece riconoscere che le donne possono farcela da sole, con il loro talento e la loro professionalità a fronteggiare i numerosi ostacoli di fatto e soprattutto degli inveterati pregiudizi sociali e di costume che ostacolano la via al pieno dispiegarsi della loro personalità e delle loro capacità.

Del resto basta guardarsi intorno per constatare che il mondo è cambiato e sta ancora cambiando almeno nelle società di tipo "occidentale", specialmente con il contributo della diffusione dell'istruzione, dell'evoluzione sempre più rapida dei costumi, delle relazioni sociali e familiari, della società nel suo complesso, che tutti interagiscono proficuamente con le apposite norme costituzionali e con i vari strumenti nel tempo messi a disposizione da una estesa legislazione specie del diritto di famiglia e del lavoro (sia di tipo antidiscriminatorio che in forma di azioni positive di vario tipo); una avvertita e sensibile giurisprudenza costituzionale e dei giudici comuni, interventi di organismi e corti europee e internazionali[16]. L'operare di tutti questi fattori sta creando un ambiente culturale nel quale le donne hanno la possibilità di comprendere ogni giorno di più di potercela fare con i propri mezzi, di potersi togliere di dosso il peso di pregiudizi ancestrali, e di potere superare con le proprie qualità, la proprie capacità e la propria preparazione professionale le strettoie della primordiale mentalità "maschilista" e della pretesa loro innata inferiorità.

---

[14] Cfr. B. PEZZINI, *Questioni di genere nella magistratura*, relazione presentata al Convegno odierno, 5.

[15] Cfr. A. ANZON DEMMIG, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell'accesso ad uffici pubblici e cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti,* in *Osservatorio AIC*, 3/2018.

[16] Su questa evoluzione richiamo, anche per svolgimenti diversi da quelli esposti nel teso, il recentissimo e corposo contributo di M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano 2020. V. però anche gli ampi ed informati scritti di E. PALICI DI SUNI, *La legislazione sulle donne tra parità e differenziazione: azioni positive e quote elettorali*, in C.I.R.S.De-Università degli studi di Torino – corso on line - Introduzione agli studi di genere, corso a.a.2000-2001; G. BRUNELLI, *Pari opportunità elettorali e ruolo delle Regioni,* Relazione al Seminario su *diritti sociali tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione, 27/28 aprile 2005*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; S. NICCOLAI, *Dispense in tema di diritto delle pari opportunità e di non discriminazione*, Corso 2016-2017 e 2017-2018, in people.unica.it/Silvianiccolai/materiale didattico.

Ora è evidente che quanto detto vale a maggior ragione per le donne che hanno un livello di preparazione elevato e un capacità economica rilevante, come le donne-magistrato, le quali possono disporre già di tutte le risorse necessarie per superare gli ostacoli di fatto che possono limitarne l'attività professionale e, insieme, la funzione materna e familiare. Anche a volere considerare non rilevante (ma non si vede perché) l'aumento presso che esponenziale, in assoluto, del numero delle donne-magistrato, resta il fatto indiscutibile che ormai la loro collocazione in posizioni direttive di tutti i livelli è massiccia e diffusa, come, più in generale quello delle donne giunte a ricoprire altri uffici pubblici anche di vertice. La cosa è tanto nota che non occorre fare nomi. Francamente, in questo ambito, mi sembra paradossale considerare gli individui di sesso femminile come una categoria debole che abbisogna di fare assegnamento sul proprio sesso e su aiuti esterni per affermarsi.

C'è poi ancora un rilievo da fare a chi sostiene la necessità di garantire l'equilibrio dei sessi nella composizione del CSM. Innanzi tutto nel caso in esame lo scopo unico da perseguire è quello di assicurare al meglio lo svolgimento della funzione di garanzia propria del Consiglio, e non quello di attribuire un trattamento di vantaggio (sia pure a fini di riequilibrio) alle donne. C'è da chiedersi, allora, perché mai, in virtù di quale qualità specificamente femminile, la presenza di un certo numero (quale?) di magistrati donne gioverebbe al migliore esercizio delle funzioni dell'organo? Quale sarebbe la generica maggiore e diversa "sensibilità" delle donne rispetto ai problemi da affrontare in questa sede? In che cosa consisterebbe eventualmente questa sensibilità e quali i problemi la cui soluzione potrebbe giovarsene? In che senso, poi, la visibilità dei percorsi di vita delle donne[17] potrebbe giovare all'attività del Consiglio?

Non mi sembrano sufficienti né convincenti neppure le indicazioni emerse dagli interventi auspicati dall'apposito Seminario e pubblicate nel quaderno n. 145 del CSM, che indicano tra i fini del riequilibrio di "genere" la conciliazione tra famiglia e lavoro e la minore mobilità del percorso professionale delle donne. L'impostazione sottesa a tali indicazioni presuppone evidentemente che il problema di conciliare lavoro e famiglia sia proprio solo delle donne. E gli uomini? Solo perché tali sono autorizzati a disinteressarsene? Oppure deve toccare ad entrambi di farsene carico? Quanto alla reclamata attenzione alla minore propensione delle donne alla mobilità, a che fine si deve esercitare? forse ad assicurare loro – ma, beninteso, non ai magistrati uomini - la facoltà di ricoprire incarichi sempre più impegnativi ma tutti collocati dietro l'angolo di casa?

Insomma, specie in un ambiente culturalmente ed economicamente privilegiato, non bisogna dare nulla per scontato, non bisogna rassegnarsi alla immutabilità della situazione e prolungare con accorgimenti vari la supposta situazione di "inferiorità" delle donne. Su tutti i magistrati incombono gli stessi doveri: le donne – come dimostra l'esperienza – hanno tutte le capacità per adempierli al pari degli uomini senza la necessità di ricorrere a scorciatoie e riserve di posti. Per questa ragione ritengo che, specie per le donne-magistrato, la lotta per la parità dei "generi" (o dei sessi) per mezzo di "quote rosa" sia una battaglia di retroguardia.

[17] V. B. PEZZINI, *Questioni di genere nella magistratura*, cit., 10.

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA:
SNODI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE DI RIFORMA
23 OTTOBRE 2020

L'IMPUGNABILITÀ DEGLI ATTI DI CONFERIMENTO DEGLI INCARICHI DIRETTIVI DEL CSM*

PATRIZIO IVO D'ANDREA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La trascurabilità della natura del CSM quale organo di rilevanza costituzionale. – 3. Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche del CSM. – 4. Il problema dell'inesauribilità della discrezionalità amministrativa del CSM. – 5. Il problema dell'impugnabilità delle circolari del CSM. – 6. La disciplina speciale in tema di ottemperanza. – 7. Un accenno di conclusione.

1. *Premessa*

Il profilo dell'impugnabilità degli atti del CSM, con particolare riferimento a quelli di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, ha costantemente rappresentato l'arena nella quale le tesi sulla natura dell'Organo di rilievo costituzionale e dei suoi provvedimenti, anche alla luce della forma di governo e di Stato, sono state poste alla prova concreta della loro tenuta (e razionalità) pratica.

In chiave retrospettiva, ci si potrebbe limitare a constatare che, com'è noto ormai da anni, gli atti del CSM che hanno natura provvedimentale sono impugnabili davanti al Giudice amministrativo; che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati è piena ed effettiva; infine che ormai 35 anni fa la Corte costituzionale, superando inziali resistenze del Consiglio Superiore, ha riconosciuto la sottoposizione dell'Organo anche

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.
** Dottore di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Ferrara.

alla giurisdizione estesa al merito in sede d'ottemperanza[1].

Non mancano, però, diversi profili che meritano un supplemento di riflessione, alla luce della giurisprudenza amministrativa. In questa chiave se ne tenta, di seguito, una sintetica disamina.

2. *La trascurabilità della natura del CSM quale organo di rilevanza costituzionale*

Nella giurisprudenza amministrativa è costantemente riconosciuto che il CSM è un organo di rilievo costituzionale, titolare di specifiche prerogative elencate nell'art. 105 Cost.

È conseguentemente osservata la seguente prassi nella redazione delle sentenze del Giudice amministrativo in materia di conferimento degli incarichi di direzione nella magistratura: terminata la ricognizione dei fatti e dello svolgimento del giudizio, nella parte "in diritto" si esordisce proprio con la constatazione della natura del CSM di organo costituzionale. Segue, allora, la massima tralatizia sui limiti dello scrutinio del Giudice amministrativo, che si vuole scrupolosamente limitato ai soli motivi di legittimità, con esclusione di ogni ipotesi di sovrapposizione del Giudice alle scelte discrezionali del Consiglio Superiore.

Il concreto sindacato sugli atti di conferimento degli incarichi direttivi, però, non risente in alcun modo di questa dichiarazione d'intenti.

Le deliberazioni del CSM non sono considerate "atti politici"[2], né (nonostante il prestigio e l'importanza del *munus* attribuito) atti di alta amministrazione, difettando l'elemento fiduciario connesso alle finalità di governo e di attuazione d'indirizzo politico[3].

---

[1] Cfr. Corte cost., sent. n. 419 del 1995, annotata da M. BRANCA, *Sulle esecuzioni delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3171 ss., il quale esordiva osservando come fosse "difficile dubitare" di un tale esito (3172) e rilevava che la Corte avesse sopravvalutato il fatto che il TAR fosse vincolato a decidere dell'assetto provvisorio del Tribunale di Catania (questione oggetto di giudizio), mentre avrebbe dovuto con maggiore nitore statuire sulla possibilità per il TAR, connaturata alla necessità di eseguire un *decisum* giudiziario, "di sostituirsi, direttamente o tramite commissario, al potere inottemperante" (3175). P. CARROZZA, *Collegialità della decisione e impugnabilità*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 112, osserva che la questione della sindacabilità degli atti del CSM è stata sviluppata in termini effettivamente problematici per l'ultima volta nel 1984 da Giorgio Cugurra nella relazione al convegno di Parma per il 25ennale dell'istituzione del CSM.

[2] Cfr. Cons. St., Sez. IV, sent. 1° settembre 2015, n. 4098, in tema di deliberazioni del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa.

[3] Si può argomentare *a contrario* muovendo da TAR Lazio, Sez. I, sent. 9 marzo 2012, n. 2383, in cui si afferma che è atto di alta amministrazione la nomina del componente nazionale dell'organizzazione Eurojust, in quanto tale designazione, pur a seguito di un procedimento complesso che comprende una fase valutativa del CSM, mantiene un elemento di scelta fondato sull'*intuitus personae*, che certamente difetta nella selezione dei vertici degli uffici giudiziari. Peraltro vedasi in senso contrario, ma a quel che consta isolata, la sent. Cons. St., Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893 "*sebbene possa essere condivisa la ricostruzione proposta dall'amministrazione appellante circa la natura giuridica di atto di alta amministrazione da riconoscere alla delibera per il conferimento dell'ufficio di Primo Presidente della Corte di Cassazione, prima carica magistratuale dello Stato, non può tuttavia negarsi che ciò non può implicare la sottrazione di tale atto al sindacato giurisdizionale di legittimità e, più in generale, alla*

Il sindacato del Giudice amministrativo, poi, non è strutturalmente differente da quello esercitato nei confronti degli altri plessi della pubblica Amministrazione.

Esso si estende anzitutto al pieno accertamento dei fatti richiamati dalla deliberazione, nonché delle allegazioni delle parti (tanto che la prima ragione che può determinare l'annullamento di una delibera impugnata è proprio la rilevazione di un errore nella ricognizione dei *curricula* dei candidati da parte del CSM).

Quanto ai vizi degli atti, oltre alla violazione di legge, il Giudice amministrativo può rilevare le diverse figure dell'eccesso di potere e, se si vuole, anche di incompetenza[4].

A tal proposito, è noto che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, in un arresto del 2015, contestarono al Consiglio di Stato l'eccesso di potere giurisdizionale per aver svolto una "*diretta valutazione di merito – e non già un sindacato sulla valutazione di merito del CSM a mezzo del canone parametrico dell'eccesso di potere* […]" nel comparare due diverse esperienze attitudinali di due magistrati "*secondo un apprezzamento di ragionevolezza*" (segnatamente si trattava di una lunga esperienza quale avvocato dello Stato contrapposta a una maggiore anzianità nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali di legittimità[5]).

Dopo aver richiamato la circostanza che la "*discrezionalità del CSM*" è "*espressione di alta amministrazione di rilievo costituzionale (art. 105 Cost.)*", quindi "*particolarmente ampia*", la Suprema Corte pronunciò il principio di diritto che, "*In caso di concorso bandito dal Consiglio Superiore della magistratura per l'attribuzione di un incarico giudiziario travalica i limiti esterni della giurisdizione il Consiglio di Stato che, adito in grado d'appello avverso una pronuncia di primo grado avente ad oggetto la legittimità, o no, della Delib. CSM e quindi nell'esercizio dell'ordinaria cognizione di legittimità, operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della Delib. stessa e ne apprezzi la ragionevolezza, così sovrapponendosi all'esercizio della discrezionalità del CSM, espressione del potere, garantito dall'art. 105 Cost., di autogoverno della magistratura, invece di svolgere un sindacato di legittimità*".

In questa ricostruzione, la valutazione di ragionevolezza dell'operato del CSM esorbiterebbe, dunque, dall'ambito dello scrutinio di legittimità del provvedimento amministrativo. Ove si fosse dato seguito a questo orientamento, il sindacato degli atti del CSM avrebbe effettivamente preso una strada autonoma rispetto al *main course* invece seguito dalla giustizia amministrativa[6].

---

garanzia costituzionale di tutela prevista nei confronti di tutti gli atti della pubblica amministrazione ai sensi degli articoli 24 e 113 della Costituzione".

[4] Si può accomunare al vizio d'incompetenza il caso in cui si contesta al *Plenum* di aver deliberato in mancanza di un passaggio procedimentale obbligato, come l'adozione di una proposta da pare della Commissione competente.

[5] È la nota sent. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787.

[6] Questa strada, che come si dirà *infra* è stata abbandonata, è invece auspicata da L. GENINATTI SATÈ, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti del Csm: una questione politico-costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, 49 ss. L'autore, dopo aver riconosciuto la sindacabilità degli atti del CSM per violazione di legge, osservava che "Non può invece il medesimo sindacato giurisdizionale estendersi alla valutazione dell'eccesso di potere, perché l'eccesso di potere sindacabile dal giudice amministrativo è un vizio che riguarda l'esercizio di funzioni amministrative; siccome, invece, il Csm non ha funzioni amministrative, ma attribuzioni costituzionali, non è possibile la configurazione stessa dell'eccesso di potere (nei termini

È noto che la dottrina da tempo ha criticato la ricostruzione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la loro utilità nello studio della patologia dell'atto amministrativo[7] e che, nella topografia dei vizi dell'atto amministrativo, generalmente non è inclusa l'irragionevolezza (pur essendo invece menzionate figure in qualche modo analoghe ma non interamente sovrapponibili, come l'illogicità e l'ingiustizia manifesta)[8].

È parimenti noto, però, che per consolidato orientamento il Giudice amministrativo richiama la ragionevolezza come canone dell'azione amministrativa discrezionale[9] e che già Feliciano Benvenuti nel 1950, nell'elaborare il concetto di vizio della funzione amministrativa proprio in contrapposizione con la ricostruzione delle figure di eccesso di potere come sintomi della deviazione dal fine legale, si richiama alla ragionevolezza come principio regolatore dell'attività amministrativa, giungendo all'ovvia conclusione dell'illegittimità delle determinazioni non conformi al principio di ragionevolezza[10].

La tesi dell'esclusione del vizio di ragionevolezza, però, è stata abbandonata, tanto che ancora di recente il Consiglio di Stato ha ricordato che "*i provvedimenti di nomina dei magistrati ad incarichi direttivi adottati dal CSM possono essere sindacati ove risultino inficiati da palese irragionevolezza, travisamento dei fatti o arbitrarietà, in quanto la posizione costituzionale dell'organo di autogoverno non permette di escludere la sua azione dall'ordinario regime di controllo valevole per tutta l'attività amministrativa, così che il giudizio di legittimità su tali atti può implicare apprezzamenti che non si arrestano alla sola verifica della loro conformità a legge, ma si estendono anche alla verifica della sussistenza di quei vizi in cui si declina l'eccesso di potere, secondo i relativi profili sintomatici dell'illogicità, dell'irragionevolezza o travisamento dei fatti, nonché della carenza di motivazione o istruttoria*"[11].

Né deve ingannare il fatto che talvolta l'irragionevolezza viziante sia qualificata come "*palese*". Come attenti commentatori hanno dimostrato nel commentare la formulazione originaria del d.l. n. 90 del 2014, che limitava il sindacato sul

---

in cui questo vizio è apprezzabile dal giudice amministrativo)".

[7] E. CARDI - S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1990, *ed. inf.*; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, *ed. inf.* Cfr. la più risalente impostazione di P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 131: "la distinzione tra i casi di eccesso di potere palesi e quelli che sono soltanto indiziari è praticamente importante; poiché il fatto sintomatico, se può determinare una presunzione di illegittimità dell'atto, ed anche giustificarne l'annullamento, non esclude che l'atto possa essere rinnovato, con gli stessi effetti giuridici, ma depurato di quei difetti che poterono indurre a ritenerlo frutto di una valutazione abnorme".

[8] R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12^ ed., Molfetta, 2010, 1078.

[9] Ancora di recente il Consiglio di Stato ha ricordato che anche il controllo "*estrinseco*" sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi, dunque svolto "*nei limiti del vizio di eccesso di potere*", si estende "*all'adeguatezza dell'istruttoria, alla ragionevolezza del momento valutativo, nonché alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito*": Cons. St., Sez. III, sent. 22 settembre 2020, n. 5548; 10 gennaio 2018, n. 96. Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2019, 313 ss.

[10] F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 1 ss.

[11] Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2020, n. 4584; cfr. anche Sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 597; 14 maggio 2015, n. 2425.

conferimento degli incarichi di direzione nella magistratura ai "*vizi di violazione di legge e di eccesso di potere manifesto*", tale aggettivazione non può comportare "improprie limitazioni di sindacato" né essere "legittimamente intesa come una riduzione della normale tutela rispetto a tale vizio"[12]. Il vizio, in altri termini, è palese nel momento stesso in cui è rilevato dal Giudice ed è rilevato dal Giudice proprio perché è palese: l'eccesso di potere non si lascia declinare in termini qualitativi. In caso contrario sorgerebbero dubbi di compatibilità con l'art. 113 Cost., per indisponibilità di un rimedio effettivo nei confronti della violazione dei diritti e degli interessi legittimi perpetrata dalla pubblica Amministrazione[13].

Non basta. Tale è l'acribia del sindacato esercitato dal Giudice amministrativo che in alcune recenti pronunce è stato riconosciuto particolare rilievo anche al dibattito in seno all'organo collegiale e alle proposte deliberative non approvate dal CSM.

È noto che, secondo la comune giurisprudenza, gli atti preparatori e la discussione che precede la deliberazione degli organi collegiali hanno rilievo solo ai fini interpretativi e non possono sostituire la specifica motivazione del provvedimento approvato[14], anche perché è naturale che i singoli componenti dell'organo che si esprime a maggioranza possono avere orientamenti personali anche profondamente divergenti. Tanto, con la conseguenza che proposte parimenti divergenti, che assumono a fondamento motivazionale elementi diversi e che prospettano valutazioni diverse su tali elementi, non costituiscono certo elementi sintomatici dell'eccesso di potere.

Nondimeno, nei confronti del CSM il Giudice amministrativo ha ritenuto di impiegare tutte le diverse proposte pervenute al *Plenum* del CSM nel percorso di conferimento delle funzioni direttive e semidirettive al fine di verificare la congruità e la conformità del deliberato ai parametri normativi di riferimento, anche perché forniscono "*materiale cognitivo relativo al* curriculum *dei candidati sul quale si è tenuta la votazione finale*"[15].

3. *Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche del CSM*

L'esercizio della discrezionalità del CSM non è dunque valutato con maggiore deferenza per il fatto che l'Organo ha rilievo costituzionale.

Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi non è strutturalmente diverso nemmeno in riferimento al "tipo" di discrezionalità cui è ricondotta l'attività del CSM.

Sul punto è stata condivisibilmente rilevata una contraddittorietà tra le fonti primarie, le indicazioni provenienti dalle circolari del CSM e le elaborazioni generali in

[12] M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, in *Federalismi.it*, 14/2014, 4 s.

[13] In questo senso M.A. SANDULLI, *Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90*, cit., 5.

[14] Cons. St., Sez. V, sent. 8 febbraio 2011, n. 854; 28 giugno 2016, n. 2912; TAR Lombardia, Sez. II, 16 novembre 2017, n. 2181.

[15] Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 11972; Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2020, n. 4131.

punto di discrezionalità (pura e tecnica)[16].

In alcune sentenze, il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati è stato ricondotto all'esercizio di "*discrezionalità tecnica*"[17].

Le fonti primarie rilevanti, nel descrivere la procedura di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, impiegano l'espressione "*valutazione*"[18], che implica "un accertamento di natura tecnica"[19].

Per contro, la Circolare recante il Testo Unico sulla Dirigenza giudiziaria, nella relazione d'accompagnamento, afferma che l'attività di designazione deve "*preservare l'autonomia valutativa del CSM, evitando di introdurre nelle procedure selettive criteri tali da minare la discrezionalità propria di un Organo di rilevanza costituzionale* […] *anche al fine di arrestare recenti tentativi di degradazione della discrezionalità consiliare a mera discrezionalità tecnica*".

Più in generale, l'esercizio di discrezionalità pura sembra male attagliarsi ai casi di nomina ad incarichi direttivi e semidirettivi, atteso che l'unico interesse pubblico che deve essere perseguito è la nomina del migliore profilo professionale rispetto all'ufficio da conferire. Per contro, la deliberazione del CSM sembra esibire (e dover esibire, ai sensi dei precetti costituzionali) tratti sovrabbondanti alla mera attività valutativa tipica dei concorsi pubblici, che possono essere ricostruiti in termini di una discrezionalità "mista", in cui la scelta amministrativa è effettivamente connessa e condizionata alle valutazioni tecniche.

In ogni caso, si deve osservare che, nella pratica, il rilievo di tale questione scolora sino a diventare irrilevante, anche alla luce del fatto che il Giudice amministrativo da una parte riconosce i margini insindacabili della discrezionalità amministrativa "pura" e che, d'altra parte, la discrezionalità tecnica è soggetta al sindacato anche intrinseco del Giudice amministrativo e che i più recenti orientamenti sono improntati al sostanziale superamento della contrapposizione tra sindacato "forte" e "debole"[20].

4. *Il problema dell'inesauribilità della discrezionalità amministrativa del CSM*

Un terzo profilo del tema in esame che mostra di bel nuovo l'assoluta equiparazione del CSM agli ordinari plessi amministrativi è quello che può essere definito come "non inesauribilità" della discrezionalità amministrativa dell'Organo.

La questione è di particolare rilievo perché sovrappone problemi delicatissimi e centrali nell'ambito della giustizia amministrativa (come la stessa natura dell'interesse legittimo e la sua diversità rispetto al diritto soggettivo) a problemi cruciali di natura

[16] R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2019, 7.

[17] Cfr. Cons. St., Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5835; Sez. IV, 22 giugno 2011, nn. 3799 e 3800.

[18] L'art. 12 del d. lgs. n. 160 del 2006 usa formule come "*sono specificamente valutate le pregresse esperienze*", "*deve essere valutata anche la capacità scientifica*", è indetta una "*procedura valutativa*", *et similia*.

[19] Cfr. ancora R. DE NICTOLIS, *Il sindacato*, cit., 8 ss.

[20] R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale*, cit., 844 ss.

pratica (come l'effettiva capacità del sistema di soddisfare le pretese della parte privata nei confronti della pubblica Amministrazione).

La questione si è posta al momento della valutazione degli atti adottati in sede di rieffusione del potere del CSM a seguito di un primo annullamento del provvedimento di conferimento dell'incarico direttivo o semidirettivo.

Come è noto, la posizione del magistrato che presenta la domanda nel procedimento di conferimento degli incarichi direttivi è ascrivibile all'interesse legittimo pretensivo, il cui soddisfacimento necessita di uno specifico e infungibile *facere* della pubblica Amministrazione. Si è allora posto il problema di individuare quali garanzie assistano tale interesse pretensivo, a seguito – lo si accennava – della formazione di un giudicato di annullamento nei confronti del provvedimento di conferimento dell'incarico.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha affermato che l'ordinamento della giustizia amministrativa "*non accoglie il principio dell'«one shot»*", ovverosia non riconosce l'attribuzione dell'interesse legittimo pretensivo a seguito di un annullamento del provvedimento amministrativo[21]. Al contrario, "*quale equo contemperamento tra esigenze all'apparenza inconciliabili (la «forza» della* res iudicata *e la stessa funzione ed utilità di quest'ultima; la continuità del potere amministrativo* ex *art. 97 della Costituzione; il principio di ragionevole durata del processo* ex *art. 111 della Costituzione medesima) - consente che la prima rieffusione del potere successiva ad un giudicato demolitorio sia tendenzialmente «libera»*"[22].

Ciò sta a significare che, "*dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo*", l'Amministrazione ha l'obbligo "*di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati*"[23].

A tenere fede a queste determinazioni viene fuori probabilmente uno dei tratti distintivi tra diritto soggettivo e interesse legittimo (pretensivo) di più chiara e marcata distinzione pratica, nella misura in cui il diritto soggettivo è attribuito in via definitiva e ultimativa a seguito della formazione della cosa giudicata, mentre per l'interesse legittimo (almeno pretensivo, che è la figura che presenta tratti di maggiore somiglianza al diritto soggettivo) la parte privata deve risultare vincitrice in due contenziosi: l'originario e il successivo, sulla rieffusione del potere amministrativo. Non è questa la sede per una compiuta disamina della questione. C'è da dire però che, nella sua semplicità, forse nella sua brutalità, questo profilo differenziale coglie un precipitato dei princìpi costituzionali riferiti al rapporto tra pubblica Amministrazione e soggetti privati ed è coerente con la nota giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di riparto di giurisdizione e di limiti all'individuazione di materie di giurisdizione amministrativa

[21] Cons. St., Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 438.

[22] Cons. St., Sez. IV, 29 gennaio 2015, n. 438.

[23] Così ancora la cit. sent. n. 438 del 2015 del Consiglio di Stato. Il principio c.d. dello "one shot *temperato*" era stato già affermato almeno da Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633; Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134; di recente è stato ribadito da Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144, Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660; 24 giugno 2020, n. 4057.

esclusiva[24].

Il tema è stato oggetto di ricorso *ex* art. 111 Cost. proposto dal CSM innanzi le Sezioni Unite della Corte di cassazione. L'Amministrazione propugnava la tesi dell'inesauribilità della propria discrezionalità amministrativa, intesa quale corollario delle attribuzioni costituzionali dell'Organo di governo autonomo della Magistratura. In questo senso, si sosteneva che la posizione istituzionale del CSM, preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico al buon andamento degli uffici giudiziari, imporrebbe una lettura costituzionalmente orientata del divieto di riesercitare il potere amministrativo per più di due volte mediante nuove valutazioni discrezionali, una volta intervenuto l'annullamento dell'atto. In questa prospettiva, l'assenza di ogni margine discrezionale dell'attività del CSM sarebbe ipotizzabile solamente nei casi in cui l'attività del Consiglio fosse vincolata già *ab origine*, in quanto interamente predeterminata dal legislatore. Questa ricostruzione muoveva dall'esame casistico della giurisprudenza costituzionale che, negli anni '90 dello scorso secolo, aveva riconosciuto la sottoposizione del CSM alla giurisdizione amministrativa in sede d'ottemperanza, in quanto quelle vicende avevano effettivamente a oggetto controversie in cui il Giudice amministrativo si era potuto sostituire al CSM (estendendo al merito della vicenda la propria cognizione) anche perché la disciplina rilevante non consentiva alcun margine discrezionale per l'attività dell'Organo. In questa prospettiva, dunque, il CSM si riteneva ovviamente vincolato dall'autorità del giudicato amministrativo, con la precisazione che tale autorità non potesse estendersi a quanto effettivamente sfuggiva dal preciso ambito conformativo del giudicato effettivamente maturato.

La Corte di cassazione, allineandosi all'orientamento del Consiglio di Stato, ha invece affermato che, in sede di ottemperanza, il CSM può valutare discrezionalmente esclusivamente fatti storicamente sopravvenuti, ove rilevanti[25].

A questa soluzione si è pervenuti tenendo in conto "*l'esigenza di conferire adeguata effettività alle sentenze del G.A. e, nel contempo, di contenere in tempi ragionevoli la risposta giurisdizionale e di evitare inutili duplicazioni - o comunque proliferazioni - di accesso alla tutela giurisdizionale*", anche alla luce dell'orientamento della Corte EDU circa l'esigenza di concreta operatività della decisione giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione[26].

---

[24] Il riferimento è alla nota sent. Corte cost., n. 204 del 2004; in tema cfr. almeno M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*; in *Federalismi.it*, 2004; M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amministrativo – Cons. St.*, 2004, 1903 ss.; D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, in *Foro amministrativo - Cons. St.*, 2004, 1918 ss..

[25] Cfr. Cass., Sez. Un., sent. 20 giugno 2017, n. 15275.

[26] Cfr. C. eur. dir. uomo, 18 novembre 2004, ric. n. 68138/01, *Zazanis e a. c. Grecia*, § 35: "*La Cour rappelle que le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention serait illusoire si*

La formazione del giudicato, dunque, determina una linea di discontinuità temporale. Ciò che è accaduto prima gode della certezza propria della cosa giudicata, che comporta "*un assetto consolidato degli interessi coinvolti*"[27], oramai intangibile. Ciò che sopravviene, invece, è storicamente e strutturalmente estraneo all'ambito conformativo del giudicato e consente la riedizione discrezionale del potere. In questo modo, ad avviso della Suprema Corte, si è determinato un equo bilanciamento degli interessi costituzionali in conflitto.

5. *Il problema dell'impugnabilità delle circolari del CSM*

Si è già avuto modo di citare la Circolare del CSM recante il Testo Unico sulla Dirigenza Giudiziaria[28].

È noto il dibattito dottrinario relativo alla potestà normativa del CSM.

Secondo un orientamento, la riserva di legge posta dall'art. 105 costituirebbe un limite "intrinseco" ai poteri del CSM e al loro esercizio discrezionale, con la conseguenza che l'attività normativa del CSM, pur intervenuta in via di "supplenza" rispetto a un legislatore poco attento, sarebbe inammissibile[29].

Secondo un diverso orientamento, la riserva posta dagli artt. 105 e 108 deve essere interpretata non solo in prospettiva "funzionale", ma anche "istituzionale", con la conseguenza che la riserva di legge deve essere intesa come assoluta nei confronti dei poteri normativi del Governo, ma come relativa nei confronti del CSM, limitatamente all'esercizio delle funzioni *ex* art. 105 Cost.[30].

In questa prospettiva, è stato parimenti osservato che "la *ratio* delle Circolari del CSM" (essendo quella la veste formale che hanno assunto gli atti regolamentari del Consiglio) consiste nell'offrire "criteri di orientamento della discrezionalità del Consiglio. In altre parole si è tentato, in tal modo, di precostituire un sistema di regole che assicurasse l'uniforme esercizio del potere discrezionale al riparo da immotivati e contingenti vagli soggettivi, dai quali può scaturire l'arbitrio"[31].

---

l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie"; cfr. anche 11 dicembre 2003, ric. n. 62503/00, *Karahalios c. Grecia*, § 29; 19 marzo 1997, ric. n. 18357/91, *Hornsby c. Grecia*, §§ 40 ss.

[27] Così ancora la sent. Cass., Sez. Un., n. 15275 del 2017.

[28] Circolare n. P-14858/2015 del 28 luglio 2015 e ss.mm.ii.

[29] Cfr. F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *La Magistratura – Tomo II*, in *Commento alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1992, 78 ss.; A. PIZZORUSSO, *La Magistratura – Tomo III*, in *Commento alla Costituzione Branca*, cit., 7; S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'Ordine giudiziario*, Padova, 1964, 248 ss.; F. SORRENTINO, *I poteri normativi del CSM*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 44 ss.; V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, cit., 34.

[30] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, 442 s.; G. VERDE – E. CAVASINO, *Art. 105*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, ed. inf.; H. SIMONETTI, *Art.* 108, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit.; M.R. MORELLI, *Art. 104*, in V. CRISAFULLI e L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 649. In generale sulla riserva di legge v. il recente studio di G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatuali*, Torino, 2019, e la bibliografia ivi citata.

[31] Così la COMMISSIONE PRESIDENZIALE PER LO STUDIO DEI PROBLEMI CONCERNENTI LA DISCIPLINA E

Più nette sono state le indicazioni della giurisprudenza, che ha riconosciuto al CSM un ampio potere regolamentare, connotato da elevatissima discrezionalità.

A tal proposito, in tema di assegnazione dei magistrati alle funzioni direttive e semidirettive oppure a particolari incarichi, la Corte costituzionale ha affermato che dalla riserva di legge *ex* artt. 105 e 108 Cost. "*discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità della nomina*". Tale riserva, però, "*non implica*" che "*tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea*"[32].

Nello stesso senso si è orientato il Consiglio di Stato il quale, pronunciandosi in tema di tramutamenti (e, in particolare, di assegnazione provvisoria ad altra sede), ha affermato che "*la riserva di legge fissata dagli articoli 105 e 108 della Costituzione non implica necessariamente che tutta la disciplina riguardante i magistrati ordinari debba essere fissata direttamente dalla legge, dovendo ammettersi che l'organo di autogoverno della magistratura sia titolare di un ampio potere/dovere di integrazione del sistema normativo positivo in modo da assicurare e garantire i fondamentali principi costituzionali di autonomia, terzietà ed indipendenza della magistratura*"[33].

Nella giurisprudenza, le circolari del CSM sono costantemente qualificate come autolimitazione della discrezionalità amministrativa[34]. In questa prospettiva, i testi di ordine generale erano ricondotti al medesimo *genus* delle deliberazioni con cui il Consiglio rispondeva ai quesiti posti dagli uffici giudiziari: la soluzione del quesito specifico acquisiva la dignità del "parere di massima", inteso a orientare anche *pro futuro* l'attività amministrativa degli uffici giudiziari[35]. L'unica differenza era, appunto,

---

LE FUNZIONI DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, presieduta da L. Paladin, istituita con d.m. 26 luglio 1990, *Relazione*, in *Documenti e giustizia*, 1991, 130 ss.

[32] Corte cost., sent. n. 72 del 1991.

[33] Cfr. Cons. St., Sez. IV, sent. 7 marzo 2007, n. 1069; sent. 12 marzo 2007, n. 1193; sent. 9 aprile 2014, n. 3859; TAR Lazio, Sez. I, sent. 3 febbraio 2009, n. 1024; sent. 23 marzo 2010, n. 4557.

[34] Tra le pronunce più risalenti cfr., *ex plurimis*, TAR Lazio, Sez. I, 3 febbraio 2010, n. 1444; 20 gennaio 2010, nn. 1156 e 1158; Cons. St., Sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 111; 9 maggio 1994, n. 404. Di recente Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2020, n. 71: "*per consolidata giurisprudenza, il Testo unico sulla dirigenza giudiziaria non è - difettando la clausola legislativa a regolamentare ed essendo comunque materia riservata alla legge (art. 108, primo comma, Cost.) - un atto di natura regolamentare, cioè un atto normativo, ma un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del CSM a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge, vale a dire soltanto una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo (cfr. Cons. St., IV, 14 luglio 2008, n. 3513; 28 novembre 2012, n. 6035; 6 dicembre 2016, n. 5152; V, 17 gennaio 2018, n. 271; V, 6 settembre 2017, nn. 4215 e 4216; 6 settembre 2017, n. 4220; 17 gennaio 2018, n. 271; 23 gennaio 2018, n. 432; 2 agosto 2019, n. 5492)*".

[35] Anche M. VIETTI, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, a cura di S. Erbani - G. Fiorentino- F. Troncone, Milano, 2013, accomuna le circolari generali e le delibere puntuali ai fini della raccolta dei

l'identificazione del destinatario dell'atto: se, in termini generali, la circolare amministrativa ha come destinatari gli uffici subordinati o periferici dell'Autorità che l'ha emanata, sicché la vincolatività poggia proprio sull'ordine gerarchico d'organizzazione dell'Amministrazione[36], nel caso del CSM il primo destinatario della circolare era lo stesso Consiglio, il quale doveva ritenersi dunque autovincolato a tali determinazioni.

Emerge dall'esame della giurisprudenza che, in termini strutturali, l'autovincolo produce i medesimi effetti del parametro normativo: l'illegittimità del provvedimento che se ne discosti; tale è la forza del vincolo che da esso non ci si può sottrarre nemmeno attraverso un *surplus* di motivazione[37].

Ciò è tanto vero che il Consiglio di Stato, trovandosi a aderire alle censure di un magistrato che contestava l'irragionevolezza di una previsione del Testo unico sulla Dirigenza giudiziaria in materia di indicatori specifici per il conferimento degli incarichi direttivi di legittimità, nonché la sostanziale contraddittorietà con la normativa primaria dettata dal d. lgs. n. 160 del 2006, ha ritenuto non solo di annullare i provvedimenti che avevano fatto applicazione di tale previsione, ma anche di estendere il dispositivo d'annullamento alla contestata disposizione della Circolare.

Una decisione, peraltro, assunta senza che la sentenza abbia a motivare sul problema dell'applicabilità della nota giurisprudenza sull'incapacità delle circolari amministrative di ledere le situazioni giuridiche soggettive dei privati, i quali non hanno, com'è noto, l'onere d'impugnarle[38].

Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte di cassazione ha effettivamente riscontrato che "*il Giudice amministrativo d'appello ha annullato, essenzialmente per violazione di legge, la disposizione regolamentare*"[39], aggiungendo che il Consiglio di Stato "*ha essenzialmente ritenuto che tale indicatore* [specifico oggetto della disposizione annullata] *produca, anche in virtù dello speciale rilievo che il T.U. assegna agli indicatori specifici attitudinali, l'effetto discriminatorio di precludere la considerazione, ai fini della nomina a presidente di sezione, della partecipazione dei magistrati della Procura Generale alle udienze delle Sezioni unite; e che tale effetto si ponga in contrasto con il disposto del D.Lgs. n. 160 del 2006, art. 12, commi 11 e 12*".

---

testi normativi riguardanti l'ordinamento giudiziario.

[36] F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, agg. 2001, ed. inf.; ma vedasi la ricostruzione in termini di genericità dell'uso del termine "circolare" di M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, il quale ricorda che non è "necessario che la circolare sia diramata da un ufficio (od organo) soprordinato ad altri uffici (od organi) sottordinati" (1) e che "la circolare non può vincolare nessuno; l'atto notificato per circolare vincolerà i vari soggetti secondo quanto comporta la sua natura" (4).

[37] *Ex plurimis* cfr. Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5205 "*La deliberazione relativa al conferimento di incarichi direttivi se è da un lato, per* ius receptum*, rientrante nell'ambito della discrezionalità del C.S.M., dall'altro è comunque vincolata ai parametri di attitudine e merito richiesti dalla circolare n. 13000 del 2001 e successive modificazioni, ai fini della scelta del «candidato più idoneo, con riguardo alle esigenze di funzionalità dell'ufficio ed, eventualmente, a particolari profili ambientali»*"; in senso analogo Sez. IV, 22 marzo 2012, n. 1647; 14 aprile 2010, n. 2098; 24 luglio 2003, n. 4241.

[38] L'orientamento è noto e consolidato. Tra le sentenze più recenti può richiamarsi Cons. St., Sez. VI, 26 settembre 2018, n. 5532; sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5047.

[39] Cass., Sez. Un., sent. 11 luglio 2018, n. 18240.

Come si vede, la Corte di cassazione ha riconosciuto che la circolare del CSM può sortire in via diretta un effetto discriminatorio *contra legem*, sicché è ben possibile che il Giudice amministrativo ritenga di cassare tale previsione.

Va segnalato che le Sezioni Unite non hanno ritenuto di avanzare rilievi nemmeno circa il capo conclusivo della sentenza allora impugnata, in cui il Consiglio di Stato aveva indicato che, in sede d'ottemperanza, il CSM avrebbe dovuto rideterminarsi non solo riformulando i giudizi di conferimento dell'incarico direttivo allora oggetto di causa, ma anche "*riformulando l'annullato requisito attitudinale specifico previsto dall'art. 21, lett. b), del Testo unico sulla dirigenza giudiziaria, ponendolo al riparo dai vizi di legittimità qui rilevati*".

Tale vicenda squarcia definitivamente il "velo di Maya" della tesi della circolare del CSM come mero autovincolo, che orienta la discrezionalità amministrativa dell'Organo, senza debordare nella produzione normativa, problematicamente ammissibile ai sensi degli artt. 105 e 108 Cost.

Si tratta, è da ritenersi, di una presa d'atto maggiormente conforme sia al principio di certezza del diritto[40], anche nella prospettiva della *foreseeability* prescritta dalla Convenzione EDU[41], sia al principio costituzionale del pieno ed effettivo diritto di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica Amministrazione *ex* art. 113 Cost. e, in particolare, al secondo comma dell'articolo. Come è stato osservato in dottrina, infatti, il divieto di limitazione della tutela giurisdizionale a "*particolari mezzi di impugnazione*" o a "*determinate categorie di atti*" depone per il massimo ampliamento possibile degli atti passibili d'impugnazione, ogniqualvolta sia astrattamente o concretamente rilevabile il conflitto con un interesse protetto dalle norme che delimitano il potere amministrativo[42]. In questo senso, correttamente è stato osservato che anche la discrezionalità nella fissazione dei criteri di conferimento degli incarichi può essere oggetto di sindacato giudiziario, quando risulti che detto potere sia stato esercitato in difformità dai "*criteri già prestabiliti dalla legge, che possono essere solo specificati, ma non derogati o innovati*"[43].

La maggiore aderenza alla tutela degli interessi dei privati e al principio di certezza del diritto emerge anche nel raffronto con alcune recenti pronunce del Giudice amministrativo che sembrano indicare un differente rapporto tra le circolari e i provvedimenti singolari di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi.

---

[40] Che, com'è noto, la Corte costituzionale riconduce al principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.; cfr., tra le più recenti, le sentt. nn. 57 e 108 del 2019.

[41] Il riferimento obbligato è alla sent. Corte EDU, 17 febbraio 2004, ric. n. 39748/98, *Maestri c. Italia*; le considerazioni sulla capacità delle Circolari del CSM di conseguire l'obiettivo della piena prevedibilità della condotta dello Stato si trovano ai §§30 ss.

[42] F. SAITTA, *Art. 113*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., ed. inf.; cfr. anche G. BERTI, *La Magistratura – Tomo II*, in *Commento alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1987, 98, il quale sottolinea come la giurisprudenza costituzionale abbia sorvegliato circa la "disponibilità per le parti del pieno utilizzo di tutti gli strumenti processuali connessi alla giurisdizione".

[43] Sul punto R. DE NICTOLIS, *Il sindacato*, cit., 9, ha osservato che "la discrezionalità nella fissazione dei criteri non va del tutto esente dal sindacato giudiziario, in quanto il potere del CSM di fissare i criteri di valutazione deve essere esercitato nel rispetto del principio di legalità e pertanto dei criteri già prestabiliti dalla legge, che possono essere solo specificati, ma non derogati o innovati".

In particolare, in una recente sentenza avente ad oggetto il conferimento dell'incarico di Procuratore Aggiunto presso un Tribunale capoluogo di distretto, il Consiglio di Stato ha affermato che il compito del Giudice amministrativo è quello di verificare se la prevalenza riconosciuta dal CSM al magistrato designato all'incarico "*nella comparazione con gli altri candidati* […] *sia stata ritenuta in giusta applicazione delle regole che il C.S.M. stesso s'è dato o se dello scostamento da queste ne sia stata data adeguata motivazione e seria spiegazione*"[44].

In questo modo il Consiglio di Stato ha qualificato l'autovincolo in termini di onere motivazionale aggiuntivo posto in capo al CSM, il quale può rimettersi al catalogo degli indicatori specifici e generici stabiliti in via generale, ma può anche decampare da tale inquadramento, purché tale scelta sia sorretta da una specifica motivazione.

In questo senso, la circolare diventa uno schema di controllo dell'operato del CSM fornito al Giudice amministrativo, chiamato a verificare l'adesione al paradigma generale oppure il ragionevole e motivato allontanamento da esso.

Questa seconda linea ricostruttiva del rilievo delle circolari sembra anche palesare una critica al Testo Unico del 2015. L'articolazione del giudizio attitudinale sul doppio pilastro degli indicatori "generali" e di quelli specifici, infatti, ha generato non pochi problemi attuativi, mostrando una rigidità mal conciliabile proprio col mandato costituzionale conferito al CSM[45]. Nondimeno, il riconoscimento della potestà del CSM di allontanarsi dall'applicazione degli indicatori sembra sbilanciare il sistema verso il polo opposto, comportando il rischio di una totale imprevedibilità del giudizio comparativo, così danneggiando anche il magistrato che intenda valutare la possibilità di presentare la propria candidatura per l'incarico direttivo (tanto più che l'art. 50 della Circolare del 2015 limita il numero di domande che si possono presentare contestualmente a tre incarichi direttivi e tre incarichi semidirettivi).

In un'altra prospettiva, può affermarsi che il "*recupero della autorevolezza e della credibilità*" del CSM, auspicato dallo Presidente della Repubblica[46] a seguito delle note

[44] Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2020, n. 4131; cfr. anche sent. 14 maggio 2020, n. 3047, in cui si afferma che "*il Testo unico non reca norme, cioè regole di diritto, ma solo pone criteri per un futuro e coerente esercizio della discrezionalità valutativa dell'organo di governo autonomo: sicché un successivo contrasto con le sue previsioni non concretizza una violazione di precetti, ma un discostamento da quei criteri che, per la pari ordinazione dell'atto e il carattere astratto del primo, va di volta in volta giustificato e seriamente motivato. Ove ciò non avvenga, si manifesta un uso indebito e distorto di quel potere valutativo, vale a dire ricorre un eventuale vizio di eccesso di potere, non già di violazione di legge. In ipotesi di denunciato contrasto con il Testo unico, dunque, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo deve vagliare se in concreto siano stati e adeguatamente dimostrati esistenti i detti presupposti per derogarvi*".

[45] Ciò è tanto vero che, sin dalle prime sentenze applicative, il Consiglio di Stato ha adottato una prospettiva *problem solving* e ha cercato di temperare tali rigidità: cfr. la ricostruzione del rapporto tra i due tipi di indicatori nella sent. Sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4786, intesa a scongiurare "*l'automatica e incondizionata prevalenza del magistrato che li* [gli indicatori specifici] *possiede rispetto a quello che non li possiede*".

[46] L'intervento del Presidente della Repubblica al *Plenum* straordinario del 21 giugno 2019 è riportato integralmente sul sito internet del CSM all'indirizzo https://www.csm.it/web/csm-internet/attualita/news/-/asset_publisher/YoFfLzL3vKc1/content/plenum-con-il-presidente-della-repubblica (ult. cons. 18 ottobre 2020). Il Presidente della Repubblica ha sottolineato che, nell'attesa delle riforme di competenza del legislatore, "*Il CSM* […] *può – ed è, più che opportuno, necessario – provvedere ad adeguamenti delle*

vicende che hanno interessato alcuni componenti dell'Organo, passa anche per un ritrovato equilibrio tra l'insopprimibile margine di discrezionalità del Consiglio e la certezza dei parametri e dei criteri da applicare nell'esercizio delle proprie attribuzioni.

6. *La disciplina speciale in tema di ottemperanza*

Si è visto che il CSM è soggetto alla giurisdizione amministrativa estesa al merito in sede di ottemperanza. Anche in questo campo sono stati numerosi i punti critici che hanno interessato il Giudice amministrativo e la Corte di cassazione, relativi alle difficoltà (oggettive o presunte) di dare seguito al giudicato di annullamento.

A tal proposito, va anzitutto rilevato che l'ampiezza del controllo della Corte di cassazione *ex* art. 111, comma 8, Cost. si è fortemente ridotto a seguito della sent. Corte cost., n. 6 del 2018, che ha determinato la "capitolazione della giurisdizione dinamica"[47]. Con quella decisione la Consulta, invece di limitarsi ad agevolare un recupero degli opportuni limiti del sindacato sul rispetto della giurisdizione[48], ha finito per circoscrivere eccessivamente le possibilità di controllo dei casi in cui il giudice amministrativo deborda dall'ambito del giudizio di legittimità oppure impiega i poteri della giurisdizione di ottemperanza estesa al merito in difetto dei presupposti. Questi casi, ancorché attengano all'accertamento della "*possibilità stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza*" alla luce della corretta interpretazione dell'ambito conformativo del giudicato, sono oggi relegati a ipotesi di *errores in procedendo*, non censurabili innanzi la Corte di cassazione[49]. In buona sostanza ne consegue che, nonostante la diversità strutturale tra la giurisdizione di legittimità e quella estesa al merito, il difetto dei presupposti per l'esercizio dei poteri di ottemperanza non è contestabile per il solo fatto che è il Giudice amministrativo competente in entrambi i casi, sicché non è possibile il darsi di un difetto "relativo" di

---

proprie norme interne, di organizzazione e di funzionamento, per assicurare, con maggiore e piena efficacia, ritmi ordinati nel rispetto delle scadenze, regole puntuali e trasparenza delle proprie deliberazioni".

[47] Così, con formulazione evocativa ma capace di cogliere nel segno, A. POLICE – F. CHIRICO, *«I soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il Processo*, 2019, 113 ss.

[48] La necessità dell'orientamento di *self restrainement* è illustrata in maniera convincente da A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 1111 ss., specie in riferimento alle *rationes decidendi* che erano invocate dalla Suprema Corte a giustificazione dell'evoluzione "dinamica" del sindacato sulla giurisdizione, i.e. in merito ai casi di erronea declaratoria d'inammissibilità delle domande giudiziali, di invocata tutela dei diritti fondamentali, di necessità di rispetto del primato del diritto eurounionale; argomenti analoghi sono illustrati da M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 704 ss. Sulla vicenda v. anche G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 122 ss.

[49] Le citazioni sono tratte da Cass., Sez. Un., sent. 14 gennaio 2020, n. 413; cfr. anche Cass. Sez. Un., 25 marzo 2019, n. 8311 del 2019; 20 marzo 2019, n. 7926.

giurisdizione e la conseguente *translatio* del giudizio[50].

Prima della "capitolazione", le Sezioni Unite avevano avuto già modo di affermare che:

- il Giudice Amministrativo non può imporre all'Amministrazione di rinnovare il procedimento, al solo fine di determinare le condizioni per l'accertamento di diritti azionabili dalla parte privata, quanto non sia più possibile preporre il ricorrente all'incarico oggetto di causa, in quanto collocato in quiescenza[51];

- per converso, il CSM non può disattendere l'obbligo di dare esecuzione a una sentenza d'annullamento rivalutando i *curricula* dei candidati per il solo fatto che il magistrato che dovrebbe ottenere l'incarico in attuazione del giudicato amministrativo è particolarmente vicino al collocamento in quiescenza[52].

Il Consiglio di Stato, invece, aveva avuto modo di affermare che, nel caso in cui fosse divenuta impossibile l'adozione della determinazione amministrativa necessaria per la concreta soddisfazione dell'interesse pretensivo della parte privata che aveva ottenuto un giudicato d'annullamento, era legittima l'esecuzione del giudicato amministrativo limitata all'inserimento nel fascicolo personale del magistrato della sentenza resa sul ricorso proposto dallo stesso magistrato, corredata dall'annotazione "*vincitore del contenzioso per la nomina quale* […]"[53].

Il livello del contenzioso sulla corretta esecuzione del giudicato amministrativo è stato tale da indurre il legislatore a dettare una disciplina specifica sul punto.

L'art. 2, comma 4, secondo periodo, del d. l. n. 90 del 2014, nella formulazione

---

[50] Il dibattito sul rimedio *ex* art. 111, comma 8, Cost., non è concluso: la stessa Corte di cassazione, con ord. Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598, ha chiesto alla Corte di giustizia UE di verificare se "*l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo - nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» - quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione, sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali*". A commento dell'ordinanza v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 2020; 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*, 2020, S. BARBARESCHI - L. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 2020; G. TROPEA, Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione», in *Giustizia insieme*, 2020.

[51] Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302.

[52] Cass., Sez. Un., sent. 2 febbraio 2015, n. 1823.

[53] Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2012, n. 3800.

vigente a seguito della conversione in legge, ha disposto che, "*Nel caso di azione di ottemperanza, il giudice amministrativo, qualora sia accolto il ricorso, ordina l'ottemperanza ed assegna al Consiglio superiore un termine per provvedere. Non si applicano le lettere a) e c) del comma 4 dell'articolo 114 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo n. 104 del 2010*"[54].

Ciò sta a significare che il CSM non è soggetto agli interventi "sostitutivi" più incisivi da parte del Giudice amministrativo e che la fase strettamente "esecutiva" del giudicato, in caso d'inerzia del Consiglio Superiore, necessita della nomina di un Commissario *ad acta*, al quale spetta il compito di agire, in via procedimentale, quale camera di compensazione tra l'ossequio dovuto alle pronunce dell'autorità giurisdizionale e la tutela delle attribuzioni costituzionali assegnate dall'art. 105 Cost.[55].

Questa disposizione conferma che il profilo essenziale della garanzia del governo autonomo della Magistratura è quello istituzionale, inteso alla massima riduzione possibile della concreta sottrazione al CSM della competenza amministrativa nelle funzioni di cui all'art. 105 Cost.

7. *Un accenno di conclusione*

In che modo deve considerarsi, dunque, la "normalizzazione" del CSM nell'ambito del contenzioso per l'impugnazione dei provvedimenti di conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi, che esibisce quale tratto di speciale dignità solamente la segnalata disciplina derogatoria in sede di ottemperanza?

A ben vedere, non ci sono elementi che indichino una distonia con l'impianto costituzionale delle garanzie della magistratura.

Deve osservarsi che, come suggerisce anche il dato topografico della collocazione dell'art. 101 in apertura della Sez. I del Titolo IV della Parte Seconda della Costituzione, in una prospettiva sistematica la principale garanzia dell'autonomia della magistratura è la sua sottoposizione "*soltanto alla legge*"[56], assistita dalla riserva di legge di cui all'art. 108 Cost.

Completa il sistema delle garanzie la presenza del CSM, che ha il compito di sottrarre al circuito politico rappresentativo costituito dalle Camere e dal Governo le

---

[54] Le suddette lett. *a)* e *c)* dell'art. 114 del d. lgs. n. 104 del 2010 prevedono che il Giudice dell'ottemperanza, quando accoglie il ricorso, "*a) ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione*" e "*c) nel caso di ottemperanza di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti, determina le modalità esecutive, considerando inefficaci gli atti emessi in violazione o elusione e provvede di conseguenza, tenendo conto degli effetti che ne derivano*".

[55] Sulla centralità della figura del Commissario *ad acta* nell'ottemperanza nei confronti del Consiglio di Stato cfr. la cit. sent. Cass., Sez. Un., sent. 20 giugno 2017, n. 15275, nonché la cit. sent. Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2012, n. 3800.

[56] Garanzia che corrisponde all'essere amministrata "*in nome del popolo*". Sul punto v. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, 6. Sull'art. 101 Cost. v. N. ZANON - L. PANZIERI, *Art. 101*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., ed. inf.; R. GUASTINI, *Art. 101*, in *Commento alla Costituzione Branca*, Bologna-Roma, 1994, 165 ss.

competenze di cui all'art. 105 Cost. È traguardando il rapporto CSM – Ministero della Giustizia che si coglie la natura e il rilievo dell'Organo di governo autonomo della magistratura. Esso non è la sede di rappresentanza democratica della magistratura né di emersione degli orientamenti maturati in seno alle associazioni della magistratura organizzata, come dimostra la sua composizione "mista"[57], la presidenza affidata dal Presidente della Repubblica, la Vicepresidenza affidata a un componente laico e, infine, l'impossibilità di esprimere un indirizzo politico-amministrativo nello svolgimento delle sue funzioni[58].

La formula del "governo autonomo della magistratura" deve essere allora interpretata facendo valere il genitivo come "oggettivo" e non "soggettivo": la Costituzione vuole un meccanismo che governi la magistratura in via autonoma dall'Amministrazione ministeriale, non un meccanismo che deve essere governato in via corporativa da parte della magistratura[59].

In questo senso si sono espressi il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione e il Presidente della Repubblica nell'ambito del dibattito in seno alla riunione del *Plenum* del CSM del 15 luglio 2020, chiamato a deliberare il conferimento degli incarichi di Primo Presidente e Presidente aggiunto della Suprema Corte[60].

Il Procuratore generale osservò che "nel termine «governo» si annida un possibile equivoco, cioè che al CSM sia devoluta una funzione di direzione e di indirizzo della magistratura, a cui corrisponderebbe come conseguenza implicita la necessità di assicurarne la governabilità, magari attraverso meccanismi maggioritari di elezione e gestione dell'organo" e precisò che "questo equivoco va chiarito, perché non c'è nulla di più contrario a un organo che non è libero nelle sue determinazioni, ma che svolge la funzione di amministrare e che dunque alle regole della corretta amministrazione è vincolato".

Il Presidente della Repubblica, intervenuto quale Presidente dell'Organo, dichiarò di voler "riprendere le parole […] del Procuratore Salvi sul significato di governo autonomo e non di autogoverno. Vi è una considerazione di fondo che queste parole esprimono e che vorrei fare mie".

Si tratta di considerazioni certamente condivisibili e che dimostrano come le attribuzioni costituzionali di cui all'art. 105 non mutino natura per il solo fatto di essere svolte dal CSM invece che dal Ministero della Giustizia[61].

---

[57] Sul tema cfr. M. VOLPI, *I membri laici del CSM. Ruolo politico o di garanzia?*, in *Federalismi.it*, 2016.

[58] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Problemi definitori e prospettive di riforma del C.S.M.*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 471 ss., ora in *L'ordinamento giudiziario*, II, Napoli, 2019, 1071; M. LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti togati del CSM*, in *Questione giustizia*, 2020, che richiama Corte cost., n. 142 del 1973, in cui si esclude che possa essere riconosciuta "*una integrale rappresentanza di quello* [l'ordine giudiziario] *da parte del Consiglio superiore*".

[59] Per un riscontro di questa tesi nei lavori dell'Assemblea Costituente, v. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova 1982, 30.

[60] Il verbale di seduta è pubblicato sul sito internet del CSM, sezione "lavori del Consiglio" – "dal *Plenum*".

[61] Cfr. in questo senso N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della Magistratura*, Bologna 2006, 19; IDD., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano 2002, 10 ss. V., poi, la prospettazione peculiare di A. PIZZORUSSO, *Il CSM nella forma di governo vigente in Italia*, in *Questione giustizia*, 1984, 281 ss., oggi nel volume delle opere dello stesso sui temi dell'amministrazione della

Non ci si sarebbe stupiti, nel dominio della Costituzione repubblicana, di un sindacato pieno e pienamente garantista degli interessi legittimi e dei diritti dei privati nei confronti dell'Amministrazione ministeriale; non ci si può stupire che le medesime garanzie vengano riconosciute nei confronti del CSM.

Né tali garanzie potrebbero essere compresse sulla base di un preteso "indirizzo politico" conferito al CSM e confinato all'ambito materiale dell'organizzazione della Giustizia, per il semplice motivo che non è praticabile la stessa ricostruzione di tale potestà.

Sul punto è stato sostenuto che il CSM esprimerebbe un "indirizzo politico", nel senso che "tutti i suoi poteri, considerati nel loro insieme, non sono la sommatoria di competenze frazionate, generatrici di atti isolati, privi di criteri ordinatori, ma si inseriscono in una policy di settore, i cui confini sono tracciabili a partire dal dettato costituzionale e dalle leggi attuative", pur "nel rispetto […] delle riserve di legge contenute nella Costituzione e nell'ovvio riconoscimento della superiorità della fonte legislativa"[62].

Questa ricostruzione, però, presta il fianco a critiche che muovono anzitutto dalla storiografia del concetto di "indirizzo politico". Esso ha una genesi in un contesto storico-giuridico non neutro: esso viene impiegato da Costantino Mortati[63] alla fine degli anni '30 del Novecento recependo indicazioni dottrinali di ambito tedesco, per aggiungere alle tre funzioni statali tradizionali quella di "governo", ritenuta preminente sulle altre[64]. È una dottrina che nasce e si sviluppa nell'ambito degli ordinamenti autoritari-totalitari a partito unico e che solo faticosamente e al prezzo di un certo "alleggerimento" è stata poi rielaborata nel dominio della Costituzione repubblicana e pluralistica, tentando la distinzione tra l'indirizzo politico "costituzionale" e quello "di maggioranza" e riducendola all'esercizio delle prerogative e delle funzioni assegnate dalla Carta agli organi costituzionali[65].

Giustizia *L'ordinamento giudiziario*, Napoli 2019, Vol. II, 529: "le attività di «amministrazione della giurisdizione» […] presentano infatti caratteristiche analoghe a quelle proprie di qualunque altra attività amministrativa". L'A. aggiunge, peraltro, che quelle attività "implicano continuità e sistematicità di esercizio delle relative potestà e, conseguentemente, determinazioni di programmi", qualificando il CSM come organo di "democrazia partecipativa" e non di "democrazia rappresentativa".

[62] G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2017, 4, 24; lo stesso A. è intervenuto sul tema in *Princìpi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistemapenale.it*, 2020; analogamente rifiuta la tesi della "natura meramente amministrativa del C.S.M., collocato al centro di un delicato equilibrio tra organi costituzionali e interlocutore del potere politico", F. DAL CANTO, *Le prospettive di riforma elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2020, 9 ss.

[63] C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, 7 ss.

[64] Lo ricorda M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1993, ed. inf.

[65] Cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale come organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, 907 ss.; ID., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 332 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 134 ss. Di "alleggerimento" del concetto di indirizzo politico parla M. DOGLIANI, *loc. cit.*, il quale dà conto anche delle obiezioni anche radicali alla utilizzabilità del concetto di indirizzo politico (cfr. P. CIARLO, *Mitologia dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988; G.A. ALMOND, *Il "ritorno allo Stato"*, in *Problemi di Amministrazione pubblica*, 1990, 193 ss. Obiezioni al quale l'A. risponde costruendo una tesi "convenzionale" e non "di comando" dell'indirizzo politico, inteso dunque non come fatto limitativo della discrezionalità degli organi costituzionali, bensì come

In questa prospettiva, manca una solida superficie per teorizzare un indirizzo politico (ancorché "alleggerito") del CSM nell'Amministrazione della Giustizia. Si dovrebbe, infatti, arrivare al paradosso di dover immaginare due concomitanti funzioni di indirizzo politico: la prima riservata al Parlamento (e al Governo nell'esercizio delle funzioni legislative) grazie alla riserva di legge *ex* art. 108 Cost., la seconda subordinata alla legge ma ancorata alle funzioni elencate dall'art. 105 Cost. e svolta, per di più, da un organo che ha una legittimazione rappresentativa diversa e separata da quella derivante dall'espressione dell'intero corpo elettorale[66].

Più saldamente ancorata al dato costituzionale, dunque, sembra la tesi che ricostruisca le tutele dei privati nei confronti dell'attività del CSM nella prospettiva del parallelismo e della separazione rispetto all'Amministrazione ministeriale.

In questo senso, infine, non può stupire il fatto che, nella delicatissima fase dell'ottemperanza, che può comportare la sostituzione del Giudice all'Amministrazione chiamata a eseguire il giudicato, siano state apprestate quelle previsioni speciali che, di nuovo, sottolineano il profilo della separazione istituzionale nell'esercizio delle competenze di cui all'art. 105 Cost.

capacità del circuito democratico-rappresentativo di elaborare indirizzi di politiche connotate da "effettività, continuità e coerenza" anche rispetto ai "processi attuativi, e in particolare rispetto a tutta l'attività amministrativa", recuperando la possibilità che lo Stato sia attore non di *policies*, ma di una "politica" espressione di "razionalità sinottica", frutto di una "concezione attiva, progettuale, tecnica, razionale della politica, e dunque una concezione dell'indirizzo come di un disegno consapevolmente e complessivamente voluto" di realizzazione di un equilibro sociale.

[66] Cfr. V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, cit., 19: il CSM "non esprime e non può esprimere in forma autoritativa un indirizzo politico in senso proprio, essendo nel nostro sistema, in forza del principio democratico, tale espressione riservata a organi democraticamente legittimati"; il CSM può al limite concorrere "in forma di proposta o di avviso alla formazione dell'indirizzo politico".

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

STATO E REGIONI DI FRONTE ALLA CORTE COSTITUZIONALE NELL'EMERGENZA DA COVID-19. RIFLESSIONI IN TEMA DI FONDAMENTO E PRASSI DEL POTERE DI SOSPENSIVA NEL GIUDIZIO IN VIA PRINCIPALE*

ANTONELLO LO CALZO**

SOMMARIO: 1. Premessa. "Funzionamento" e "funzioni" della Corte costituzionale di fronte alla pandemia. – 1.1. La Corte dispone, per la prima volta, la sospensione cautelare nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale. – 2. Antefatto. Le vicende della Legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 2020, nel quadro del difficile coordinamento Stato-Regioni nella gestione dell'emergenza. – 2.1. *Segue*. Il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri e la "sollecitazione" sulla sospensione cautelare. – 3. Il potere di sospensiva della Corte nel giudizio in via principale: gli elementi essenziali dell'istituto. – 3.1. Sulla prudenza della Corte costituzionale nell'uso del potere di sospensiva sin dalla sua introduzione. – 4. I contenuti dell'ordinanza n. 4 del 2021: gli aspetti processuali in linea con il dettato normativo e con i pochi precedenti in materia della Corte. – 4.1. *Segue*. Gli aspetti del merito cautelare: sulla configurazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. – 5. Postfatto. Verso la dichiarazione di incostituzionalità: sulle declinazioni politiche della leale collaborazione e sui "tempi" comunicativi della Corte. – 5.1. *Segue*. La conflittualità territoriale latente nella gestione dell'emergenza nella sentenza n. 37 del 2021. Il sistema normativo statale, fondato sul binomio Decreto-legge/Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri come generale elemento di frizione tra Stato e Regioni al di là dei rapporti di competenza. – 6. Conclusioni. La prudenza della Corte limita il potere di sospensiva agli scenari di emergenza assoluta?

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento.

1. *Premessa. "Funzionamento" e "funzioni" della Corte costituzionale di fronte alla pandemia*

L'affermazione secondo cui l'emergenza sanitaria in atto ha inciso sulle attività dei diversi organi costituzionali – e tra questi, ovviamente, la Corte costituzionale – è di per sé lapalissiana. Tuttavia, per il tema che si intende affrontare in questo lavoro, richiede una precisazione preliminare di carattere generale.

La dottrina, infatti, ha dedicato molta attenzione a valutare l'impatto che la pandemia ha avuto sul "funzionamento" della Corte[1], vale a dire alle misure che essa ha dovuto adottare per poter proseguire le proprie attività in un contesto di forte diffusione dei contagi, bilanciando le esigenze sanitarie con quelle di "continuità" dell'organo. Si è trattato, normalmente, di misure derogatorie a carattere processuale, alle quali la Corte ha potuto provvedere attingendo agli ampi poteri di autorganizzazione di cui dispone.

Un profilo diverso, però, sarebbe quello diretto ad indagare il modo in cui la pandemia ha inciso sulle "funzioni" della Corte, vale a dire se la situazione emergenziale abbia in qualche modo toccato alcuni criteri decisionali della Corte, talvolta anche consolidati nel tempo, in modo da adeguarli al mutato contesto.

Si tratta di un tema dalla portata vasta e complessa, che richiederebbe un'indagine ad ampio raggio sulle diverse funzioni che spettano al Giudice delle leggi. Tuttavia, il presente lavoro intende fornire un contributo di carattere sicuramente settoriale, ma indicativo, di come la situazione di emergenza abbia potuto incidere su alcuni orientamenti consolidati per quanto riguarda il giudizio sulle leggi in via principale e, in particolare, sull'uso del potere di sospensiva all'interno del medesimo giudizio[2].

Questa affermazione sembra trovare conferma sia nel superamento di un orientamento processuale tradizionalmente restrittivo nella concessione di provvedimenti di sospensione della legge, sia nell'aspetto materiale relativo alla giustificazione, tanto della sospensiva quanto dell'accoglimento del ricorso, fondata sulla rimeditazione di specifiche materie (come quella della "profilassi internazionale"), tale da poter abbracciare anche le attuali esigenze "unitarie" di gestione dell'epidemia nei rapporti tra Stato e Regioni.

Le recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sembrano, pertanto, muovere nella direzione di una maggiore adeguatezza alle peculiarità del momento,

---

[1] Si vedono, ad esempio, P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in *Consulta Online*, 1/2020, 158 ss.; L. MADAU, *La magistratura e la Corte costituzionale di fronte all'emergenza sanitaria*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione. Una integrazione del Manuale di Diritto costituzionale*, Pisa, 2020, 165 ss.; M. TROISI, *Il processo innanzi alla Corte costituzionale in tempo di emergenza epidemiologica: specificità e omologazione delle modalità telematiche*, in *Federalismi.it*, 17/2020, 342 ss.

[2] Questo aspetto – anche se con approccio di carattere più sostanziale – sembra essere ben sottolineato da M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera? Considerazioni su recenti tendenze del regionalismo italiano*, in *Federalismi.it*, 10/2021, 254 ss.; e B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021, 2 ss., i quali evidenziano come proprio nel contesto pandemico, in un momento caratterizzato anche da una delicata fragilità politica, si siano poste le condizioni per la prima attivazione di strumenti astrattamente impiegabili da quasi vent'anni: uno è il potere di sospensiva di una legge nel giudizio in via principale e l'altro è il potere sostitutivo nei confronti di un atto legislativo regionale.

forse anche con una dose di "pragmatismo" che talvolta può sembrare eccessiva, ma che consente di sfruttare strumenti altrimenti rimasti inutilizzati, come appunto quello della sospensiva[3]. È l'indagine su questa a consentire di ricavare, forse, un primo indizio sull'impatto dell'emergenza oltre che sul "funzionamento" anche sulle "funzioni" della Corte.

1.1. ***La Corte dispone, per la prima volta, la sospensione cautelare nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale***

Quando la Corte costituzionale aveva adottato l'ordinanza 18 marzo 2010, n. 107, la dottrina attenta allo studio del processo costituzionale non aveva mancato di segnalare la svolta "epocale" segnata da un provvedimento di quella portata[4]. Si evidenziava come, per la prima volta da quando ne era stata provvista nel 2003, la Corte avesse fatto un uso effettivo del proprio potere cautelare con un provvedimento che, pur concludendo per il diniego della sospensiva, ne aveva esaminato il merito.

Se, nelle premesse, quel provvedimento aveva segnato l'apertura di nuove prospettive processuali e, quindi, anche del modo in cui la Corte – potenzialmente – era in grado di incidere sull'efficacia di atti normativi di rango primario, quelle riflessioni, a maggior ragione, valgono oggi, dopo l'adozione dell'ordinanza 14 gennaio 2021, n. 4. Questa rappresenta la prima ipotesi in assoluto in cui la Corte, oltre ad esaminare il merito di una richiesta cautelare, l'ha anche accolta, dando concretezza a quella che, fino a qualche tempo fa, era un'astratta potenzialità. In questo modo essa ha superato un orientamento di rigida chiusura che l'aveva vista – nelle ipotesi in cui era stata sollecitata sul punto – trincerarsi dietro la "protezione" di decisioni di natura processuale (se non addirittura di assorbimento), evitando in tal modo una delicata esposizione nella conflittualità Stato-Regioni sul piano del riparto delle competenze legislative, ambito nel quale da sempre gli elementi tecnico-costituzionali si intrecciano con quelli più spiccatamente politici (e alcuni spunti di riflessione al riguardo non mancano nemmeno nel caso di cui ci si occupa in questa sede)[5].

---

[3] Come opportunamente ha osservato B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta*, cit., 2, le recenti vicende hanno ben dimostrato che il potere di sospensiva fosse tutt'altro che dimenticato, semplicemente le sue caratteristiche ne hanno sempre imposto un uso particolarmente prudente.

[4] Tanto che si era parlato del "crollo di un antico feticcio". Così A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio (Nota a ordinanza n. 107/2010 della Corte costituzionale)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, 1 ss.

[5] Rischio che sembra essere evidenziato anche dalle riflessioni conclusive che N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)*, in *Consulta Online*, 1/2021, 231, ha formulato nel commentare l'ordinanza n. 4 del 2021. D'altra parte, non si tratterebbe di un problema di recente emersione, in quanto già A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009, 61, osservava che «l'esercizio (o il mancato esercizio) del potere cautelare può immettere la Corte nel fuoco delle polemiche, ravvicinando la decisione (sebbene provvisoria) al tempo delle scelte politiche». Sulla sottile differenza tra "esposizione politica" della Corte e supposta "natura politico-giurisdizionale" si veda adesso 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 scomparsa*,

Il recente corso giurisprudenziale conferma così il "pronostico" di chi, dopo l'ordinanza n. 107 del 2010, si chiedeva quanto tempo ancora sarebbe stato necessario attendere per la concessione di una sospensione cautelare di una legge da parte della Corte costituzionale, se questa aveva impiegato ben sette anni solo per giungere al primo provvedimento di esame nel merito, ipotizzando che i tempi verosimilmente non sarebbero stati brevi[6]. Dal marzo 2010 sono passati quasi undici anni, a dimostrazione del fatto che nella prassi decisionale della Corte al potere di sospensiva doveva riconoscersi una portata del tutto "eccezionale"[7].

D'altra parte, come meglio emergerà dall'analisi della giurisprudenza – quantitativamente contenuta – della Corte, è stata proprio questa ad aver concorso a disincentivare le istanze di sospensiva, visto che nella maggior parte dei casi non le aveva prese in considerazione, spesso anche senza una puntuale motivazione[8].

La recente adozione di un provvedimento di sospensiva non induce a mutare complessivamente l'impressione di un'estrema prudenza da parte della Corte costituzionale nell'attivazione del proprio potere di sospensiva delle leggi, per cui si può anticipare che l'ordinanza n. 4 del 2021, più che segnare una cesura rispetto al passato, si pone in linea di continuità con l'atteggiamento restrittivo consolidato, trovando la propria giustificazione, oltre che nella fondatezza del ricorso[9], soprattutto nelle peculiarità della vicenda e nel momento di estrema emergenza[10].

Non può, infatti, essere trascurata la circostanza che il dettato dell'art. 35 della l. 11 marzo 1953, n. 87 – così come sostituito dall'art. 9 della l. 5 giugno 2003, n. 131 – attraverso il quale la Corte è stata dotata del potere di sospensiva anche nella sede del giudizio di legittimità in via principale, pur suscettibile di una variabile estensione

---

in AA.VV., *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, 6 ss.

[6] P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, 2010, 1349, rileva appunto che «probabilmente dovrà attendersi un lasso di tempo ancora maggiore per assister ad un'ordinanza che sospenda l'efficacia di un atto legislativo, se si confermerà l'atteggiamento assai cauto del giudice costituzionale che sembra considerare la sospensiva delle leggi un potere da esercitare in casi gravissimi e, auspicabilmente, assai rari».

[7] Come osserva A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, 10/2021, 313, è ben possibile che un istituto processuale venga "modellato" dal giudice che ne dispone, in particolar modo se questo è un organo di giustizia costituzionale, attraverso le concrete decisioni che esso adotta.

[8] P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del federalismo*, 5-6/2010, 585, osserva, infatti, che, mentre nei primi anni successivi alla riforma del 2003 le richieste di sospensiva sono state numerose, negli anni successivi il loro numero è andato calando progressivamente. Ciò aveva indotto parte della dottrina a rilevare una "desuetudine applicativa" dell'istituto della sospensiva nel giudizio di costituzionalità in via principale, determinata non tanto da una supposta "scarsa utilità" dello strumento in questione, quanto dal modo restrittivo in cui la Corte ha inteso l'esercizio di siffatto potere. Cfr. C. CARUSO, *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, Bologna, 2020, 159.

[9] Osserva R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*, 4/2021, 125, che il provvedimento appare «prefigurato in direzione di una pronuncia di accoglimento», come confermato dalla successiva dichiarazione di incostituzionalità della Corte (*infra*, parr. 5 e 5.1.).

[10] Non può non condividersi quanto sostenuto da E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in *Giustizia insieme*, 26 gennaio 2021, secondo la quale «finora casi così estremi non si erano presentati».

applicativa, ha finito per assumere nella prassi decisionale della Corte una portata del tutto residuale, quale *extrema ratio*, «da usare solo nei casi gravissimi, e presumibilmente assai rari, in cui un atto legislativo rischi di produrre un macroscopico pregiudizio all'interesse pubblico, all'ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini»[11].

Volendo collocare queste osservazioni nel più generale contesto di "funzionamento" e "funzioni", di cui si è detto al precedente paragrafo, senza voler affrettare le conclusioni, l'impressione è che la situazione emergenziale abbia toccato anche il modo di esercizio di determinate "funzioni" e, quindi, la maniera in cui la Corte esplica il suo potere "censorio" rispetto ad atti dotati di efficacia e validità generale ed espressione di valutazioni politiche. Tale potere comprenderebbe non soltanto l'esplicazione di una "funzione ablativa" della legge (o dell'atto con forza di legge), ma anche di una "funzione sospensiva", allo stesso tempo meno invasiva – perché, appunto, con efficacia limitata nel tempo e meramente provvisoria – ma più problematica. Questo perché la sospensione, fondata – come vedremo – su una valutazione prevalentemente sommaria, implica sempre l'incidenza sull'idoneità di un atto normativo espressione di sovranità in senso lato a produrre effetti, in tal caso anche a prescindere dall'accertamento proprio del sindacato di costituzionalità. Abbiamo, quindi, una "funzione" che è un *minus* rispetto a quelle indicate dall'art. 134 Cost, perché "sospende" ma non "elide", ma anche un *plus*, dal momento che, oltre alla invalidità propria che deriva dalla dichiarazione di incostituzionalità, consente interventi limitativi a carattere temporaneo non fondati su un accertamento pieno e ricavabili solo in via interpretativa dal tessuto costituzionale.

Su un versante più concreto era stato osservato in passato come l'istituto della sospensiva sembrava particolarmente idoneo a prevenire possibili effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione della legge nell'ambito della disciplina elettorale, in ragione dei tempi particolarmente serrati che spesso ne caratterizzano il procedimento e che non possono attendere i tempi di giudizio della Corte; quindi non avrebbe destato sorpresa se il primo provvedimento cautelare della Corte fosse stato adottato proprio in relazione ad una legge elettorale, sia statale che regionale[12]. Vero è che quella attuale è una situazione che, nonostante gli avvertimenti della Scienza, non era immaginabile nemmeno nelle più "catastrofiche prospettive cinematografiche"[13]. La pandemia in atto ha dimostrato l'esistenza di ambiti di estrema emergenza, in cui ad essere in pericolo non è il bene pur fondamentale della partecipazione democratica, ma quelli "preminenti" della vita e della salute. Seppur con la dovuta cautela che tale bilanciamento impone, il raffronto tra i beni appena citati si risolve nella sicura prevalenza dei secondi sul primo, e tale risoluzione pare leggersi tra le righe anche del

[11] P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 587.

[12] P. VIPIANA, *Un'altra volta la Corte costituzionale esamina specificamente (ma non nel merito) un'istanza di sospensiva di una legge*, in *Le Regioni*, 2015, 455.

[13] E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., par. 3, afferma che l'interesse ad una gestione unitaria dell'epidemia «sarebbe stato un ottimo caso di scuola per illustrare agli studenti di un corso di giustizia costituzionale una possibile applicazione dell'istituto della sospensione cautelare di una legge regionale. Ma la realtà, purtroppo per noi, ha superato ancora una volta la fantasia degli interpreti».

discorso tenuto dal Presidente della Repubblica il 2 febbraio 2021, all'esito dell'incontro con il Presidente della Camera cui era stato conferito un mandato esplorativo per la composizione di un nuovo Governo. L'impossibilità di individuare una maggioranza parlamentare in grado di sostenere un nuovo Esecutivo, induceva il Capo dello Stato a invitare le forze politiche al senso di responsabilità (magari fornendo il proprio sostegno ad un Governo di larghe intese), vista anche la "inopportunità" di andare al voto in una situazione di pandemia conclamata, con il rischio che le operazioni elettorali potessero aggravare la situazione dei contagi[14].

Anche la Corte costituzionale ha dimostrato nella sua giurisprudenza di essere perfettamente consapevole del fatto che l'attuale situazione epidemiologica sia "assolutamente eccezionale", tale da consentire interventi derogatori a carattere temporaneo nel reclutamento del personale medico e sanitario da parte del legislatore statale, nonché misure locali che siano «rivolte a garantire la continuità del servizio medico-assistenziale in ambito provinciale, costituendo così legittimo esercizio della competenza legislativa attribuita alla Provincia autonoma in materia di tutela della salute»[15]. Nella gestione di tale esigenza l'aspetto concernente la tutela della salute assorbe quello attinente al reclutamento e all'organizzazione del personale nella pubblica amministrazione, in particolare in ambito sanitario.

Si può, quindi, dire che se doveva esserci una "prima volta" della Corte costituzionale nella concessione di un provvedimento di sospensiva cautelare nel giudizio in via principale, ciò non poteva capitare in un momento e in un contesto più appropriato come quello dell'emergenza sanitaria in atto. Contesto che consente di confermare l'estrema "prudenza" della Corte nel servirsi di tale peculiare potere. Né sorprende che, in un momento in cui le esigenze di gestione unitaria della crisi risultano determinanti, a cadere sotto la sospensiva della Corte sia stata una legge regionale. Si tratta della l. reg. Valle d'Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, con cui la Regione aveva previsto misure di contenimento e gestione della pandemia più permissive rispetto a

[14] Il testo del discorso del Presidente della Repubblica è reperibile al sito https://www.quirinale.it/elementi/51994. Il passaggio più significativo in cui sembra emergere tutta la preminenza dei beni in questione si trova nelle battute conclusive del discorso. Dopo aver sottolineato la necessità di avere un Governo nel pieno delle sue funzioni e non limitato all'ordinaria amministrazione – tipica del Governo sfiduciato – che possa gestire al meglio sia l'emergenza sanitaria che la successiva fase del rilancio economico, il Presidente ha altresì ricordato i tempi "lunghi" legati al rinnovo elettorale delle Camere, non compatibili con l'esigenza sopra menzionata, ma soprattutto la circostanza che le elezioni non si concludono nel giorno in cui i cittadini si recano alle urne, bensì richiedono una serie di attività preliminari e successive, di incontri, di assemblee che aumentano sensibilmente il rischio dei contagi. L'esperienza di quei Paesi in cui è stato necessario ricorrere alle elezioni perché la legislatura era giunta fisiologicamente al termine ha dimostrato l'incidenza negativa che queste hanno avuto nell'aggravare la situazione dei contagi. Per tale ragione il Presidente ha avvertito «il dovere di rivolgere un appello a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché conferis[sero] la fiducia a un Governo di alto profilo, che non [dovesse] identificarsi con alcuna formula politica», contando «di conferire al più presto un incarico per formare un Governo che [facesse] fronte con tempestività alle gravi emergenze non rinviabili» ricordate.

[15] Si veda, in particolare, la sentenza Corte cost., 29 luglio 2020, n. 174, con cui la Corte ha ritenuto non illegittime le disposizioni con cui la Provincia autonoma di Trento ha previsto che «l'Azienda provinciale per i servizi sanitari possa affidare incarichi individuali, con contratto di lavoro autonomo, per lo svolgimento di attività sanitarie, anche a carattere ordinario, purché sia previamente accertato che non ci sono professionisti disponibili individuati attraverso gli ordinari strumenti di acquisizione del personale», in modo da garantire la continuità medico-assistenziale in un periodo di assoluta emergenza.

quelle dettate dalla normativa statale, sia di rango primario (decreti-legge) che sub-primario (decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, d'ora in avanti "d.P.C.m.").

Come si vedrà a breve, le vicende che riguardano tale atto sono molto complesse e si inseriscono in due contesti distinti: uno più specifico che attiene all'esercizio del potere legislativo da parte della Regione Valle d'Aosta in deroga ai criteri unitari di gestione della pandemia; l'altro, più ampio, che riguarda la conflittualità latente che investe i rapporti tra Stato ed Enti territoriali nella gestione dell'emergenza, che aveva sinora trovato riscontro prevalentemente nell'esercizio del potere di ordinanza da parte dei Presidenti delle Regioni.

2. ***Antefatto. Le vicende della Legge regionale Valle d'Aosta n. 11 del 2020, nel quadro del difficile coordinamento Stato-Regioni nella gestione dell'emergenza***

Alla luce di quanto anticipato in premessa, il presente contributo intende soffermarsi soprattutto sull'aspetto specifico dell'esercizio del potere di sospensiva da parte della Corte nel giudizio in via principale, tuttavia, anche le ragioni espresse in chiusura del precedente paragrafo non consentono di prescindere dalla illustrazione – seppur sintetica – del contesto nel quale la decisione è stata adottata, ponendo in rapporto di continuità la disciplina generale di gestione dell'epidemia adottata a livello statale con le misure "in deroga" adottate dalle Regioni, nonché il peculiare provvedimento legislativo adottato dalla Regione Valle d'Aosta e gli argomenti a sostegno dell'impugnazione proposta dal Governo. Per quanto riguarda, più nello specifico, il contenuto dell'ordinanza n. 4 del 2021 sotto il profilo della concessione della sospensione si rimanda, invece, ai successivi paragrafi (*infra*, parr. 4 e 4.1.).

Uno degli aspetti più complessi nella gestione della pandemia è stato quello relativo alla definizione di un equilibrato assetto nei rapporti tra vari livelli territoriali di governo (statale, regionale e locale) circa l'attività di produzione normativa[16]. Si è assistito, infatti, soprattutto nella prima fase dell'epidemia – sotto la pressione, per non dire paura, generata dall'incalzante crescita dei contagi –, al proliferare di una serie di

[16] La questione dei rapporti tra diversi livelli territoriali di governo nella gestione della pandemia è stata tra quelle che hanno suscitato maggiori attenzioni in dottrina, sia per la considerazione specifica concernente l'impatto negativo che una "difficoltosa" comunicazione tra i diversi livelli era in grado di produrre sul contenimento dei contagi, sia per una riflessione di carattere più generale legata al fatto che la situazione di estrema emergenza aveva posto allo scoperto molte criticità del modello regionalistico italiano che per anni, invece, erano rimaste nascoste. Per una proposta generale in chiave maggiormente dialogica si veda Q. CAMERLENGO, *Stato, Regioni ed enti locali come «istituzioni parimenti repubblicane». Dai «livelli di governo» agli «anelli istituzionali»*, in *Le Regioni*, 2016, 47 ss. Senza pretesa di esaustività, sulle vicende attuali si vedano F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del Coronavirus*, in *Le Regioni*, 2020, 3 ss.; G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 2020, 453 ss.; A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, 753 ss.; G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3/2020, 109 ss.; Q. CAMERLENGO*, Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, 2020, 739 ss.; G. DELLEDONNE, C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza pandemica*, in *Le Regioni*, 2020, 753 ss.

interventi normativi "derogatori" rispetto alla normativa nazionale, adottati dalle autorità locali, spesso sfruttando i margini scarsamente definiti che connotavano la normativa statale sotto questo specifico profilo[17]. Ciò ha contribuito sia a generare una situazione di forte insicurezza nell'affidamento dei cittadini, sia a minare la certezza del diritto[18], dando vita ad un quadro territorialmente frammentato nel godimento di libertà e diritti, spesso frutto di valutazioni non improntate a criteri univoci rimessi, in definitiva, alla "sensibilità" che Presidenti di Regione o Sindaci manifestavano verso la situazione emergenziale in atto.

Tale quadro ha trovato maggiore coerenza a seguito di una serie di interventi normativi, adottati dallo Stato proprio al fine di dare una composizione armonica alle esigenze di gestione unitaria dell'emergenza e a quelle di un tempestivo intervento da parte degli Enti territoriali legato alle peculiarità delle situazioni (di miglioramento o, soprattutto, di peggioramento) registrate nelle varie realtà locali[19]. Il modello che ne emerge è riconducibile a quanto stabilito dall'art. 1, comma 16, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, convertito in l. 14 luglio 2020, n. 74, salvo alcune non secondarie puntualizzazioni fornite dall'art. 1, comma 2, del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito in l. 27 novembre 2020, n. 159. Attualmente, quindi, «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri* di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, *la Regione*, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre *misure derogatorie restrittive* rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, *ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti* e d'intesa con il Ministro della salute, *anche ampliative*» (corsivo dell'Autore)[20].

Nonostante gli interventi normativi chiarificatori dello Stato, il rapporto tra i diversi livelli di governo è rimasto conflittuale, anzi, è stato osservato che nella fase successiva le tensioni sarebbero addirittura aumentate, con una sempre maggiore tendenza a trasferire dinanzi ai giudici la soluzione dei conflitti[21]. A monte di ciò si

[17] Nelle fasi iniziali dell'epidemia in dottrina era stato sottolineato che un approccio in chiave sussidiaria e di prossimità poteva essere meglio in grado di far emergere le peculiarità dei singoli territori, come elemento di differenziazione legato alla situazione locale dei contagi, valorizzando in tal senso il potere delle Regioni. 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, 24. Tuttavia, mentre un modello di questo tipo poteva essere auspicabile in una situazione di contagio fortemente differenziata, come è stato nel periodo tra il febbraio e il maggio 2020, porterebbe a risultati meno fruttuosi in una situazione dei contagi come quella attuale: caratterizzati da una distribuzione piuttosto uniforme sul piano nazionale e con rapida tendenza all'aumento e alla diminuzione in determinati contesti regionali.

[18] A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 2/2020, 218.

[19] Per un quadro più completo sui provvedimenti che si sono susseguiti nella definizione del quadro dei rapporti Stato-Regioni nella gestione della pandemia si rinvia a C. SALOI, *Regioni ed enti locali di fronte alla pandemia*, in B. BRANCATI, A. LO CALZO, R. ROMBOLI (a cura di), *Coronavirus e Costituzione*, cit., 108 ss.

[20] Tale assetto normativo dettato per mezzo di decreti-legge ha colmato una lacuna nei rapporti Stato-Regioni per la disciplina del contrasto all'emergenza. Per alcune considerazioni sul quadro che si andava delineando prima dei decreti-legge citati si veda G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 316 ss.

[21] Nella maggior parte dei casi è stato il Governo a proporre impugnazione dei provvedimenti regionali, anche se non sono mancati casi in cui è stata la Regione ad impugnare davanti al giudice

colloca spesso un esercizio del potere di ordinanza regionale che nei contenuti "devia" dalle scelte adottate dal legislatore centrale, prevalentemente mediante l'adozione di una disciplina più "permissiva", anche se non sono mancati casi di contrasto sull'adozione di misure maggiormente "restrittive". Emblematici sono al riguardo i casi che hanno visto coinvolte le Regioni Marche[22], Calabria[23] e Abruzzo[24], solo per fare alcuni esempi tra i più noti, e senza considerare l'ulteriore conflittualità generata dalle ordinanze dei Sindaci, tra le quali deve segnalarsi la ormai notissima ordinanza del Sindaco di Messina[25].

Accanto a questa conflittualità, per così dire, "generale" tra Stato ed Enti territoriali, l'esercizio del potere di ordinanza ha contribuito ad un cospicuo contenzioso "particolare" innanzi al Giudice amministrativo, avviato su iniziativa di privati cittadini o di associazioni rappresentative di determinati interessi collettivi, e che ha visto

---

amministrativo provvedimenti governativi. È il caso del ricorso al TAR Lazio, con istanza di sospensione cautelare, proposto dalla Regione Lombardia lo scorso 19 gennaio 2021 avverso la decisione del Governo di collocare la Regione in "fascia rossa", in quanto la misura si sarebbe fondata su dati erronei sui contagi. Il successivo 25 gennaio 2021, però, la Lombardia depositava rinuncia all'istanza di sospensione, in quanto la misura governativa aveva cessato i propri effetti. Cfr. E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., par 1.

[22] Si tratta di una delle prime occasioni di conflitto Stato-Regioni nella gestione della pandemia, relativa all'impugnazione governativa dell'ordinanza del Presidente della Regione Marche del 25 febbraio 2020, n. 1, con cui veniva disposta la sospensione delle attività scolastiche e delle manifestazioni pubbliche. Il TAR Marche, con decreto 27 febbraio 2020, n. 26, ha accolto l'istanza di sospensione, in quanto il provvedimento regionale – più restrittivo delle misure statali – difettava dei presupposti per l'adozione di "misure ulteriori". Per ulteriori indicazioni su questa e sulle altre vicende v. C. SALOI, *Regioni ed enti locali di fronte alla pandemia*, cit., 111 ss.

[23] La vicenda si riferisce all'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, con cui si consentiva la riapertura di bar e ristoranti con servizio all'aperto. Il TAR Calabria, Sede di Catanzaro, ha accolto il ricorso governativo e con sentenza 9 maggio 2020 n. 241, ha dichiarato illegittima l'ordinanza regionale in quanto spetta «al Presidente del Consiglio dei ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus Covid-19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3 del d.l. n. 19/2020». Inoltre la Regione non avrebbe tenuto in adeguata considerazione il principio di precauzione, il quale deve orientare l'azione dei pubblici poteri nei contesti di emergenza sanitaria.

[24] In questa ipotesi la Regione entrava in "conflitto" con lo Stato non tanto per l'adozione di particolari misure "permissive" quanto piuttosto per l'unilaterale valutazione del livello di rischio sul proprio territorio che la portava a disporre, con ordinanza del 6 dicembre 2020, n. 106, la sua collocazione in "fascia gialla" piuttosto che in "fascia arancione", sostituendosi al Governo centrale in una valutazione di sua esclusiva pertinenza. Si tratta di una vicenda che presenta alcune similitudini con quella affrontata dalla Corte costituzionale nel caso in esame e che, analogamente, si era conclusa con la sospensiva disposta dal TAR Abruzzo, Sede de L'Aquila, con decreto dell'11 dicembre 2020, n. 241.

[25] Con ordinanza del 5 aprile 2020, n. 105, il Sindaco di Messina aveva disposto per tutti i soggetti che avessero fatto ingresso in Sicilia, transitando dal porto di Messina, l'obbligo di registrarsi almeno 48 ore prima tramite il portale messo a disposizione dal Comune, al fine di ottenere un nulla osta allo spostamento sull'isola. A fronte di ciò il Governo ha attivato la procedura di cui all'art. 138 TUEL, che consente all'Esecutivo di annullare i provvedimenti degli Enti locali a tutela dell'unità dell'ordinamento, previo parere del Consiglio di Stato. Proprio il massimo organo di giustizia amministrativa si era pronunciato nel senso della illegittimità dell'ordinanza con parere del 7 aprile 2020 n. 735, a seguito del quale in Consiglio dei ministri ne ha deliberato l'annullamento, formalmente recepito dal D.P.R. 9 aprile 2020. Sulla vicenda si rimanda a N. PIGNATELLI, *L'annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 69 ss.; e A. RUGGERI, *Non persuasivo il parere reso, dietro sollecitazione del Governo, dal Consiglio di Stato su un'ordinanza del Sindaco De Luca relativa all'attraversamento dello Stretto di Messina*, in *Consulta Online*, 1/2020, 224 ss.

l'autorità giudiziaria sempre più spesso coinvolta nel difficile compito di rendere una giustizia sin troppo tempestiva, attraverso l'uso dei propri poteri cautelari[26].

Gli aspetti di conflitto a cui si è appena accennato hanno in comune la circostanza di muovere dall'adozione di atti di natura amministrativa, quali le ordinanze dei Presidenti di Regione[27]. È vero che questo costituisce il caso "tipico" degli interventi regionali mediante atti che per loro natura sono più adeguati a far fronte alle situazioni emergenziali e che rinvengono un espresso fondamento legale[28], ma è altrettanto vero che non sussistono motivi per escludere che la conflittualità trovi modo di esprimersi anche attraverso l'adozione di atti normativi "più ponderati", come le leggi regionali. Da un punto di vista sostanziale la problematica è la stessa[29], si tratta in ogni caso di interventi derogatori che incidono sulla possibile tenuta del sistema di gestione dell'epidemia a livello nazionale, ma, mentre nel caso degli atti amministrativi il conflitto si risolve di fronte alla giurisdizione speciale a ciò deputata, nel caso degli atti legislativi deve entrare in gioco la Corte costituzionale, la quale ha dimostrato di essere dotata (e di sapersi servire) di strumenti equivalenti a quelli di cui dispone il Giudice amministrativo per evitare il prodursi di un pregiudizio irreparabile nelle more della decisione[30].

Questo è l'intricato contesto in cui si colloca la l. reg. Valle d'Aosta, 9 dicembre 2020, n. 11, sulla legittimità della quale si è oggi pronunciata la Corte costituzionale e, prima ancora, ne aveva disposto la sospensione recependo l'espressa istanza del Governo.

I tratti di questo provvedimento legislativo sono peculiari, perché – pur con soli sette articoli – pare porre una «sorta di sistema regionale di gestione dell'emergenza

[26] Non è possibile in questa sede dar conto del contenzioso che si è instaurato davanti ai giudici – prevalentemente amministrativi, ma anche ordinari – su iniziativa di privati o associazioni avverso le varie ordinanze adottate a livello regionale o comunale. Sul punto si rinvia ad A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, 2/2020, 86 ss., il quale – in particolare a pagina 96 – sottolinea che nella maggior parte dei casi la tutela si esaurisce in quella meramente anticipatoria dei provvedimenti sospensivi, visto che nel frattempo gli atti di gestione dell'emergenza cessano rapidamente i propri effetti, prontamente sostituiti da altri.

[27] Su questa specifica vicenda si vedano recentemente F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid-19*, in *Federalismi.it*, 26/2020, 67 ss.; D. TRABUCCO*, I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del covid-19*, in *Diritti fondamentali*, 1/2021, 355 ss.

[28] La possibilità per il Presidente della giunta regionale di adottare ordinanze di carattere contingibile e urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio, è espressamente prevista dell'art. 32 l. n. 833 del 1978. Per una ricostruzione del quadro delle fonti alla base dei poteri normativi delle Regioni nella gestione dell'emergenza cfr. R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3/2020, 532 ss.

[29] Le vicende della Legge regionale della Valle d'Aosta presentano diverse analogie con quelle delle ordinanze regionali sopra richiamate. Anche in questo caso la Regione aveva adottato misure più permissive di quelle fissate a livello statale e, inoltre, aveva inciso – seppure per un periodo di tempo estremamente breve – sul sistema di classificazione delle Regioni per "fasce di colore", anticipando nella sostanza di due giorni la collocazione della Valle d'Aosta in "fascia gialla".

[30] Ritiene E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., par. 1, che, con l'ordinanza n. 4 del 2021, la Corte costituzionale «ha voluto dare *una risposta adeguata* all'emergenza in cui ormai da molti mesi viviamo, e cioè *tempestiva nei tempi* e *ferma nei contenuti*».

sanitaria […] quasi parallelo a quello nazionale»[31]. Si tratta, cioè, di una legge che, a differenza delle ordinanze di varie Regioni che l'hanno preceduta, non ha un contenuto "puntuale", ma sembra diretta a disciplinare in maniera generale diversi aspetti economici, sociali e sanitari legati alla pandemia nel territorio regionale.

Essa si basa, infatti, su un modello che potrebbe essere definito a "doppio binario". Da una parte, la legge – all'art. 2 – disciplina direttamente le misure per lo svolgimento di determinate attività, distinguendo quelle permesse nel rispetto dei protocolli di sicurezza, quelle permesse salvo sospensione con ordinanza del Presidente della Regione e quelle non ancora consentite, ma che possono essere autorizzate con provvedimento dello stesso Presidente. Il fine dichiarato di tale articolato sistema è quello di «contemperare la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone con la necessità di contrastare e contenere il diffondersi del virus SARS-COV-2 sul territorio della Regione autonoma Valle d'Aosta». Dall'altra, tale disciplina generale riceve la propria attuazione per mezzo di ordinanze presidenziali che – in virtù di quanto stabilito dall'art. 4 – hanno il fine di dare concreta regolamentazione alle attività di cui all'art. 2 «tenuto conto dell'andamento epidemiologico, del contesto socio-economico e delle peculiarità del territorio regionale».

Abbiamo, quindi, una legge che introduce un meccanismo generale di controllo della pandemia sul territorio regionale – anche mediante l'istituzione di un'apposita Unità di supporto e coordinamento (art. 3) che ha il compito di fornire assistenza agli organi decisionali nell'adozione dei provvedimenti regionali – e che fissa direttamente alcune attività consentite e i protocolli da seguire per la loro sicurezza. Allo stesso tempo, prevede la possibilità di "modulare" le aperture, attribuendo al Presidente della Regione il potere di adottare ordinanze, restrittive o permissive, e comunque adeguate alla situazione di rischio emergente sul territorio[32].

Al netto di questi aspetti di carattere puntuale, le prime e più immediate conseguenze di tale legge erano: quella di dettare un regime sicuramente più permissivo di quello stabilito dal Governo centrale nello svolgimento di determinate attività (collocando, di fatto, la Regione Valle d'Aosta dalla "fascia arancione" a quella "gialla" prima della successiva decisione del Ministro della Salute)[33] e quella di fissare un

---

[31] G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale: l'ord. 4/2021 della Corte costituzionale*, in *Iusinitinere.it*, 12 febbraio 2021, par. 3.

[32] Che il fine della l. reg. n. 11del 2020 potesse essere quello di prevedere un sistema "generale" di gestione regionale dell'epidemia, modulabile secondo le esigenze attraverso più rapidi provvedimenti del Presidente della Regione, sembra trasparire anche dalla dichiarazioni del Presidente, Erik Lavévaz, che l'aveva definita come un «testo normativo che ci consentirà di regolamentare con ordinanze, sulla base delle indicazioni fornite dall'Unità di supporto all'emergenza, la situazione in Valle d'Aosta, adattando le misure al nostro territorio e alla nostra realtà». Si veda il Comunicato stampa della Giunta regionale Valle d'Aosta, *Il Governo regionale presenta l'Ordinanza in attuazione della nuova legge regionale*, dell'11 dicembre 2020, reperibile al sito http://www.regioni.it/dalleregioni/2020/12/11/valle-daosta-il-governo-regionale-presenta-lordinanza-in-attuazione-della-nuova-legge-regionale-624504/.

[33] La legge regionale in questione, infatti, è entrata in vigore l'11 dicembre 2020 (pubblicata nel B.U.R. 11 dicembre 2020, n. 69), mentre il passaggio della Regione Valle d'Aosta in "fascia gialla" sarà disposto ufficialmente solo due giorni dopo, il 13 dicembre 2020, con l'entrata in vigore dell'ordinanza del Ministero della Salute dell'11 dicembre 2020, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Modifica della classificazione

"meccanismo quadro" che, seppur modulabile, conferiva alla Regione la possibilità, in qualsiasi momento, di discostarsi dalle misure stabilite a livello centrale secondo una propria valutazione del rischio.

Il conflitto tra Stato e Regione Valle d'Aosta non si è concretizzato soltanto nel ricorso avverso la legge che ha portato all'adozione del primo provvedimento di sospensiva da parte della Corte costituzionale, ma ha avuto un immediato precedente nel ricorso che il Presidente del Consiglio dei ministri aveva promosso innanzi al TAR Valle d'Aosta per l'annullamento e la sospensione di una delle ordinanze (la n. 552 del 2020) adottate proprio in attuazione della legge n. 11 del 2020[34]. La questione è di particolare interesse perché tra questa e il procedimento attivato davanti alla Corte costituzionale si riscontra un intreccio temporale che consente di formulare alcune osservazioni specifiche sulle scelte del Presidente del Consiglio in ordine alla "disponibilità" delle istanze cautelari.

Come già si è detto l'ordinanza del Presidente della Regione Valle d'Aosta n. 552 del 2020 era stata adottata sulla scorta della previsione dell'art. 4 della l. reg. n. 11 del 2020, alla quale fa espresso riferimento nell'oggetto, mentre è omesso ogni richiamo alla normativa nazionale sulla gestione della pandemia, in particolare ai d.l. nn. 19 e 33 del 2020[35]. L'ordinanza reca la stessa data dell'entrata in vigore della legge regionale n. 11 del 2020 ed è stata il primo atto ad essere impugnato dal Presidente del Consiglio dei ministri dell'intera vicenda.

Il 17 dicembre 2020, infatti, viene depositato ricorso al TAR Valle d'Aosta per l'annullamento «dell'ordinanza del Presidente della Regione n. 552 dell'11 dicembre 2020 punti 15, 16 e 17 del capo intitolato "Ristorazione, somministrazione di alimenti e bevande e attività ricettive"», previa sua sospensione cautelare. Il Giudice amministrativo, tempestivamente pronunciandosi sulla richiesta di sospensiva, ne disponeva il rigetto con decreto monocratico del 18 dicembre 2020, n. 41, per una pluralità di ragioni di particolare interesse: innanzitutto perché l'ordinanza sarebbe stata destinata ad avere applicazione per soli due giorni[36], il che avrebbe limitato l'interesse ad un provvedimento cautelare (che avrebbe, tra l'altro, causato una forte instabilità normativa, con pregiudizio dell'affidamento dei cittadini), ma soprattutto perché l'ordinanza dava attuazione ad una legge regionale di "dubbia costituzionalità", non ancora impugnata davanti alla Corte costituzionale e, in ipotesi di sospensione del provvedimento amministrativo (dal contenuto più restrittivo), avrebbe avuto piena applicazione il più permissivo regime disposto dalla legge regionale.

---

delle Regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Lombardia e Piemonte", pubblicata in G.U. Serie Generale, n. 308 del 12 dicembre 2020.

[34] Sulla vicenda anche S. TRANQUILLI, Ai più importanti bivi, non c'è segnaletica. *I conflitti Stato-Regioni tra giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 183 ss.

[35] Secondo G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale*, cit., par. 3, tale omissione avrebbe lasciato intendere la volontà da parte degli organi regionali di fondare l'ordinanza sul "microsistema normativo" di gestione regionale dell'emergenza stabilito dalla l. reg. n. 11 del 2020, tralasciando del tutto o quasi la normativa nazionale.

[36] È proprio l'ordinanza n. 552 del 2020, al par. 22 delle Disposizioni finali a stabilire che «la presente ordinanza ha efficacia sull'intero territorio regionale dal giorno 12 dicembre 2020 fino al 20 dicembre 2020, fatto salvo quanto previsto al paragrafo 18 in materia di "Istruzione e formazione"».

La logica sottesa alla motivazione del decreto parrebbe quella di suggerire un'azione diretta ad ottenere una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'intera legge, previa sua sospensione cautelare innanzi alla Corte, piuttosto che limitata alla mera impugnazione di un atto applicativo, tra l'altro a contenuto limitativo di una legge «verosimilmente di dubbia costituzionalità». Rigettata in via monocratica l'istanza, il TAR rinviava alla camera di consiglio del 18 gennaio 2021 per la trattazione collegiale.

Una prima coincidenza temporale significativa è legata alla circostanza che il giorno stesso del rigetto dell'istanza cautelare – il 18 dicembre 2020 – il Consiglio dei ministri si riuniva deliberando a favore dell'impugnazione dell'intera legge regionale n. 11 del 2020 davanti alla Corte costituzionale, previa sua sospensione, con ricorso tempestivamente notificato e depositato in data 21 dicembre 2020. Prima di passare agli aspetti contenutistici del ricorso è opportuno dar conto di una seconda coincidenza temporale, infatti, il giorno stesso dell'adozione dell'ordinanza n. 4 del 2021 da parte della Corte costituzionale – il 14 gennaio 2021 – il Presidente del Consiglio rinunciava alla trattazione dell'istanza cautelare davanti al TAR in composizione collegiale, per cui il giudice amministrativo non poteva fare altro che dichiararla improcedibile, rinviando per la trattazione di merito con ordinanza del 18 gennaio 2021, n. 3. La scelta del Governo non sembra, però, motivabile sulla base del tentativo di trovare una soluzione su un piano "politico" al conflitto sorto con la Regione, piuttosto, come confermato dalle vicende che hanno caratterizzato il prosieguo del giudizio davanti alla Corte costituzionale, alla base della rinuncia deve porsi esclusivamente la circostanza che l'ordinanza impugnata aveva cessato i propri effetti "invasivi" e, soprattutto, era sopravvenuta la sospensione del provvedimento più permissivo di cui essa era attuativa. Un argomento legato allo specifico interesse processuale, quindi, e non ad una volontà di composizione politica della vicenda.

2.1. Segue. *Il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri e la "sollecitazione" sulla sospensione cautelare*

Lasciando da parte la fase cautelare svoltasi davanti al TAR, che ha corroborato la volontà dell'Esecutivo di impugnare dinanzi alla Corte costituzionale la legge regionale, occorre soffermarsi rapidamente sui punti essenziali del ricorso promosso in questa sede[37], nonché sugli argomenti addotti dalla difesa della Regione, nella consapevolezza di non poter qui trattare analiticamente tutti i profili di merito sottoposti, perché destinati a fungere da "cornice" al tema portante del presente contributo, incentrato

[37] Ricorso che ha avuto tempi di decisione particolarmente rapidi secondo E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., par. 2, dopo il deposito del 21 dicembre è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 30 dicembre; per il 13 gennaio 2021 è stata fissata la camera di consiglio per l'audizione delle parti e l'ordinanza cautelare è adottata il giorno successivo. L'udienza pubblica per la discussione sul merito si è tenuta il 23 febbraio 2021 e la sentenza che ha deciso il caso è stata depositata il 12 marzo 2021.

sull'esercizio del potere di sospensiva da parte della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione[38].

L'articolato ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri eccepisce l'illegittimità della l. reg. n. 11 del 2020 sotto tre distinti profili: uno che investe l'intero atto normativo e gli altri due che si soffermano su alcune disposizioni puntuali della legge[39]. Nelle argomentazioni relative alla fase cautelare, però, è soltanto il primo aspetto ad assumere un peso decisivo, mentre i restanti hanno un rilievo del tutto trascurabile.

Nell'impugnare l'intera legge regionale il ricorrente ritiene che questa possa essere definita come un vero e proprio atto generale di disciplina dell'emergenza epidemiologica da parte della Regione e che, pertanto, eccede le sue competenze statutarie. Gli argomenti posti a sostegno sono essenzialmente quattro, vale a dire: la violazione della competenza esclusiva statale in materia di "profilassi internazionale", di cui all'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., da parte della Regione; la violazione dei principi fondamentali in materia di "tutela della salute" determinati dallo Stato si sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.; la violazione del principio di sussidiarietà nell'allocazione delle funzioni amministrative di cui all'art. 118 Cost.; e, infine, la violazione del principio di leale collaborazione implicitamente ricavabile dall'art. 120 Cost.

Anche tra tutte le ragioni appena illustrate occorre segnalare che, ai fini della misura cautelare, sarà soltanto la prima ad essere espressamente presa in considerazione dalla Corte, mentre la trattazione degli altri profili di illegittimità è rimandata al merito della vicenda.

Come pare emergere dal quadro del ricorso presidenziale il nucleo della censura ruota attorno a due profili. Innanzitutto, la legge regionale, visto il suo carattere generale, avrebbe «dato luogo ad un meccanismo autonomo e alternativo di gestione dell'emergenza sanitaria», contrastante con l'esigenza di gestione unitaria della pandemia che, anche in virtù del principio di sussidiarietà e di una parziale attrazione delle funzioni amministrative in capo allo Stato, non consentirebbe alla Regione di "cristallizzare" un proprio autonomo sistema di gestione dell'emergenza, dotato tra l'altro di un certo grado di resistenza rispetto alle misure unitarie statali.

In secondo luogo, si sottolinea che l'unitaria gestione dell'emergenza da parte dello Stato è affidata ad una particolare tipologia di atti – i d.P.C.m. – rispettosi del principio di leale collaborazione, in quanto adottati sentiti i Presidenti delle Regioni o il

[38] Per una più analitica esposizione dei contenuti del ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri si rinvia a G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale*, cit., par. 3; e A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19? La prima "storica" pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 253 ss.

[39] Nel ricorso, come secondo motivo di impugnazione, è lamentata la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., da parte dell'art. 2, comma 23, della l. reg. n. 11 del 2020, nella parte in cui introduce sanzioni non sufficientemente determinate per le ipotesi di mancato rispetto delle misure imposte; come terzo motivo, si lamenta la violazione dell'art. 117, comma 2, lett. h), Cost., da parte dell'art. 3 della l. reg. n. 11 del 2020 nella parte in cui attribuisce ad un'apposita Unità di supporto e coordinamento per l'emergenza competenze in materia di ordine pubblico e sicurezza che, in virtù del proprio Statuto, possono essere attribuite al Presidente della Regione solo per delega del Governo.

Presidente della Conferenza delle Regioni, che trovano applicazione sull'intero territorio nazionale e che sono in grado di vincolare le autonomie regionali in quanto «"atti necessitati", deputati a garantire uniformità anche sul piano della erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

Tale sistema determinato dal legislatore statale (attraverso atti di rango primario) avrebbe fissato un principio fondamentale in materia di "tutela della salute" dal quale la Regione si sarebbe discostata unilateralmente. Alle Regioni, infatti, spetta soltanto intervenire in via amministrativa, in difetto di una specifica competenza legislativa in tale materia, ma non possono in ogni caso, nell'esercizio dei propri poteri, «contraddire il contenuto delle misure statali».

Passando al profilo di maggior novità della vicenda, soprattutto da un punto di vista processuale, per le ragioni di merito esposte la difesa erariale "sollecita" la concessione della sospensione cautelare dell'intera legge impugnata da parte della Corte costituzionale. A fondamento della richiesta vengono addotti i fattori di rischio espressamente indicati dall'art. 35 della l. n. 87 del 1953, vale a dire quelli del "pericolo di pregiudizio grave e irreparabile per i diritti dei cittadini e per l'ordinamento giuridico della Repubblica". Ad integrare tali fattori vi sarebbe la circostanza che la legge regionale impugnata, stabilendo misure più "permissive" di quelle statali, sarebbe in grado di incidere sul livello di rischio per la salute pubblica e sul contenimento dei contagi, anche per il non secondario fattore legato alla sua collocazione nel sistema delle fonti. Il rango e la specialità regionale la renderebbero "resistente" rispetto alle varie misure adottate a livello statale, sia con legge che con atto subordinato (ordinanza ministeriale o d.P.C.m.), inoltre, la scelta di uno strumento come la legge, di carattere generale, è idonea ad apportare una deroga che non si esaurisce in un "atto isolato", ma che reca in sé il carattere della permanenza e, quindi, si sostituirebbe alla gestione unitaria dello Stato a cui già si accennava in precedenza.

La Regione Valle d'Aosta, costituitasi, contesta, in primo luogo, i vari vizi rilevati nel merito dall'Avvocatura dello Stato, ma si concentra soprattutto su un profilo estremamente delicato, attinente alla legittimità del sistema delle fonti statali di gestione dell'emergenza, sul quale torneremo in seguito (*infra*, par. 5.1.), e che sembra trascendere in parte gli aspetti più specificamente collegati ai rapporti di competenza legislativa, tipicamente oggetto dell'analisi della Corte in un giudizio in via principale. La Regione pone in discussione l'intero sistema di gestione dell'emergenza a livello statale attraverso lo strumento del d.P.C.m. lo Stato non avrebbe operato l'avocazione di funzioni amministrative, ma di una vera e propria potestà normativa attraverso atti "*ultra vires*", quali i d.P.C.m., fonti del diritto generali e astratte con efficacia *erga omnes*, aventi natura regolamentare. Tali atti sarebbero inapplicabili alle Regioni a statuto speciale, vista l'impossibilità di comprimere la propria autonomia legislativa mediante atti di natura regolamentare, per cui, ove si opinasse diversamente, la Corte dovrebbe auto-rimettersi la questione di legittimità dei decreti-legge che hanno conferito ai d.P.C.m. la competenza a dettare la disciplina generale sulla gestione dell'emergenza a livello nazionale.

Circa la richiesta di sospensione cautelare, oltre ad essere formulata in termini generici, difetterebbe del *periculum in mora*, visto che, nel frattempo, la Regione Valle d'Aosta già era stata collocata in "fascia gialla" con ordinanza del Ministro della Salute, venendo meno la paventata situazione di aggravamento del rischio di contagio, e, inoltre, il pregiudizio sarebbe limitato dalla asserita possibilità per il Presidente della Regione di adottare ordinanze attuative più "restrittive", come in effetti è stato fatto con l'ordinanza del 23 dicembre 2020, n. 580. Connessa a tale ultima circostanza, a parere della Regione, vi sarebbe inoltre la situazione di incertezza giuridica, che potenzialmente potrebbe derivare in caso di una declaratoria di incostituzionalità di una legge che non intacchi la vigenza delle sue ordinanze attuative (che continuano a vincolare i cittadini)[40], idonea ad incidere sull'accoglimento del ricorso, oltre che sulla sospensione cautelare.

Si tratta, a ben vedere, di due argomenti piuttosto deboli che non sono valsi ad evitare la sospensiva della Corte. Nel primo caso, infatti, l'aggravamento del rischio non risiede tanto nel singolo evento relativo alla valutazione della situazione dei contagi nella Regione (per cui comunque ci sarebbe collocazione in "fascia gialla"), ma nell'introduzione di una disciplina legislativa regionale più permissiva di quella statale, idonea ad incidere sull'unità dell'azione di contenimento dei contagi anche in non precisate, ma facilmente prevedibili, ipotesi future. Il secondo motivo, invece, pare trovare indirettamente risposta già nel decreto cautelare del TAR Valle d'Aosta n. 41 del 2020, ove il giudice amministrativo sottolineava proprio la circostanza che l'illegittimità di fondo risiedesse non tanto nelle singole ordinanze regionali attuative, ma nel generale sistema della l. reg. n. 11 del 2020, ragion per cui l'adozione delle prime non valeva ad escludere l'illegittimità della seconda, così come il pregiudizio per la gestione unitaria della pandemia che essa poteva produrre.

Di fronte a questi argomenti la Corte costituzionale si è trovata per l'ennesima volta a dover decidere su una richiesta di sospensiva, tuttavia, a differenza delle ipotesi precedenti, l'esito è stato molto diverso. Prima di passare ad analizzare gli argomenti utilizzati dalla Corte per motivare il proprio provvedimento (*infra*, par. 4 e 4.1.) è

[40] La Regione Valle d'Aosta contestava, infatti, la circostanza che, in caso di accoglimento del ricorso, la decisione della Corte non avrebbe intaccato le ordinanze attuative della legge regionale adottate dal Presidente della Giunta, generando una situazione di grave incertezza per i cittadini. In dottrina è stato rilevato che l'illegittimità costituzionale della legge non determina automaticamente l'invalidità dell'atto amministrativo adottato sulla base di essa, piuttosto un vizio di invalidità sopravvenuta rilevabile dal giudice competente. Nel caso specifico, quindi, un eventuale provvedimento di sospensiva non implica di per sé la sospensione delle ordinanze attuative regionali, ma al più una loro cedevolezza rispetto alla corrispettiva normativa statale di rango sub-legislativo. Tuttavia, il dubbio è in gran parte stemperato dalla circostanza che le ordinanze in questione hanno per lo più una portata restrittiva rispetto alla legge regionale impugnata, per cui si pongono in linea con la normativa statale. Cfr. P. GIANGASPERO, *Considerazioni a prima lettura sul primo caso di sospensione cautelare di una legge nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *Ambientediritto.it*, 1/2021, 13 s. Al fine di fugare possibili dubbi di ordine generale si ritiene, però, che la soluzione più corretta, in tali circostanze, sia quella di una duplice contestuale impugnazione della legge – nel giudizio in via principale – e degli atti applicativi – tramite conflitto tra Enti –, con possibile riunione della decisione cautelare su una vicenda sostanzialmente unitaria, così come proposto da G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, 98.

opportuno dedicare un rapido cenno alle questioni che sono emerse in dottrina sulla configurazione di tale potere di sospensiva, nonché al modo in cui esso si è atteggiato nelle rare ipotesi in cui la Corte ha ritenuto opportuno darvi un autonomo svolgimento.

3. *Il potere di sospensiva della Corte nel giudizio in via principale: gli elementi essenziali dell'istituto*

La configurazione del potere di sospensiva della Corte costituzionale nel giudizio in via principale è stata ampiamente trattata in dottrina, quantomeno su un piano astratto, in relazione alle diverse problematiche che la sua disciplina normativa presentava[41].

Volendo sintetizzarne i punti essenziali occorre partire dalla circostanza che, già prima della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, in dottrina era stato avviato il dibattito intorno alla configurabilità di siffatto potere[42], anche estendendo la riflessione al giudizio in via incidentale, per il quale, tutt'ora, la legge o le disposizioni di autoregolazione nulla stabiliscono[43].

Sarà soltanto all'indomani della nuova formulazione dell'art. 127 Cost., ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, con la trasformazione del giudizio in via principale da preventivo a successivo, che inizierà però ad affacciarsi la necessità di delimitare, anche in concreto, il perimetro di un eventuale potere di sospensiva. Infatti, sorgeva per la prima volta l'esigenza di evitare che dalla permanente applicabilità di una legge già in vigore, ma sottoposta al vaglio della Corte, potessero derivare pregiudizi irreparabili nelle more della decisione[44]. Aspetto che è espressamente confermato dalla relazione

[41] Come studi a carattere generale sull'istituto si rimanda ad A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., spec. 88 ss.; e, in particolare, a P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2008, spec. 31 ss.; e A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Roma, 2012, spec. 325 ss.

[42] A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 173 ss.; A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1968, 517 ss.

[43] La possibilità di estendere il potere di sospensiva delle leggi anche al giudizio in via incidentale è tutt'ora dibattuta in dottrina. Recentemente è tornato sul punto R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, cit., 122, il quale si è pronunciato in senso contrario alla possibilità di estendere al giudizio incidentale il potere di sospensiva in quanto questo è fondato su norme di natura eccezionale, per loro natura non estensibili per analogia. Diversamente aveva sostenuto la possibilità di estendere in via interpretativa tale potere, in quanto connaturato al più generale potere giurisdizionale, P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale*, cit., 49 ss., quantomeno nel caso delle leggi-provvedimento. Va ad ogni modo osservato che la sede del giudizio incidentale sarebbe l'unica a rimanere scoperta, visto che nel giudizio in via principale e in quello per conflitto intersoggettivo il potere di sospensiva è previsto direttamente dalla legge e nel caso del conflitto tra poteri è stata la Corte costituzionale, con l'ordinanza 25 ottobre 2017 n. 225, ad aver esteso in via analogica l'applicabilità dell'art. 40 della l. n. 87 del 1953. Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 273.

[44] Si vedano, al riguardo, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento all'art. 9*, in G. FALCON (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, 191 s.; E. GIANFRANCESCO, *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2003, 150 s.; F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in *Federalismi.it*, 2003, 26; C.

illustrativa del d.d.l. governativo che poi troverà approvazione, con alcune sensibili modifiche, nella l. 5 giugno 2003, n. 131[45].

Già negli anni precedenti la riforma del Titolo V la dottrina si era interrogata su quale fosse lo strumento migliore per dotare la Corte dello specifico potere di sospensiva delle leggi[46]. Era stata così sostenuta la tesi favorevole all'introduzione di siffatto potere attraverso una legge costituzionale, in quanto la disciplina della sospensione sarebbe sempre da annoverare in quella delle forme del giudizio per la quale l'art. 137 Cost. prevede una espressa riserva di legge costituzionale[47]. In posizione opposta si collocava la tesi del c.d. "potere implicito", secondo la quale la Corte poteva esercitare un generalizzato potere cautelare senza la necessità che fosse previsto da alcun atto normativo, in quanto la tutela cautelare era da considerarsi come un connotato implicito della tutela giurisdizionale e, quindi, corollario del principio di effettività della garanzia costituzionale[48].

All'esito dell'*iter* parlamentare il legislatore ha optato, però, per una soluzione che differisce da entrambe le tesi menzionate. Infatti, egli si è orientato nel senso della necessità di una espressa positivizzazione del potere di sospensiva nel giudizio in via principale, ma ciò non per mezzo di una legge costituzionale, bensì di una più agile legge ordinaria[49]. In particolare è stato l'art. 9 della l. n. 131 del 2003 a sostituire il vecchio art. 35 della l. n. 87 del 1953, stabilendo che, al pari di quanto già previsto nel caso del conflitto tra Enti, la Corte potesse sospendere l'efficacia della legge impugnata nelle more del giudizio. Quella appena richiamata non è, però, l'unica fonte attraverso la quale è disciplinato il potere di sospensiva, in quanto l'art. 35 della l. n. 87 del 1953 è stato successivamente affiancato dall'art. 21 delle Norme integrative, nel testo oggi risultante dalla modifica apportata con delibera del 7 ottobre 2008. Per quanto la funzione di quest'ultima disposizione fosse quella di integrare la legge con alcune

---

PINELLI, *Commento all'art. 9*, in AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, 180 ss.; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, in P. CAVALERI, E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge "La Loggia" (legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, 2004, 250 ss.

[45] M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, 3/2010, 2.

[46] Per un maggiore approfondimento sul dibattito dottrinale in merito alla "fonte" del potere cautelare della Corte v. M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, cit., 11 ss.

[47] A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, cit. 203. Altri autori, al contrario, sembravano propendere per la tesi della previsione espressa, ma con atto regolamentare della Corte. cfr. A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi*, cit., 530.

[48] A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 2444 s.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1987, 712.

[49] In dottrina è stata sostenuta anche la preferibilità della soluzione poi adottata dal legislatore, in particolare da P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale*, cit., 48, la quale aveva evidenziato le debolezze delle soluzioni indicate: da una parte, si sottolineava la "pretesa" eccessiva della tesi della riserva di legge costituzionale, non trattandosi di una delle forme di proponibilità dei giudizi; dall'altra, la tesi del potere implicito sarebbe stata contraddetta dalla prassi in quanto la Corte mai aveva ritenuto di disporre la sospensione degli effetti di una legge in mancanza di una previsione espressa. Tale ultima critica, però, andrebbe riletta alla luce della citata ord. n. 225 del 2017, con la quale la Corte sembra aver lasciato intendere un possibile fondamento implicito del potere di sospensiva nelle esigenze di effettività della garanzia costituzionale.

indicazioni relative al procedimento che la Corte deve seguire nel caso di sospensiva, in realtà aggiunge un particolare molto interessante che innova il meccanismo legale[50]. Mentre l'art. 35 attribuisce al potere di sospensiva natura puramente oggettiva, visto il suo carattere sostanzialmente officioso, l'art. 21 N.I. fa espresso riferimento alla "istanza di parte", riconducendo l'istituto ai canoni di un processo "di parti", come appunto è il giudizio in via principale, e trovando questa osservazione implicita conferma anche in alcune decisioni della Corte che riconoscono un certo potere dispositivo alle parti sulle istanze presentate.

Il provvedimento di sospensione può essere adottato dalla Corte d'ufficio (anche se nella prassi è molto più frequente trovarsi di fronte a "sollecitazioni" di parte) trascorso il termine di venti giorni dalla notificazione del ricorso. Al fine di ridurre al minimo il periodo di sospensione della legge è stabilito che l'udienza di discussione debba essere fissata (e, secondo parte della dottrina[51], tenersi) entro i trenta giorni successivi all'adozione del provvedimento di sospensione e il dispositivo della sentenza deve essere depositato nei quindici giorni successivi a detta udienza. Il rispetto dei termini in questione è stato subordinato dalla Corte costituzionale ad un efficace esercizio del potere cautelare, ragion per cui sono stati disattesi (in particolare il termine di venti giorni dalla notifica) quando il loro rispetto non avrebbe consentito l'adozione in tempo utile di un eventuale provvedimento (si pensi al caso delle elezioni regionali di cui all'ord. 107/2010)[52]. D'altra parte, una certa flessibilità – come si vedrà – è stata rilevata anche in relazione al termine di trenta giorni tra l'ordinanza di sospensione e l'udienza pubblica, anche in assenza di una specifica esigenza concreta (nel caso dell'ord. 4/2021 sono passati quaranta giorni).

In relazione ai presupposti, invece, la scelta fatta dal legislatore si è mossa secondo due direttrici diverse con riferimento ai due elementi tipici della tutela cautelare. Per il *periculum in mora* l'art. 35 opta per una tipizzazione espressa delle ipotesi in cui l'esecuzione della legge possa comportare situazioni di rischio di un pregiudizio irreparabile. Secondo quanto espressamente statuito dal legislatore, sono tre i beni che la tutela cautelare vuole preservare: "l'interesse pubblico", "l'ordinamento giuridico della Repubblica" ovvero "i diritti dei cittadini", anche se in questa ultima ipotesi viene precisato che il pregiudizio deve essere anche "grave" oltre che "irreparabile"[53]. Nulla dice, invece, il legislatore circa il *fumus boni iuris*; tuttavia, è stato agevolmente sostenuto che questo deve darsi per implicito, visto che la previa verifica, quantomeno sommaria, della fondatezza della domanda è presupposto insito

[50] Su questo profilo, in particolare, E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2009, 120.

[51] Tale più rigorosa tesi è sostenuta da E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 183, nonché, più di recente, da E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021, 163. Di contrario avviso A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, cit., 143.

[52] P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva*, cit., 1343.

[53] Sulla tipizzazione dei *pericula* e sul significato che le espressioni usate dal legislatore assumono si veda M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, cit., 26 ss.

nel potere cautelare di qualsiasi autorità giudiziaria[54]. Nelle rarissime ipotesi in cui la Corte costituzionale si è pronunciata sul merito di una "sollecitazione" di sospensione, d'altra parte, ha confermato espressamente tale tesi, ribadendo che la concessione di un provvedimento di tale portata è subordinata alla sussistenza di *periculum* e *fumus* e che la carenza di uno solo di essi deve comportare il rigetto dell'istanza (così in Corte cost., ord. n. 107 del 2010, ma anche nella recente ord. n. 4 del 2021).

All'indomani della modifica dell'art. 35 l. n. 87 del 1953 si era discusso circa il riconoscimento della facoltà di presentare istanza di sospensione a entrambe le ipotetiche parti ricorrenti nel giudizio – ossia Stato e Regioni – ovvero soltanto allo Stato, visto che l'innovazione della riforma investiva esclusivamente il controllo delle leggi regionali, che da preventivo diventava successivo, mentre per gli atti legislativi dello Stato la medesima esigenza si sarebbe posta astrattamente anche in passato, visto che il loro controllo già avveniva in via successiva. Il legislatore, però, non aveva mai ritenuto necessario rimediare alle conseguenze prodotte dalla vigenza dell'atto statale impugnato, indice forse di un ulteriore elemento di differenziazione tra Stato e Regioni nel giudizio in via diretta[55].

Nonostante nella prassi le esigenze di sospensiva di leggi regionali si siano presentate con maggiore frequenza[56], non vi sono elementi che possono indurre a differenziare la posizione processuale dei due soggetti, tanto più dopo la riforma dell'art. 21 N.I. che non riserva allo Stato detta facoltà. La giurisprudenza successiva al 2003, d'altra parte, ha espressamente ammesso (ma non concesso) istanze di sospensiva presentate dalle Regioni, confermando un'interpretazione del dato legislativo pienamente aderente al principio di "parità delle armi" processuali[57].

Il carattere strumentale della tutela cautelare rispetto al giudizio "di merito" fa sì che, pur reggendosi questa su presupposti peculiari[58], dal punto di vista dei vizi

---

[54] A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio*, cit., 4. Ma su tale profilo, anche se a partire dal giudizio per conflitto tra Enti, già A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti tra enti*, in AA.VV., *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi. I processi speciali*, Napoli, 1979, 305.

[55] La tesi della riserva statale della facoltà di proporre istanza era stata sostenuta dall'Avvocatura dello Stato in alcune delle prime occasioni in cui la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su istanze di sospensiva della legge statale da parte della Regioni. Si tratta di tesi ovviamente disattesa dalla Corte costituzionale. Sul punto cfr. P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva*, cit., 1344.

[56] È stato sostenuto in dottrina che la legge statale avrebbe una competenza "privilegiata" nell'attuazione di numerose disposizioni costituzionali, ragion per cui è verosimile che le esigenze cautelari si incontreranno più facilmente per le leggi regionali impugnate. Così R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, cit., 123.

[57] P. MILAZZO, *L'impugnativa regionale del "codice dell'ambiente": un'occasione per qualche riflessione sulla struttura ed i limiti del potere di sospensione delle leggi nell'ambito dei giudizi in via d'azione introdotti dalla regioni*, in *Le Regioni*, 2007, 157. Ciò non toglie che, da un punto di vista sostanziale, lo Stato conservi una certa "preminenza" rispetto alle Regioni, soprattutto in ordine al concetto di interesse pubblico come presupposto integrante il *periculum*. Cfr. A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale*, cit., 322.

[58] Osserva, infatti, E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., par. 3, che i presupposti per l'esercizio non riguardano la distribuzione della competenza legislativa. Va, tuttavia, precisato che, se questo è sicuramente vero per il *periculum*, non si può affermare con altrettanta certezza che riguardi anche il *fumus*, il quale implica una delibazione sulla non manifesta infondatezza della pretesa posta alla base del ricorso e che, normalmente riguarda il riparto

deducibili appaia strettamente collegata a quelli lamentati dalle parti del giudizio, ragion per cui queste non potrebbero in tale sede far valere vizi autonomi, fuoriuscendo dal *petitum* del ricorso principale[59]. In questo modo, si ripropone la nota questione della differenza tra parti processuali in ordine ai vizi denunciabili, per cui le Regioni potranno chiedere la sospensione di una legge statale solo in presenza di un effettivo interesse al ricorso, ovvero quando la legge arrechi pregiudizio alla propria competenza legislativa determinata a livello costituzionale dall'art. 117[60].

L'asserita natura officiosa del potere di sospensiva ha suscitato diverse critiche in dottrina, in quanto non ritenuta in linea con i caratteri propri del giudizio in via principale come processo "di parti" e con i suoi corollari più significativi, quali il principio del *nemo procedat iudex ex officio* e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato[61]. Vero è che nella prassi la Corte non ha mai esercitato in via "officiosa" il proprio potere, dando al contrario rilievo ad una certa disponibilità delle parti sull'istanza presentata (Corte cost. ord. n. 116 del 2004)[62]. Si può dunque concludere che il carattere "officioso" del potere di sospensiva possa essere individuato più che sul versante dell'attivazione su quello della "decisione": infatti, si deve ricordare come, anche nel recente caso del 2021, la Corte parli di mera "sollecitazione" (seppur abbinandola spesso al termine "istanza"), ragion per cui essa non sarebbe in ogni caso vincolata all'adozione di uno specifico provvedimento motivato – di accoglimento o di rigetto – potendo del tutto legittimamente omettere di esaminare le richieste di sospensione pervenute (come in un numero rilevante di casi ha fatto mediante la tecnica dell'assorbimento nella decisione di merito)[63].

Infine, per quanto riguarda gli effetti della misura cautelare, è lo stesso art. 35 della l. n. 87 del 1953 a stabilire che la Corte possa sospendere l'esecuzione dell'intero atto impugnato o solo "di parti di esso". Può verificarsi, quindi, il caso di una legge impugnata nella sua integralità in quanto incostituzionale, ma di cui viene disposta la sospensione parziale in quanto solo alcune delle sue disposizioni integrano gli estremi del pregiudizio irreparabile[64]. Tuttavia, nulla esclude che possa accadere il contrario, ovvero che la Corte disponga la sospensione dell'intera legge, dichiarando poi l'incostituzionalità soltanto di alcune sue disposizioni (come avvenuto con la

---

di competenze legislative. Questa ultima affermazione pare trovare conferma anche nella recente ord. n. 4 del 2021.

[59] R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, cit., 124.

[60] E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 183.

[61] In questo senso F. DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, cit., 26. Anche G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in ID. (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali*, cit., 17, sottolinea l'incongruenza di un potere di sospensiva officioso in un giudizio ad azione di parte, definendolo «una sorta di mostruosità giuridica».

[62] Che tale potesse essere l'orientamento seguito dalla Corte sembrava emergere sin dalle prime applicazioni del nuovo potere cautelare, come era stato preventivato da F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 2002-2004*, Torino, 2005, 234.

[63] Cfr. P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 584. Per alcune considerazioni critiche legate a tale prassi cfr. *infra*, parr. 3.1. e 4.

[64] M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, cit., 40.

recentissima sentenza Corte cost., 12 marzo 2021, n. 37)[65]. Esigenze di rispetto delle regole processuali da parte della Corte impongono comunque che tale ultima eventualità possa verificarsi solo quando il ricorrente abbia lamentato l'illegittimità dell'intera legge impugnata e non solo quella specifica di alcune sue disposizioni. Diversamente il Giudice delle leggi eserciterebbe un potere discrezionale e officioso che non trova giustificazione nel principio della decisione "nei limiti dell'impugnazione".

3.1. *Sulla prudenza della Corte costituzionale nell'uso del potere di sospensiva sin dalla sua introduzione*

Si è accennato in precedenza alla circostanza che la Corte costituzionale abbia sempre fatto un uso particolarmente "prudente" del proprio potere cautelare nel giudizio in via principale. L'esame della giurisprudenza adottata sul punto conferma tale osservazione[66]. Infatti, a fronte di un numero non trascurabile di casi in cui le parti ricorrenti hanno sollecitato alla Corte l'adozione di un provvedimento di sospensiva, le decisioni adottate in "espressa" risposta dell'istanza sono state pochissime, addirittura nessun provvedimento riguarda l'adozione officiosa di una misura sospensiva.

In dottrina sono state proposte diverse classificazioni della giurisprudenza riferibile in maniera più o meno stringente all'esercizio del potere cautelare della Corte[67]. Alla luce delle più recenti decisioni il quadro potrebbe essere schematizzato in questo senso. Innanzitutto, è possibile dividere i provvedimenti in due "macro-categorie":

A) i provvedimenti definitivi non diretti a risolvere in maniera espressa una "questione" concernente la sospensiva;

B) le ordinanze che hanno come oggetto specifico quello di pronunciarsi sul profilo della sospensiva.

---

[65] Secondo E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge*, cit., 166, ciò sarebbe giustificato dalle peculiarità della vicenda e della sede cautelare, un giudizio a carattere necessariamente sommario e che si svolge in tempi molto rapidi non consente di operare con sufficiente certezza gli opportuni distinguo per una sospensione parziale. La scelta della Corte è condivisibile, quindi, in presenza di una istanza di sospensione totale della legge quando questa abbia un contenuto sufficientemente omogeneo. Cfr. A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale*, cit., 320.

[66] Non è possibile in questa sede esporre analiticamente tutte le decisioni in qualche modo riferibili alla tutela cautelare. Ci si limiterà a richiamare in maniera espressa nel testo soltanto le ordinanze incentrate sulla sospensiva. Per una puntuale rassegna di tutte le decisioni adottate al riguardo si rinvia ai vari volumi degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, curati da R. ROMBOLI, in particolare al contributo ivi contenuto di F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità sulle leggi in via principale*, rispettivamente per l'edizione 2002-2004, Torino, 2005, 231 ss.; per l'edizione 2005-2007, Torino, 2008, 264 ss.; per l'edizione 2008-2010, Torino, 2011, 172 ss.; per l'edizione 2011-2013, Torino, 2014, 214 s.; per l'edizione 2014-2016, Torino, 2017, 220 s.; per l'edizione 2017-2019, Torino, 2020, 154.

[67] Si pensi, ad esempio, alle classificazioni proposte da M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, cit., 6 ss.; e P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 571 ss.

All'interno delle due categorie "maggiori" possono essere individuate alcune sotto-categorie, a seconda delle peculiarità contenutistiche dei provvedimenti, per cui abbiamo, nella categoria A):

A.1) le decisioni definitive che non fanno cenno alcuno alle istanze cautelari o che al massimo si limitano a dichiararne l'assorbimento;

A.2) le decisioni definitive che danno conto dell'istanza, ma si limitano a dichiararne il non luogo a provvedere o il non luogo a procedere.

Nella categoria B), invece, oggi possono collocarsi:

B.1) le ordinanze adottate espressamente per decidere sulla richiesta di sospensiva, ma la rigettano per motivi meramente processuali, senza entrare nel merito;

B.2) le ordinanze che esaminano nel merito le richieste cautelari, ma le rigettano in ragione del difetto dei presupposti;

B.3) le ordinanze che accolgono la richiesta di sospensione.

Il primo gruppo di decisioni, quello contraddistinto con la lettera A), è sicuramente quello più corposo, visto che vi rientrano la quasi totalità dei provvedimenti adottati dalla Corte a fronte di una sollecitazione di sospensiva, ma allo stesso tempo costituisce anche il gruppo "qualitativamente" meno significativo ai fini della ricostruzione del potere cautelare della Corte. Per tale ragione si dedicheranno ad esso solo alcuni cenni, rinviando alle opere citate nelle note precedenti per una più approfondita disamina.

Nel sottogruppo contrassegnato come A.1) possono collocarsi tutte quelle decisioni – sia sentenze che ordinanze – con cui la Corte definisce il giudizio instaurato in via principale senza dedicare alcun riferimento all'istanza cautelare presentata, anche solo per indicare sinteticamente le ragioni per cui ha ritenuto in prima battuta di non dover concedere la sospensione. Si tratta di una tipologia decisionale largamente utilizzata dalla Corte[68], non solo in passato, ma anche in tempi recenti[69]. L'adozione di siffatti provvedimenti potrebbe trovare giustificazione soltanto alla luce della asserita natura "officiosa" del potere di sospensiva, che consentirebbe alla Corte di disattendere le sollecitazioni di parte senza l'adozione di uno specifico provvedimento. Tuttavia, appare problematico conciliare tale prassi decisionale con l'art. 40 l. n. 87 del 1953 – al quale l'art. 35 fa espresso rinvio – che prevede che la sospensione possa essere disposta con "ordinanza motivata". Solo una interpretazione estremamente riduttiva di tale disposizione – limitata ai soli provvedimenti concessivi della sospensione – potrebbe "fare salve" le decisioni della Corte che spesso soprassiedono sulle richieste sospensive di parte.

---

[68] In tal senso, ad esempio, le sentenze Corte cost., 27 novembre 2007, n. 401; Corte cost., 23 luglio 2009, n. 234; Corte cost., 6 novembre 2009, n. 284; Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52; e l'ordinanza Corte cost., 22 dicembre 2010, n. 372. Si veda P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 580 s.

[69] Si pensi alle recenti ordinanze Corte cost., 16 luglio 2019, n. 183; Corte cost., 20 ottobre 2020 n. 220, e Corte cost., 20 ottobre 2020, n. 221, in cui il riferimento alla richiesta di sospensiva è fatto solo nel "Ritenuto", ma non nel "Considerato" dell'ordinanza. Sugli aspetti critici in ordine alla prassi della "omessa motivazione" cfr. F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 2017-2019*, Torino, 2020, 154.

Sempre in questo sottogruppo, ma con alcune peculiarità, possono collocarsi quelle decisioni con cui la Corte dichiara l'assorbimento della richiesta di sospensiva nel provvedimento con cui viene definito il giudizio principale. Si tratta, anche in questo caso, di una tipologia decisionale largamente utilizzata[70], che si differenza dalle decisioni del tipo visto sopra perché la Corte riserva un cenno al fatto che un'istanza è stata presentata (e anche per tale ragione in dottrina queste decisioni sono state classificate tra quelle di "considerazione sfumata")[71], ma è assente ogni riferimento in ordine alla mancata attivazione del potere cautelare, se non per dire che la decisione sul merito del ricorso assorbe l'istanza cautelare.

Nel sottogruppo A.2) possono essere collocate quelle decisioni in cui la Corte, pur senza adottare un provvedimento espresso relativo alla concessione o al diniego (per motivi di merito o processuali) della sospensiva, dà conto nel provvedimento che definisce il giudizio principale di aver comunque attivato il proprio potere di valutazione sul punto e di aver comunque ritenuto non opportuno pronunciarsi prima della decisione finale sul ricorso. Si tratta delle ipotesi in cui, generalmente, la Corte ha risolto le richieste cautelari delle parti con decisioni di "non luogo a procedere"[72] o "non luogo a provvedere"[73]. L'uso che la Corte costituzionale ha fatto di tali formule linguistiche, nonché di quella dell'assorbimento, è stato improntato ad una sostanziale fungibilità, nonostante in dottrina sia stato sottolineato che ogni formula avrebbe il suo peculiare significato che la renderebbe adatta allo specifico tipo di decisione che il giudice intende adottare[74].

Nel gruppo B) rientrano quelle decisioni che, in senso proprio, possono essere definite come provvedimenti sull'istanza cautelare. Infatti, a differenza di quelle del

---

[70] Le decisioni di questo tipo numerose, per un elenco delle più risalenti si rimanda a P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 577 ss. In questa sede ci si limita a richiamare, almeno tra quelle dell'ultimo triennio, Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., 27 giugno 2018, n. 137; Corte cost., 20 luglio 2018, n. 168; ordinanza Corte cost., 4 ottobre 2018, n. 183.

[71] P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 575 s., ad esempio, fa rientrare le decisioni di assorbimento dell'istanza cautelare tra quelle di sfumata considerazione, in quanto vi sarebbe comunque un cenno ad esse nelle pronunce conclusive dei giudizi.

[72] Così, ad esempio, Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 62; Corte cost., 22 luglio 2009, n. 225; Corte cost., 23 luglio 2009, n. 235; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 250.

[73] Corte cost., 23 luglio 2009, n. 232; Corte cost., 24 luglio 2009, n. 251; Corte cost., 30 luglio 2009, n. 254; Corte cost., 30 dicembre 2009, n. 341; Corte cost., 20 dicembre 2012, n. 311. Un'altra sentenza – Corte cost., 15 giugno 2011, n. 187 – usa una formula ancora diversa: "non mette conto esaminare se ricorrano o meno gli estremi". Cfr. G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale*, cit., par. 2.1, nota 38.

[74] Secondo A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, cit., 2445, la Corte rischia di seguire una via troppo "sottile" per la definizione delle istanze cautelari, riducendosi la questione ad un aspetto di mero "formulario". Invece, secondo P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi*, cit., 578 s., l'uso delle formule potrebbe trovare una più precisa collocazione alla luce del tipo di decisione che la Corte ritiene di adottare. Infatti, una decisione di "non luogo a procedere" implica che il giudice non debba nemmeno avviare l'esame della richiesta di sospensiva e sarebbe appropriata nel caso in cui il provvedimento che definisce il ricorso disponga per l'inammissibilità; una decisione di "non luogo a provvedere" avrebbe una portata più ristretta, riferendosi solo al caso in cui la Corte ritiene non necessario esprimersi sulla richiesta, per cui sarebbe coerente con un provvedimento finale di rigetto nel merito; infine, la dichiarazione di "assorbimento" starebbe solo ad indicare che la richiesta di sospensione si esaurisce nel contenuto del provvedimento finale, ragion per cui sarebbe superflua una pronuncia specifica nei casi di sentenza di accoglimento.

gruppo A), si tratta di ordinanze che la Corte adotta prima della trattazione del ricorso principale ai fini della risoluzione delle istanze di sospensiva. Proprio in ragione della prudenza nell'uso del potere di sospensione si tratta di un numero di decisioni molto ridotto e, soprattutto, eterogeneo quanto a esiti, ma dalle quali è possibile ricavare le indicazioni più significative in tale ambito.

Nel sottogruppo B.1) si collocano quelle ordinanze con cui la Corte costituzionale ha rigettato le istanze cautelari per ragioni che prescindono totalmente dal merito della richiesta. Si tratta di decisioni di rigetto di natura "processuale", che consentono di apprezzare solo in minima misura le posizioni della Corte sui punti ancora "oscuri" del potere di sospensiva.

In primo luogo vanno menzionate alcune decisioni che inizialmente segnano un approccio diverso da quello che sarà seguito negli anni a venire, si tratta di un gruppo omogeneo di ordinanze dell'8 aprile 2004, nn. 116, 117, 118, 119, con le quali la Corte si limita a prendere atto della rinuncia delle parti alla decisione sulla sospensione cautelare, rinviando l'esame delle relative istanze ai provvedimenti che avrebbero definito i giudizi di costituzionalità. Questi atti poi si limiteranno a dichiarare il non luogo a provvedere, ma, a differenza dell'orientamento successivo in cui la Corte semplicemente non si pronuncia in via cautelare, in questo caso esiste un provvedimento espresso sul punto, il che dimostra anche che l'istanza cautelare è per lo più rimessa alla disponibilità delle parti, per quanto non del tutto in linea con la supposta natura "officiosa" del potere.

Sempre in questo gruppo rientra l'ordinanza 22 giugno 2006, n. 245, con cui la Corte ha dichiarato il non luogo a provvedere sulla richiesta in quanto la parte ricorrente, nel sollecitare la sospensiva dell'atto impugnato, non aveva adeguatamente motivato la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza, limitandosi a prospettarli in maniera puramente assertiva[75].

Infine, deve essere ricordata l'ordinanza 10 ottobre 2014, n. 233, relativa alla materia della legislazione elettorale regionale. In questo caso, di fronte alla richiesta di sospensione dell'intera legge da parte del Governo, la Corte aveva provveduto a fissare apposita camera di consiglio per la trattazione dell'istanza, tuttavia, nel frattempo, la Regione resistente provvedeva a modificare la legge impugnata in modo da comporre il conflitto con il Governo, determinando la rinuncia da parte di quest'ultimo al ricorso. Preso atto della rinuncia la Corte si limitava a dichiarare tanto l'estinzione del giudizio principale, quanto il non luogo a provvedere sulla sospensiva, divenuta nel frattempo priva di alcuna utilità[76].

[75] È stato osservato in dottrina che con tale provvedimento, per la prima volta, il potere cautelare si sarebbe espresso in modo autonomo, mentre le precedenti ordinanze non facevano altro che rinviare la definizione delle istanze al provvedimento sul ricorso principale. Così A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, cit., 2445. Va, inoltre, aggiunto che un onere di motivare in maniera non apodittica l'istanza non si porrebbe del tutto in linea con la supposta natura officiosa del potere di sospensiva.

[76] Anche in questo caso, ad opinione della dottrina, la Corte avrebbe dato un autonomo rilievo all'istanza di sospensione, vista anche la fissazione dell'apposita camera di consiglio, e solo ragioni del tutto esterne al giudizio hanno condotto ad una nuova decisioni di non luogo a provvedere. Cfr. P.

La sottocategoria B.2) comprende un solo provvedimento, fino a poco tempo fa il più importante reso dalla Corte nell'esercizio del suo potere cautelare perché, pur pervenendo al rigetto dell'istanza, per la prima volta forniva una motivazione nel merito delle ragioni che l'avevano condotta a tale conclusione. Si tratta della già richiamata ordinanza n. 107 del 2010. Si avrà modo di tornare in seguito sul provvedimento, soprattutto per porre a raffronto il criterio di giudizio seguito in questa occasione con quello seguito nella recente ordinanza n. 4 del 2021. L'istanza cautelare era stata formulata nell'ambito del ricorso con cui la Regione Lazio aveva impugnato il d.l. 5 marzo 2010, n. 29, approvato nell'imminenza delle elezioni per il rinnovo del Consiglio regionale al fine di consentire la riammissione di alcune liste escluse per ragioni meramente procedurali.

Dalla decisione è possibile trarre numerosi spunti di riflessione sull'esercizio del potere cautelare, in primo luogo, si osserva una certa dose di discrezionalità della Corte nella gestione dei tempi processuali, che le hanno consentito di anticipare la fissazione della camera di consiglio ben prima dei termini stabiliti dalla legge, in quanto, diversamente facendo, il provvedimento sospensivo non sarebbe potuto arrivare in tempo utile (vista la data delle elezioni già fissata).

Ma è soprattutto l'aspetto relativo alla sussistenza dei due presupposti a destare maggior interesse, in quanto è in questa decisione che la Corte afferma per la prima volta la necessità che debbano sussistere congiuntamente *fumus* e *periculum*, analogamente a tutti gli altri procedimenti cautelari, completando un dettato legislativo poco chiaro al riguardo. La carenza del secondo impedisce alla Corte di procedere in ordine ad una valutazione anche sul primo, ma ciò non diminuisce l'importanza dell'affermazione in generale che ha trovato conferma anche nell'ordinanza n. 4 del 2021.

Infine, proprio l'ultima ordinanza appena menzionata costituisce un "sottogruppo" a sé, identificato come B.3), in quanto per la prima volta la Corte accoglie la richiesta cautelare, motivando nel merito la sussistenza di entrambi i requisiti.

I provvedimenti appartenenti a questi ultimi due sottogruppi in astratto sarebbero potuti essere più numerosi, ma a riprova della strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella "piena" l'esame delle relative istanze è stata spesso travolta dagli interventi dispositivi delle parti (sia dell'intero ricorso che della sola richiesta cautelare), conducendo a decisioni di rigetto meramente processuali.

4. ***I contenuti dell'ordinanza n. 4 del 2021: gli aspetti processuali in linea con il dettato normativo e con i pochi precedenti in materia della Corte***

Il contenuto argomentativo dell'ordinanza n. 4 del 2021, in linea con quella che è una caratteristica tipica dei provvedimenti cautelari – anche del giudice amministrativo

---

VIPIANA, *Un'altra volta la Corte costituzionale esamina specificamente (ma non nel merito) un'istanza di sospensiva di una legge*, in *Le Regioni*, 2015, 449 ss.

–, è estremamente sintetico[77]. Volendo scindere l'analisi dei profili "procedurali" da quelli del "merito" cautelare, si può osservare quanto ai primi che essi non trovano riscontro in passaggi espressi del provvedimento citato, piuttosto possono essere ricavati dagli aspetti peculiari del caso sottoposto alla Corte e dal modo in cui essa si pronuncia sulla sospensiva.

Ciò consente di osservare, in via preliminare, che dal punto di vista "procedurale" l'ordinanza n. 4 del 2021 si pone in linea di continuità con quanto la Corte aveva già avuto modo di affermare in passato, nonché con alcune opinioni espresse in dottrina.

In primo luogo, l'atto impugnato e di cui si chiede la sospensione integrale è una legge regionale, motivo per cui non si pongono tutta una serie di interrogativi ai quali, però, la Corte costituzionale aveva dato già risposta in passato. In particolare quello della "titolarità" della facoltà di "sollecitazione" e quello dei "limiti" territoriali della sospensione. Non vi sono dubbi oggi che, in virtù del principio della "parità delle armi" processuali, l'istanza possa provenire sia dallo Stato che dalla Regione; ma soprattutto, mentre nella precedente ordinanza n. 107 del 2010 era la Regione ad impugnare un atto statale e si poneva il dubbio sui limiti di una eventuale sospensiva, nel caso specifico il dubbio non ha ovviamente ragione di porsi.

Un secondo aspetto che emerge è dato dal rispetto piuttosto "elastico" della sequenza temporale che governa ogni momento della fase cautelare secondo l'art. 35 l. n. 87 del 1953[78]. Una differenza evidente rispetto all'ordinanza del 2010 risiede nel fatto che nel caso odierno è rispettato il termine di venti giorni dalla notifica del ricorso per l'adozione del provvedimento cautelare, mentre nel 2010 la Corte era stata "costretta" a pronunciarsi in anticipo da ragioni materiali improcrastinabili. Ciò aveva indotto ad osservare una certa derogabilità dei termini quando le circostanze materiali non consentirebbero di adottare il provvedimento in tempo utile. Si dovrebbe trattare di circostanze del tutto eccezionali, non giustificabili sulla base di una generica urgenza di provvedere, nemmeno in un contesto emergenziale, ma condizionate da accadimenti fattuali non diversamente removibili[79]. Al contrario, la Corte ha fissato l'udienza pubblica di discussione oltre il termine ordinatorio di trenta giorni stabilito dalla legge.

---

[77] Il medesimo schema espositivo è seguito in A. LO CALZO, *La "parsimonia cautelare" della Corte costituzionale nel giudizio in via principale alla prova dell'emergenza pandemica. (Osservazioni all'ordinanza della Corte costituzionale n. 4 del 2021)*, in *Osservatorio AIC*, 3/2021, 189 ss.

[78] Vedi *retro*, nota 37. Sul punto cfr. A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19*, cit., 257.

[79] Cfr. P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva*, cit., 1343. L'autrice rileva la natura sostanzialmente ordinatoria dei termini, tanto che la Corte sarebbe potuta pervenire ad una pronuncia tempestiva anche attraverso l'accoglimento dell'istanza di riduzione dei termini di cui all'art. 9 l. cost. n. 1 del 1953, preferendo semplicemente fissare la camera di consiglio prima del decorso del termine dell'art. 25 l. n. 87 del 1953. Una diversa giustificazione potrebbe rinvenirsi in una lettura estensiva dell'art. 34 l. n. 87 del 1953, il quale stabilisce che ai ricorsi che impugnano un atto legislativo in via diretta si applicano gli artt. 23, 25 e 26 della stessa legge, solo "per quanto applicabili"; la condizione di "applicabilità" potrebbe valere per ogni profilo del ricorso e, quindi, anche per l'istanza di sospensione, estendendosi analogicamente all'art. 35. La natura ordinatoria dei termini del procedimento cautelare sarebbe, d'altra parte, confermata anche in tale circostanza, visto che la Corte ha fissato l'udienza pubblica oltre il termine di trenta giorni stabilito dall'art. 35 della l. n. 87 del 1953. Su tale ultimo punto v. E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge*, cit., 163.

È stato osservato che alcuni aspetti terminologici nella redazione dell'ordinanza confermerebbero anche la tesi della natura "officiosa" del potere di sospensiva[80]. Ciò sarebbe dimostrato dall'uso del verbo "sollecitare", riferito alla richiesta di sospensiva da parte del Governo, che finirebbe per rimettere in capo alla Corte l'esclusiva valutazione sulla opportunità o meno di attivare il potere, senza alcun onere di risposta verso la parte. Tale profilo, però, pare assumere nel caso specifico un peso più formale che sostanziale, infatti la motivazione del provvedimento è formulata come una "risposta" ad una istanza specifica, dato avvalorato dalla circostanza che la Corte utilizza il riferimento alla "sollecitazione" congiuntamente al termine "istanza"[81].

Uno degli aspetti sui quali la natura "officiosa" del potere di sospensiva sembra incidere è quello relativo all'obbligo o meno di disporre l'audizione delle parti nella fase cautelare, obbligo che non sarebbe espressamente sancito dall'art. 21 N.I., per cui la Corte godrebbe di ampia discrezionalità circa il coinvolgimento delle parti del procedimento cautelare[82]. Tuttavia, la Corte, nell'ordinanza n. 4 del 2021, avrebbe optato per una più estesa applicazione del principio del contraddittorio, non limitato alla sola fase a "cognizione piena", ma riferito anche alla fase cautelare come avviene normalmente in un processo di parti[83].

Un ultimo profilo processuale meritevole di considerazione riguarda la tipologia di sospensione disposta. Infatti, la Corte dispone al riguardo del potere di sospendere tutto l'atto impugnato o soltanto parte di esso. La decisione assunta in tal caso si è orientata nel senso di una sospensione totale della l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020, cosa che di per sé non desta particolare scalpore, se non fosse per la circostanza che, all'indomani dell'udienza del 23 febbraio, sul sito istituzionale della Corte compariva una comunicato stampa in cui si annunciava che il ricorso era stato accolto "limitatamente" ad alcune disposizioni, aspetto confermato poi dalla sentenza n. 37 del 2021. Si tornerà a breve sul punto, ma non si possono non evidenziare le perplessità sollevate da una sospensiva totale dell'atto che continua a produrre i propri effetti rispetto a disposizioni che non saranno poi dichiarate illegittime in sentenza, avendo comunque cognizione di tale "discrepanza" grazie alle anticipazioni del comunicato stampa.

[80] G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale*, cit., par. 4.

[81] Nel senso che, nella sostanza, la Corte avrebbe confermato l'adattamento della tutela cautelare al giudizio di parti A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale*, cit., 319.

[82] L'unico obbligo per la Corte, stabilito dall'art. 21 N.I., è quello di far comunicare immediatamente alle parti la fissazione della camera di consiglio. Cfr. M. SALVAGO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, cit., 34 s.

[83] Il carattere facoltativo, tra l'altro, apparirebbe in linea con la non perfetta coincidenza temporale tra costituzione nel giudizio e fase cautelare. Ben potrebbe accadere, infatti, che la camera di consiglio venga fissata prima che una delle parti abbia perfezionato la sua costituzione, con potenziale lesione del diritto di difesa che dovrebbe caratterizzare non solo la fase a cognizione piena. E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge*, cit., 7 ss.

4.1. Segue*. Gli aspetti del merito cautelare: sulla configurazione del* fumus boni iuris *e del* periculum in mora

Il profilo contenutistico sicuramente più interessante del recente provvedimento è quello che riguarda il c.d. "merito cautelare", vale a dire le motivazioni che la Corte adduce per giustificare i presupposti tipici della tutela cautelare.

In linea di continuità con l'ordinanza n. 107 del 2010, la n. 4 del 2021 conferma che, ai fini della concessione di un provvedimento di sospensione, è necessaria la sussistenza sia del *periculum in mora* che del *fumus boni iuris*, chiarendo una volta per tutte ogni dubbio circa il fatto che l'art. 35 l. n. 87 del 1953 faccia espresso riferimento solo al primo dei due presupposti. La maggiore novità, però, sta nella circostanza che, a differenza dell'ordinanza del 2010, quella odierna ha rappresentato la prima occasione in cui la Corte ha fornito una compiuta motivazione anche del presupposto del *fumus*, mentre in passato la carenza del requisito del *periculum* aveva fatto venir meno ogni necessità di approfondimento al riguardo[84].

Significativo, d'altra parte, è che nell'ordine argomentativo il Giudice delle leggi abbia prima verificato la sussistenza del *fumus*, a sottolineare la strumentalità del procedimento cautelare rispetto alla definizione del giudizio principale per cui, ai fini dell'accoglimento, la domanda cautelare non potrebbe prescindere da una verifica "minima" di fondatezza nel merito. Come dire, sarebbe inutile accertare la sussistenza di un pericolo se il ricorso fosse palesemente infondato.

La Corte, rilevato che la l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020, nel consentire lo svolgimento di determinate attività, deroga a quanto diversamente stabilito dalla normativa statale in materia di contrasto alla pandemia, afferma la sussistenza del *fumus* sulla base della circostanza che «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.». Tra i vari motivi di impugnazione la Corte, quindi, ne considera sufficiente uno solo, quello della "profilassi internazionale"[85], per affermare la verosimile fondatezza del ricorso

[84] P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva*, cit., 1346. Per quanto potesse essere meritevole di interesse anche una motivazione sul *fumus*, va osservato che in quella circostanza si trattava di una decisione di rigetto dell'istanza, ragion per cui la carenza del *periculum* era già di per sé sufficiente a determinare il mancato accoglimento della richiesta cautelare, assorbendo il profilo del *fumus*, ormai superfluo nell'economia della decisione. Diverso è il discorso nel caso di una decisione di accoglimento dell'istanza, ove è invece necessario argomentare la sussistenza di entrambi i requisiti.

[85] Come osservato da E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale*, cit., par. 4, si tratterebbe di un aspetto particolarmente dibattuto, in quanto la materia "profilassi internazionale" verrebbe ad assumere nella prospettiva della Corte un significato ben più ampio di quello che ha nella prassi corrente, vale a dire di controllo delle malattie infettive presso i punti di "scambio" internazionale, come porti, aeroporti e confini terrestri, non per niente l'art. 117, comma 2, Cost. la colloca subito dopo le materie "dogane" e "protezione dei confini nazionali". Nella più recente giurisprudenza costituzionale, invece, la profilassi internazionale pare riferirsi ad ogni tipo di intervento legislativo diretto al contenimento dei contagi (anche non strettamente sanitario), dove l'aggettivo "internazionale" connota la dimensione geografica dell'evento da contrastare. L'autrice è comunque favorevole a questa più ampia lettura, in quanto consentirebbe di colmare una lacuna dell'art. 117 Cost. in un ambito in cui l'intervento unitario dello Stato è comunque essenziale. Criticamente circa l'inquadramento della normativa in questione nella materia "profilassi internazionale", soprattutto

governativo, trattandosi di materia di competenza esclusiva dello Stato. Il mancato riferimento agli altri parametri invocati dal Presidente del Consiglio dei ministri nel ricorso non pare debba essere eccessivamente enfatizzato in quanto predittivo della circostanza che, nel merito, il parametro indicato potesse avere carattere assorbente rispetto agli altri, come poi la sentenza n. 37 del 2021 ha confermato[86].

Il passaggio più significativo dell'ordinanza, però, sembra essere quello in cui la Corte argomenta la sussistenza del *periculum*, perché denota la scelta di un criterio di giudizio all'apparenza diverso da quello seguito nel 2010.

Secondo la Corte il *periculum* sussisterebbe nelle due tipologie del "pregiudizio per l'interesse pubblico" e "per i diritti dei cittadini". Le misure meno rigorose previste dalla legge regionale potrebbero, infatti, sovrapporsi a quelle più severe previste dalla normativa statale di contenimento dell'epidemia, incrementando così il rischio di un aumento dei contagi che, per la natura stessa del virus, prescinde dalla circostanza che il suddetto aggravamento abbia rilevanza locale o nazionale. Per questo motivo anche un intervento legislativo come quello oggetto del giudizio sarebbe idoneo a pregiudicare, allo stesso tempo, il diritto alla salute dei cittadini e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria della pandemia, la quale potrebbe ammettere interventi regionali diversificati soltanto nell'ambito della leale collaborazione.

Nell'ordinanza n. 107 del 2010 la Corte aveva optato per un criterio di giudizio di tipo comparativo[87]. In sostanza la Corte non aveva operato una valutazione oggettiva sull'entità del pregiudizio che la vigenza dell'atto impugnato era in grado di produrre, piuttosto aveva posto a raffronto due circostanze ipotetiche: a) quale danno deriverebbe nel caso in cui l'atto impugnato fosse sospeso in sede cautelare, ma la questione fosse poi rigettata nel merito; b) quale danno deriverebbe nel caso in cui la domanda cautelare fosse rigettata, ma poi il ricorso accolto e la disposizione impugnata dichiarata incostituzionale[88]. Nel caso in cui fosse impossibile stabilire una prevalenza nella comparazione tra le due ipotesi di rischio sarebbe da preferire il rigetto dell'istanza

---

all'esito della sentenza n. 37 del 2021, è V. BALDINI, *Conflitto di competenza tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte costituzionale?*, in *Diritti fondamentali*, 1/2021, 439 ss. Perplessità sulla nozione particolarmente "estensiva" della materia profilassi internazionale sono espresse anche da D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, 14 s., in quanto non ogni intervento di contrasto alla pandemia potrebbe essere ricondotto in automatico ad un riflesso sulla diffusione internazionale del virus. Analogamente G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare*, cit., 101 ss., rileva nella decisione della Corte sul punto delle forzature interpretative.

[86] N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, cit., 228, invece, ritiene che proprio questo sia il «*punctum dolens* della decisione. […] con la conseguenza che il giudizio della Corte appare, al riguardo, un po' troppo *tranchant*», nella misura in cui la Corte ha "ignorato" gli altri parametri invocati nel ricorso.

[87] Secondo un modello ampiamente utilizzato nella giurisprudenza costituzionale tedesca (c.d. *Doppelhypothese*). Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale: la Corte costituzionale e le obiezioni di Carl Schmitt*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3969 s.

[88] A. VUOLO, *Crollo di un altro antico feticcio*, cit., 5; P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva*, cit., 1346.

cautelare, riconoscendosi un certo *favor* per la conservazione dell'efficacia dell'atto impugnato[89].

Nel caso dell'ordinanza n. 4 del 2021 la Corte non ha operato secondo tale schema di giudizio, in quanto l'elemento determinante sembra essere rinvenuto nella irrimediabilità del pregiudizio e nel danno a valori fondamentali come la vita e la salute[90]. La valutazione non è tanto sul rapporto costi-benefici derivanti dall'applicazione-disapplicazione dell'atto (che la Corte avrebbe potuto compiere, ad esempio, considerando il profilo anch'esso rilevante della ripresa economica e delle attività produttive), piuttosto sulla circostanza legata al rischio – magari anche alla luce del principio di precauzione (che la Corte, però, non cita mai) – che un possibile riscontro negativo, prodotto dalla legge impugnata sulla gestione della pandemia, non potrebbe essere in alcun modo rimediato.

Si tratta pur sempre di un giudizio prognostico, ove un peso determinante a favore della sospensione è posseduto dalla tipologia dei beni in gioco, destinati a prevalere anche in ipotesi di danno soltanto eventuale[91], e non si può escludere che si tratti, comunque, di un giudizio "singolare", che rinviene la propria ragion d'essere nelle peculiarità del contesto emergenziale.

Nel caso affrontato dall'ordinanza n. 107 del 2010 la Corte si trovava di fronte ad una questione che aveva alla base un bene costituzionale omogeneo, quello della partecipazione politico-elettorale, nel caso odierno, invece, i beni coinvolti sono diversi e, in astratto, tra loro contrastanti. In questi casi la tutela di un bene costituzionalmente fondamentale è determinante. Non è tanto la mera comparazione tra interessi contrapposti, ma il carattere preminente dei beni interessati a far propendere per la concessione della misura cautelare piuttosto che per il suo rigetto. Quindi è vero che possono aversi anche due interessi di parte contrapposti, ma quando questi sono anche riconducibili a valori costituzionali di rango diverso, più che parlare di criterio comparativo è opportuno richiamare le consuete tecniche del bilanciamento, anche ove questo fosse compiuto in modo implicito[92]. Sarà all'esito di questo che la scelta di accordare o meno la sospensiva farà prevalere il bene costituzionalmente più

[89] Tale atteggiamento avrebbe denotato, ad opinione di A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., 3972, una certa "presunzione" di pericolosità della tutela cautelare rispetto a quelle che erano le sue reali potenzialità, con una valutazione "appesantita" dalla presunzione di costituzionalità della legge impugnata alla quale non fa da contrappeso una presunzione di fondatezza del ricorso nella diversa valutazione ipotetica legata alla concessione della sospensiva dell'atto.

[90] Non vi sono dubbi sul fatto che il rischio di pregiudizio sia, nel caso in esame, irreparabile secondo E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge*, cit., 159.

[91] In merito alla "eventualità" si pensi al passaggio dell'ordinanza in cui la Corte considera irrilevanti ai fini della decisione le ordinanze applicative della legge regionale – adottate dal Presidente della Regione – di contenuto restrittivo rispetto alle potenzialità facoltizzanti della legge impugnata.

[92] Sulla circostanza che la Corte avrebbe comunque operato implicitamente un giudizio comparativo, dando rilievo soltanto all'interesse collettivo della tutela della salute cfr. G. CICCHETTI, *Sospensione delle leggi e normativa emergenziale*, cit., par. 4, il quale rileva che si sarebbe, in ogni caso, trattato di una comparazione "monca", visto che il Giudice delle leggi non avrebbe preso in considerazione tutti gli interessi costituzionali coinvolti o, al più, si sarebbe limitato a «postulare l'assoluta prevalenza di un interesse costituzionale sugli altri». Sulla eventualità di una comparazione implicita anche A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19*, cit., 263.

meritevole, come potrebbe essere quello di meglio tutelare la vita e la salute delle persone attraverso una valutazione di carattere unitario.

Non bisogna poi dimenticare un aspetto, che mi pare idoneo a mitigare l'impatto di una ponderazione apparentemente "a senso unico". Il giudizio cautelare deve essere pur sempre improntato alla "precauzione", ossia ha lo scopo di evitare il prodursi di un pregiudizio irreparabile anche solo astrattamente prevedibile, per tal ragione non è la sede migliore per operare bilanciamenti complessi, per i quali meglio si confà un giudizio a cognizione piena, nell'ambito del quale il Giudice delle leggi ha maggiori margini di manovra per far emergere tutte le sfaccettature di valore sottese alla questione. In questa sede, come dimostrato anche dalla sentenza n. 37 del 2021, potranno essere meglio esaminate le questioni conducendo, a seconda del caso, a soluzioni di accoglimento parziale.

5. *Postfatto. Verso la dichiarazione di incostituzionalità: sulle declinazioni politiche della leale collaborazione e sui "tempi" comunicativi della Corte*

Chiusa la fase cautelare, il procedimento entra nel primo periodo "intertemporale" del giudizio in via principale, vale a dire quel momento compreso tra il deposito dell'ordinanza cautelare e la data dell'udienza pubblica di trattazione, fissata nel caso specifico per il 23 febbraio 2021.

Secondo la disposizione dell'art. 35 l. n. 87 del 1953 l'udienza di discussione deve essere fissata nei trenta giorni successivi al deposito dell'ordinanza cautelare e in questo periodo di tempo normalmente le parti hanno la facoltà di depositare memorie prima dell'udienza. Tuttavia, questo lasso di tempo costituisce nel giudizio in via principale anche una importante occasione di "mediazione" politica tra i soggetti confliggenti. Trattandosi del primo provvedimento cautelare adottato dalla Corte non si è mai avuto modo di verificare l'incidenza su tali provvedimenti degli accordi successivamente maturati in via politica tra Stato e Regioni, tuttavia nell'esperienza si sono registrate ipotesi in cui la Corte ha "arrestato" l'esercizio del suo potere cautelare proprio in ragione di un'intervenuta rinuncia delle parti dettata da una modifica dell'atto impugnato (ordinanza n. 233 del 2014).

L'influenza che le considerazioni di ordine "politico" producono sulle determinazioni delle parti del giudizio in via principale non è una novità[93], per cui nulla esclude che il Governo, anche dopo aver presentato ricorso, possa raggiungere un

[93] Tale aspetto è ampiamente chiarito da E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 176 s., i quali richiamano anche l'ammonimento della sentenza 12 maggio 2016, n. 107, secondo la quale «sebbene il ricorso in via di azione sia connotato da un forte grado di discrezionalità politica che ne consente – a differenza dei giudizi incidentali – la piena disponibilità da parte dei soggetti ricorrenti e resistenti, l'esercizio dell'impulso giurisdizionale al controllo di legittimità delle leggi […] regionali non può non essere improntato alla assoluta imparzialità, trasparenza e coerenza dei comportamenti di fronte ad analoghe patologiche circostanze». Sul tale aspetto si veda anche A. PERTICI, *Il confronto politico nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in G. CAMPANELLI, F. DAL CANTO, E. MALFATTI, S. PANIZZA, P. PASSAGLIA, A. PERTICI (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, Torino, 2010, 65 ss.

accordo per via diversa con la Regione e rinunciare all'azione già avviata. Questo scenario sembrava destinato a riproporsi anche nelle vicende attuali, quando l'ex Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, Francesco Boccia, aveva rilasciato una dichiarazione nella quale affermava di voler proporre al Consiglio dei ministri il ritiro dell'impugnativa della l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020, essendo auspicabile che il raggiungimento degli obiettivi comuni di contrasto all'epidemia avvenisse mediante azioni condivise improntate alla leale collaborazione[94].

È storia recente quella che ha visto concludersi l'esperienza del Governo "Conte II", causa una crisi politica giunta al suo culmine agli inizi di febbraio, e l'avvio del nuovo Esecutivo "Draghi", insediatosi con il giuramento il 13 febbraio 2021. Tra le novità nella composizione della compagine anche il cambio al vertice del Ministero per gli Affari regionali e le autonomie, nel frattempo passato a Mariastella Gelmini.

Questa nota "politica" ha avuto anche un riscontro sul piano strettamente giuridico-processuale, in quanto l'annunciata rinuncia al ricorso (che, probabilmente, aveva anche inciso sulla scelta della Regione Valle d'Aosta di non modificare la legge impugnata) non è poi stata depositata. Governo e Regione hanno, quindi, insistito in sede processuale per le loro conclusioni e la vicenda si è chiusa con una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020.

La vicenda sembra confermare la natura squisitamente politica delle valutazioni di parte sulle scelte da adottare in sede processuale, nonché la possibilità di modulare il senso della leale collaborazione, facendone spesso uno strumento dell'azione politica, più che un principio di orientamento di scelte condivise. Nemmeno l'adozione di un provvedimento di sospensione, che per la sua efficacia potrebbe costituire un valido "pungolo" alla revisione politica delle conflittualità tra livelli di governo, è riuscita a scongiurare la dichiarazione di incostituzionalità, con le due parti rimaste ferme sulle loro posizioni, probabilmente anche a causa dei fraintendimenti comunicativi generati dal cambio al Governo.

Con queste premesse si è tenuta l'udienza pubblica del 23 febbraio, conclusa la quale si è aperto il secondo periodo "intertemporale", quello dei quindici giorni che vanno dall'udienza al deposito della sentenza.

Nella sequenza processuale indicata si inserisce, a questo punto, un ulteriore elemento che deve indurre ad una attenta seppur sintetica riflessione. Il 24 febbraio 2021, giorno successivo all'udienza, la Corte pubblica sul suo sito il consueto "comunicato stampa" nel quale annuncia che, riunita in camera di consiglio, ha esaminato nel merito il ricorso contro la l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020 e – nell'attesa del deposito della sentenza – anticipa che «il ricorso è stato accolto, *limitatamente alle disposizioni con le quali la legge impugnata ha introdotto misure di contrasto all'epidemia differenti da quelle previste dalla normativa statale*» (corsivo dell'Autore). Il legislatore regionale, infatti, non potrebbe invadere una materia che ha

[94] Questo, in sintesi, il contenuto delle dichiarazioni del Ministro contenute nella nota dal titolo *Emergenza Covid-19 e leale collaborazione: Boccia, proporrò ritiro impugnativa su legge Valle d'Aosta*, pubblicata in data 20 gennaio 2021, e reperibile al sito http://www.regioni.it/newsletter/n-3985/del-20-01-2021/emergenza-covid-19-e-leale-collaborazione-boccia-proporro-ritiro-impugnativa-su-legge-valle-daosta-22162/

come oggetto il contenimento della pandemia che, per la sua diffusione globale, rientra nella competenza esclusiva dello Stato sotto il titolo della "profilassi internazionale".

Non è questa la sede per dibattere intorno alla opportunità, alla funzione e agli effetti dei comunicati stampa, visto che i vari aspetti sono stati oggetto di ampio approfondimento dottrinale anche in tempi molto recenti[95], tuttavia si possono arricchire quelle riflessioni con un ulteriore profilo problematico che è legato esclusivamente alle peculiarità di un giudizio dotato della fase cautelare come quello in via principale.

L'uso del comunicato stampa da parte della Corte costituzionale si è sensibilmente intensificato negli ultimi anni. Ciò è verosimilmente avvenuto allo scopo di consentire una maggiore accessibilità dei contenuti delle decisioni, destinate altrimenti a restare una prerogativa di una ristretta platea di giuristi, da parte dei cittadini[96]. Si è così assistito ad un proliferare di comunicati, adottati ogniqualvolta la Corte fosse stata chiamata a risolvere una questione "sensibile", causa l'impatto che poteva avere sull'opinione pubblica. Tale esigenza, però, non ha sempre tenuto in adeguata considerazione il rapporto tra effetti delle decisioni e contenuto anticipatorio del comunicato stampa, destando più di una perplessità in dottrina.

Nel caso che si sta esaminando il problema nasce proprio da un difficoltoso coordinamento tra gli effetti del provvedimento cautelare e quelli della dichiarazione di incostituzionalità, complicato dall'intervento del comunicato stampa.

Nell'ordinanza n. 4 del 2021 la Corte si è limitata a disporre la sospensione dell'intera l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020, nelle more della decisione, in parte anche per una ragione processuale: non essendo la sede cautelare quella deputata ad una verifica analitica della legittimità delle singole disposizioni, la precauzione impone di rinviarla alla fase del merito e di sospendere l'intera legge[97].

Dal comunicato stampa è possibile apprendere che l'accoglimento delle questioni prospettate è limitato soltanto ad alcune disposizioni, non a tutte quelle impugnate, che nel frattempo restano egualmente sospese in attesa del deposito della decisione.

---

[95] Sulla prassi dei comunicati stampa della Corte si veda A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli "effetti preliminari" della dichiarazione d'incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 531 ss. Più di recente D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, e G. D'AMICO, *La Corte e le «voci di dentro»: strategie comunicative e capacità persuasiva del giudice delle leggi nei suoi comunicati stampa*, entrambi in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, rispettivamente, 281 ss. e 295 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di) *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali di fronte alle sfide del Web*, Napoli, 2019, 77 ss.; S. PAJNO, *La Corte "mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 137 ss.; M. D'AMICO (a cura di), *I Comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2020, 358 ss.; A. SPERTI, *La Corte costituzionale e la comunicazione pubblica*, in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, 2020, 37 ss.

[96] Si veda R. ROMBOLI, *Intervento al forum*, in M. D'AMICO (a cura di), *I Comunicati stampa della Corte costituzionale*, cit., 366.

[97] Proprio tale aspetto è stato oggetto di critica da G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare*, cit., 99 s., il quale ha rilevato l'opportunità di un maggior approfondimento sulla reale sussistenza del *periculum* da parte della Corte con riferimento specifico alle singole disposizioni, al fine di evitare la sospensione di quelle evidentemente prive di attitudine pregiudizievole. Una soluzione di questo tipo sarebbe stata maggiormente rispettosa della funzione legislativa regionale.

Abbiamo quindi un potere di sospensiva che è in grado di spiegare un effetto "ultrattivo", anche per disposizioni che non saranno censurate dalla Corte in sentenza, e di ciò si viene a conoscenza grazie ai contenuti anticipatori del comunicato stampa.

Nella gestione del coordinamento degli effetti del provvedimento cautelare e della sentenza della Corte l'anticipazione contenutistica può far sorgere questioni molto delicate. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi astratta in cui la Corte avesse rigettato l'intero ricorso e il comunicato stampa ne avesse anticipato gli esiti. In attesa della sentenza, e salvo un diverso tempestivo provvedimento della Corte, avremmo avuto un atto legislativo non contrastante con la Costituzione, ma non applicabile per quindici giorni prima del deposito della sentenza di rigetto[98].

È ovvio che questa sarebbe una situazione "limite", ma anche quella di un accoglimento parziale, effettivamente verificatasi nella sentenza n. 37 del 2021, potrebbe creare problemi sul piano della legittimazione della Corte, della sua esposizione "politica" e degli effetti nel tempo delle proprie decisioni.

Va precisato che non si intende mettere in dubbio il fatto che tra la tutela cautelare e quella piena possano esserci differenze di estensione, visto che si fondano su presupposti diversi e hanno uno scopo diverso[99], ma tale differente incidenza sull'oggetto dovrebbe emergere dalla sentenza, idonea a far cessare o consolidare l'effetto dell'ordinanza cautelare, non da un comunicato stampa che, essendo sprovvisto di qualsiasi effetto tipico degli atti giurisdizionali, rischia solo di alimentare fraintendimenti "politici" tra le parti del giudizio principale.

5.1. Segue. *La conflittualità territoriale latente nella gestione dell'emergenza nella sentenza n. 37 del 2021. Il sistema normativo statale, fondato sul binomio Decreto-legge/Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, come generale elemento di frizione tra Stato e Regioni al di là dei rapporti di competenza*

Come è stato anticipato, l'intero contenzioso tra Governo e Regione Valle d'Aosta si è concluso davanti alla Corte costituzionale con la sentenza n. 37 del 2021. Non è possibile esaminarne in dettaglio i contenuti, in quanto ciò trascenderebbe dall'oggetto del presente contributo che è incentrato essenzialmente sullo studio del potere di sospensiva della Corte, tuttavia, è possibile individuare alcuni passaggi di particolare rilievo nei quali il Giudice delle leggi effettua considerazioni di carattere generale sulla tenuta del sistema normativo di contenimento dell'emergenza delineato a livello statale rispetto agli interventi regionali.

La conflittualità tra livelli di governo nella gestione della pandemia, cui si accennava in apertura, ha investito prevalentemente il sistema normativo, condizionato da due spinte, una "centripeta", data dall'innovativo sistema "duale" fondato sul

[98] Il medesimo inconveniente si presenterebbe, seppur in maniera temporalmente meno problematica, anche nel caso di comunicati stampa pubblicati lo stesso giorno dell'adozione di sentenze di accoglimento i quali, annunciando la decisione della Corte, ne "anticipano" mediaticamente gli effetti rispetto al termine previsto dall'art. 136, comma 1, Cost.

[99] Cfr. *retro*, par. 3.

binomio decreto-legge/d.P.C.m., e una "centrifuga", tendente a conservare un margine di intervento normativo per le Regioni. È evidente che tra queste due forze la prima sia stata assolutamente prevalente e tale *favor* traspare chiaramente anche dalle motivazioni addotte dalla Corte nella recente sentenza.

Il Giudice delle leggi, infatti, adotta un approccio argomentativo che tende a sgomberare il campo da ogni possibile equivoco sui rapporti di competenza nella gestione della pandemia, lanciando un segnale molto chiaro anche per le future ipotesi di conflitto di analoga portata[100].

Prima di concentrarsi sulle singole disposizioni impugnate la Corte ribadisce che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale rientra nella competenza esclusiva dello Stato in quanto attinente alla "profilassi internazionale" di cui all'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., la quale comprende ogni misura, sia preventiva che di contrasto, della pandemia in atto[101]. L'elemento essenziale che contraddistingue tale materia è quello della uniformità delle norme che garantiscono l'attuazione dei piani – anche internazionali – di contenimento dei contagi, in modo da garantire in maniera omogenea il godimento del diritto alla salute delle persone e l'interesse della collettività ad un'azione coordinata[102]. Tale obiettivo, sempre secondo la Corte, potrebbe essere

---

[100] La medesima considerazione, già dopo il comunicato stampa, era stata fatta da A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 29. D'altra parte, anche la stessa ordinanza n. 4 del 2021 era stata definita una "pronuncia manifesto", in grado di orientare le scelte delle Regioni nell'adozione di possibili atti legislativi contrastanti con quelli dello Stato. A maggior ragione tale funzione di "monito" emerge alla luce della sentenza n. 37 del 2021, la quale non ha fatto altro che chiarire ciò che *in nuce* si poteva ricavare già dall'ordinanza sospensiva. Cfr. A. CONZUTTI, *Un "vaccino processuale" per combattere il COVID-19*, cit., 268. Da un punto di vista più generale M. RUBECHI, *Due "nuove" rondini... fanno primavera*, cit., 267 s., ritiene che la Corte, pur avendo stabilito in maniera chiara la preminenza dell'esigenza di gestione unitaria (e centrale) della pandemia, non abbia definito un quadro "a regime" idoneo a risolvere future esigenze di analogo tenore. Ciò che manca per superare le conflittualità territoriali emergenti nei contesti che richiedono una gestione unitaria è una espressa clausola di supremazia, più volte discussa in sede di riforma, ma tutt'ora rimasta sullo sfondo.

[101] Cfr. *retro*, nota 84. Al riguardo va precisato che l'estensione della materia "profilassi internazionale" dall'ambito veterinario a quello della tutela della salute della persona era stata già operata dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 5 del 2018. Tale decisione ha stabilito che la competenza statale sulla "profilassi internazionale" viene in rilievo ogniqualvolta sia necessario dare attuazione, sul piano nazionale, a programmi elaborati in sede internazionale. Il profilo concreto su cui quella decisione si incentrava è particolarmente sensibile per le vicende attuali, in quanto riguardava in generale la disciplina degli obblighi vaccinali, che per sua natura non potrebbe essere rimessa alle Regioni. Ciò non toglie che queste ultime conservino ambiti «non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni». Sulla riconducibilità della disciplina delle vaccinazioni umane alla materia "profilassi internazionale" si vedano A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta Online*, 1/2018, 95; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9/2018, 13; F. PASSANANTI, *Riflessioni sugli obblighi vaccinali, tra esigenze di unitarietà e ridotti spazi per le Regioni*, in *Consulta Online*, 2/2018, 486 s.

[102] L'aspetto relativo alla tutela della salute, come materia di competenza legislativa concorrente, sembra essere del tutto trascurato dalla Corte. Cfr. L. CUOCOLO e F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 6 ss. A tal riguardo ci si è interrogati fino a che punto le esigenze di gestione unitaria dell'emergenza possano spingersi rispetto al diritto alla salute, se finanche ad intaccare le scelte terapeutiche, rimesse – secondo la giurisprudenza consolidata della Corte – alla valutazione del medico

conseguito soltanto attraverso una disciplina unitaria a carattere nazionale, in quanto anche interventi a portata territorialmente circoscritta sono in grado di ripercuotersi negativamente sulla generale capacità di contenimento dei contagi.

Chiarito che l'ambito in cui ci si muove è quello di una materia di competenza esclusiva dello Stato, ciò finisce per condizionare anche l'approccio che la Corte riserva ad altri aspetti – non sempre pertinenti ai rapporti di competenza – affrontati nella sentenza.

Nelle sue difese la Regione Valle d'Aosta aveva messo in dubbio la legittimità del sistema di regolazione dell'emergenza basato sui d.P.C.m. in quanto atti regolamentari a contenuto normativo e, pertanto, inapplicabili alla Regione, la quale non potrebbe vedere subordinata la propria autonomia legislativa ad un atto di rango inferiore. Diversamente sarebbe stato illegittimo il sistema dei decreti-legge che si sono succeduti per disciplinare l'emergenza e che hanno abilitato in tal senso i d.P.C.m., con l'invito alla Corte ad auto-rimettere innanzi ad essa questione di legittimità costituzionale.

La Corte, al par. 9 del Considerato in diritto della sentenza n. 37 del 2021, parte dalla ricostruzione della *ratio* del peculiare meccanismo regolatorio basato sui decreti-legge e i d.P.C.m., la quale sarebbe da rinvenire nel particolare stato di emergenza e nella necessità di elaborare nuovi e tempestivi strumenti capaci di adattarsi ad una situazione in continuo divenire. In questo modo «il legislatore statale si è affidato ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall'introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell'andamento della pandemia, da parte di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri».

È in questo binomio normativo (e in tutti gli atti che si sono susseguiti ad integrarlo) che trovano fondamento giuridico i poteri di Stato e Regioni nel contrasto alla pandemia.

La questione relativa alla legittimità costituzionale del sistema dei d.P.C.m., che apparentemente sembra restare aperta ove la Corte ritiene di non poter auto-rimettere innanzi a sé stessa una questione priva di rilevanza, dato che si verterebbe in un ambito comunque riservato alla competenza esclusiva dello Stato (par. 13 Considerato in diritto), riceve in realtà una risposta implicita, che potrebbe condizionare le eventuali future questioni di legittimità al riguardo sollevate[103].

---

come presupposto dell'espressione del consenso informato del paziente. Vi è da chiedersi se l'argomentazione monolitica, incentrata sulla profilassi internazionale, possa assorbire anche il profilo terapeutico della pandemia, per sua natura legato in senso stretto al concetto di "tutela della salute". Così D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale?*, cit., 16.

[103] Si pensi all'ordinanza Cons. Stato, 15 gennaio 2021, n. 115, con cui il supremo organo di giustizia amministrativa ha accolto l'appello avverso l'ordinanza cautelare TAR Lazio, Sez. I, 17 dicembre 2020, n. 7727, con cui era stata rigettata la richiesta di misure cautelari rispetto all'applicazione della normativa di contrasto all'emergenza epidemiologica e ha invitato lo stesso TAR alla fissazione dell'udienza pubblica per la trattazione nel merito in tempi molto brevi «al fine di valutare le significative questioni che, in ragione della loro complessità e del fatto di essere relative ad un delicato bilanciamento fra interessi sensibili, meritano un sollecito approfondimento nel merito, anche in relazione ai dedotti profili di illegittimità costituzionale». Il TAR Lazio ha, tuttavia, fissato l'udienza di merito per il 14 luglio 2021.

I Giudici di Palazzo della Consulta, infatti, ammettono l'eventualità che singole disposizioni dei d.P.C.m. possano essere illegittime[104], ma lasciano intendere in maniera molto chiara che il sistema normativo di gestione dell'emergenza[105], basato sul binomio decreti-legge/d.P.C.m., non può essere considerato costituzionalmente illegittimo nel suo complesso[106], come talvolta alcuni isolati provvedimenti giurisdizionali hanno affermato, seppur con argomentazioni deboli e poco ponderate[107].

Un giudizio sulla competenza legislativa, quale quello in via d'azione, non è la sede deputata a sindacare la legittimità dei d.P.C.m., tuttavia, la Corte rileva l'impossibilità di configurare un unico modello di produzione normativa conforme a Costituzione. Infatti, accanto a quello definito "normalmente" dalla legislazione vigente con la possibilità per lo Stato di adottare ordinanze contingibili e urgenti di protezione civile – in particolare a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs., 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile) – se ne possono individuare altri parimenti attuativi del dettato costituzionale, per cui è «ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali tarate su quest'ultima».

Tuttavia, si ricordava, la sede del giudizio in via principale è essenzialmente devoluta a risolvere "conflitti" di competenza legislativa tra Stato e Regioni, motivo per cui gli argomenti di carattere generale sulla legittimità dei d.P.C.m. rimangono tra le righe, mentre il fulcro della motivazione ruota attorno all'accertamento di una

[104] Si veda, ad esempio, il caso della sentenza GIP Reggio Emilia, 27 gennaio 2021, n. 54, con cui è stato disapplicato il d.P.C.m. 8 marzo 2020, nella misura in cui sarebbe lesivo dell'art. 13 Cost., non potendo esso disporre limitazioni delle libertà personale consentite soltanto per legge. Cfr. M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta Online*, 1/2021, 336.

[105] Già prima della sentenza n. 37 del 2021 criticamente su questo punto S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 531 ss., secondo il quale non sarebbe corretto parlare di vero e proprio "sistema" normativo di gestione della pandemia, trattandosi piuttosto di un "assetto derogatorio" al sistema dei poteri normativi che si pone pur sempre nel perimetro costituzionale.

[106] Concorda con tale osservazione C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia Online*, 13 aprile 2021, 7, anche se ritiene che – seppur al di fuori dell'oggetto del giudizio principale – la Corte avrebbe potuto spendere qualche argomento in più sui d.P.C.m., in modo da scongiurare il rischio di ricostruzioni opinabili sulla catena normativa di gestione dell'emergenza. Come è stato sostenuto, in questo modo la Corte sembra aderire ad alcuni suoi risalenti precedenti secondo cui è ammissibile che «atti formalmente amministrativi regolino i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge appunto qualificata a fattispecie aperta». Tali atti fonderebbero sempre sul principio di legalità, ma ciò non toglie che una predeterminazione troppo rigida dei limiti da parte di atti normativi primari farebbe venir meno la peculiare flessibilità che può essere assicurata soltanto dall'amministrazione. Così E. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fonti e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 77 ss.

[107] Il riferimento è ai due noti provvedimenti Giudice di Pace Frosinone, sent. 29 luglio 2020, n. 516, e Trib. Roma, Sez. VI, ord. 16 dicembre 2020, i quali invece di censurare l'eventuale illegittimità di singole disposizioni dei d.P.C.m. hanno ritenuto di dichiarare l'illegittimità della deliberazione di emergenza nazionale da parte del Governo dello scorso 31 gennaio 2020 e, di conseguenza, di tutti i d.P.C.m. adottati in base ad essa. Per considerazioni giustamente critiche sui contenuti di tali decisioni si veda. G. TROPEA, *La pandemia, i DPCM e il giudice "untorello" (breve nota a Trib. Roma, sez. VI, ord. 16 dicembre 2020)*, in *laCostituzione.info*, 30 Dicembre 2020.

competenza esclusiva dello Stato nella materia della "profilassi internazionale" cui gli interventi legislativi impugnati sono riconducibili.

Così la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, e 4, commi 1, 2, e 3, della l. reg. Valle d'Aosta n. 11 del 2020 perché diretti ad incidere in un ambito nel quale lo Stato ha una competenza legislativa esclusiva[108]. Alle Regioni sarebbe consentito, comunque, disporre di certi poteri "derogatori", ma soltanto nei limiti che la gestione unitaria della crisi impone ed, in particolare, in quelli fissati dai d.l. n. 19 e n. 33 del 2020: la *ratio* è quella di consentire un rapido adattamento al mutamento delle circostanze che dovesse verificarsi tra l'adozione di un d.P.C.m. e un altro non ancora entrato in vigore. In questi casi il potere di ordinanza regionale assolverebbe ad una funzione "suppletiva" di gestione dell'emergenza, che sia pienamente conforme al principio di leale collaborazione, e che non potrebbe essere, invece, "sostitutiva", ossia diretta a dar vita ad una "politica regionale autonoma", alternativa rispetto a quella dettata dallo Stato.

Il punto più delicato dei rapporti Stato-Regioni nella gestione dell'emergenza sanitaria non riguarda tanto il piano delle competenze legislative, o comunque lo riguarda in maniera minore, quanto piuttosto la definizione di un adeguato raccordo che operi a diversi livelli della produzione normativa nei quali gli interventi degli attori coinvolti sono stati estremamente numerosi (basti pensare alla mole ormai imponderabile di ordinanze adottate dai Presidenti di Regione). Come la Corte costituzionale ha ribadito, il principio di leale collaborazione non riguarda in senso proprio l'ambito delle procedure legislative[109], ma tende ad informare i rapporti tra soggetti nell'attuazione di una esigenza unitaria di gestione della pandemia a livello nazionale.

Per quanto non venga individuato tra i parametri violati nella decisione in esame, tale principio costituisce pur sempre l'elemento di raccordo indispensabile per far sì che le peculiarità regionali trovino composizione armonica nelle esigenze della gestione unitaria[110]. Non si tratta, quindi, di porre su due piatti distinti della bilancia "gestione

---

[108] Le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7 della legge regionale impugnata, nonché degli artt. 3, 4, comma 4, 5, 6 e 7, e dell'art. 3, comma 1, lett. a), sono state dichiarate infondate dalla Corte, sia perché il principio di leale collaborazione non può essere applicato alle procedure legislative, sia perché la competenza in tema di ordinamento e organizzazione degli Uffici spetta in via residuale alla Regione.

[109] Nella sentenza Corte cost., 13 novembre 2019, n. 233, si afferma che «le procedure collaborative tra Stato e Regione, […] non rilevano nel sindacato di legittimità degli atti legislativi […] salvo che l'osservanza delle stesse sia imposta, direttamente o indirettamente, dalla Costituzione». Il principio di leale collaborazione riemerge in pieno nel caso di attrazione in capo allo Stato di una competenza legislativa concorrente, ritenendosi sufficiente ai fini del suo rispetto la presenza di forme di collaborazione "debole", quale la semplice consultazione dell'Ente locale interessato o della Conferenza, per l'adozione di atti di rango sub-legislativo. Emblematica al riguardo la già citata sentenza TAR Calabria, n. 841 del 2020. Per considerazioni critiche sull'adeguatezza di una forma di collaborazione "debole" cfr. E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. Speciale, 2020, 377 ss.

[110] Opportunamente A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19*, cit., 29, osserva che l'autonomia non può essere «concepita come cittadella per la difesa di interessi locali, ovvero orientata nel senso dell'egoismo territoriale: un'autonomia antitetica, per intendersi, rispetto alle proposte di autonomia differenziata in discussione», al contrario l'autonomia deve inserirsi «armonicamente nel progetto costituzionale, come strumento di partecipazione e al servizio dell'uguaglianza sostanziale e del

unitaria" e "autonomia regionale", quasi fossero tra loro inevitabilmente antitetiche, bensì di fare in modo che la seconda emerga nella prima nel raggiungimento di un unico fine essenziale, quello del contenimento dell'epidemia.

Così si spiega il senso del meccanismo di raccordo a cui ha pensato il legislatore statale all'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020, secondo il quale i d.P.C.m., a seconda degli interessi coinvolti, devono essere preceduti dal parere dei Presidenti delle Regioni o da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, per quanto non sempre ritenuto adeguato allo scopo[111].

D'altra parte, che una «gestione unitaria a livello nazionale della pandemia», non fosse «preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione» era stato anche affermato in maniera espressa nell'ordinanza n. 4 del 2021, ma in una posizione per certi versi "ancillare", in quanto era stato altresì ritenuto che quegli interventi legislativi regionali adottati in sovrapposizione alla normativa statale potessero integrare un pregiudizio sufficiente a indurre la sospensione cautelare quando idonei a dar vita a un sistema non armonico rispetto a quello statale, ma del tutto autonomo nei presupposti, nei criteri e negli obiettivi[112].

La soluzione adottata all'esito della sentenza n. 37 del 2021, tra l'*obiter* sui d.P.C.m e la dichiarazione di incostituzionalità per "invasione" dell'ambito di competenza statale, parrebbe così fornire (il condizionale è d'obbligo) un secondo elemento a supporto della tesi esposta in apertura circa l'incidenza dell'emergenza sulle "funzioni" oltre che sul "funzionamento" della Corte[113]. La Corte, infatti, sceglie una linea poco incline alle concessioni verso l'autonomia regionale, che ha in alcuni casi

---

godimento dei diritti». L'importanza di un coordinamento centrale, attraverso gli strumenti di raccordo, nella gestione dell'emergenza è un elemento imprescindibile e non può essere eccessivamente "ingessato" da meccanismi troppo rigidi di emersione delle varie vocazioni autonomistiche. Cfr. C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2021, 305 ss. In generale sul principio di leale collaborazione si veda Q. CAMERLENGO, *voce Leale collaborazione*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Agg. VI, Torino, 2015, 241 ss. Sull'importanza che il principio di leale collaborazione conserva nella gestione del "raccordo" tra livelli di governo della gestione dell'emergenza si veda A. SAPORITO, *Il principio di leale collaborazione al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali*, 2/2020, 870 ss.; sulla sua crisi nelle vicende attuali G. DI COSIMO e G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2020, 183 ss.

[111] D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale?*, cit., 15, ritiene "ardito" considerare soddisfacenti i pareri resi dai Presidenti delle Regioni o dalla Conferenza delle Regioni in sede di approvazione dei d.P.C.m. Analogamente, cfr. L. CUOCOLO e F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia*, cit., 16 ss.

[112] Ciò avrebbe comportato, ad opinione di G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *laCostituzione.info*, 21 marzo 2021, il superamento di quel modello collaborativo che aveva improntato i rapporti tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia, a favore di un modello "monopolistico", con rafforzamento della posizione statale.

[113] Ha osservato, infatti, V. BALDINI, *Conflitto di competenza tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia*, cit., 447 ss., che, per quanto la decisione debba ritenersi rispettosa della "correttezza funzionale", dalle sue pagine sembra trasparire «l'ansia del giudice costituzionale di un pregiudizio all'efficacia della strategia intrapresa attraverso la legislazione regionale». L'argomentazione rigorosamente tecnico-giuridica sulla spettanza della competenza legislativa finisce per risentire di tutto il peso che la situazione emergenziale impone e, quindi, della responsabilità e della delicatezza che una decisione di segno contrario avrebbe comportato. Argomento che – opinione personale – può estendersi anche alla prospettiva di una questione di legittimità costituzionale che investa il sistema normativo d.l./d.P.C.m.

destato perplessità in dottrina per la sua "radicalità"[114], e che rappresenta – probabilmente – il frutto di un contesto estremamente delicato, in grado di intaccare le logiche cooperative che faticosamente si erano andate strutturando negli anni a partire dalla riforma del Titolo V e i cui effetti a lungo termine sui rapporti Stato-Regioni, anche in altri ambiti, non sono al momento facilmente prevedibili.

6. *Conclusioni. La prudenza della Corte limita il potere di sospensiva agli scenari di emergenza assoluta?*

Il profilo sopra esposto richiederebbe ben altro approfondimento, che però farebbe deviare dai propositi che il presente lavoro si pone. Tuttavia, consente di fare una riflessione di più ampio respiro sull'impatto delle istanze unitarie dell'emergenza sulle funzioni della Corte. Ciò, come visto, si è verificato in modo più evidente per quella cautelare e in modo più "sfumato" per la decisione di merito sulla competenza. In ogni caso, il contesto emergenziale impone alla Corte decisioni complesse che rischiano di esporla anche sul piano della legittimazione e dalle quali traspare il tentativo di astrarsi il più possibile dal piano materiale della gestione dell'emergenza, con un certo *favor* verso il mantenimento dell'equilibrio, a torto o a ragione, difficilmente raggiunto a livello governativo.

Dopo aver indugiato su un profilo più squisitamente sostanziale, che però si riflette inevitabilmente sull'uso del potere di sospensiva, è opportuno, tornare al tema centrale del lavoro e tentare di dare una risposta ad alcuni quesiti emersi in queste pagine: se la Corte abbia comunque mantenuto la consueta prudenza nel servirsi del potere di sospensiva; su quali siano le ragioni che hanno indotto la Corte a servirsi di tale potere per la prima volta in questa specifica circostanza; se i criteri valutativi seguiti assumono valenza generale o sono legati alle peculiarità della situazione; se la situazione di emergenza sanitaria abbia in qualche modo influito sulla valutazione della "irreparabilità" del pregiudizio; se, in definitiva, è lecito aspettarsi che anche in futuro il potere di sospensiva verrà esercitato soltanto in scenari di estrema urgenza.

Da un punto di vista generale si può convenire sul fatto che la Corte, con l'ordinanza n. 4 del 2021, non abbia mutato l'atteggiamento di prudenza che l'aveva sempre caratterizzata nell'esercizio del suo potere di sospensiva[115], piuttosto è la peculiarità della situazione ad aver inciso sulla decisione della Corte, contribuendo a chiarire il significato che il pregiudizio assume in concreto.

L'assoluta "eccezionalità" dell'emergenza sanitaria deve, quindi, indurre a riflettere sul "grado" del *periculum*, in quanto non ogni situazione di rischio sarebbe sufficiente ad integrarlo. L'attivazione del potere viene limitata alle ipotesi realmente gravi: gli aspetti sulla competenza sembrano passare in secondo piano rispetto a quelli legati al pericolo per i diritti e i beni essenziali della persona (la salute, la vita…),

[114] G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare*, cit., 109.

[115] R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi*, cit., 125.

mentre nelle ipotesi occorse in passato un tale livello di eccezionale gravità non poteva dirsi raggiunto.

L'aspetto essenziale, quindi, sembra essere quello legato alla irreparabilità del pregiudizio. Normalmente si ritiene che siano irreparabili «i pregiudizi derivanti dalla violazione o dalla minaccia di violazione dei diritti a contenuto non patrimoniale»[116], e non vi è dubbio che questo sia proprio il caso verificatosi nel 2021: si tratta di diritti fondamentali non patrimoniali che verrebbero lesi senza possibilità di ristoro, in quanto non sarebbe possibile approntare un rimedio di natura normativa, visto che ad essere incisa è una realtà puramente fattuale. A ciò va aggiunto che la valutazione fatta dalla Corte contiene una prognosi improntata al principio di precauzione e non della consequenzialità necessaria tra applicazione della legge regionale più "liberale" e aggravamento della situazione dei contagi.

Si può, dunque, ritenere che il caso specifico legato all'emergenza Covid-19 incarna perfettamente la tipologia di situazione in cui attivare il potere cautelare. Ed è emblematico che il primo provvedimento di sospensiva della Corte sia stato adottato proprio in un frangente di emergenza estrema quale quella odierna, ove le decisioni dei giudici vanno ad impattare su scelte delicatissime di ordine concreto, fondamentali per il contenimento della pandemia sul medio periodo (si pensi alla necessità di un più diffuso coordinamento nazionale nella gestione del piano vaccinale o alla definizione di criteri condivisi e ragionevoli per il rilascio dei c.d. "certificati verdi" o "green pass")[117].

Difficile stabilire se la Corte abbia realmente imboccato una nuova via nell'uso del proprio potere di sospensiva, ma tutti gli elementi appena visti inducono a pensare che sia la peculiarità del caso ad aver condizionato sia la scelta sull'attivazione che gli esiti della fase cautelare[118]. Anche a questi fini pare si possa leggere tra le righe una netta forza assorbente dell'emergenza rispetto ad altri profili, così come sembra essersi verificato in numerosi altri casi di decisioni giurisdizionali adottate durante il periodo della pandemia, nonché nell'impostazione di fondo dei rapporti Stato-Regioni nella gestione dei contagi – anche secondo la lettura che la Corte costituzionale recentemente fornisce a legittimare il sistema di produzione normativa "atipico" costruito dallo Stato.

Una situazione di emergenza estrema[119], quale quella legata alla pandemia, ha portato all'attivazione di uno strumento rimasto quiescente per anni. Allora è possibile osservare che, anche se ciò non risulta dai dati normativi – del legislatore e della Corte –

---

[116] Anche se il concetto di "irreparabilità" non necessariamente coincide con quello della irrimediabilità, potendo comprendersi anche il caso in cui la riparazione futura possa essere soltanto parziale e non adeguatamente tempestiva. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., 3973.

[117] Si tratta di strumenti molto delicati vista la loro potenziale capacità limitativa di determinate libertà fondamentali, quale quella di circolazione e soggiorno. Si veda G. GRASSO, *"Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 1 ss.

[118] Concorda con tale impressione N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge*, cit., 230.

[119] Come ha opportunamente osservato G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, V, quella attuale non potrebbe in alcuna maniera essere paragonata a quelle che vengono normalmente definite "crisi perpetue" o "emergenze perenni", delle quali si discorre in tempi "normali", ma che – a ben vedere – hanno un carattere del tutto ordinario, non essendo adducibili ad un evento imprevisto e straordinario, ma al più a inefficienze strutturali del sistema dei poteri.

, tale istituto era stato pensato nella prassi decisionale della Corte come uno strumento che doveva rimuovere i contrasti più gravi nel dialogo tra i diversi livelli di governo territoriali, dovendosi altrimenti preferire la via cooperativa del dialogo "politico" sulle scelte legislative, come forse è auspicabile che avvenga in futuro.

Richiamando altri ambiti della giurisprudenza costituzionale, a titolo di mero esempio, è vero che non sono mancati casi molto recenti in cui la Corte ha "sorpreso" più di un addetto ai lavori, trasformando quello che sembrava un criterio singolare – come quello del rinvio della decisione nel caso "Cappato" – in uno strumento consueto di cui servirsi in tutte quelle ipotesi delicate sotto il profilo del rispetto della discrezionalità del legislatore[120], tuttavia non sembrano sussistere le condizioni per il verificarsi di una circostanza analoga per l'uso del potere di sospensiva.

Altrettanto complessa è, quindi, la risposta all'ultimo quesito posto. Ossia, se le considerazioni che sono state appena espresse consentano di ipotizzare che, in futuro, il potere di sospensiva potrà essere attivato soltanto in circostanze di emergenza estrema analoghe a quella attuale.

Normalmente, in altri contesti processuali, la concessione di provvedimenti cautelari appare subordinata ad un livello di rischio legato al *periculum* di più facile riscontro, mentre la Corte ha dimostrato nella sua giurisprudenza una maggiore rigidità al riguardo.

Volendo mantenere una posizione bilanciata, non ci si può spingere in questa sede sino al punto da ritenere che la concessione di un provvedimento cautelare da parte della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi in via principale possa avvenire, anche in futuro, soltanto in casi di estrema urgenza. Tuttavia, ad un riscontro empirico, è possibile rilevare che, da una parte, l'unica ipotesi di concessione ha riguardato proprio

[120] In questo senso, tra gli altri, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 543. La Corte costituzionale, con l'ordinanza 16 novembre 2018 n. 207, aveva disposto il rinvio della trattazione all'udienza pubblica del 24 settembre 2019 della questione inerente la legittimità delle disposizioni del codice penale che sanzionano l'aiuto al suicidio, anche quando ciò agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile che le provoca estreme sofferenze, senza intaccare la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli. Questa decisione, unica nel suo genere fino a quel momento, è stata seguita a breve giro da altre due di analogo tenore: con l'ordinanza 26 giugno 2020 n. 132, la Corte ha rinviato all'udienza pubblica del 22 giugno 2021 la trattazione della questione concernente la legittimità delle disposizioni che sanzionano con pene detentive il reato di diffamazione a mezzo stampa; e, recentissimamente, con ordinanza 11 maggio 2021 n. 97, la Corte ha rinviato all'udienza pubblica del 10 maggio 2022 la trattazione della questione relativa alla legittimità del c.d. ergastolo ostativo per i condannati per reati di mafia che non abbiano collaborato con la giustizia. Le problematiche legate ad un uso occasionale di nuovi strumenti decisionali da parte della Corte sono state ben evidenziate da GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2019, 57 ss., il quale ha anche rilevato che il Giudice delle leggi dovrebbe esplicitarne meglio i criteri di utilizzo, evitando così di esporsi alle accuse di un uso eccessivamente elastico delle regole processuali. Cfr. F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 121. D'altra parte, affermava A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 149, che «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni e che è in tale carattere che risiede il miglior possibile presidio della sua indipendenza e funzionalità».

un caso "limite", e, dall'altra, che i casi verificatisi in passato (cfr. *retro*, par. 3.1) consentono di ricavare due osservazioni: a) che vi possono essere aspetti extraprocessuali in grado di incidere sull'esito della fase cautelare, ad esempio, forme di raccordo o di mediazione politica tra i soggetti coinvolti che possono vanificare l'utilità della sospensiva (si pensi alla modifica/abrogazione della legge impugnata); b) che nella rara ipotesi di un esame nel merito in passato è risultato carente proprio l'elemento del *periculum*.

Difficile stabilire, quindi, quale sia il grado del *periculum* che la Corte ritiene necessario e sufficiente ai fini dell'attivazione del proprio potere cautelare. L'impressione è che si tratti di un grado normalmente più elevato di quello riscontrabile in altre sedi di giudizio, un grado che sicuramente è raggiunto e giustificato dalla pandemia in atto; fino a che punto, poi, le vicende attuali lo giustifichino "per eccesso" saranno solo le circostanze future a dimostrarlo, quando la Corte avrà modo di affinare la propria posizione sul *periculum* in contesti – si spera – diversi da quelli odierni.

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

QUALI PROSPETTIVE PER TERZI, *AMICI CURIAE* ED ESPERTI A PIÙ DI UN ANNO DALLA RIFORMA DELLE NORME INTEGRATIVE? SPUNTI A PARTIRE DALLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*

CHIARA MALINVERNO**

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. I terzi intervenienti. – 3. Gli *amici curiae*. – 4. Il contributo degli esperti nel più ampio quadro dei poteri istruttori. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Osservazioni introduttive*

Con delibera presidenziale dell'8 gennaio 2020[1] la Corte costituzionale ha nuovamente posto mano, dopo le riforme del 2004 e del 2008, alle sue Norme Integrative (di seguito, anche N.I.), sancendo l'inizio di quella che è stata proposta come una nuova stagione per la giurisprudenza costituzionale sotto il segno di una maggiore apertura alla società civile[2].

Intervenendo sull'art. 4 N.I. e inserendo e l'art. 4-*bis* N.I. in tema di intervento di terzi, nonché introducendo gli artt. 4-*ter* e 14-*bis* N.I., rispettivamente relativi agli *amici curiae* e agli esperti, la Corte costituzionale ha aperto nuove vie funzionali, secondo quanto dichiarato dalla stessa Presidente nel comunicato stampa[3], a garantire l'accesso

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Laureanda in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Milano.

[1] Si veda la delibera della Presidente della Corte costituzionale dell'8 gennaio 2020 *Modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale»*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 17 del 22 gennaio 2020.

[2] *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale pubblicato sul sito web della stessa Corte in data 11 gennaio 2020.

[3] Sul punto è utile uno sguardo al crescente impiego da parte della Corte del comunicato stampa, nonché sulla relazione intercorrente fra l'uso dei comunicati stampa e l'apertura alla società civile. A tal fine, si rimanda, in particolare, alle osservazioni contenute in *Il Forum: i comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1/2020, 358 ss., nonché a L. FERRARELLA, *Prove di comunicazione della Corte costituzionale,* in *Questione giustizia*, 4/2020, 167 ss.; S. PAJNO, *La Corte*

al giudizio della società civile, così da dare anche ad essa la possibilità di «far sentire la propria voce sulle questioni discusse davanti alla Corte costituzionale»[4].

In particolare, la riforma dell'8 gennaio 2020 si è concentrata su tre aree d'intervento, identificabili nella previsione di una più specifica disciplina per la partecipazione al processo costituzionale di terzi aventi interesse e titolo, nell'introduzione della figura degli *amici curiae* e, da ultimo, nella possibilità per la Corte di ascoltare esperti in camera di consiglio, individuando quella che è stata definita dalla dottrina come soluzione a «doppio binario»[5].

Con l'adozione di queste innovazioni la Corte è sembrata volersi discostare da quello che era stato fino ad allora il suo atteggiamento che, seppur a tratti propenso ad ammettere l'intervento in giudizio di terzi aventi uno specifico interesse, si era mostrato invece sempre restio nel consentire la partecipazione in giudizio di soggetti titolari di posizioni qualificate, quanto piuttosto improntato all'acquisizione di elementi e l'audizione di soggetti per lo più in modo implicito e indiretto, ossia mediante indagini informali.

A fronte del suo carattere innovativo, la riforma 2020 è stata accolta dalla maggior parte della dottrina con favore, anche se non sono mancati giudizi discordanti[6]. Se da un

---

"mediatica": aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto, in *Questione giustizia*, 4/2020, 137 ss.; D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica,* in *Diritto e Società,* 2/2018, 255 ss. G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le "voci di dentro" tra tradizione e innovazione,* in *Diritto e Società*, 2/2018, 237 ss.

[4] *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale pubblicato sul sito web della stessa Corte in data 11 gennaio 2020.

[5] Sul punto si vedano 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, 3 ss. e T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale aperto? Riflettendo su interventi di terzi e* amici curiae *di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo,* in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 371 ss.

[6] Sui rischi e le opportunità connessi alla riforma delle Norme Integrative, si sono espressi *ex multis* 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, 373 ss.; 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, 3 ss.; G. COTTURRI, *Quando la Costituzione è in movimento,* in *Questione giustizia*, 28 gennaio 2020; M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020, 122 ss.; A. FUSCO, *Un problema di "civic constitutional culture": la legittimazione del giudice costituzionale tra nuovi canali di dialogo con la società civile e l'effettiva conoscibilità dell'organo e della sua fisiologia,* in *Federalismi.it*, 15/2020, 156 ss.; M. C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza,* in *LaVoce.info*, 17 gennaio 2020, 1 ss.; 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 *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020, 1 ss.; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 402 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 8 ss.; V. ONIDA, *La Corte si apre alle "voci" della società,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 510 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC.*, 2/2020, 426 ss.; P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile,* in *Federalismi.it,* 2/2020, IV ss.; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi,* in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020; G. RAGONE Eine empirische wende? *La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020; R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020.

lato vi è chi ha visto in questa modifica una rivoluzione assoluta[7], dall'altro vi è chi ha accolto la riforma sì come una novità di pregio, ma non priva di rischi[8] o ancora chi ha giudicato le modifiche apportate al contempo troppo enfatizzate e troppo poco coraggiose[9].

Ora, a più di un anno dall'entrata in vigore del nuovo testo delle Norme Integrative, si possono iniziare ad avanzare alcune riflessioni circa l'effettiva portata di tale riforma, mettendone in luce criticità e opportunità.

In particolare, in questa si intende indagare, mediante l'analisi della prassi, se effettivamente le modifiche apportate con la riforma del 2020 siano destinate a segnare quel radicale e promesso cambio di passo nel giudizio costituzionale nel segno di una maggiore apertura della Corte alla società civile oppure se, a contrario, esse siano destinate a rimanere lettera morta e, dunque, a vedere concretizzato quel timore che tali modifiche fossero sì enfatizzate, ma di poco valore o ancora se esse si siano effettivamente limitate a recepire le indicazioni già presenti nella giurisprudenza costituzionale, senza apportare sostanziali modifiche[10].

2. *I terzi intervenienti*

La prima modifica introdotta dalla riforma del gennaio 2020 ha riguardato l'intervento di terzi in giudizio.

Nello specifico, la riforma del gennaio 2020 ha dato completamento a livello normativo al processo di apertura della Corte costituzionale ai terzi intervenienti già iniziato con la riforma del 2004, la quale aveva già provveduto a ridisegnare l'art. 4 N.I., prevendendo l'ammissibilità dell'intervento in giudizio di soggetti diversi dalle parti del giudizio principale e dai presidenti del Consiglio dei Ministri e della Giunta regionale, attraverso l'introduzione dei commi 3 e 4, e poi non completato dalla riforma del 2008, definita a tal proposito «un'occasione persa»[11].

È necessario specificare come la riforma del 2020 abbia completato l'apertura ai terzi solo a livello normativo perché, al pari di quanto accaduto con la riforma del 2004[12], le modifiche del gennaio 2020 si sono limitate a formalizzare quella che è la già

[7] G. COTTURRI, *Quando la Costituzione è in movimento,* in *Questione giustizia*, 28 gennaio 2020.

[8] A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020.

[9] P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it,* 2/2020, IV ss.

[10] In merito alla natura non innovativa della riforma delle Norme Integrative, si veda, in particolare, M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia,* 4/2020, 122 ss. secondo cui esse non hanno costituito una «"apertura", inedita rispetto al passato», quanto piuttosto come un tentativo «di razionalizzazione e di maggiore strutturazione e valorizzazione del processo costituzionale».

[11] M. D'AMICO*, La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in *Rivista Gruppo di Pisa,* 1/2017, 1 ss.

[12] Con la riforma del 2004 e la conseguente introduzione all'art. 4 N.I. dei commi 3 e 4, la Corte non ha introdotto alcuna innovazione di carattere sostanziale, limitandosi a confermare la prassi. Come osservato in R. ROMBOLI, *L'intervento di terzi nel giudizio incidentale sulle leggi,* in *Foro italiano*, 10/2005, 2603 ss. ciò è chiaro se si analizzano le pronunce immediatamente precedenti la riforma, dalle quali si desume un atteggiamento della Corte rispetto all'ammissibilità di terzi in giudizio già aperto, seppur a tratti oscillante. Ancora, il fatto che la riforma del 2004 si inserisca nel solco già tracciato dalla

consolidata prassi della Corte in tema di intervento di terzi[13].

In particolare, con la riforma del gennaio 2020, la Corte è intervenuta riscrivendo l'art. 4 N.I., provvedendo all'aggiunta dei commi 6 e 7, e introducendo l'art. 4-*bis* N.I.

Secondo quanto disposto dal comma 6 dell'art. 4 N.I., a norma del quale «la Corte decide sull'ammissibilità degli interventi», non essendo previsti criteri guida per la decisione dell'ammissibilità dell'intervento di terzi[14], vi è in capo alla Corte la massima discrezionalità in merito a tale decisione, confermando di fatto quella che era già la tendenza della Corte a solo rimettere al suo libero apprezzamento la decisione circa l'ammissione in giudizio di terzi[15].

Lo stesso si ravvisa anche con riferimento al comma 7 dell'art. 4 N.I., che, al pari del comma 6, si limita, come osservato dalla dottrina,[16] a consolidare un indirizzo giurisprudenziale[17] stabile da molto tempo, ossia il fatto che, in via generale e astratta, «nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio»[18], ovvero coloro che avrebbero già avuto titolo a partecipare al giudizio *a quo* perché titolari sia della legittimazione sia dell'interesse al processo[19].

Anche in riferimento all'art. 4-*bis* N.I. si può ravvisare una sola positivizzazione della prassi.

---

prassi è confermato dalla mancata introduzione di criteri specifici capaci di guidare il giudice costituzionale nella decisione sull'ammissibilità dell'intervento di terzi, la quale era stata auspicata già da tempo dalla dottrina, in particolare sul punto di rimanda a M. D'AMICO, *Il processo costituzionale: il contraddittorio. Parti e terzi nel giudizio costituzionale incidentale,* in *Foro italiano*, 10/1997, 310 ss. al fine di rendere la giurisprudenza in materia di terzi sempre più coerente e costante. Sul più risalente ruolo dei terzi nel processo costituzionale, si vedano *ex multis* R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991. Più in generale, sulla prassi applicativa delle Norme Integrative prima della riforma del 2004, si veda A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario (Pisa, 26 ottobre 2001)*, Torino, 2002.

[13] In particolare, se si analizzano le pronunce intercorrente fra la riforma del 2004 e la riforma del 2020, si nota come, seppur sempre con molta parsimonia e non sempre in maniera uniforme, la Corte si sia già mostrata progressivamente sempre più aperta nel decidere a favore dell'ammissibilità dell'intervento di terzi. Nello specifico, si vedano da ultimo l'ord. del 4 giugno 2019, allegata alla sent n. 206 del 2019, e l'ord. n. 204 del 2019.

[14] Si segnala che l'opportunità di individuare criteri guida per l'ammissione di terzi in giudizio era già stata fatta presente da tempo, come dimostra M. D'AMICO, *Il processo costituzionale: il contraddittorio. Parti e terzi nel giudizio costituzionale incidentale,* in *Foro italiano*, 10/1997, 310 ss.

[15] Si noti che, seppur la norma non precisi se essa si riferisca ai soli soggetti titolari di interesse qualificati o si estenda anche ai soggetti istituzionali di cui ai commi 1 e 2, ossia il Presidente del Consiglio dei ministri e il Presidente della Giunta regionale, la dottrina tende a propendere verso la prima soluzione e dunque a riferire il comma 6 ai soli soggetti individuati dal comma 7. Si veda sul punto, A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative,* in *Federalismi.it*, 16/2020, 407 ss.

[16] Si veda *ex multis* M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia,* 4/2020, 122 ss.

[17] Cfr. Sentt. cost. nn. 13 e 141 del 2019, nn. 217, 194 e 180 del 2018, n. 29 del 2017, nn. 243 e 286 del 2016, n. 178 del 2015.

[18] Art. 4, co 7, N.I.

[19] 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, 3 ss.; sul punto anche 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, 373 ss.

In particolare, l'art. 4-*bis* consolida nelle Norme Integrative le istruzioni contenute nel provvedimento dell'allora Presidente della Corte costituzionale datato 21 novembre 2018, con cui, in risposta a un quesito sottopostogli dalla Cancelleria della Corte, il Presidente dispose che la Cancelleria possa mettere gli atti processuali a disposizione degli intervenienti «solo a seguito della dichiarazione di ammissibilità dell'intervento»[20].

Ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1[21], l'interveniente, nel caso in cui intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali, è chiamato a depositare, contestualmente all'atto di intervento, apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente la sua ammissibilità, la cui trattazione è fissata con decreto comunicato alle parti, le quali hanno facoltà di depositare sintetiche memorie concernenti esclusivamente la questione dell'ammissibilità dell'intervento, sulla quale la Corte è chiamata a decidere con ordinanza[22].

Il fatto che la Corte costituzionale abbia riaffermato orientamenti giurisprudenziali consolidati, senza specificarli ulteriormente, ha lasciato irrisolti diversi dubbi manifestati dalla dottrina[23].

In particolare, la nuova riforma delle Norme Integrative non è intervenuta sulla specificazione del significato dell'espressione «titolari di un interesse qualificato,

[20] Provvedimento del Presidente della Corte costituzionale 21 novembre 2018, prot. 61/B della cancelleria.

[21] Per completezza si riporta il testo dell'art. 4-*bis* comma 1, secondo cui «l'interveniente a norma dell'art. 4, commi da 3 a 7, nel caso in cui intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali, deposita contestualmente all'atto di intervento apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dello stesso. Il Presidente, sentito il relatore, fissa con decreto la trattazione dell'istanza in camera di consiglio per la sola decisione sull'ammissibilità dell'intervento. Il cancelliere dà immediata comunicazione del decreto alle parti costituite e all'istante, i quali, entro dieci giorni dall'avvenuta comunicazione, hanno facoltà di depositare sintetiche memorie concernenti esclusivamente la questione dell'ammissibilità dell'intervento. La Corte decide con ordinanza, a cui si applica il regime di pubblicità di cui all'art. 31».

[22] Sul punto, merita di essere richiamata la posizione espressa in M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 402 ss. secondo cui nell'art. 4-*bis* sia individuabile un doppio regime processuale riservato ai terzi intervenienti, divisibile in ordinario e speciale. Secondo tale posizione, il regime ordinario è così delineato «l'interveniente non ha accesso agli atti processuali e l'ammissibilità dell'intervento è valutata direttamente in udienza […]. In tale udienza l'interveniente potrà inizialmente parlare solo dell'ammissibilità dell'intervento; la Corte si riunirà in camera di consiglio, sospendendo l'udienza, per decidere esclusivamente sul punto; nell'ipotesi in cui l'ordinanza letta alla ripresa sia di ammissibilità, il contraddittorio si riespanderà, con l'ammissione dell'interveniente a dedurre anche sul merito»[22]. D'altro canto, quello speciale «prevede che l'interveniente, il quale "*intenda prendere visione e trarre copia degli atti processuali*", depositi, "*contestualmente all'atto di intervento*", un'apposita "*istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dello stesso*". A seguito dell'istanza è fissata una specifica camera di consiglio nell'imminenza della quale possono essere prodotte "*sintetiche memorie*", all'esito della quale la Corte decide con ordinanza». Questa distinzione trova fondamento nella facoltà attribuita al terzo interveniente di decidere se visionare gli atti processuali del giudizio *a quo*.

Si noti che, solo nel caso in cui l'interveniente intenda consultare il fascicolo del giudizio *a quo* si applica l'art. 4-*bis*, altrimenti resta la disciplina previgente.

[23] Si veda per un approfondimento A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative,* in *Federalismi.it*, 16/2020, 402 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 8 ss.

inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio», la quale costituisce il presupposto dell'intera disciplina in tema di terzi intervenienti.

Anche dopo la riforma del 2020, difettando una definizione normativa, l'unica via per comprendere quale sia il significato dell'espressione pocanzi indicata è ripercorre, come suggerito da parte della dottrina[24], l'utilizzo che la Corte ne ha fatto nelle sue pronunce, con tutti i limiti che può avere una indagine così condotta.

Nonostante la giurisprudenza costituzionale sia per sua natura mutevole, è comunque possibile individuare alcune linee direttrici sulla base delle quali la Corte ha ritenuto ammissibile l'intervento dei terzi, riconoscendo la presenza di un loro interesse qualificato[25].

Al fine di comprendere il contenuto della nozione «interesse qualificato» fatta propria dalla Corte e, dunque, quale sia la portata del nuovo art. 4 N.I., è utile considerare l'ordinanza n. 37 del 27 febbraio 2020, pronunciata nell'ambito di un giudizio in via incidentale concernente la legittimità costituzionale delle disposizioni che prevedono la pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa, la quale, fra l'altro, costituisce il primo esempio di reale e maggiore apertura ai terzi dopo la riforma del 2020[26].

Con l'ordinanza n. 37 del 2020, poi confermata dall'ord. 132 del 2020[27], la Corte è stata chiamata a decidere per la prima volta dopo l'entrata in vigore delle nuove Norme Integrative, sull'ammissibilità dell'intervento in giudizio di terzi e, in particolare, del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti.

Con la pronuncia in esame, la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibile l'intervento del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti CNOG nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, promosso dal Tribunale ordinario di Salerno, dell'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 *Disposizioni sulla stampa* e dell'art. 595, comma 3, c.p.,[28] affermando che, seppur «non [sia] sufficiente a legittimare l'intervento la

[24] Ancora si rimanda a quanto scritto in A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative,* in *Federalismi.it*, 16/2020, 402 ss.; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale,* in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 8 ss.

[25] A. VUOLO, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative,* in *Federalismi.it*, 16/2020, 402 ss.

[26] A commento dell'ord. n. 37 del 2020 si segnalano *ex multis* 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.; G.P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, 398 ss.

[27] Si veda a commento *ex multis* M. BETZU, A. DEFFENU, *Pena detentiva e diffamazione a mezzo stampa in un'ordinanza di incostituzionalità accertata, ma rinviata,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2020, 1417 ss.; D. CASANOVA, *L'ordinanza n. 132 del 2020 sulla pena detentiva per il reato di diffamazione mezzo stampa: un altro (preoccupante) rinvio della decisione da parte del Giudice costituzionale*, in *Consulta Online,* 2/2020, 622 ss.

[28] In attesa del deposito della sentenza definente il giudizio di legittimità promosso con le ordd. 140 e 149 del 2019, nell'ambito delle quali sono state pronunciate le ordinanze nn. 37 e 132 del 2020, si segnala il comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, *Diffamazione a mezzo stampa: Carcere solo nei casi di eccezionale gravità,* pubblicato sul sito web della stessa Corte in data 22 giugno 2021 in cui è stata anticipata la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 13 della legge sulla stampa (n. 47 del 1948) che fa scattare obbligatoriamente, in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa compiuta mediante l'attribuzione di un fatto determinato, la reclusione da uno a sei anni insieme al pagamento di

posizione di rappresentanza istituzionale degli interessi della professione giornalistica rivestita dal CNOG»[29], l'intervento del CNOG è ammissibile, a fronte dell'esistenza di un nesso con lo specifico rapporto giuridico dedotto in giudizio in relazione alla competenza disciplinare attribuita al CNOG dalla legge.

Infine, per legittimare la sua scelta, la Corte ha affermato che, ai fini della «ammissibilità dell'intervento nei giudizi in via incidentale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo*, dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale (…), l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente deve derivare dall'immediato effetto che tale pronuncia produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo*»[30]. A detta della Corte, tale soluzione deve essere ribadita «tanto più a fronte della recente introduzione dell'art. 4-*ter* delle Norme integrative, 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*»[31].

Come è stato osservato dalla dottrina, nel caso specifico dell'ordinanza n. 37 del 2020, ad essere determinante per l'ammissibilità dell'intervento è stata «l'esistenza di un potere riconosciuto dalla legge e suscettibile di essere limitato dalla declaratoria di incostituzionalità»[32].

In sostanza, ammettendo l'intervento del CNOG, la Corte ha riaffermato quanto già consolidato nella prassi, senza introdurre sostanziali modifiche.

Del resto, il timore della dottrina che la riforma del 2020 non fosse destinata a produrre cambiamenti decisivi in tema di terzi intervenienti è stato da subito confermato anche dalla sentenza n. 119 del 2020, secondo cui «sono ammessi ad intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, in base all'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), e all'art. 3 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale del 7 ottobre 2008, i soggetti che erano parti del giudizio *a quo* al momento dell'ordinanza di rimessione, oltre che il Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, il Presidente della Giunta regionale, mentre l'intervento di altri soggetti, estranei al giudizio principale, a norma dell'art. 4, comma 3, delle Norme integrative (nel testo applicabile *ratione temporis*), è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura»[33].

---

una multa. Al contempo, è comunicato come sia stato invece ritenuto compatibile con la Costituzione l'articolo 595, terzo comma, del Codice penale, che prevede, per le ordinarie ipotesi di diffamazione compiute a mezzo della stampa o di un'altra forma di pubblicità, la reclusione da sei mesi a tre anni oppure, in alternativa, il pagamento di una multa.

[29] Ord. n. 37 del 2020 *Considerato in diritto.*

[30] *Ibidem.*

[31] *Ibidem*.

[32] C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 8 ss.

[33] Sent. cost. n. 119 del 2020; in termini analoghi le ord. del 15 gennaio, 10 giugno, 20 ottobre e 3 novembre 2020 allegate alle sent. cost. nn. 30, 158, 230, 234, 246 nonché la sent. cost. n. 278 del 2020 e le ord. nn. 202 e 271 del 2020.

Quanto espresso dalla Corte nella sentenza n. 119 del 2020 trova conferma anche nelle sentenze nn. 158 e 230 del 2020, nonché nell'ordinanza 202 del 2020, in cui la Corte dichiara inammissibili gli interventi di enti associativi, ponendo appunto in risalto il fatto che essi non siano parti del giudizio *a quo* e non siano titolari di un interesse, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

In particolare, merita attenzione l'ordinanza n. 202 del 2020[34], in cui la Corte costituzionale ha dichiarato che l'intervento nel giudizio incidentale di soggetti rappresentanti di interessi collettivi o di categoria è inammissibile qualora tali soggetti vantino «un interesse solo indiretto», precisando come tale riflessione assuma ancor più valore a fronte dell'introduzione della figura dell'*amicus curiae*[35].

Sulla stessa linea, si inserisce anche la sentenza n. 230 del 2020[36] in tema di riconoscimento dell'omogenitorialità che, come si è anticipato, ha ritenuto inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI APS poiché «titolare di meri interessi indiretti e generali correlati ai suoi scopi statutari e non di un interesse direttamente riconducibile all'oggetto del giudizio principale»[37].

Di fatto, dall'analisi delle pronunce immediatamente successive all'entrata in vigore della riforma del gennaio 2020 e dei relativi contributi dottrinali sul tema si desume come la Corte abbia mantenuto la sua generale propensione a dichiarare inammissibili gli interventi a titolo di terzi di tutti quei soggetti che non siano parti del giudizio *a quo* e non siano titolari di un interesse, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, senza aver dunque introdotto particolari innovazioni circa la partecipazione in giudizio di soggetti terzi che dovrebbero discendere, come specificato dalla Corte[38], non tanto da una nuova disciplina per i terzi intervenienti, quanto semmai dall'introduzione della figura dell'*amicus curiae.*

---

[34] A commento dell'ord. n. 202 del 2020 si segnalano M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia,* 4/2020, 122 ss; A. CERRI, *Riflessioni e proposte sull'intervento nei giudizi incidentali a partire dal problema della sospensione impropria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2020, 2343 ss.

[35] Nel *Considerato in diritto* dell'ord. n. 202 del 2020 si legge come l'inammissibilità dell'intervento di soggetti che vantino un interesse solo indiretto valga «*a fortiori* oggi, alla luce dell'art. 4-*ter* delle Norme integrative, aggiunto dalla delibera in sede non giurisdizionale dell'8 gennaio 2020, 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*».

[36] A commento della sent. n. 230 del 2020 si segnalano *ex multis* S. SPATOLA, *Il giudice delle leggi dice "no" al riconoscimento dell'omogenitorialità per via estensiva: non è la Corte costituzionale il luogo ma il Parlamento. A margine della sentenza n. 230 del 2020 della Consulta*, in *Federalismi.it*, 35/2020; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili. Nota alla sentenza n. 230 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos,* 1/2020. S. STEFANELLI, *Il rapporto tra nato in Italia da p.m.a. e madre intenzionale resta confinato all'adozione genitoriale*, in *Foro italiano*, 1/2021, 44 ss. Sul punto, merita uno sguardo anche N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 86 ss.

[37] Sent. cost. n. 230 del 2020, *Considerato in diritto*, punto 3.

[38] Cfr. ordd. nn. 37 e 202 del 2020.

3. *Gli* amici curiae

La seconda, nonché forse più importante modifica introdotta dalla riforma del gennaio 2020, è la previsione nel giudizio sulle leggi della figura dell'*amicus curiae.* Mediante l'introduzione di questo istituto la Corte risponde all'esigenza di «aprirsi all'ascolto della società civile»[39], consentendo a soggetti istituzionali, associazioni di categoria, organizzazioni non governative[40] di presentare opinioni in giudizio, senza però assumere la qualità di parte.

Questo intervento è stato accolto dalla maggior parte della dottrina come una necessaria[41] e profonda innovazione[42] e come un segnale deciso nel senso di una giustizia costituzionale improntata ad una maggiore trasparenza procedurale e ad una rafforzata partecipazione sociale alle decisioni[43], seppur non siano mancate anche in questo senso posizioni critiche.

Il riferimento è alle tesi di coloro che non hanno ravvisato nell'introduzione dell'istituto in esame alcuna utilità[44], quanto piuttosto «uno strumento luccicante, ma di scarso valore»[45] necessario alla Corte per cercare legittimazione, a cui si sono affiancati gli atteggiamenti dubbiosi di chi, pur vivendo con positività questa apertura, guarda con perplessità l'eccessiva cautela adottata dalla Corte[46].

In particolare, prima di addentrarsi nell'analisi delle modifiche normative concretamente attuate, merita di essere richiamata la posizione severa di chi ha visto nell'apertura della Corte alla società civile il pericolo di una distorsione della stessa funzione istituzionale della Corte.

Nello specifico, parte della dottrina ha intravisto nell'ammissione in giudizio dell'*amicus curiae* il rischio che la Corte si comporti quasi al pari di un organo politico e non tecnico, essendo indotta a basare le sue decisioni non sulla Costituzione, la quale almeno in via teorica ha già in sé la soluzione dei conflitti di legittimità, bensì sulle opinioni presenti nella società[47].

---

[39] *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, comunicato dell'ufficio stampa della Corte costituzionale in data 11 gennaio 2020.

[40] *Ibidem.*

[41] Questa innovazione si è resa necessaria in quanto costituisce l'esito di un'evoluzione incentivata dalla Corte stessa come si desume in riferimento al seminario (ed ai relativi atti) su "Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali", tenuto a Palazzo della Consulta il 18 dicembre 2018.

[42] Sul punto si veda *ex multis* la posizione espressa da V. Onida in R. CONTI, *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimiro Zagrebelsky* del 4 aprile 2020, in *Giustiziainsieme.it,* consultato in data 22 giugno 2021.

[43] 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 *Sistemapenale.it*, 23 gennaio 2020, 1 ss.

[44] Sul punto, M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 402 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Le "aperture" della corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 1/2020, 481 ss.

[45] M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 402 ss.

[46] F. CLEMENTI, *Amici Curiae? A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale",* in *Rivista Il Mulino*, 9 marzo 2020.

[47] M. MANETTI, *I "falsi amici" del giudice costituzionale, in Giurisprudenza costituzionale,* 1/2020, 1688 ss.

Secondo tale posizione, seppur i giudici costituzionali debbano essere consapevoli delle varie istanze presenti nella società, essi «non possono invitare tutti gli interessati ad esporli, rischiando che gli argomenti siano confiscati dall'uno o dall'altro, i quali saranno poi identificati dalla pubblica opinione come il "vincitore" o lo "sconfitto" del processo costituzionale de quo, proiettando sulla Corte l'ombra di "favoritismi", da un lato, e di "pregiudizi", dall'altro»[48].

Lasciando all'esame della prassi giurisprudenziale la verifica della fondatezza di tali dubbi e timori, è ora opportuno dedicarsi all'indagine delle modifiche adottate e concretizzatesi nell'introduzione dell'art. 4-*ter*, rubricato sinteticamente *Amici curiae.*

L'art. 4-*ter* N.I. dispone che «entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, 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». I caratteri dell'opinione sono individuati al comma 2, il quale dispone 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»[49].

Al comma 3, è inoltre precisato che «con decreto del Presidente[50], 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», chiarendo, in accordo con la definizione stessa di *amicus curiae*, che «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».

In riferimento alla formulazione dell'art. 4-*ter* sono stati espressi alcuni dubbi circa la sua eccessiva vaghezza, idonea a rappresentare una via per aggirare l'applicazione delle disposizioni in tema di intervento del terzo, consentendo la partecipazione in giudizio anche a quei soggetti privi di un «interesse qualificato,

---

[48] *Ibidem.*

[49] Si noti che, con riferimento ai caratteri dell'opinione scritta, è stato osservato come il limite di soli 25.000 caratteri, spazi inclusi, non sia sufficiente a dare spazio a riflessioni articolate e complesse, quanto semmai a rappresentare una sorta di «manifesto da affiggere più nello spazio pubblico esterno che nell'aula d'udienza del Palazzo della Consulta», come sostenuto in M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 402 ss.

A sostegno di questa tesi è da segnalare anche il fatto che, come osservato in 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, a fronte della possibilità per i costituiti in giudizio di contestare nelle loro memorie illustrative e durante l'udienza pubblica il contenuto degli scritti presentati dagli *amici curiae*, non vi è in capo a questi ultimi alcun potere di integrazione, facendo di fatto risultare la posizione da loro espressa cristallizzata all'interno dell'atto presentato.

Del resto, è da osservarsi che, nonostante tale previsione sia idonea ad aprire la strada ad accuse di parzialità, bisogna ricorda che, come sostenuto in P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile,* in *Federalismi.it*, 2/2020, «la Corte non è un'*agorà*, non un foro di opinioni», come invece rischia di essere trasformata a fronte di un'apertura indiscriminata a ogni opinione di formazioni sociali espressive dei più vari interessi.

[50] Per precisione, si noti sul punto la differenza fra intervento di terzi e *amicus curiae*. Il primo viene dichiarato ammissibile o inammissibile con ordinanza, il secondo con decreto del Presidente della Corte.

inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio», ma che possono vantare una qualche attinenza generica con la questione di legittimità[51].

A ben vedere, tale timore non risulta fondato se si guarda ai due istituti, l'intervento di terzi e quello dispiegato dagli *amici curiae,* come a due strumenti complementari, in cui la funzione di rappresentanza collettiva svolta da una formazione sociale costituisce un «interesse qualificato» sufficiente a legittimare, se non l'intervento nel processo in qualità di parte, almeno la partecipazione allo stesso in qualità di *amicus*, attraverso un'opinione scritta.

L'introduzione dell'*amicus curiae* ha posto alcuni quesiti in ordine alla necessità di contemperare la sacralità della funzione giurisdizionale della Corte costituzionale con l'esigenza di aprirsi all'ascolto della società civile al fine di ottenere «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio, derivanti dall'esperienza sul capo delle formazioni sociali soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell'applicazione delle norme»[52].

In questo senso, si giustifica la scelta della Corte di riservarsi la massima discrezionalità nella selezione delle opinioni ammissibili in giudizio, con il solo requisito dell'utilità a fornire elementi utili per la soluzione della questione sottoposta a giudizio.

Sul punto, si dimostra d'ausilio rivolgere uno sguardo alla prassi giurisprudenziale.

Tralasciando i primi due provvedimenti in ordine di tempo, i quali si sono limitati a dichiarare l'inammissibilità delle opinioni presentate dagli *amicus curiae* perché depositate fuori termine, la prima pronuncia da segnalare è la sentenza n. 278 del 2020[53].

Nel caso di specie, la Corte dà conto del deposito di un'opinione scritta da parte dell'associazione "ItaliaStatoDiDiritto", che nella veste di *amicus curiae*, sollecita una dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 4 dell'art. 83 del d.l. n. 18 del 2020 *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, per asserito contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost, e dell'associazione forense "Unione camere penali italiane", che nella veste di *amicus curiae* sollecita, al pari di "ItaliaStatoDiDiritto", una dichiarazione di illegittimità costituzionale per l'asserito contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost.

---

[51] A. ANZON DEMMIG, *Le "aperture" della corte tra esigenze del processo e ascolto della società civile,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 481 ss.

[52] Relazione annuale del presidente della Corte costituzionale, M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020.

[53] A commento della sent. cost. n. 278 del 2020 si segnala *ex multis* G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost,* in *Sistemapenale.it,* 26 dicembre 2020; M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020, 122 ss.

Tali opinioni sono state ammesse dalla Corte, a motivo della «loro idoneità ad offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte, anche in ragione della sua complessità»[54].

Si noti che, nonostante la dichiarazione di ammissibilità delle opinioni, non si rintraccia nella pronuncia alcun riferimento al contenuto delle stesse. Ciò fa presumere che la Corte non abbia ritenuto determinante il contributo da loro addotto ai fini della decisione. Questa tesi sembra essere sostenuta anche dalla tipologia di decisione adottata dalla Corte, in quanto con la sent. n. 278 del 2020, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata e non l'illegittimità della stessa come sollecitato dall'*amicus curiae*.

Al di là di questo profilo critico, come segnalato dalla dottrina[55], la sentenza n. 278 del 2020 ha sicuramente segnato l'inizio di quella che sembra essere una nuova stagione per l'*amicus curiae* nel processo costituzionale in via incidentale.

Ciò è chiarito anche dalle pronunce successive e, soprattutto, dalle sentenze nn. 32 del 2021 e 46 del 2021. Dall'analisi di dette pronunce, si nota come la Corte abbia fino ad ora sempre manifestato una netta propensione a dichiarare ammissibili gli interventi di *amici curiae*.

In particolare, nella sentenza n. 32 del 2021[56], avente ad oggetto la legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della legge n. 40 del 2004 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* e dell'articolo 250 c.c., si dà conto di tre opinioni scritte depositate a titolo di *amici curiae,* specificando come siano state ammesse con decreto presidenziale del 3 dicembre 2020 solo le opinioni del "Centro Studi Rosario Livatino" e della "Avvocatura per i diritti LGBTI – Associazione di promozione sociale", in quanto conformi ai criteri previsti al citato art. 4-*ter* N.I.

Nella sentenza in esame, la Corte ripercorre brevemente il contenuto delle opinioni depositate, sottolineando come il "Centro Studi Rosario Livatino" chieda alla Corte di dichiarare manifestamente infondate le questioni sollevate, in quanto il loro accoglimento «introdurrebbe una genitorialità omosessuale fondata su uno *status filiationis* pieno anche nei confronti del genitore non biologico, che priverebbe il minore di ogni diritto verso il genitore biologico di sesso diverso dall'altro, rispetto al quale la filiazione resterebbe sempre accertabile, eludendosi, inoltre, la necessità dell'assenso del genitore biologico esercente la responsabilità», mentre l'"Avvocatura per i diritti LGBTI" auspichi l'individuazione di «una soluzione in linea con la giurisprudenza di Corti costituzionali straniere, […] al fine di offrire adeguata tutela al nato, reputando applicabile l'art. 8 della legge n. 40 del 2004, o accogliendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Padova».

Seppur, come si desume dal dispositivo adottato, la Corte non abbia fatto propria nessuna delle sue soluzioni illustrate, ma abbia dichiarato inammissibili le questioni di

[54] Sent. cost. n. 278 del 2020, *Considerato in diritto,* punto 4.

[55] M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia*, 4/2020, 122 ss.

[56] A commento della sent. cost. n. 32 del 2021, si segnalano M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?,* in *Questione giustizia,* 7 aprile 2021; A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2021.

legittimità, affermando che spetta in via prioritaria al legislatore individuare «il ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana", per fornire, in maniera organica, adeguata tutela ai diritti del minore "alla cura, all'educazione, all'istruzione, al mantenimento, alla successione e, più in generale, alla continuità e al conforto di abitudini condivise", evitando di generare disarmonie nel sistema»[57], la pronuncia in esame merita di essere segnalata in quanto mostra una certa propensione della Corte a dialogare con soggetti non titolari di uno specifico interesse qualificato, ma rappresentanti interessi collettivi, appunto gli *amici curiae*.

Indipendentemente dal peso dato ai contributi addotti, il solo fatto che la Corte abbia ammesso le opinioni del "Centro Studi Rosario Livatino" e dell'"Avvocatura per i diritti LGBTI", è segnale del fatto che essa voglia prendere in considerazione le varie posizioni presenti nella società e quindi concretizzare quella promessa di maggiore apertura alla società civile.

Sempre nel solco della generale propensione a dichiarare ammissibili gli interventi di *amici curiae,* si inserisce, poi, la sentenza n. 46/2021, dichiarativa della legittimità dell'art. 1, comma 953, della Legge di Bilancio del 2018 in materia di revisione di vecchie convenzioni stipulate tra gli operatori del settore dell'energia prodotta da fonti rinnovabili e gli enti locali.

In tale occasione, la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili le opinioni depositate dagli enti associativi "ANEV- associazione nazionale energia del vento e di protezione ambientale", "ANCI-Associazione Nazionale Comuni Italiani Puglia" e "UNCEM-Unione nazionale comuni comunità enti montani (UNCEM)", in quanto conformi ai requisiti indicati all'art. 4-*ter* N.I., nonostante anche in questo caso non abbia fatto proprie le conclusioni di tali associazioni.

Seppur un numero così esiguo di pronunce non sia sufficiente per individuare una prassi circa l'attitudine della Corte ad ammettere e a considerare i pareri degli *amici curiae*, esse costituiscono sicuramente un segnale positivo nell'ottica di maggior apertura della Corte alla società civile, in quanto, come si è detto, il solo fatto che la Corte sia propensa ad ammettere il deposito di opinioni di soggetti non titolari di uno specifico interesse qualificato è da leggersi con favore[58].

---

[57] Ufficio stampa della Corte costituzionale, *Fecondazione eterologa praticata da due donne all'estero: indifferibile una legge per garantire ai nati pieni diritti alla cura, all'educazione, all'istruzione, alla stabilità dei rapporti affettivi*, Roma, 9 marzo 2021.

[58] A tal proposito, si segnalano ulteriori due decreti del Presidente della Corte costituzionale finalizzati all'ammissione nel giudizio in via incidentale di opinioni degli *amici curiae*, per i quali però non è ancora disponibile, nel momento in cui si scrive, la sentenza definente il giudizio nell'ambito del quale tali opinioni sono state presentate.

In particolare, ci si riferisce al decreto presidenziale del 15 febbraio 2021, il quale ammette le opinioni scritte dell'Associazione Antigone per i diritti e le garanzie nel sistema penale, MC-Macro Crimes Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità, Nessuno Tocchi Caino, il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale e L'Altro diritto ODV, e al decreto del 24 aprile 2021, in cui dichiarate ammissibili le opinioni presentate dall'Associazione "Comitato Acquirenti Piani di Zona" e l'Associazione "Area167".

In entrambi i casi, l'ammissione viene motivata con la conformità delle opinioni scritte presentate ai criteri previsti dall'art. 4-*ter* N.I.

4. *Il contributo degli esperti nel più ampio quadro dei poteri istruttori*

L'ultimo aspetto affrontato dalla riforma 2020 è stato quello relativo all'introduzione della possibilità per la Corte costituzionale di convocare esperti, ossia soggetti propri di una specifica competenza in una determinata materia, qualora la questione da decidere necessiti di conoscenze tecniche per poter essere risolta.

A ben vedere, è errato parlare di introduzione di questa possibilità, perché, seppur sia vero che solo nel gennaio 2020 è stata introdotta una specifica disposizione riservata all'audizione di esperti, di fatto la Corte avrebbe già potuto ricorrere ad essa sulla base delle norme relative ai poteri istruttori e, in particolare, dell'art. 13 della l. n. 87/1953 e degli artt. 12, 13 e 14 N.I, i quali lasciano alla Corte ampia discrezionalità nel delineare, di volta in volta, termini e modi per l'assunzione delle informazioni che ritiene necessarie e, dunque, in via astratta, avrebbero permesso alla Corte fin dalla sua costituzione di ricorrere a pareri e opinioni di esperti, sia mediante la loro diretta audizione sia attraverso la richiesta di loro atti o documenti[59].

Del resto, la Corte si è sempre mostrata reticente nell'attivazione dei poteri istruttori, il che fa sì che non stupisca il fatto che non si registrino convocazioni di esperti, prima dell'entrata in vigore delle nuove Norme Integrative[60].

Si noti che, il fatto che la Corte non abbia mai palesato il ricorso a pareri di esperti o a conoscenze tecniche non significa che essa non ne abbia mai usufruito[61]. Semplicemente, ciò dà prova del fatto che, quanto meno in via generale, la Corte ha preferito acquisire le opinioni di esperti attraverso canali non ufficiali, in particolare attraverso le c.d. indagini informali[62].

Di fatto, è qui solo da accennare, come negli anni precedenti alla riforma del 2020, la Corte, più che aver chiuso la porta a contributi di esperti di chiara fama[63], sembra averne piuttosto fatto ricorso senza darne notizia.

Con la riforma del 2020 e la conseguente introduzione dell'art. 14-*bis*, la Corte sembra costringersi ad abbandonare questa prassi, volendo conferire agli esperti un

---

[59] Si veda sul punto G. RAGONE Eine empirische wende?, cit.; R. CARIDÀ, *Notazioni minime su* amici curiae *ed esperti nel processo costituzionale*, in *Consulta Online*, 2020. Ancora, sulla possibilità di ricorre all'audizione di esperti nell'ambito dei poteri istruttori si segnala T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997.

[60] Si noti che dall'inizio dell'attività della Corte ad oggi, risultano pronunciate meno di cento ordinanze istruttorie. Come osservato in T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, le ragioni di tale reticenza della Corte sono riscontrabili sia nella assenza di una chiara procedimentalizzazione dell'istituto generale dell'istruttoria sia nel fatto che la Corte ha sempre preferito, quanto meno fino ad ora, acquisire pareri di esperti attraverso canali non ufficiali, in particolare attraverso le indagini informali.

[61] Come osservato in G. RAGONE Eine empirische wende?, cit., vi sono pronunce in cui la Cote considera notorie conoscenze di carattere assolutamente tecnico, le quali note non possono essere se non a fronte di specifiche indagini, il che fa presumere che la Corte abbia in tali occasioni fatto ricorso a specifiche conoscenze tecniche senza darne notizia. Sul punto, è emblematica la sent. Cost. n. 282 del 2002.

[62] V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche, Interventi di terzi e "*amici curiae*",* in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 399 ss.

[63] Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione,* in *BioLaw Journal*, 2/2016, 171 ss.

ruolo di primo piano, nell'ottica di una sempre maggiore trasparenza[64] e di una accresciuta consapevolezza circa il non poter più prescindere dal contributo tecnico-scientifico di esperti[65], alla luce della sempre maggiore complessità delle questioni sottoposte al suo giudizio in panorama scientifico e tecnologico sempre più avanzato e plurale[66].

Secondo quanto disposto dall'art. 14-*bis,* «la Corte, 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».

È chiaro fin da subito come il testo normativo sia scarno e comporti non poche questioni interpretative[67].

La prima si riscontra in riferimento all'espressione «specifiche discipline» che, in ragione della sua vaghezza, è idonea a comprendere anche «giuristi, specialisti di "specifici" campi disciplinari, il che costituirebbe una deroga al consolidato principio *iura novit curia*»[68]. Di questo problema, si mostra consapevole la Corte la quale ha specificato come si debba far riferimento ad altre discipline, diverse rispetto a quelle che i giudici hanno praticato nella loro pregressa attività professionale[69].

Nello stesso solco di incertezza, si colloca l'espressione «esperti di chiara fama»[70], nella quale non si specifica né a fronte di quali parametri gli esperti debbano o possano essere considerati tali, né quali debbano essere i caratteri ed i contenuti delle

---

[64] T. GROPPI, N*uovo corso della Consulta sotto il peso della trasparenza*; in *La voce.info*, 17 gennaio 2020, 1 ss.

[65] È opportuno parlare di accresciuta consapevolezza, in quanto, se si analizzano le pronunce in materia tecnico-scientifica adottate dalla Corte prima dell'entrata in vigore della riforma del 2020, si nota come la Corte abbia sempre fatto a meno del contributo di esperti o, almeno, non abbia mai ritenuto necessario palesare la necessità di ricorrere a conoscenze specialistiche per la decisione di questioni tecniche. Ciò è chiaro se si guarda alla giurisprudenza in materia medico-scientifica e, in special modo, alle sentenze in tema di opportunità terapeutiche e procreazione medicalmente assistita quali, a titolo di esempio, le sentt. nn. 185 del 1998, 438 del 2008 e 253 del 2009 o, ancora, le sentt. nn. 151 del 2009, 162 del 2014 e 84 del 2016.

[66] Sul crescente carattere tecnico delle questioni sottoposte a giudizio della Corte, si veda R. BIN, *La Corte e la scienza, in* A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario Parma, 19 marzo 2004*, Torino, 2005 e A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, in *Rivista Gruppo Pisa*, 1/2017. Ancora, sulla necessità della considerazione del dato scientifico nella decisione di questioni ad alto grado di tecnicità e complessità, si veda G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; A. IANNUZZI, *Come decide la Corte costituzionale dinanzi a questioni "tecniche": materie con rilevanza tecnico-scientifica,* in *BioLaw Journal*, 3/2019; G. RAGONE Eine empirische wende?, cit.

[67] Una raccolta dei dubbi riferiti al testo è presente in S. DI PALMA in *Esperti: un istituto (ancora) misterioso,* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 496 ss.

[68] M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020*,* 402 ss.

[69] Relazione annuale del presidente della Corte costituzionale, M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020.

[70] Si noti che la locuzione "di chiara fama" è presente sia nella normativa universitaria in materia di chiamata diretta, in particolare all'art. 23, comma 3, della l. n. 240/2010. Si notano, inoltre alcune assonanze con la disciplina relativa alla chiamata diretta in Cassazione per meriti insigni e, in particolare con l'art. 33, d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, conv., con modif., nella l. 22 gennaio 1934, n. 36. È evidente, tuttavia, come, in questo caso, l'individuazione sia totalmente rimessa alla discrezionalità del giudice costituzionale.

loro conoscenze e competenze. In proposito, è paradigmatica l'espressione secondo cui sarà «esperto di chiara fama» quello che la Corte, per il tramite dell'invito, qualificherà come «esperto di chiara fama»[71].

L'unico dato certo sembra essere quello per cui la figura dell'esperto non sia riconducibile né alla figura del perito, né a quella del consulente tecnico[72]. Come già segnalato, l'art. 14-*bis* N.I. fa riferimento a «informazioni attinenti a specifiche discipline» e non a pareri o consulenze, come nel caso di ricorso a periti o consulenti tecnici, lasciando di fatto presagire come le indicazioni fornite dagli esperti possano anche non assumere alcuna rilevanza all'interno della decisione finale, rischiando di rendere inutile il coinvolgimento stesso[73].

Passando alle modalità di audizione degli esperti, la norma dispone che essa avvenga in camera di consiglio alla presenza delle parti. La previsione di una «apposita adunanza in camera di consiglio» colloca l'audizione degli esperti in una fase successiva rispetto all'udienza pubblica e prima della camera di consiglio prodromica alla decisione finale, a riprova del fatto che solo nel caso in cui la Corte non ha ritenuto di potersi pronunciare alla luce degli elementi in suo possesso essa farà ricorso agli esperti[74].

Sul punto, da più parti è stato osservato che sarebbe stato preferibile, in un'ottica di trasparenza, procedere all'audizione di esperti in udienza pubblica e non in camera di consiglio, in virtù del fatto che la discussione in camera di consiglio può non essere verbalizzata o verbalizzata solo succintamente e dunque essere difficilmente conoscibile dalla società civile, cui la Corte dichiara di volersi aprire[75].

Per verificare se l'accusa di mancata trasparenza mossa dalla dottrina e appena illustrata risulti fondata, è bene analizzare la giurisprudenza.

La prima pronuncia da richiamare è la sentenza n. 164 del 2020[76], nell'ambito del cui giudizio per la prima volta in assoluto la Corte ha fatto ricorso all'istituto dell'audizione di esperti, così come disciplinato dall'art. 14-*bis* N.I.[77].

---

[71] A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi* in *Rivista AIC*, 2/2020, 13 ss.

[72] 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 *Sistemapenale.it*, 23 gennaio 2020, 1 ss.

[73] A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi* in *Rivista AIC*, 2/2020, 13 ss.

[74] *Ibidem.*

[75] *Ibidem*.

[76] A commento della sent. n. 164 del 2020 si segnalano *ex multis* G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021; 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; F. COSTANTINO, *Pubblico concorso, flessibilità organizzativa e accesso alla dirigenza*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 4/2020, 1846 ss.

[77] Si riporta per completezza il testo dell'art. 14-*bis* N.I. «La Corte, 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. Il cancelliere avverte le parti almeno dieci giorni prima di quello fissato per l'adunanza in camera di consiglio».

Come si legge nel comunicato stampa diffuso dalla Corte il 28 febbraio 2020, il 27 febbraio 2020 al termine della discussione in camera di consiglio delle questioni sollevate con ordinanza di rimessione n. 167/2019 dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, riguardanti la vicenda dei dirigenti delle Agenzie delle entrate e Agenzie dei monopoli, la Corte ha ritenuto, con riferimento all'introduzione delle posizioni organizzative di elevata responsabilità POER, «di dover acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle *esigenze organizzative delle agenzie fiscali*, alle *mansioni assegnate al personale* e alle *modalità di selezione dello stesso,* con particolare riferimento a *presupposti e ricadute della introduzione delle cosiddette posizioni organizzative di elevata responsabilità*»[78], convocando a tal fine due esperti, con apposita ordinanza depositata in cancelleria, in conformità con l'art. 14-*bis,* co 1 N.I., il quale dispone che «la Corte, 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».

In particolare, la Corte ha disposto l'audizione del Prof. Elio Borgonovi, ordinario di Economia e Management delle Amministrazioni Pubbliche presso l'Università Bocconi di Milano, e del Dott. Vieri Ceriani, membro del Comitato di Gestione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, nonché già Consigliere per le politiche fiscali del Ministero dell'economia e delle finanze e Sottosegretario di Stato per l'economia e le finanze, con il fine di acquisire informazioni specifiche inerenti i presupposti e le ricadute organizzative dell'eventuale introduzione delle POER, nell'ambito di dette Agenzie fiscali.

In accordo con l'art. 14-*bis,* l'audizione dei due esperti è avvenuta in camera di consiglio, ove essi sono stati ascoltati dal collegio, in presenza delle parti del processo[79].

In tale occasione, ogni membro del collegio e le parti, seppur queste previa autorizzazione del Presidente della Consulta secondo quanto disposto dall'art. 14-*bis* N.I., hanno avuto facoltà di rivolgere agli esperti specifiche domande volte, come si è detto, a fornire contributi funzionali alla valutazione dei presupposti e delle ricadute organizzative di una eventuale introduzione delle POER all'interno di Agenzie fiscali.

Il giudizio nell'ambito del quale sono stati sentiti i due esperti è stato deciso con la sentenza n. 164 del 2020, dalla cui analisi non emerge alcun riferimento al contributo offerto dagli esperti, se non un rapido richiamo al punto 7 del *Considerato in diritto.*

La mancanza di espliciti riferimenti al contributo offerto dagli esperti ha indotto la dottrina a ritenere che l'audizione non abbia influito in modo particolare sulla decisione

[78] Ord. di convocazione di esperti Corte cost. dd. 27/02/2020.

[79] Si noti che originariamente l'ordinanza del 25-27 febbraio 2020 di convocazione degli esperti, ai sensi dell'art. 14-bis delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, aveva disposto che l'audizione in camera di consiglio avvenisse il 23 marzo 2020. Successivamente essa è stata rinviata a nuovo ruolo con decreto della Presidente della Corte costituzionale dell'11 marzo 2020 a causa dell'emergenza sanitaria derivante da COVID-19, e poi nuovamente fissata, con decreto della Presidente della Corte costituzionale del 28 aprile 2020, alla camera di consiglio del 27 maggio 2020.

o, quanto meno, che l'esperimento di tale mezzo istruttorio non abbia lasciato segni tali da rendere necessario un loro richiamo in motivazione[80].

Certamente, il fatto che la Corte non abbia dato conto del contributo offerto dagli esperti non pare un segnale positivo nell'ottica di una maggiore considerazione del ruolo della scienza e della tecnica nell'ambito del processo costituzionale.

Il fatto che la Corte non abbia ancora maturato una piena consapevolezza circa l'opportunità di considerare il contributo fattuale addotto da esperti di chiara fama è confermato dal fatto che perché si avesse una nuova convocazione di esperti è stato necessario attendere il 21 aprile 2021, giorno in cui la Corte costituzionale ha depositato l'ordinanza n. 79 del 2021, con cui la Corte ha disposto «un'apposita istruttoria diretta ad acquisire ulteriori specifiche informazioni dal Ragioniere generale dello Stato, dal Presidente dell'Istituto per la finanza e l'economia locale e dal Presidente della Corte dei conti, anche mediante audizione dei primi due»[81].

Seppur due sole audizioni di esperti non siano sufficienti per avanzare considerazioni circa una eventuale prassi della Corte, è possibile comunque svolgere alcune riflessioni.

In riferimento alla convocazione del 27 febbraio 2020, la dottrina ha avanzato perplessità circa i criteri sulla base dei quali gli esperti erano stati selezionati come tale e, in particolare, sul fatto che non fosse stata disposto, parallelamente all'audizione, lo svolgimento di specifiche indagini istruttorie[82].

Nello specifico, una parte della dottrina ha lamentato il fatto che non fossero stati resi pubblici i documenti relativi al procedimento di selezione degli esperti, né tanto meno i criteri in base ai quali tale selezione era stata attuata[83].

Ancora, in merito alla mancata contestuale attivazione dei poteri istruttori, la dottrina ha sottolineato come la sola audizione di esperti non fornisse sufficienti garanzie alle parti e necessitasse dunque di essere necessariamente integrata con provvedimenti istruttori[84].

I dubbi espressi in dottrina sembrano destinati ad essere ridimensionati, se si guarda all'ordinanza n. 79 del 2021, con cui la Corte non solo ha selezionato come esperti dipendi dello Stato, ma ha anche disposto il contestuale svolgimento di indagini istruttorie.

Sul versante dell'attivazione dei poteri istruttori e della contestuale convocazione di esperti, l'ordinanza n. 79 del 2021 non ha risolto però ogni dubbio.

---

[80] G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021.

[81] Ufficio stampa Corte costituzionale, *Criteri di riduzione delle risorse statali al fondo di solidarietà comunale e modalità di riparto: la Consulta dispone un'istruttoria e audizioni*, Roma, 21 aprile 2021.

[82] G. P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021; G. Ragone Eine empirische wende?, cit.

[83] In G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021, si lamenta il fatto che la Corte non abbia nemmeno diffuso i *curricula* degli esperi convocati. Si segnala comunque che essi risultano facilmente reperibili online.

[84] Si veda sul punto G.P. DOLSO, *Note sulla sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, 21 marzo 2021.

In data 24 giugno 2021, nell'ambito del giudizio funzionale alla verifica della legittimità costituzionale delle disposizioni inerenti all'affidamento ai sistemi sanitari regionali di una competenza esclusiva nella gestione delle misure di sicurezza privative della libertà personale disposte dal giudice penale, la Corte costituzionale ha depositato l'ordinanza istruttoria n. 131 del 2021[85].

Con tale ordinanza, la Corte ha disposto il deposito, da parte del Ministro della giustizia, del Ministro della salute e del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nonché del Presidente dell'Ufficio parlamentare di bilancio, di relazioni funzionali a fornire alla Corte dettagliate informazioni circa le difficoltà registrate nell'applicazione concreta delle misure di sicurezza nei confronti degli autori di reato infermi di mente e socialmente pericolosi presso le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza.

Nel disporre lo svolgimento di indagini istruttorie, la Corte ha ritenuto opportuno non procedere alla convocazione di esperti, ritenendo di fatto sufficienti le sole informazioni assunte mediante il deposito di relazioni.

Seppur sia necessario attendere la decisione del giudizio nel cui ambito è stata pronunciata l'ordinanza n. 131 del 2021, si ritiene che la contestuale convocazione di esperti sarebbe stata auspicabile anche nel caso di specie, al pari di quanto avvenuto nell'ordinanza n. 79 del 2021, per fornire alla Corte un quadro più completo della realtà fattuale sottesa alla questione da decidere.

Del resto, come si è detto, un numero così esiguo di convocazioni di esperti non permette nemmeno di immaginare una possibile prassi, seppur, alla luce delle riflessioni addotte, non vi siano ragioni per temere che la Corte non ricorra all'istituto dell'audizione di esperti anche in futuro, magari rinforzando di riflesso anche l'istituto dell'istruttoria formale.

5. *Considerazioni conclusive*

Come si è detto, la riforma del gennaio 2020 e la conseguente la previsione dell'istituto dell'*amicus curiae*, dell'audizione di esperti e della modifica delle norme in tema di intervento di terzi era stata proposta dalla Corte e accolta dalla dottrina come una sorta di rivoluzione nel segno di una sempre maggiore apertura della Corte alla società civile.

[85] Tale ordinanza è pronunciata nell'ambito del giudizio relativo alla 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 nel procedimento penale a carico di P. G., con ordinanza dell'11 maggio 2020, iscritta al n. 110 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2020. Si veda anche Ufficio Stampa Corte costituzionale, *REMS, la Corte dispone un'istruttoria sulle difficoltà di applicazione delle misure di sicurezza*, Roma, 24 giugno 2021.

In realtà, come si è esposto, il cambio di passo atteso sembra, almeno per ora, non essersi verificato in modo determinante.

Ciò si desume con particolare riguardo al tema dell'intervento di terzi, per il quale la Corte si è limitata sostanzialmente a confermare il costante orientamento, secondo cui sono ammessi ad intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale i soggetti titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio o già parti nel giudizio *a quo* e, seppur con prospettive più rosee, anche in tema di audizione di esperti, i quali ad oggi risultano essere stati coinvolti in sole due ipotesi.

I cambiamenti di maggiore rilievo si colgono invece con riferimento agli *amici curiae*.

Come si è visto, con la sentenza n. 278 del 2020, la Corte costituzionale ha per la prima volta ammesso in giudizio le opinioni presentate, in qualità di *amicus curiae*, dall'associazione "ItaliaStatoDiDiritto", asserendo come esse siano idonee «ad offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto a questa Corte, anche in ragione della sua complessità»[86].

La sentenza n. 278 del 2020 è stata poi seguita dalle sentenze n. 32 e n. 46 del 2021, in cui la Corte ha ammesso nuovamente in giudizio le opinioni presentante dagli *amici curiae*.

Come si è osservato, seppur queste sole sentenze non siano sufficienti per individuare una prassi della Corte nell'ammettere e considerare i pareri degli *amici curiae*, esse costituiscono un segnale positivo della volontà della Corte di aprirsi alla società civile.

In conclusione, alla luce della prassi applicativa, è possibile asserire che l'impatto prodotto dalla riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020 ha avuto un peso diverso a seconda degli istituti coinvolti.

In riferimento ai terzi intervenienti, le modifiche apportate si limitate a recepire le indicazioni già presenti nella giurisprudenza costituzionale, senza apportare sostanziali modifiche[87].

Quanto agli *amici curiae* e agli esperti, se nei confronti dei primi è ravvisabile quel promesso cambio di passo nel segno di una maggiore apertura della Corte alla società civile, verso i secondi si riscontra sì una labile propensione della Corte alla loro convocazione, ma non quel drastico cambiamento auspicato.

In sintesi, la riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020 ha avuto effetti apprezzabili, seppur non si così radicali come erano stati presentati.

[86] Sent. cost. n. 278 del 2020, *Considerato in diritto,* punto 4.

[87] In merito alla natura non innovativa della riforma delle Norme Integrative, si veda, in particolare, M. D'AMICO, *Gli* amici curiae, in *Questione giustizia,* 4/2020, 122 ss. secondo cui esse non hanno costituito una «"apertura", inedita rispetto al passato», quanto piuttosto come un tentativo «di razionalizzazione e di maggiore strutturazione e valorizzazione del processo costituzionale».

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA:
SNODI PROBLEMATICI E PROSPETTIVE DI RIFORMA
23 OTTOBRE 2020

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE: PROBLEMI VECCHI E NUOVI*

FRANCESCA BIONDI**

SOMMARIO: 1. A che cosa serve la responsabilità disciplinare? – Etica, valutazione di professionalità e disciplina. – 2. La predeterminazione degli illeciti disciplinari: un bilancio. – 3. I nodi del procedimento disciplinare. – 4. Conclusioni.

1. *A che cosa serve la responsabilità disciplinare? Etica, valutazione di professionalità e disciplina*

Per fare un bilancio sul funzionamento di un istituto giuridico, e poi ragionare delle sue prospettive, è necessario avere chiara la funzione che tale istituto assolve. Forse per le peculiarità del sistema disciplinare dei magistrati e per il contesto in cui è tale funzione è esercitata, l'impressione è che, nel discutere del tema che qui ci occupa, tale chiarezza manchi.

Proviamo allora a mettere qualche punto fermo:

1) il potere disciplinare si fonda sul rapporto di lavoro: nell'ambito di quest'ultimo, infatti, il superiore gerarchico possiede, oltre al potere direttivo, quello disciplinare, che viene esercitato qualora sia violata, da parte del subordinato, una regola disciplinare[1];

2) esso si esplica oggi soprattutto nel settore pubblico;

---

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

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.

[1] Per approfondimenti, cfr. G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 166-169.

3) l'obiettivo di tale forma di responsabilità (tutta interna all'apparato di appartenenza) è quella di conformare i comportamenti di chi svolge determinate attività e funzioni a determinati standard, affinché siano preservati il prestigio e la credibilità dell'istituzione e, indirettamente, siano tutelati i terzi che vi entrano in contatto (la finalità è cioè prescrittiva, prima che sanzionatoria, tanto che sono soggetti a responsabilità disciplinare solo coloro che appartengono all'amministrazione pubblica, mentre, se un dipendente nei cui confronti è stata avviata l'azione disciplinare si dimette, il procedimento si estingue).

Tanto premesso, il potere disciplinare dei magistrati ha caratteri peculiari. Come evidenziò la Corte costituzionale già nella sentenza n. 100 del 1981, esso non si fonda «sul rapporto di supremazia speciale della pubblica amministrazione» (come era invece nel periodo pre-repubblicano)[2], perché, pur appartenendo essi all'apparato pubblico, per tutelare la loro indipendenza la sanzione disciplinare è irrogata dal Consiglio superiore della magistratura (art. 105 Cost.), non dall'amministrazione di riferimento (che fa capo al Ministro della Giustizia).

Quella disciplinare è dunque una responsabilità dei magistrati "nei confronti dello Stato", in quanto l'azione può essere avviata dal Ministro della Giustizia che, esercitando il potere di sorveglianza, può evidenziare eventuali deviazioni rispetto alle regole che il Parlamento ha definito e di fronte al quale è chiamato a rispondere politicamente nel caso in cui male utilizzi tale potere.

In ossequio al principio di indipendenza, la decisione è però rimessa all'organo di governo autonomo. L'equilibrio è ben colto nella sentenza n. 497 del 2000, dove, proprio al fine di inquadrare concettualmente la responsabilità disciplinare, si legge che «il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge. Si tratta perciò di beni i quali, *affidati* alle cure del Consiglio superiore della magistratura, non riguardano soltanto l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini»[3].

Ne consegue, coerentemente, che gli standard di comportamento, ossia le fattispecie disciplinari, sono fissati dal legislatore (non dal Csm) perché è l'apparato statale nel suo complesso ad avere interesse che la funzione giudiziaria sia esercitata

[2] "Garanzie assolute e disciplina di ferro" era l'impegno che campeggiava sulla prima pagina della relazione al disegno di legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, presentato dal Ministro della Giustizia Vittorio Emanuele Orlando nel novembre del 1907, rubricato "Guarentigie e disciplina della Magistratura" e testimoniava la convinzione dell'allora Guardasigilli che fosse necessario garantire alla magistratura la più "ampia e insospettabile indipendenza nell'esercizio delle sue funzioni, affinché la giustizia fosse e apparisse estranea e superiore alla ragion politica e ai conflitti dei partiti", ma che, allo stesso tempo, a ciò dovesse corrispondere una severa applicazione delle norme disciplinari.

[3] Sul punto, sia consentito rinviare, più ampiamente, a F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 231 ss.

correttamente, mentre al Consiglio è rimesso il procedimento volto ad accertare se un magistrato ha violato quegli standard di comportamento[4].

Tale aspetto segna, peraltro, la differenza rispetto alla "deontologia" professionale: con tale definizione ci si riferisce, infatti, alle norme di comportamento, presidiate da sanzioni, approvate dagli ordini professionali esterni all'apparato statale con l'obiettivo di autoregolarsi.

Queste sintetiche premesse sono necessarie per comprendere l'evoluzione del ruolo che ha avuto la disciplina giudiziaria nella vita del Consiglio e della magistratura tutta. In linea generale, secondo quanto sin qui osservato, quella disciplinare è infatti una responsabilità di natura giuridica che dovrebbe essere attivata solo nelle specifiche ipotesi individuate dal legislatore, quando il comportamento del dipendente pubblico devia dagli standard definiti nella legge, con pregiudizio, o potenziale pregiudizio, della credibilità e del prestigio della pubblica amministrazione. Se osserviamo ciò che accade "dentro" la magistratura ordinaria, ci accorgiamo che, sempre più spesso, dalla responsabilità disciplinare si pretende altro, o di più: si invoca la responsabilità disciplinare ogni volta che il comportamento di un magistrato devia, o sembra deviare, dal modello di magistrato che ciascuno ha in mente.

Non stupisce, dunque, che, nel giugno 2020, in occasione della trasmissione, da parte della Procura della Repubblica di Perugia, del materiale informativo acquisito nell'ambito del procedimento penale nei confronti di Luca Palamara, la Procura generale della Corte di cassazione abbia redatto – e reso pubblico sul proprio sito – un documento di particolare interesse[5]. Con l'obiettivo di predeterminare e illustrare i criteri a cui essa si sarebbe attenuta nell'analizzare la mole di dati che erano stati inviati, tale documento delinea, con estrema chiarezza, i "confini" della responsabilità disciplinare. Vi si evidenzia, in particolare, come la medesima condotta possa rilevare in ambito penale, in ambito civile, sul piano "professionale", sul piano etico, e, infine, in ambito disciplinare, e, nel contempo, si sottolinea come tali ambiti debbano essere tenuti distinti.

La responsabilità penale e quella civile rispondono a precisi e chiaramente identificabili obiettivi. La prima risponde all'esigenza di reprimere le condotte penalmente rilevanti, che il legislatore qualifica come tali perché in grado di ledere

[4] Prima della riforma legislativa operata con la legge n. 150 del 2005 e il relativo decreto legislativo n. 109 del 2006 la responsabilità disciplinare, a dispetto del modello costituzionale, aveva invece spesso assunto "di fatto" un carattere corporativo (con tratti che echeggiavano la deontologia dei corpi professionali): l'azione, infatti, era perlopiù avviata dal Procuratore generale della Cassazione, membro di diritto del Csm (e non dal Ministro) in base alle sensibilità prevalenti nella magistratura, la decisione era assunta dalla sezione disciplinare sulla base di una disposizione assai generica (art. 18 del regio decreto legislativo n. 511 del 1946), il procedimento era coperto da un velo di segretezza. Quando poi sorgeva la necessità di agire tempestivamente in situazioni delicate il "corpo" rappresentato nel Csm disponeva impropriamente, in funzione cautelare o "para-disciplinare", il trasferimento d'ufficio ex art. 2 del regio decreto legislativo n. 511 del 1946. Sia consentito rinviare a F. BIONDI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 36 s.

[5] Cfr. direttiva del 22 giugno 2020 della Procura Generale della Corte di Cassazione, reperibile al sito istituzionale: https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Direttiva_22_giugno_2020.pdf.

Si legga il commento di N. ROSSI, *Caso Palamara. Ritornano le parole e i metodi del diritto?*, in *Questione giustizia*, 22 settembre 2020.

specifici beni giuridici meritevoli di particolare protezione, ciò a prescindere dalla qualifica del soggetto che le pone in essere. La responsabilità civile è, invece, volta ad assicurare un ristoro economico a chi ha subito un danno ingiusto: con i limiti e la procedura previsti dalla legge n. 117 del 1988, come modificata dalla legge n. 18 del 2015, la parte del processo può chiedere un risarcimento allo Stato che, a sua volta, potrà, in alcune specifiche ipotesi, rivalersi sul magistrato. La distinzione tra queste forme di responsabilità e quella disciplinare è, dunque, chiara, tanto che, pur non mancando forme di raccordo tra le diverse azioni (civile, penale, disciplinare), il giudizio disciplinare è autonomo, in quanto è autonoma la "valutazione" dei fatti accertati in altra sede[6].

Più complesso è tracciare, in concreto, una demarcazione tra etica, professionalità e disciplina.

Quando si parla di etica ci si riferisce al complesso di convincimenti diffusi nell'ambito di una determinata categoria sul modo in cui debbono essere esercitate le funzioni e sul modo in cui ci si deve comportare nella vita privata in virtù dell'appartenenza a quella categoria. Si tratta di convincimenti che vengono tradotti in regole che non sono però presidiate da alcuna sanzione. La valutazione di professionalità è invece il giudizio che viene svolto nel corso della carriera con specifico riferimento al modo in cui sono esercitate le funzioni assegnate. Dei caratteri della responsabilità disciplinare già si è detto. Pur non essendoci piena corrispondenza, bensì solo parziale sovrapposizione fra i tre ambiti (solo in minima parte, ad esempio, nella valutazione di professionalità si valutano i comportamenti del magistrato nella sua vita privata), si può ricorrere, per visualizzarne la relazione, alla teoria degli insiemi e inserire in quello più ampio le regole etiche (il "massimo" etico), nell'insieme intermedio i criteri per le valutazioni di professionalità (lo standard "medio"), in quello più piccolo, infine, le fattispecie disciplinari (il "minimo" al di sotto del quale non è possibile scendere).

Anche nell'ordinamento giudiziario, è possibile (e doveroso) tenere distinti i tre aspetti. Quanto all'etica giudiziaria, già esiste un Codice etico della magistratura,

[6] È stabilito che l'azione disciplinare è promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno o dall'azione penale relativa allo stesso fatto (art. 20, comma 1, decreto legislativo n. 109 del 2006). Tuttavia, esistono anche norme di coordinamento: in primo luogo, si prevedono alcuni casi in cui il magistrato sottoposto a procedimento penale è obbligatoriamente sospeso o può essere sospeso dalle funzioni e dallo stipendio, oppure trasferito in via cautelare (vedi artt. 21-22 decreto legislativo n. 109 del 2006). Inoltre, sussiste una pregiudizialità del procedimento penale rispetto a quello disciplinare, dal momento che quest'ultimo può essere sospeso se sono in corso indagini penali (art. 16, comma 4, decreto legislativo n. 109 del 2006) ed anzi deve essere sospeso qualora sia esercitata l'azione penale (art. 15 decreto legislativo n. 109 del 2006, su cui di recente Corte cass., sez. un. civ., sentenza n. 24630/2020, che, risolvendo un contrasto giurisprudenziale, ha infine precisato che la norma in esame non può essere interpretata restrittivamente, come riferita unicamente all'identità tra i fatti oggetto dei due procedimenti, ma deve essere letta in senso più ampio, comprensivo della comune riferibilità degli stessi ad una medesima vicenda storica, avuto riguardo all'esigenza di assicurare l'unitarietà del procedimento disciplinare e di scongiurare per quanto possibile che l'esercizio dell'azione penale per alcuni soltanto dei fatti complessivamente addebitati all'incolpato possa determinarne il frazionamento). Per evitare conflitti fra giudicati, è, inoltre, stabilito che le sentenze penali di condanna e di assoluzione hanno autorità di cosa giudicata nel giudizio disciplinare quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha o non lo ha commesso (art. 20, comma 2, decreto legislativo n. 109 del 2006).

approvato dall'Associazione nazionale magistrati nel 1994 (come richiesto dall'art. 58-*bis* della legge n. 29 del 1993) e poi modificato nel 2010. Si tratta di un documento, privo di efficacia giuridica, contenente una tavola di valori orientativi dell'agire del magistrato, con l'obiettivo di contribuire alla crescita della consapevolezza dei magistrati rispetto all'importanza della funzione che sono chiamati ad esercitare. Quella dell'etica è una sfera che responsabilizza anzitutto le associazioni dei magistrati e poi chiama in campo la Scuola della magistratura chiamata a svolgere attività di formazione.

La valutazione di professionalità è invece compito che, attenendo alla carriera del magistrato, spetta esclusivamente al Consiglio superiore della magistratura. Con le modifiche apportate all'ordinamento giudiziario dalla legge n. 150 del 2005 e dal successivo decreto legislativo n. 160 del 2006, sulla professionalità dei magistrati sono oggi chiamati ad esprimersi prima il Consiglio giudiziario e poi, in via definitiva, il Csm in due distinti momenti: in occasione delle valutazioni quadriennali di professionalità e quando il Consiglio è chiamato a confermare l'incarico già ottenuto al termine del primo quadriennio. Il Consiglio giudiziario è inoltre chiamato a redigere un parere sulla professionalità del magistrato quando quest'ultimo presenta domanda per il conferimento di incarico direttivo o semi-direttivo (cd. parere attitudinale specifico). Si tratta di momenti tanto importanti quanto delicati. La valutazione è reale, effettiva, se il Consiglio giudiziario ha la capacità, e soprattutto la forza, di mettere in luce aspetti positivi e criticità sia quanto alla laboriosità ed efficienza del magistrato, sia quanto all'equilibrio e alla correttezza nei confronti dei colleghi e delle parti.

La disciplina giudiziaria – in questo modello – dovrebbe avere un ruolo residuale: il legislatore fissa lo standard minimo di comportamento (nell'esercizio delle funzioni e fuori) dei "suoi" funzionari avvertendoli di non scendere mai al di sotto di quello standard; in caso contrario, può essere avviata l'azione disciplinare. Proprio perché qui abbiamo a che fare con lo standard minimo, il procedimento disciplinare – è bene ricordarlo – dovrebbe costituire evento raro, patologico, nella carriera di un magistrato.

I dati statistici disponibili sembrano smentire, però, quanto sin qui osservato. In primo luogo, i dati a disposizione mostrano che quasi tutti i magistrati ottengono una valutazione di professionalità positiva[7]. Nella prassi, poi, i pareri positivi tendono ad equivalersi (spesso con un appiattimento verso l'alto) e, soprattutto, senza fornire elementi oggettivi capaci di mettere il Csm nelle condizioni di comprendere realmente lo sviluppo del percorso professionale del magistrato. Analoga omogeneità caratterizza i pareri espressi in vista della conferma quadriennale degli incarichi, come indirettamente dimostrato dal fatto che, dopo il primo quadriennio, gli incarichi vengono quasi sempre confermati. Anche se non è possibile disporre di statistiche, risulta che anche i pareri cd. attitudinali specifici, cioè quelli che il Consiglio giudiziario deve esprimere qualora un appartenente al distretto di Corte d'Appello interessato voglia partecipare ad una procedura concorsuale per il conferimento di un incarico, siano per lo più omogenei.

[7] Secondo l'ultimo report disponibile, elaborato dall'Ufficio Statistico del Consiglio Superiore della Magistratura sul periodo 2008-2018, il 98% dei magistrati ottiene una valutazione di professionalità positiva.

Stando così le cose, ossia in presenza di un sistema di valutazione ancora incapace di raccogliere e analizzare dati oggettivi su cui misurare la professionalità di un magistrato, non deve stupire che il Csm, nel conferire gli incarichi, goda di amplissima discrezionalità e che i provvedimenti assunti alimentino il contenzioso amministrativo. Non è, però, sul conferimento degli incarichi che deve e vuole concentrarsi il presente contributo. Si intende qui piuttosto mettere in rilievo una contraddizione: a fronte di un appiattimento della valutazione (qui intesa in senso), e per lo più verso l'alto, si assiste, di converso, ad un sempre maggiore impegno degli organi disciplinari, chiamati a svolgere, in media, 150 procedimenti all'anno[8]. Non solo. Molti di questi procedimenti hanno ad oggetto proprio comportamenti che avrebbero dovuto essere oggetto di valutazione professionale (si pensi ai ritardi, ma anche ad eventuali comportamenti scorretti nei confronti dei colleghi o delle parti) e che, invece, sono sfuggiti al sistema della valutazione di professionalità. I dati mostrano, infatti, che vengono avviati più procedimenti disciplinari di quante siano le valutazioni di professionalità negative, e capita che un magistrato ottenga, senza difficoltà, un parere positivo (sia pure, magari, con una aggettivazione più contenuta, ma comunque elogiativa) e in seguito incorra in una sanzione disciplinare per comportamenti che rilevano sul piano professionale[9].

Talvolta – ed è forse ancora più anomalo – accade anche il contrario, ossia che nella formulazione della valutazione di professionalità non si tenga conto di un fatto già accertato in sede disciplinare. È vero – e lo stiamo qui scrivendo – che si tratta di "giudizi" diversi, che hanno finalità differenti, e non sarebbe pertanto ragionevole che la sanzione disciplinare determinasse automaticamente una valutazione di professionalità negativa, poiché ciò si risolverebbe in "doppia sanzione", ma è altrettanto irragionevole che il fatto accertato in sede disciplinare, accaduto nel triennio oggetto di valutazione, non sia neppure oggetto di valutazione nella sua oggettività.

In conclusione, i dati da ultimo riportati dimostrano come il sistema di valutazione di professionalità introdotto con le riforme del biennio 2005/2006 stenti ancora a decollare; nel contempo, però, la maggiore attenzione che oggi è rivolta al modo in cui è

[8] Secondo i dati riportati negli Interventi del Procuratore generale della Corte suprema di Cassazione nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia negli anni 2019 e 2020, risulta che nell'anno 2019 sono stati avviati 156 procedimenti, in aumento del 34,5% rispetto all'anno precedente, mentre nell'anno 2020 ne sono stati avviati 155. Nell'anno 2019, sono state emesse 24 sentenze di condanna (nel 16,7% dei casi è stata irrogata la sanzione dell'ammonimento; nel 37,5% la censura; nel 16,7% la perdita di anzianità, nell'8,3% la sospensione dalle funzioni e nel 20,8% la rimozione). Nell'anno 2020, invece, sono state emesse 25 decisioni di condanna (8% ammonimento, 52% censura, 24% perdita di anzianità, 8% sospensione dalle funzioni, 8% rimozione).

[9] Dagli ultimi dati disponibili con riferimento agli anni 2019 e 2020, si evince come l'88.2% degli illeciti contestati fossero funzionali e l'11.8% extra-funzionali. La percentuale degli illeciti extra-funzionali, per l'anno 2020, è ancora più bassa. In particolare, si rilevano, nel 2019, 129 incolpazioni per violazione del dovere di correttezza, 95 incolpazioni per violazione del dovere di diligenza e 30 incolpazioni per violazione dei doveri al di fuori dell'attività giudiziaria; nell'anno 2020 131 incolpazioni per violazione del dovere di correttezza, 99 incolpazioni per violazione del dovere di diligenza e 14 incolpazioni per violazione dei doveri al di fuori dell'attività giudiziaria.

Tra le violazioni attinenti al dovere della diligenza, gli illeciti più contestati risultano essere la "violazione di norme processuali penali e civili" (14,6% nel 2019, 12,7% nel 2020), il "ritardo nel deposito di provvedimenti", che rappresenta l'8,7% del totale delle incolpazioni nel 2019 e il 15,2% nel 2020, e la tardiva o mancata scarcerazione che, nel 2019, rappresenta l'8,3% degli illeciti contestati, mentre, nel 2020, l'8,2%.

esercitata la funzione giudiziaria conduce a ricorrere, e ad invocare, sempre più spesso, l'azione disciplinare. L'esito è che la responsabilità disciplinare finisce per assolvere anche ad una funzione (garantire standard *medi* di professionalità) non coerente con la sua natura (punire comportamenti *patologici* sul piano funzionale ed extrafunzionale). Detto altrimenti, se in passato molti di noi hanno osservato come la responsabilità disciplinare fosse l'unica responsabilità giuridica in cui i magistrati rischiano di incorrere (nessuno temendo – neppure dopo la riforma apportata alla legge n. 117 del 1988 nel 2019 – quella civile), oggi siamo indotti ad aggiungere che il procedimento disciplinare è anche quasi l'unica sede in cui la professionalità del magistrato (intesa sia come efficienza e laboriosità, sia come correttezza ed equilibrio) è oggetto di seria valutazione.

Certo, non è solo questa la ragione dell'aumento del numero dei procedimenti disciplinari che nei tempi recenti ha messo in difficoltà gli organi disciplinari: come sappiamo, oggi quasi tutte le tensioni interne alla magistratura finiscono di fronte alla sezione disciplinare, che ha visto aumentare la propria centralità nel sistema di governo autonomo della magistratura. Cionondimeno, non bisognerebbe perdere di vista la specificità della funzione disciplinare, scaricando su quest'ultima il "governo" della magistratura.

2. *La predeterminazione degli illeciti disciplinari: un bilancio*

Non è più necessario ripercorrere oggi, approfonditamente, il dibattito sulla predeterminazione degli illeciti disciplinari[10], finalmente elencati con il decreto legislativo n. 109 del 2006. È sufficiente ricordare che la previa individuazione con legge degli illeciti, e la correlazione tra illecito e sanzione, costituiscono soluzione costituzionalmente necessaria, data la presenza delle riserve di legge previste agli artt. 105, 107 e 108 Cost. Queste ultime hanno una evidente finalità garantistica, in quanto impongono al legislatore di limitare la discrezionalità del Csm nell'adozione di provvedimenti (amministrativi e) disciplinari nei confronti dei magistrati per garantirne l'indipendenza anche nei confronti del Consiglio. La stessa Corte costituzionale, che pure con la sentenza n. 100 del 1981 aveva "salvato" l'art. 18 del regio decreto legislativo n. 511 del 1946, ha poi evidenziato, con la decisione n. 497 del 2000, l'opportunità di un intervento normativo. È evidente, d'altro canto, come una formula ampia e vaga di illecito disciplinare come quella contenuta nell'abrogato art. 18 si prestasse ad essere usata in modo distorto, con potenziale pregiudizio dell'indipendenza

[10] Cfr. F. BONIFACIO e G. GIACOBBE, *Art. 105*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1986, 90; G. VOLPE, voce *Ordinamento giudiziario, a) ordinamento giudiziario generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, 875, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 212; G. VERDE, *L'ordinamento giudiziario*, Milano, 2003, 111, N. ZANON, *Azione disciplinare e modello di giudice*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, 121 ss. Si vedano anche le conclusioni a cui era giunta la *Commissione istituita dal presidente della Repubblica nel luglio 1990 per lo studio dei problemi relativi alla normativa e alle funzioni del Consiglio superiore della magistratura* presieduta da L. Paladin (la relazione finale può essere letta in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 1004).

della magistratura: solo la predeterminazione degli illeciti impedisce infatti che gli organi disciplinari possano, caso per caso, decidere quale comportamento è meritevole di essere sanzionato (eventualmente utilizzando la responsabilità disciplinare per colpire, ad esempio, magistrati "sgraditi"[11]).

La predeterminazione, insomma, è funzionale alla tutela dell'indipendenza[12].

Peraltro, essa rafforza ulteriormente le garanzie poiché consente anche un controllo della Corte costituzionale, offrendo la possibilità di sollecitare un controllo di compatibilità costituzionale delle scelte operate dal legislatore. Già in due occasioni l'organo di giustizia costituzionale ha avuto occasione di verificare se la previsione di un determinato illecito (che, in quel caso, limitava l'esercizio di un diritto fondamentale da parte di un magistrato) si ponesse in contrasto con la Costituzione (sentenze n. 224 del 2009 e n. 170 del 2018 sui limiti alla partecipazione politica individuati dall'art. 3, comma 1, lettera *h*, del d.lgs. n. 109 del 2006). In altra importante pronuncia la Corte è stata poi chiamata a verificare la ragionevolezza dell'obbligo di irrogare la sanzione più severa al magistrato che commette un determinato illecito (sentenza n. 197 del 2018).

Venendo ora al "modo" con cui il legislatore nel 2006 ha predeterminato gli illeciti, si possono individuare alcuni tratti caratterizzanti.

In primo luogo, è stata abbandonata l'idea – codificata nell'abrogato art. 18 cit. – che la deviazione dalle regole rilevi sul piano disciplinare solo quando ha una ricaduta sul prestigio e sulla credibilità dell'ordine giudiziario. Restano alcuni illeciti "di danno", ma, in questi casi, la condotta assume rilevanza disciplinare se ha determinato un pregiudizio non alla credibilità dell'istituzione o al prestigio dell'ordine giudiziario genericamente intesi, bensì allo specifico valore che la singola fattispecie intende proteggere (la diligenza, l'imparzialità, la correttezza, ecc.). E i valori sono quelli che devono assistere l'esercizio della funzione giudiziaria. Ad esempio, l'art. 2, comma 1, lettera *p)*, del decreto legislativo n. 109 del 2006 punisce l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente, solo se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità: ciò perché, ragionevolmente, non può essere vietato di risiedere lontano dall'ufficio di appartenenza, ma è necessario rappresentare tale circostanza agli organi competenti affinché verifichino se questo può pregiudicare l'esercizio diligente ed efficiente delle funzioni giudiziarie. Altro esempio è rappresentato dall'art. 2, comma 1, lettera *u)*, seconda parte, che punisce colui che violi il dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui.

In secondo luogo, è interessante notare che il legislatore ha mostrato più attenzione a come il magistrato esercita le funzioni che la legge gli assegna che non a come egli si comporta nella vita privata. E così ci sono comportamenti, posti in essere *fuori* dall'esercizio delle funzioni, che una volta potevano essere puniti, mentre oggi

[11] Basti ricordare le critiche dell'uso "politico" del procedimento disciplinare alla fine degli anni sessanta e nei primi anni settanta. Alcuni episodi sono ricordati da Alessandro Pizzorusso nell'*Introduzione* a *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974 (ora anche in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019, 294-295).

[12] Così anche Corte Edu, sentenza 2 agosto 2001, *N.F. c.* Italia.

restano certamente estranei all'area del disciplinarmente rilevante (ad esempio, la pubblica manifestazione di opinioni di natura politica suscettibili di appannare l'immagine del magistrato). Difficilmente, peraltro, essi rileveranno nell'ambito delle valutazioni di professionalità; solo in rari casi essi potranno determinare l'apertura di una pratica di trasferimento ex art. 2, comma 2, del regio decreto legislativo n. 511 del 1946. Si tratta, però, di una scelta di politica legislativa che – come abbiamo evidenziato – spetta al Parlamento, chiamato a decidere, quando predetermina gli illeciti, che modello di magistrato vuole.

In terzo luogo, dalla lettura del decreto legislativo n. 109 del 2006 si evince chiaramente che il legislatore si è preoccupato di evitare che il giudice disciplinare possa sindacare il modo in cui il magistrato ha interpretato disposizioni normative (secondo l'art. 2, comma 2, «l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare»); tuttavia, per evitare che una clausola di garanzia eccessivamente ampia impedisse – come avvenuto con la disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati[13] – di sanzionare errori frutto di negligenza, ignoranza e trascuratezza, ne ha escluso l'applicazione in varie ipotesi (ossia se rilevano gli illeciti di cui all'art. 2, comma 1, lettere *g, h, i, l, m, n, o, p, cc* e *ff).* Ne consegue che il magistrato – in casi specificamente individuati – può essere sanzionato anche per come ha in concreto esercitato la funzione giudiziaria. Si ricordi in particolare l'illecito di cui all'art. 2, comma 2, lettera *g)*, secondo cui costituisce illecito «la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile», e in base al quale, ad esempio, in varie occasioni, è stato sanzionato il magistrato che aveva omesso di disporre la scarcerazione dell'imputato per intervenuta scadenza del termine di durata massima della custodia cautelare.

In quarto luogo, va evidenziato che la predeterminazione non si risolve in una vera e propria tipizzazione degli illeciti. Le fattispecie non sono (e non devono necessariamente essere) tassative come quelle penali. Inoltre, è ammissibile la presenza di norme "di chiusura", purché, ovviamente, non siano tali da svuotare, di fatto, la predeterminazione. Sotto il primo aspetto, è sufficiente leggere gli elenchi di illeciti contenuti agli artt. 2 e 3 del decreto legislativo n. 109 del 2006 per accorgersi che ciascuna fattispecie si presta ad adattarsi ad una molteplicità di casi. Il margine di interpretazione che alcune fattispecie lasciano agli organi disciplinari è piuttosto ampio. Quanto alle norme cd. "di chiusura", invece, deve essere menzionato l'art. 2, comma 1, lettera *a)*, del decreto legislativo n. 109 del 2006, il quale punisce i comportamenti che, violando i doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. Si tratta di disposizione piuttosto ampia, riferita a comportamenti resi nell'esercizio delle funzioni, che dovrebbe applicarsi solo in assenza (e non invece congiuntamente) ad altre disposizioni. Manca invece analoga norma di chiusura con riferimento agli illeciti extra-funzionali, presumibilmente perché si è ritenuto

[13] Sull'evoluzione della disciplina della responsabilità civile dei magistrati cfr. N. ZANON e F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 348 ss.

inopportuno lasciare agli organi disciplinari discrezionalità nella valutazione di comportamenti che riguardano la vita privata del magistrato e che spesso si estrinsecano nell'esercizio di diritti costituzionali.

In sintesi, alla luce di quanto sin qui osservato, si può concludere evidenziando come il legislatore, nel predeterminare gli illeciti disciplinari abbia limitato la discrezionalità degli organi disciplinari, ma, condivisibilmente, non l'abbia del tutto azzerata, lasciando la possibilità di adattare le fattispecie astrattamente previste alla molteplicità dei fatti che possono verificarsi: non solo infatti – come ricordato – esiste una norma di chiusura, ma molte disposizione sono "a fattispecie aperta". Ciò richiede un'attenzione particolare da parte dei titolari dell'azione disciplinare e dei giudici disciplinari, chiamati non solo a verificare la corrispondenza della condotta alla fattispecie astratta, ma anche ad interpretare quest'ultima tenendo conto del più ampio quadro normativo entro cui l'attività del magistrato si inserisce, nonché contesto in cui egli concretamente opera. Si pensi all'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lettera *q)*, che punisce i ritardi nel deposito dei provvedimenti, la quale certamente è condizionata dall'esistenza (o meno) di termini processuali perentori, oppure a quello di cui all'art. 2, comma 1, lettera *n)*, che impone il rispetto delle disposizioni (non contenute in fonte primaria) che attengono all'organizzazione degli uffici e ai rapporti interni.

Quanto, invece, alle circostanze concrete che possono determinare, o meno, una condanna disciplinare, gli esempi sono davvero molteplici. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto agli organi disciplinari il compito di tenere conto della varietà delle situazioni. Nelle ultime righe della sentenza n. 170 del 2018, con riferimento all'illecito previsto all'art. 3, comma 1, lettera *h)*, ha sollecitato a verificare «in concreto se la condotta del magistrato fuori ruolo possa legittimamente incontrare la vita di un partito, o se costituisca invece illecito disciplinare, meritando appropriata sanzione». Per la Corte, «[i]n disparte l'iscrizione al partito politico – fattispecie rivelatrice […] di una stabile e continuativa adesione del magistrato a un determinato partito politico e il cui oggettivo disvalore non è suscettibile di attenuazioni – la valutazione sui requisiti di sistematicità e continuatività della partecipazione del magistrato alla vita di un partito esclude ogni automatismo sanzionatorio permettendo, al contrario, soluzioni adeguate alle peculiarità dei singoli casi»[14].

Da ultimo, va menzionato l'art. 3-*bis* del decreto legislativo n. 109 del 2006, secondo cui l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza. Tale disposizione fu introdotta dall'articolo 1, comma 3, della legge 24 ottobre 2006, n. 269, poiché si temeva (giustamente) che la predeterminazione degli illeciti, insieme all'obbligatorietà dell'azione disciplinare (anch'essa introdotta dal decreto legislativo n. 109 del 2006), avrebbe causato un ingestibile carico di lavoro per la Procura generale della Corte di cassazione e per la sezione disciplinare. Non si tratta di disposizione che "flessibilizza" la predeterminazione degli illeciti in quanto, come affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la condotta disciplinare

[14] Su questa sentenza si legga il commento di G. SOBRINO, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8/2018.

irrilevante va identificata solo dopo aver accertato la realizzazione della fattispecie tipica[15]; piuttosto, il citato art. 3-*bis* introduce nella materia disciplinare il principio di offensività, proprio del diritto penale, secondo il quale la sussistenza dell'illecito va riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato *ex post*. Pertanto, tale "causa di giustificazione", di carattere generale, trova applicazione quando il giudice disciplinare, sulla base del suo esclusivo giudizio, ritenga che, in una valutazione complessiva della vicenda disciplinare (per ragioni oggettive o in considerazione di altri profili caratterizzanti la figura e l'iter professionale del magistrato), il fatto ascritto all'incolpato non raggiunga quel livello di censurabilità tale da legittimare l'irrogazione di una sanzione disciplinare[16]. Secondo la Corte di cassazione, peraltro, l'art. 3-*bis* si atteggia diversamente a seconda dell'illecito contestato: in alcuni casi (ad esempio, condotte negligenti che abbiano determinato una privazione della libertà personale), la causa di giustificazione non opera[17].

Nel complesso, la predeterminazione degli illeciti operata dal legislatore nel 2006, al netto della tecnica di formulazione di alcuni illeciti spesso ridondanti e sovrapposti gli uni agli altri, ha mostrato la capacità di orientare gli organi disciplinari (e, prima ancora, il comportamento dei magistrati). Qualche comportamento in passato censurabile forse oggi sfugge alla sanzione, qualche interpretazione data alle fattispecie disciplinari può forse non convincere, ma ciò costituisce l'inevitabile risvolto, da un lato, delle scelte operate dal legislatore e, dall'altro, degli esiti giurisprudenziali. Ciò che conta è che i magistrati oggi conoscono in anticipo quali conseguenze possono condurre i loro comportamenti.

3. *I nodi del procedimento disciplinare*

Molteplici sono le questioni sorte nel procedimento disciplinare. Ci si limiterà qui ad elencare quelle più rilevanti.

---

[15] V. Corte Cass., sez. un. civ., sentenza 5 giugno 2016, n. 13911.

[16] Corte Cass., sez. un. civ., sentenza 18 gennaio 2019, n. 1416 e sentenza 26 marzo 2021, n. 8563. Nella giurisprudenza della sezione disciplinare cfr., per esempio, sent. n. 82/2019, RG n. 5/2019, secondo cui «non integra l'illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni la condotta del Sostituto Procuratore della Repubblica che abbia omesso di iscrivere nel registro delle notizie di reato il nominativo di una persona compiutamente identificata nella informativa di polizia e indicata in querela quale autore del reato laddove, pur trattandosi di una condotta "giuridicamente discutibile" e implausibile, l'incolpato, professionalmente inesperto, si sia trovato a gestire una enorme mole di lavoro. Dinanzi a tali evenienze l'illecito deve ritenersi di scarsa rilevanza»; oppure, sent. n. 83/2019, RG 85/2016, secondo cui «non integra l'illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni per grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile la condotta del Giudice della udienza preliminare che abbia omesso di effettuare il necessario controllo sulla scadenza del termine massimo di durata della misura cautelare custodiale determinando il ritardo della stessa per 26 giorni allorquando: 1) il magistrato sia risultato gravato da un enorme carico di lavoro; 2) sono state provate consistenti disfunzioni organizzative dell'ufficio; 3) non sia derivato *strepitus*, essendo la circostanza emersa solo a seguito di ispezione ministeriale avvenuta a distanza di tre anni dal fatto; 6) l'episodio si collochi quale episodio del tutto isolato».

[17] Corte Cass., sez. un. civ., sentenze 21 gennaio 2019, n. 1544 e 19 febbraio 2019, n. 4887.

Anzitutto, profili delicati sono stati affrontati con riferimento alla fase, che precede l'avvio dell'azione disciplinare vera e propria, conosciuta come "pre-disciplinare". Essa trova la sua disciplina nell'art. 16, comma 5-*bis*, del decreto legislativo n. 109 del 2006, introdotto per contenere il numero dei procedimenti disciplinari. Tale disposizione consente, infatti, al Procuratore generale della Corte di cassazione di disporre, con decreto motivato, l'archiviazione diretta se la condotta è disciplinarmente irrilevante ai sensi dell'art. 3-*bis* (già ricordato al par. 2), se la denuncia non è circostanziata, se il fatto non rientra in nessuna delle ipotesi di legge, o se dalle indagini risulta inesistente o non commesso. In tali ipotesi è sufficiente che il Ministro accetti implicitamente la proposta del Procuratore generale.

Va riconosciuto che l'istituto dell'archiviazione diretta ha prodotto gli esiti auspicati: pur a fronte di un costante aumento delle denunce (circa 1500 notizie di illecito all'anno) e pur in presenza dell'obbligo di esercitare l'azione disciplinare nelle ipotesi predeterminate, non si è verificato uno sproporzionato aumento di iniziative disciplinari (per oltre il 90% delle notizie di illecito si procede generalmente all'archiviazione diretta). Tuttavia, come si diceva, tale fase ha suscitato qualche problema.

Si è, infatti, a lungo discusso della sua natura, amministrativa o giurisdizionale. Oggi la giurisprudenza è costante nel definirla "amministrativa" [18]: questo consente alla Procura generale di disporre sommarie indagini senza necessariamente avvisare e coinvolgere il magistrato interessato. Non solo: il giudice amministrativo ha ritenuto che gli atti sono ostensibili solo al Ministro della Giustizia. Nessuno può averne copia: né l'autore della segnalazione dei fatti di rilevanza disciplinare, né il magistrato interessato[19]. E se la Procura – pur risolvendosi per l'archiviazione – viene a conoscenza di fatti che potrebbero rilevare nelle valutazioni di professionalità, non ha modo di trasmettere queste informazioni affinché siano inserite nel fascicolo del magistrato. Tutta la fase "pre-disciplinare" è coperta da riservatezza.

Inoltre, il potere di disporre l'archiviazione diretta non è sottoposto a controllo da parte della sezione disciplinare: ciò comporta che la Procura generale dispone di un potere assai ampio, tale da minare – almeno in principio – l'obbligatorietà stessa dell'azione disciplinare. Proprio per dare conto delle proprie determinazioni, per rendere trasparenti gli orientamenti seguiti in questa fase del procedimento, da qualche anno la Procura generale ha dato avvio ad un'attività di massimazione dei provvedimenti di archiviazione diretta, oggi disponibile sul sito internet della procura generale[20].

Una seconda questione, che ha molto impegnato la dottrina e la giurisprudenza, riguarda la natura, e dunque la composizione, della sezione disciplinare: è, o non è, "giudice"?

---

[18] La fase pre-disciplinare ha natura amministrativa secondo S. MONGINI, *L'azione disciplinare del Ministro della Giustizia*, in M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2009, 26, e M. FRESA, *Profili procedurali: il procedimento disciplinare innanzi al C.S.M.: iniziativa, istruttoria, conclusione*, in AA.VV., *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 376. Alle stesse conclusioni sono giunte le Sezioni Unite della Corte di cassazione: v. Corte Cass., sez. un. civ., sentenza 12 febbraio 2013, n. 3271.

[19] Tar Lazio, sez. I, 7 maggio 2019, n. 5714, e Consiglio di Stato, sentenza 6 aprile 2020, n. 2309.

[20] G. SALVI, *L'iniziativa disciplinare: dati e valutazioni*, in *Questione giustizia*, 5/2020, 69 ss.

Il dibattito sconta – ad avviso di chi scrive – un'ambiguità di fondo sulla natura di tale organo: da un lato, la Costituzione assegna la funzione disciplinare al Consiglio superiore della magistratura, che non è organo giudiziario e non ha funzioni giurisdizionali, dall'altro, la legge n. 195 del 1958 ha previsto che il procedimento disciplinare si svolga di fronte ad una articolazione del Consiglio, alla quale, nel corso del tempo, sono state estese regole e garanzie tipiche dell'organo giudiziario.

Nella giurisprudenza costituzionale non troviamo conferme per l'una o l'altra tesi. Nella sentenza n. 12 del 1971 la Corte afferma che la sezione è giudice, ma "ai limitati fini" della sollevazione di questioni di legittimità costituzionale; nella successiva decisione n. 270 del 2002 leggiamo che essa «non dà vita ad un organo autonomo dal Consiglio stesso, né a forme di frazionamento del potere, di cui il Consiglio è e resta unico titolare». Nella sentenza n. 263 del 2003, dopo aver ribadito che il procedimento disciplinare, pur ispirandosi ad un modello giurisdizionale, ha profili strutturali e funzionali del tutto atipici e peculiari, la Corte osserva che in tutti i tipi di processo – quindi anche in quello disciplinare a carico dei magistrati – debbono essere previste regole sull'esercizio delle funzioni giudicanti valide a proteggere in ogni caso il valore fondamentale dell'imparzialità del giudice, in particolare impedendo che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima *res iudicanda* e dunque impone che, dopo il giudizio di rinvio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la sezione debba essere interamente rinnovata.

A partire da questa pronuncia sono aumentate le richieste volte ad estendere alla sezione disciplinare le regole processuali che attengono alla costituzione degli organi giudicanti: ad esempio, la rinnovazione della composizione del collegio dopo l'eventuale decisione sulla richiesta di misura cautelare; la previsione di obblighi di astensione per i componenti della sezione che abbiano conosciuto i fatti di rilevanza disciplinare in altra sede, ecc. Quasi tutte le richieste sono state rigettate[21].

Per inquadrare tali questioni, è necessario sottolineare quanto sopra accennato: il procedimento disciplinare nasce come procedimento amministrativo assegnato al Consiglio e conserva tale natura anche se, per garantire l'indipendenza dei magistrati incolpati, vi è stata una progressiva estensione dei moduli giurisdizionali e, in particolare, del modello del processo penale[22]. Pertanto, a Costituzione invariata, ossia fintantoché la funzione disciplinare è affidata all'intero Consiglio superiore della magistratura (e non ad organo ad esso estraneo), non è possibile estendere ai componenti della sezione disciplinare l'applicazione di *tutte* le regole che gli artt. 34 ss. del codice di procedura penale prevedono a garanzia dell'imparzialità del giudicante.

[21] Tra le più recenti, Corte Cass., sez. un. civ., sentenza 29 aprile 2021, n. 11295 (sull'applicazione dell'art. 51, comma 1, n. 1, c.p.c.), Corte Cass., sez. un. civ., 4 novembre 2020, n. 24631 (con riferimento all'inapplicabilità dell'art. 11 c.p.p.), Corte Cass., sez. un. civ., 22 settembre 2020, n. 19893 (sulla competenza a decidere dell'istanza di ricusazione).

[22] Sulla natura del procedimento disciplinare (procedimento o processo?) si veda il lavoro monografico di G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Torino, 2018, 31 ss.

Ad alcune richieste osta il dettato costituzionale: come non è possibile separare la sezione dal Consiglio senza cambiare la Costituzione[23] (come chiaramente si deduce anche dalla citata sentenza n. 270 del 2002), così non sarebbe conforme agli artt. 104 e 105 Cost. impedire al componente della sezione disciplinare di partecipare alle sedute del *plenum* in cui vengono trattate pratiche relative a magistrati sottoposti a procedimento disciplinare (o viceversa). Ciascun componente è legittimato a partecipare ai lavori del Consiglio.

Ad altra istanze ostano invece ragioni di ordine pratico. Per garantire una imparzialità "piena" sarebbe infatti necessario disporre di un numero assai elevato di consiglieri: l'estensione di cause delle incompatibilità, infatti, comporterebbe spesso il rischio di non riuscire a comporre la sezione. Proprio di recente, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state costrette ad ammettere, proprio per ragioni di funzionalità, che la sezione disciplinare possa procedere anche in deroga alla disposizione che prevede che nell'organo siano rappresentate tutte le categorie che compongono il Consiglio (magistrati di cassazione, giudici e pubblici ministeri)[24]. L'ampliamento delle ipotesi di incompatibilità potrebbe rendere tali casi ancora più frequenti.

Ciò che, invece, si può (e si dovrebbe fare) è prevedere un'incompatibilità tra l'appartenenza alla sezione disciplinare e l'appartenenza ad altre commissioni[25]: è pur vero che il consigliere parteciperebbe comunque ai lavori del *plenum* anche nei casi in cui siano discussi fatti di cui ha già avuto conoscenza, ma eviterebbe almeno di partecipare all'istruttoria delle pratiche. Inoltre, si potrebbe imporre l'adozione di regole più precise per l'assegnazione dei procedimenti ai singoli componenti della commissione e per la loro sostituzione in caso di impedimento.

---

[23] Al fine di giungere ad una vera e propria separazione, di carattere funzionale e amministrativo, della giustizia disciplinare, è stato più volte proposto di introdurre, con legge costituzionale, una *Alta Corte di disciplina* o di una *Alta Corte di Giustizia*, chiamata a decidere i procedimenti disciplinari avviati nei confronti di tutti i magistrati, non solo quelli ordinari, ma anche di quelli appartenenti alle giurisdizioni speciali. In questa direzione si muoveva ad esempio il progetto della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita nella XIII legislatura (la c.d. Bicamerale D'Alema): si prevedeva l'istituzione di una Corte di giustizia della magistratura, formata da nove membri, eletti tra i propri componenti dai Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa (entrambi riformati), e che avrebbe avuto altresì la competenza a giudicare in unico grado contro i provvedimenti amministrativi assunti dai due Consigli citati. In ragione di ciò, si stabiliva che i componenti della Corte di giustizia non avrebbero potuto partecipare alle attività dei rispettivi Consigli di provenienza. Anche il disegno di legge costituzionale 7 aprile 2011 n. 4275, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Berlusconi e dal Ministro della Giustizia Alfano prevedeva l'istituzione di una distinta Corte di disciplina, composta di una sezione per i giudici e di una per i pubblici ministeri, i cui membri avrebbero dovuto essere eletti per metà dal Parlamento in seduta comune e per metà, rispettivamente, da tutti i giudici e da tutti i pubblici ministeri (previo sorteggio degli eleggibili). Da ultimo, l'auspicio che si proceda in tale direzione è contenuto nella Relazione finale della "commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario" istituita con d. min. giustizia 26 marzo 2021 e presieduta dal Prof. M. Luciani.

Per una analisi delle proposte di revisione del sistema disciplinare, cfr. ancora G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare*, cit., 179 ss.

[24] Corte Cass., sez. un. civ., 22 settembre 2020, n. 19893.

[25] In dottrina si legga N. ZANON, *"Sei gradi di separazione": ovvero come assicurare la terzietà della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura*, in *Rivista AIC*, 2/2012, 12.

In definitiva, è certo possibile "isolare" un po' più di quanto avvenga ora la sezione disciplinare dal resto del Consiglio, ma, a Costituzione invariata, la funzione disciplinare resta prerogativa del Csm complessivamente inteso ed è inevitabile una qualche commistione tra funzioni amministrative e funzione disciplinare

Da ultimo, va ricordato che il procedimento disciplinare trova sì la sua disciplina nel decreto legislativo n. 109 del 2006, ma quest'ultimo rinvia, per vari e importanti aspetti, alle norme del codice di procedura penale "in quanto compatibili": per la disciplina delle indagini (art. 16, commi 2 e 3), per il dibattimento (art. 18, commi 4 e 5), nonché per i termini e le forme in caso di ricorso di fronte alle Sezioni unite civili avverso i provvedimenti cautelari e le sentenze pronunciate dalla sezione disciplinare (art. 24 decreto legislativo n. 109 del 2006). Come si deve intendere questa "compatibilità"? "Quanto" del processo penale va portato nel procedimento disciplinare? Su ogni questione specifica si è interrogata la dottrina e la giurisprudenza, ma è sull'impostazione di fondo che è necessario porre la nostra attenzione.

Sappiamo che nel corso del tempo, per assicurare l'indipendenza dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare, sono via via aumentate le tutele degli incolpati prendendo a modello il processo più garantito, ossia quello penale. Parte di queste garanzie furono introdotte già dalla Corte costituzionale (sui termini per l'esercizio dell'azione disciplinare si leggano le sentenze n. 579 del 1990 e n. 196 del 1992, sulla difesa tecnica le sentenze n. 440 del 1994 e n. 497 del 2000, oltre alle decisioni, già ricordate, sull'imparzialità della sezione disciplinare). Con le novelle introdotte dal decreto legislativo n. 109 del 2006, che ha dato una diversa struttura al procedimento disciplinare e, come visto, su vari aspetti ha rinviato al codice di procedura penale, si è però operato un passo ancora diverso: il procedimento disciplinare, da procedimento "garantito", sembra essersi trasformato in un processo "para-penale".

Con la segnalata evoluzione, che pure ha aumentato le garanzie per l'incolpato, si è però prodotto un effetto non trascurabile: il procedimento disciplinare è diventato tecnicamente più complesso, soprattutto nella fase dibattimentale e di acquisizione delle prove, e si pongono con maggiore frequenza questioni tecnico-giuridiche, soprattutto quando coesistono, sugli stessi fatti o su fatti connessi, procedimenti disciplinari e processi penali[26]. Quando sono poste tali questioni, forse si dovrebbe avere a mente che il rinvio alle norme del codice di procedura penale "in quanto compatibili" non serve a trasformare il procedimento disciplinare in un processo penale, ma soltanto a segnare l'adozione di un modello procedimentale e che, dunque, alcune disposizioni contenute nel codice di procedura penale, pensate per un processo in cui è in gioco della libertà personale, non devono necessariamente e acriticamente traslate in un procedimento in cui i beni sono altri.

[26] Si pensi, di recente, al problema dell'utilizzabilità delle intercettazioni disposte in sede penale. Da ultimo Corte cass., sez. un. civ., sentenza n. 9390/2021 ha confermato l'indirizzo secondo il quale non è preclusa l'utilizzabilità nel giudizio disciplinare a carico dei magistrati delle intercettazioni disposte in sede penale, precisando, tuttavia, la possibilità, per l'incolpato in sede disciplinare, di dedurre eventuali vizi dei provvedimenti con cui le intercettazioni sono state autorizzate ed effettuate in sede penale e di richiedere i supporti audio di tali intercettazioni, per ascoltarli e far riscontrare la loro eventuale difformità rispetto al contenuto dei brogliacci e o delle trascrizioni acquisite agli atti del procedimento disciplinare.

4. *Conclusioni*

L'analisi sin qui condotta conferma la centralità assunta dalla responsabilità disciplinare non solo, come in passato, nel "sistema delle responsabilità", in quanto è l'unica forma di responsabilità in cui i magistrati incorrono, ma, oggi, anche nel sistema "di governo" della magistratura.

La riforma della disciplina giudiziaria ad opera del decreto legislativo n. 109 del 2006, pur con alcuni difetti, ha avuto il pregio di configurare la responsabilità disciplinare – soprattutto attraverso la predeterminazione degli illeciti – come responsabilità verso lo Stato, e non verso l'ordine di appartenenza. Oggi il procedimento disciplinare è, insieme, più garantito e più aperto.

Nel corso degli anni il disciplinare ha, però, acquisito una rilevanza forse inaspettata: da un lato, ha spesso supplito all'assenza di un sistema di sistema di valutazione di professionalità capace di intercettare le situazioni critiche e, dall'altro, soprattutto in tempi recenti, su di esso si sono scaricate tensioni interne ed esterne alla magistratura.

Ciò spiega l'attenzione rivolta alla responsabilità disciplinare sia da parte dell'opinione pubblica, sia da parte degli attori politici, propensi oggi ad ampliare ancora di più l'area del disciplinarmente rilevante. Questa tendenza ad attribuire alla responsabilità disciplinare un peso così rilevante nella vita della magistratura dovrebbe però essere attentamente considerata in considerazione delle finalità che la disciplina deve perseguire.

Con riferimento, ad esempio, alle vicende patologiche che hanno visto, di recente, i magistrati interferire in modo scorretto le procedure di nomina ad incarichi direttivi e semi-direttivi, il disciplinare è, per certo, la sede naturale in cui tali fatti devono trovare attenta e severa valutazione. La sezione disciplinare è il giudice più adatto a verificare, nel contesto concreto, la deviazione dal modello di riferimento e le ricadute che certi comportamenti hanno avuto sulla credibilità della magistratura.

Qualche perplessità suscita invece l'ampliamento della responsabilità disciplinare anche puntuali comportamenti che denotano cadute di professionalità o errori e negligenze nella gestione degli uffici. Sarebbe infatti preferibile – rispetto a questi casi – ripensare i poteri di vigilanza e sorveglianza e, soprattutto, i meccanismi di valutazione di professionalità. In caso contrario, vi è il serio rischio che l'unico dato oggettivo capace di incidere davvero nella carriera del magistrato sia, "in negativo", l'essere stato sottoposto a procedimento disciplinare, mentre la sanzione disciplinare dovrebbe essere un'eccezione e, nella carriera, dovrebbero essere premiati, "in positivo", coloro che più mostrano la capacità di svolgere in modo indipendente, imparziale ed efficiente le proprie funzioni. Non a caso, proprio perché una sanzione disciplinare anche lieve resta come una macchia indelebile nella vita professionale del magistrato, da tempo si discute dell'opportunità di introdurre un istituto (riabilitazione? estinzione della sanzione?) volto ad impedire che le sanzioni più lievi dell'ammonimento e della censura (che,

peraltro, a differenza della perdita di anzianità o dell'incapacità temporanea ad assumere incarichi, non hanno durata nel tempo) possano continuare a pesare (magari anche in modo strumentale) nella carriera del magistrato.

In definitiva, va positivamente rilevato che il procedimento disciplinare è ormai divenuta la sede in cui sono valutati, anche con severità, comportamenti e atti che deviano rispetto al modello di magistrato che la Costituzione e il legislatore hanno delineano. Andrebbe, però, nel contempo, evitato che esso finisca per assorbire le funzioni che spettano ad altri organi e procedimenti, ciò anche al fine di evitare che il Csm da organo di gestione, serena e ordinata, della carriera degli magistrati e del buon funzionamento degli uffici si trasformi in organo prevalentemente dedicato al controllo e alla sanzione.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

POTERI PUBBLICI E POTERI PRIVATI NEL MONDO DIGITALE*

MARCO BETZU**

SOMMARIO: 1. Le idee delle origini. – 2. La sovranità statale nel mondo digitale. – 3. La regolazione di Internet come attuazione della Costituzione. – 4. Il sistema di controllo dei contenuti: il caso *Facebook*. – 5. *Ubi social, ibi potestas*: le costituzioni sociali del mondo digitale. – 6. La timida risposta europea: il *Digital Services Act*. – 7. Problemi di oligopolio. – 8. Abbiamo bisogno di un costituzionalismo digitale? – 9. Una proposta brandeisiana: spezzare gli oligopoli digitali.

1. *Le idee delle origini.*

Idee dominanti nei primi anni Novanta hanno collocato il mondo digitale in una dimensione a-giuridica, basata su una autoregolamentazione di tipo tecnico che, da un lato, avrebbe consentito il superamento dei limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government* e, dall'altro, avrebbe garantito la libertà degli utenti rispetto ai poteri centralizzati. Si è teorizzato, così, l'avvento per autopoiesi di una *Lex Informatica*[1], intesa come un sistema di regole automatizzate e autoapplicative[2], non meramente integrative di quelle legali, ma in grado di dar luogo ad un ordinamento

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

** Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Cagliari.

[1] J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, in *Texas Law Review*, 1998, 553 ss.

[2] J.R. REIDENBERG, *Lex Informatica*, cit., 568: «Lex Informatica, however, allows for automated and self-executing rule enforcement. Technological standards may be designed to prevent actions from taking place without the proper permissions or authority».

speciale rispetto al quale l'intervento degli Stati sarebbe stato necessariamente sussidiario.

Questa impostazione ha ricevuto la sua più compiuta (e consapevole) elaborazione nella fondamentale opera *Code* di Lawrence Lessig, ove il termine *code* è usato come sinonimo di *Lex Informatica*[3]. In informatica, *code* è il codice di testo che costituisce il programma o applicazione (ad esempio, il codice sorgente). Alla base dell'idea di Lessig vi era l'assioma per il quale è il codice che, primariamente, regola il cyberspazio, non necessariamente le fonti normative classiche, perché è il codice che lo fonda: «Life in cyberspace is regulated primarily through the code of cyberspace»[4]. Ciò, peraltro – e questo segna un'evoluzione della tesi di Lessig rispetto a quelle più liberiste – non significherebbe che gli Stati sarebbero impossibilitati a regolare il cyberspazio, ma che l'unica capacità di regolamentazione che essi avrebbero è quella di intervenire sul codice e sull'architettura del sistema: «control of code is power»[5].

In origine, il codice era stato pensato per realizzare una piattaforma puramente neutrale, improntata alla comunicazione *end-to-end*, ossia da punto a punto, indifferente ai contenuti trasmessi. Era, questa, un'architettura che disabilitava «chiunque fosse al centro *dal* controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi»[6]. La struttura, sotto la pressione delle istanze economiche di cui le *tech companies* sono le prime portatrici, si è nel tempo evoluta, diventando più complessa e realizzando un'interazione tra economia elettronica e infrastrutture di rete. Esse, insieme, lentamente hanno modificato l'architettura di Internet, definendo i termini in base ai quali sono consentiti l'accesso e l'attività nel cyberspazio. Le fonti della regolazione non sarebbero più fonti dirette, ma indirette, perché necessitano, per essere effettive, di avvalersi dell'intermediazione del codice, che incorpora certi valori o ne rende impossibile l'attuazione. Il codice, infatti, veicola le diverse istanze (giuridiche, sociali ed economiche) all'interno della Rete, stabilendo – *de facto* – ciò che l'utente può o non può concretamente fare. Ne regola la vita virtuale, così come le leggi della fisica regolano la vita reale dell'uomo, tanto che qualcuno ha addirittura sostenuto che «il *code* sostituisce il diritto»[7].

Questa visione, peraltro, non è rimasta confinata agli albori del cyberspazio, ma è stata più recentemente valorizzata. Si è così sostenuta la necessità di affermare con forza un nuovo «diritto di partecipazione alla società virtuale»[8]. Un diritto variamente declinato e non del tutto intelligibile, ma sempre comunque strettamente legato alla «vocazione liberale di Internet»[9], in contrasto con «la paura che di questa libertà globale mostrano di avere Paesi intolleranti alla tecnologia, perchè la vivono come una minaccia al loro potere assoluto»[10]. Comune a quest'ottica è l'idea che siano «i governi nazionali

[3] L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

[4] L. LESSIG, *Code*, cit., 83.

[5] W.J. MITCHELL, *City of bits: Space, Place, and the Infobahn*, Cambridge, 1996, 112.

[6] L. LESSIG, *The Future of Ideas*, New York, 2001, trad. it. *Il futuro delle idee*, Milano, 2006, 125.

[7] E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi*, 1/2017, 16.

[8] T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 63 ss.

[9] *Ibidem.*

[10] *Ibidem.*

che insidiano Internet e la sua libertà, e dunque è venuto il tempo non di regole costrittive, ma dell'opposto, di garanzie costituzionali per le libertà in rete, di un *Internet Bill of Rights*»[11].

2. *La sovranità statale nel mondo digitale.*

La conseguenza dell'avvento del cyberspazio sarebbe dovuta essere l'erosione della sovranità statale. In particolare, la "sconfinatezza" territoriale aveva portato molti Autori a ritenere in atto un processo di totale eclissi della sovranità statale[12], sia perché gli Stati nazione apparivano «too big, too slow, and too geographically and technically limited to regulate a global citizenry's fleeting interactions over mercurial medium»[13], sia perché il cyberspazio sarebbe stato utilizzato dai poteri economici per slegarsi dai limiti territoriali su cui si fondano i modelli tradizionali di *government*.

Tralasciando la misurazione del grado di tale ineffettività (assoluta per alcuni[14], relativa per altri[15]), il punto critico di ogni normativa statale che miri a perseguire una tutela delle libertà costituzionali nel cyberspazio sembrerebbe, infatti, proprio la sua capacità di incidere sui rapporti che vivono nella Rete. Si è detto in questo senso che la "aterritorialità" della Rete inciderebbe in negativo sulla capacità dei poteri territoriali di rendere effettive le regole a difesa dei diritti dei cittadini[16].

Questo apparente indebolimento della capacità regolativa dei poteri pubblici, dovuto all'attenuarsi del vincolo territoriale, che secondo molti è un carattere ontologico del cyberspazio, non è che uno dei molteplici aspetti della globalizzazione, intesa come fenomeno di complessa definizione concettuale che ha profondamente trasformato la società del Novecento e le sue istituzioni. Se nei primi anni del secolo scorso Georg Jellinek ricostruiva il concetto di sovranità statale in relazione al territorio, visto come la «sfera di dominazione delimitata nello spazio ed esclusiva»[17], oggi esso – si sostiene - non è più "l'abitazione della sovranità"[18]. Non lo è più quanto meno in senso pieno. Lo spazio della globalizzazione – si dice – non è uno spazio di tipo fisico, come i più o

---

[11] S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 3/2010, 342.

[12] Secondo H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013, 171, «Land has become an 'old factor'».

[13] J. BOYLE, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, in *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 66, 1997, 177.

[14] Ad esempio H. PERRIT Jr., *Jurisdiction in Cyberspace*, in *Villanova Law Review*, 1996, 41.

[15] Cfr. J. GOLDSMITH, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5, 1998; J. HUGHES, *The Internet and the Persistence of Law*, in *Boston College Law Review*, vol. 44, 2003, 359.

[16] Si v. D.R. JOHNSON - D.G. POST, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48, 1996, 1367 ss., secondo cui «Cyberspace radically undermines the relationship between legally significant (online) phenomena and physical location. The rise of the global computer network is destroying the link between geographical location and: (1) the *power* of local governments to assert control over online behavior; (2) the *effects* of online behavior on individuals or things; (3) the *legitimacy* of the efforts of a local sovereign to enforce rules applicable to global phenomena; and (4) the ability of physical location to give *notice* of which sets of rules apply».

[17] G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921, 368.

[18] Per usare un'espressione di N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2006, 100.

meno antichi confini degli Stati-nazione, ma uno spazio virtuale che vive in un presente «ipetrofico»[19] di cui le nuove tecnologie sono al tempo stesso fattore e prodotto[20].

Una simile visione, che come già visto è stata recentemente riproposta nell'ottica di una massimizzazione delle libertà delle persone da affermare contro la pretesa regolativa dei poteri pubblici[21], risulta tuttavia eccessivamente "ingenua" dinnanzi all'ingresso del potere economico nel cyberspazio. Si pensi non soltanto al fenomeno della tecno-finanza dei *network* economici globali, che ha dato luogo a una «una combinazione agghiacciante e poderosa di impalpabilità e onnipotenza, non-fisicità e potere di determinare la realtà»[22], ma anche al recente avvento delle monete virtuali, che non sono emesse da una banca centrale o da altra pubblica autorità e, per questo, costituiscono una minaccia per la sovranità monetaria degli Stati, che da sempre ha costituito la premessa «indispensabile per l'esercizio degli istituzionali compiti di iniziativa e di direzione della politica economica»[23].

Sembra, infatti, che la pretesa libertà del cyberspazio non sia altro che un corollario della nota meta-narrazione dell'idea di "costituzione spontanea"[24], che ancora una volta si riaffaccia prepotente nella vita degli uomini e pretende di regolare la realtà sociale celando la sua volontà di potenza dietro lo schermo della neutralità tecnica[25], dietro la giustificazione della flessibilità richiesta a un diritto che voglia essere capace di adattarsi prontamente ai continui mutamenti. Giustificazione – pur troppo spesso invocata[26] – la quale non può che apparire debole agli occhi del costituzionalista o, quanto meno, di coloro che ritengono di riaffermare i valori delle costituzioni

---

[19] M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, 7 ss.

[20] Così, con preciso riferimento a Internet, G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2006, 192.

[21] Si v. S. RODOTÀ, *Recensione* a Giovanna De Minico, *Internet. Regola e anarchia, Napoli, 2012*, in *Diritto pubblico*, 1/2014, 361: «Se, invece, vi è oggi un oggetto del desiderio degli Stati è esattamente Internet, con interventi molto pesanti, continui, tanto negli Stati autoritari che in quelli democratici. Si può, dunque, comprendere una resistenza volta a garantire il carattere libertario, persino anarchico, di Internet».

[22] Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, New York, 1998, trad. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 1999, 23, che sottolinea, viceversa, l'asimmetria che così viene a crearsi tra i vincenti della globalizzazione e i perdenti, ossia coloro i quali restano legati a un territorio oramai incapace di attribuire un'identità».

[23] B. INZITARI, *La moneta*, in B. INZITARI – G. VISENTINI – A. Di AMATO, *Moneta e valuta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. VI, Padova, 1983, 6.

[24] Cfr. P. CIARLO, *Contro l'idea di costituzione spontanea*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2002, 101.

[25] Giustamente Ch.S. MAIER, *Governance e anti-governance. Note sulla impasse attuale della politica democratica*, in *Parolechiave*, 2/2016, 35 s., sottolinea che al fondo della *governance* risiede la mai sopita aspirazione di governare senza la politica, ovvero «il governo dei "saggi" che detengono una conoscenza scientifica superiore e la cui competenza si afferma in virtù di una superiorità auto-evidente rispetto a obiettivi di parte. Non esclude il consenso popolare, ma assume che il pubblico importante o i gruppi di interesse concordino su procedure e politiche che sono evidentemente a loro favorevoli. Immaginate Sarastro come un ingegnere. I sansimoniani nel XIX secolo e poi i seguaci di Auguste Comte hanno tracciato piani simili di governo per esperti tecnicamente preparati».

[26] Si v. B. PASTORE, *"Soft law", gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 1/2003, 8, secondo cui la *soft* law rappresenterebbe un modello di regolazione «attento all'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo cambiamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad orientare il comportamento dei soggetti, senza costringerli a tenerne uno specifico, indirizzandoli invece, per molti versi, al conseguimento di determinati obiettivi».

democratiche di cui gli Stati sono – allo stato, necessariamente – portatori. Accontentarsi di fare affidamento sulle *magnifiche sorti e progressive* che la Rete e i suoi signori sarebbero in grado di garantire significa sottovalutare la garanzia degli interessi dei cittadini che gli ordinamenti giuridici statali, ancorché offuscati, sono in grado di apprestare mercé la loro concreta attribuzione e attuazione; al contrario, «i diritti umani, privi di fondamento e di difese coercitive (le quali sempre hanno riguardo a singoli soggetti, che vantino specifici e determinati interessi), si disperdono nella genericità enfatica di carte e dichiarazioni e protocolli d'intesa»[27].

La sovranità negli Stati costituzionali è intimamente legata al concetto di sovranità popolare e alla tutela dei diritti[28]. Ma vuoto concetto sarebbe la sovranità popolare, se venisse spogliata della potestà di determinare, per mezzo dei propri rappresentanti democraticamente eletti, l'indirizzo politico generale[29]. Ove si ritenesse che decisioni fondamentali sulla vita delle persone debbano essere delegate a *tech companies* private, sarebbe evidente l'indebolimento del nesso che dovrebbe legare società civile e istituzioni rappresentative: una pur parziale «attribuzione dell'indirizzo politico ad un soggetto tecnico significa determinare l'interruzione del processo rappresentativo e quindi influire sull'essenza del principio democratico»[30].

Può aggiungersi che erosione delle sovranità statali o difficoltà dei poteri pubblici nel disciplinare il cyberspazio non significa affatto una loro eclissi. Al contrario, il cyberspazio non è immune alla regolazione di fonte statale, come le ben note gestioni cinesi e russe ogni giorno dimostrano. La narrazione sulla fine degli Stati, di volta in volta riproposta per diversi campi di azione, appare un discorso che pur non privo di elementi di verità fallisce nella dimostrazione delle sue conclusioni[31].

Se è vero che sussiste un'evidente difficoltà degli Stati-nazione a governare singolarmente le dinamiche delle attività che si svolgono in Rete, non bisogna dimenticare che le caratteristiche assunte oggi dal mondo digitale, più che un mero fatto, sono – anche – l'esito dell'applicazione di normative nazionali (soprattutto statunitensi), internazionali e di numerose Autorità garanti. Se si dimentica questo aspetto, si rischia di perdere di vista la profondità del fenomeno e non si tiene nel debito conto il ruolo di primissimo piano svolto dalle istituzioni statali nel prevedere e mantenere una architettura della Rete nella quale le *tech companies* hanno potuto prosperare. Non diversamente dalla realtà fisica, anche quella digitale può essere

[27] N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 127.

[28] Cfr. G. BERTI, *Sovranità*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, I, Milano, 2007, 1068 ss.

[29] Si v. C. MORTATI, sub *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 21 ss.

[30] Così, pur se con riferimento al diverso tema dei governi tecnici, E. CATELANI, *Politica e tecnica: presupposti inscindibili del buon governo*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015, Napoli, 2016, 125.

[31] Cfr. M. LOUGHLIN, *The Erosion of Sovereignty*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Vol. 45, 2/2016, 57, il quale rileva, negli studi sulla sovranità, «a remarkable proliferation in the use of novel adjectival qualifiers: shared, mixed, divided, pooled, cooperative, floating, multiple, perforated, fragmented, reconfigured, complex, decentralized, agonal, and polymorphous are just some of the terms to have been affixed to the concept». Tuttavia, queste tesi «seem only to generate deeper confusion».

oggetto di regolazione e sanzione. Il ruolo svolto dai formanti normativi dimostra inequivocabilmente che «dagli Stati si parte e agli Stati si ritorna»[32].

La fine dello Stato è, dunque, un'idea profondamente sbagliata[33].

3. *La regolazione di Internet come attuazione della Costituzione.*

Se gli Stati possono incidere sul mondo digitale, occorre però distinguere decisamente in funzione del ruolo che essi hanno assunto, perché esattamente inversi sono i problemi che si pongono[34].

Negli Stati totalitari non vi è un problema di regolazione, ma, all'opposto, di lotta per le libertà. Si pensi al caso della Cina: in forza del regime censorio imposto nel Paese il controllo del Governo cinese sulle informazioni che viaggiano in Rete è capillare, perché nel corso degli anni la Cina ha sviluppato un sistema multilivello di controllo del *web*: legislativo; tecnologico, attraverso l'implementazione del controllo dei flussi di informazione nella Rete; economico-coercitivo nei confronti degli operatori esteri del settore; sanzionatorio-individuale nei confronti dei cittadini[35]. Il controllo della Rete Internet da parte del Governo cinese rispetto alle comunicazioni provenienti o dirette nel Paese è, dunque, pressoché assoluto, analogamente a quanto avviene in altri Stati ove le istanze democratiche continuano ad essere soffocate dall'autoritarismo.

Ben diversa è la situazione nelle democrazie occidentali ove, al contrario, non può più essere messa in discussione la necessità di una regolazione che abbia come obiettivo la riaffermazione, anche nel mondo digitale, dei valori e delle libertà costituzionali pensati per il mondo fisico[36].

In questo senso, gli approcci nichilisti o scettici, che conducono a ritenere superati i testi costituzionali e non tengono nella giusta considerazione i rischi derivanti dalla trasformazione del cyberspazio in una «constitution-free zone»[37], non hanno ragion d'essere. Le risposte ai problemi generati dall'evoluzione tecnologica, infatti, non vanno ricercate attingendo «alla sempre disputata, disputabile ed incerta natura delle cose»[38], ma nell'applicazione delle Costituzioni: è bensì vero che i diritti fondamentali rappresentano la giuridicizzazione di domande sociali sostanzialmente e continuamente avanzate[39], ma è altrettanto vero che a quelle domande può esser data risposta perché

---

[32] N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 158.

[33] P. CIARLO, *Un'idea sbagliata: la fine dello Stato*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana. Atti del XXVI Convegno annuale. Torino, 27-29 ottobre 2011*, Napoli, 2014, 377 ss.

[34] Non distingue S. RODOTÀ, *Recensione*, cit., 361.

[35] Z. TAI, *The Internet in China. Cyberspace and Civil Society*, New York, 2006, 97 ss.

[36] Era questa la tesi di fondo del mio *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012. Più recentemente, tra i molti, M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 2/2020, 35 ss.

[37] Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*, in *University of Colorado Law Review*, vol. 71, 2000, 1305.

[38] C. ESPOSITO, *Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 dicembre 1962 n. 124 sulla punibilità dell'ammutinamento di marittimi scioperanti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, 1527 s.

[39] M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 534.

l'esistenza dei diritti è un dato giuridico positivo, ossia perché la Costituzione li ha statuiti[40]. Di fronte alla pervasività di ogni tipo di potere, pubblico o privato, la costituzionalizzazione dei diritti svolge appunto una funzione di tutela "superiore": è il testo, se debitamente interrogato secondo «il solito metodo delle ricostruzioni tecnico giuridiche», come avrebbe detto Carlo Esposito[41], a consentire ai valori costituzionali di fornire le risposte alle richieste di regolazione dei casi nuovi, che alcuni hanno ritenuto di ricavare dalla matrice dell'odierna civiltà tecnologica[42] e che altri, più correttamente, propongono di ricercare nelle sue pieghe, «saggiando tutte le possibili virtualità interpretative insite nelle disposizioni costituzionali»[43]. L'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali[44] consente loro di garantire le libertà della persona anche nel cyberspazio, fissando i criteri per attuare, pur in quella sede, il corretto equilibrio tra autorità e libertà, sia sul versante pubblicistico che su quello privatistico.

La cartina di tornasole sono la libertà di espressione e le libertà economiche, minacciate – quanto meno nelle moderne democrazie occidentali – non tanto dai poteri pubblici tradizionalmente considerati, ma dalle posizioni oligopolistiche di potere privato delle grandi società dell'economia digitale, la cui neutralità è un mito che è stato definitivamente superato[45]. Si afferma quindi, con evidenza empirica, la necessità di una regolazione pubblica che tuteli le libertà che si esplicano nel mondo digitale contro i nuovi sistemi di controllo generati dalle piattaforme *online*, come Facebook, e più in generale nei confronti dei poteri privati che esercitano la loro influenza sul cyberspazio, senza indugiare in maniera "fideistica"[46] sulle loro capacità di autoregolazione.

La dottrina anglosassone ha da tempo messo in luce come le piattaforme digitali rappresentino i nuovi controllori della libertà in Rete[47], i «guardiani dei contenuti e delle informazioni»[48]. Sono piattaforme digitali, secondo la definizione di Gillespie, i siti *online* che ospitano, organizzano e consentono la circolazione dei contenuti degli utenti,

[40] M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, cit., 535.

[41] C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 266, in cui «solito» è inteso in senso positivo, in accordo con l'impostazione dell'A., fedele ai canoni argomentativi della tradizione civilistica, cui anche l'interpretazione costituzionale veniva ricondotta.

[42] Così V. FROSINI, *La democrazia nel XXI secolo*, Roma, 1997, 42, con riferimento alla cosiddetta libertà informatica.

[43] A. PACE, *Intervento*, in AA.Vv., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 103.

[44] Fondamentale sul punto F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, in AA.VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 509.

[45] Cfr. M. CUNIBERTI, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 3/2018, 13; M. BETZU, *Libertà di espressione e poteri privati nel cyberspazio*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2020, 117 ss.; C. CARUSO, *I custodi di silicio. Protezione della democrazia e libertà di espressione nell'era dei social network*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, Genova, 2020, 159 ss.

[46] M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, Roma, 2019, 85.

[47] J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, 2296 ss.

[48] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, COM/2017/0555 final, par. 23.

assicurandone le interazioni sociali senza essere a loro volta fornitori o produttori di contenuti[49].

La funzione di questi guardiani digitali è ben diversa oggi da quella svolta dalla figura dell'editore nell'ambito dei media tradizionali, perché essi non veicolano più solo e soltanto informazioni professionali, ma consentono potenzialmente a chiunque di diffondere le proprie idee in ogni parte del globo: *Facebook*, *Twitter* e le altre *tech companies* sono divenute i *gatekeepers*[50] del mercato delle idee perché, in un regime di sostanziale oligopolio[51], sovraintendono al processo di produzione, distribuzione e controllo del flusso informativo sulla Rete[52].

Se, come si è in precedenza osservato, l'originaria l'architettura del cyberspazio si basava su una piattaforma neutrale indifferente ai contenuti trasmessi e tale da non consentire a «chiunque fosse al centro *di* controllare il modo in cui interagiva chi era agli estremi»[53], negli ultimi quindici anni, sotto la spinta di nuovi interessi economici e nuove forme di *business*, tale architettura si è evoluta, venendosi a determinare «la singolare situazione per cui gli stessi soggetti che si sono trovati a gestire gli strumenti tecnologici che rendono possibile la più ampia partecipazione all'accesso ed alla diffusione dell'informazione sugli spazi digitali sono allo stesso tempo coloro i quali controllano il flusso dei contenuti che possono transitare sulla rete, in quanto presiedono alla loro rimozione, selezione ed organizzazione»[54].

Le *tech companies*, pur mettendo a disposizione degli utenti «the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard»[55] e così rappresentando i fori pubblici dell'oggi[56], hanno lentamente sviluppato l'attitudine a porre regole e sistemi di controllo delle idee immesse nei loro sistemi, creando una formidabile struttura di *governance* privata, tale per cui esse sono divenute i veri "decisori", coloro i quali hanno «more power to determine who may speak and who may be heard around the world»[57]. Questa *governance*, pur talvolta costituendo una risposta a specifiche richieste da parte degli Stati, come nel caso della legge tedesca sui

---

[49] T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet. Platforms, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, New Haven-London, 2018, 18 s.

[50] J. ROSEN, *Google's Gatekeepers*, in *New York Times*, 28 novembre 2008; E. LAIDLAW, *Private Power, Public Interest: An Examination of Search Engine Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 17, 1/2008, 114: «By controlling the communication infrastructure of the Internet, they have become information gatekeepers».

[51] Cfr. G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 4.

[52] E.B. LAIDLAW, *Regulating Speech in Cyberspace. Gatekeepers, Human Rights and Corporate Responsibility*, Cambridge, 2015, 44 ss.

[53] L. LESSIG, *The Future of Ideas*, New York, 2001, trad. it. *Il future delle idee*, Milano, 2006, 125, corsivo mio.

[54] R. PETRUSO, *Le responsabilità degli intermediari della rete telematica. I modelli statunitense ed europeo a confronto*, Torino, 2019, XVIII.

[55] *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S., 137 S. Ct. 1730, 2017.

[56] Sul punto F. MOSTERT, *Free Speech and Internet Regulation*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 14, 2019, 607 ss.

[57] J. ROSEN, *The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, 4/2012, 1536. Nello stesso senso F. MOSTERT, '*Digital due process': a need for online justice*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, 5/2020, 379: «The near-omnipotent reach and global influence of the Big Tech players like Facebook, YouTube and Twitter give them unprecedented power to monitor and moderate our speech and public discourse».

social network[58], si fonda prevalentemente sul fatto per il quale «their economic viability depends on meeting users' speech and community norms»[59].

4. *Il sistema di controllo dei contenuti: il caso Facebook.*

In generale, tutte le piattaforme digitali hanno approntato una infrastruttura di moderazione dei contenuti che poggia su regole implicite e su regole esplicite[60]. Le prime sono rappresentate dallo strato logico della piattaforma, ovvero dal suo codice, che costringe i contenuti entro una «architectural regulation»[61]. Le seconde sono invece contenute negli standard delle community, ovvero nei documenti che indicano ciò che è consentito e ciò che è invece vietato all'interno della piattaforma. Soprattutto attraverso queste ultime le piattaforme digitali hanno costruito un ordinamento para-giuridico autonomo, soggetto a implementazione, che riconosce diritti, individua divieti e regola la responsabilità degli utenti[62].

L'attività di moderazione dei contenuti può essere sia *ex ante* che *ex post*.

La moderazione *ex ante* si svolge attraverso sistemi automatizzati di filtraggio dei contenuti, fondati su algoritmi in grado di individuare quelli che rientrano nelle tipologie vietate: non solo attività pornografiche o ripugnanti, ma anche materiali coperti da copyright. In particolare, è massivo l'utilizzo della cosiddetta *hash technology*, che sfrutta i *tag* identificativi delle immagini e dei video per impedirne il caricamento da parte dell'utente o per rimuoverle immediatamente dopo di esso.

La moderazione *ex post*, invece, può essere di due tipologie.

La prima è posta in essere direttamente dalla piattaforma ed è volta a ricercare e ad eliminare contenuti, pagine o gruppi considerati pericolosi perché a carattere terroristico o anche soltanto estremistico. Anche in questo caso è preponderante l'utilizzo di sistemi algoritmici, come testimoniato da Mark Zuckerberg nell'audizione presso il Senato degli Stati Uniti il 10 aprile 2018: «as we sit here, 99 percent of the ISIS and Al Qaida content that we take down on Facebook, our A.I. systems flag before any human sees it. So that's a success in terms of rolling out A.I. tools that can proactively police and enforce safety across the community»[63].

---

[58] *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)*, 2017.

[59] K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, Vol. 131, 2018, 1625.

[60] B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation*, 43 *Fordham Int'l Law Journal*, 2020, 946 ss.

[61] T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, cit., 179.

[62] M.K. LAND, *The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering on Social Media*, 2019, SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3454222, 4.

[63] Https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/10/transcript-of-mark-zuckerbergs-senate-hearing/

La seconda si serve delle segnalazioni degli utenti ("*flagging*"), a seguito delle quali il contenuto o la pagina vengono esaminati dai moderatori sulla base delle linee guida redatte dalla piattaforma[64].

Il salto qualitativo rispetto al passato è imponente. Tim Wu ha significativamente definito il sistema di controllo dei contenuti di Facebook «The most comprehensive censorship ever built»[65]. Il giudizio potrebbe apparire provocatorio, ma è aderente alla realtà. La moderazione dei contenuti, infatti, non mira esclusivamente a un esercizio della libertà di espressione che sia al contempo rispettoso dei diritti in conflitto, anche nell'ottica di evitare responsabilità a carico dell'azienda, ma è principalmente funzionale alla massimizzazione dell'interazione sociale generata dalle piattaforme, la quale a sua volta è il mezzo attraverso cui queste sono in grado di perseguire il profitto: «as users spend more time and attention on their sites, platforms can collect ever more beahvioral data, improve their targeted advertising and engagement capabilities, and grow their advertising revenue»[66]. Una paradigmatica dimostrazione di ciò è data dal modo in cui la piattaforma organizza il flusso di informazioni con cui ciascun utente può entrare in contatto. Sulla base di un processo di *machine learning*, che sfrutta i dati ricavabili dalla nostra attività sulla piattaforma, l'azienda crea «un flusso personalizzato e diversificato di post di persone, fonti di informazioni, aziende e community con cui hai stabilito una connessione»[67]. L'ideale – o meglio, l'incubo – del *daily me*[68] ha trovato piena attuazione.

L'introduzione, da parte di Facebook, di un Oversight Board ("Comitato per il controllo") relativo ai casi più controversi, costruito come ente indipendente dall'azienda, composto da 40 membri da tutto il mondo e incaricato di verificare «se le decisioni sono state prese in conformità con le normative e i valori stabiliti da Facebook» (art. 2 dell'atto costitutivo) non risolve ma anzi conferma il problema.

L'Oversight Board, a prescindere dalla riconosciuta autorevolezza di alcuni dei suoi componenti, è stato infatti pensato e costruito come un ente formalmente indipendente da Facebook, sostenuto sul piano economico da un trust *ad hoc*, ma congegnato per essere strettamente legato alla piattaforma e, comunque, sempre vincolato dai «valori stabiliti da Facebook». È questo, tra gli altri, il punto di principale criticità: l'Oversight Board è un'autorità privata che decide solo alcune controversie tra Facebook e gli utenti – riconosciute come di particolare rilevanza[69] – secondo principî e

---

[64] K. KLONICK, *The New Governors*, cit., 1639 ss., ha ricostruito tre livelli di moderatori su Facebook: il livello 3, il più basso, è quello che esamina giorno dopo giorno la più ampia mole di informazioni ed è composto tipicamente da migliaia di soggetti esterni che lavorano in strutture simili a call centers, distribuite in India, Filippine, Messico, Turchia ed Europa dell'est; il livello 2 supervisiona l'attività del numero 3, esaminandone *random* le decisioni; il livello 1, infine, è composto da esperti giuridici che afferiscono direttamente alla società.

[65] T. WU, *Will artificial intelligence eat the law? The rise of hybrid social-ordering systems*, in *Columbia Law Review*, 2019, 2022.

[66] B. SANDER, *Freedom of Expression in the Age of Online Platforms*, cit., 953.

[67] Https://www.facebook.com/help/520348825116417?helpref=related&ref=related&source_cms_id=1066738576721085.

[68] N. NEGROPONTE, *Being Digital*, New York, 1995, 153.

[69] Art. 2, par. 1: «Il comitato ha la facoltà di scegliere quali richieste esaminare. Nella sua selezione, il comitato cercherà di considerare i casi che hanno il maggior potenziale di guidare le decisioni e le normative future».

valori fissati a sua discrezione dalla piattaforma attraverso formulazioni estremamente vaghe e sfuggenti[70]. Principî e valori fortemente influenzati dal modello di *business* della piattaforma, spacciati come assoluti in un mondo culturalmente e socialmente variegato[71].

Le prime analisi delle poche decisioni sinora rese dal Comitato mostrano come il parametro utilizzato non sia mai l'ordinamento costituzionale dello Stato in cui è stata posta in essere la condotta, «ma solo standard giuridici internazionali, quali quelli delineati dalla Convenzione internazionale sui Diritti Civili e Politici o dalle varie raccomandazioni del Consiglio dell'ONU per i Diritti Umani o dal Relatore speciale per la promozione e protezione delle libertà di opinione ed espressione»[72], che vengono utilizzati per operare in concreto il bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri valori di riferimento della piattaforma, come dignità e sicurezza. Anche nel famoso caso Trump, deciso il 5 maggio 2021[73], il Comitato individua quali parametri di riferimento sia la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, sia i Community Standards elaborati da Facebook, ponendoli sullo stesso piano. Al di là della correttezza o meno della decisione, che ha ritenuto legittima la sospensione dell'account di Trump, ma non appropriata se applicata senza la previsione di un termine finale[74], l'aspetto più significativo per il costituzionalista non può che essere la commistione tra i valori individuati da Facebook e gli standard internazionali dei diritti umani: così come la tutela dei diritti umani in ambito internazionale viene spesso utilizzata «nel tentativo di cambiare i paradigmi consolidati nell'ordinamento interno»[75], così l'istituzione e il concreto funzionamento dell'Oversight Board vorrebbe condurre all'evaporazione dei diritti costituzionali statali e al superamento dei delicati bilanciamenti consegnati alle Costituzioni democratiche figlie del costituzionalismo. Ed ecco che la vittima di questa operazione sono proprio le Costituzioni, rimpiazzate da un'autorità privata che si autolegittima.

Per queste ragioni, e nonostante la visione ottimistica di alcuni che lo considerano un primo passo verso una maggiore garanzia della libertà di espressione nella Rete[76], il Facebook Oversight Board deve essere visto per quello che realmente è. Più che una "Corte Suprema" *su* Facebook, una Corte *di* Facebook: una Corte ottriata espressione

---

[70] Cfr. K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, vol. 129, 8/2020, 2478.

[71] Cfr. T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet*, cit., 8: «Social media platforms may present themselves as universal services suited to everyone, but when rules of propriety are crafted by small teams of people that share a particular worldview, they aren't always well sited to those with different experiences, cultures, or value systems».

[72] G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche,* 16 febbraio 2021, https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9542545.

[73] Case decision 2021-001-FB-FBR.

[74] Secondo il Board, infatti, «Facebook did not follow a clear published procedure in this case. Facebook's normal account-level penalties for violations of its rules are to impose either a time-limited suspension or to permanently disable the user's account. The Board finds that it is not permissible for Facebook to keep a user off the platform for an undefined period, with no criteria for when or whether the account will be restored» (par. 9).

[75] R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 145.

[76] Riferimenti in K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board*, cit., 2491 s.

della «privatizzazione della giustizia digitale su scala globale»[77]. Se poi una siffatta Corte dovesse eventualmente censurare alcune modalità del sistema di moderazione dei contenuti[78] o proporre modifiche delle policy della piattaforma – come fatto in alcune delle più recenti decisioni[79] – non sposterebbe granché i termini del problema, che non attengono tanto ai contenuti delle decisioni, come potrebbe pensare qualche annotatore entusiasta dell'esegesi, quanto alla loro legittimazione.

Emerge, allora, il paradosso di fondo del cyberspazio, nel quale la più volte affermata "libertà della rete" è divenuta lo strumento di un "capitalismo della sorveglianza" che mira a predire e modificare i comportamenti umani al fine di garantirsi il controllo del mercato e i relativi profitti[80], il paravento di un sistema autonomo «che trova una propria dimensione teleologica individuata dagli operatori del Web»[81].

5. Ubi social, ibi potestas*: le costituzioni sociali del mondo digitale.*

L'architettura promossa dalle piattaforme digitali rinviene una copertura teorica nell'ormai nota tesi delle costituzioni sociali sviluppata negli ultimi anni in numerosi scritti di Teubner.

Le premesse che ne costituiscono il fondamento argomentativo sono tre[82].

La prima mette in dubbio l'esclusività del rapporto tra costituzioni e Stati-nazione, proponendo una ricostruzione del concetto di costituzione volto a ricomprendervi non solo le costituzioni statali, ma anche le molteplici costituzioni sociali dei «sottosistemi autonomi della società-mondo»[83], che l'Autore individua nell'economia globale, nella

[77] O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019, 11.

[78] Si v. ad esempio la decisione sul caso 2020-004-IG-UA, in cui il Board «riconosce che le tecnologie automatizzate sono fondamentali per il rilevamento di contenuti potenzialmente in violazione. Tuttavia, l'applicazione che si basa esclusivamente sull'automazione, in particolare ricorrendo a tecnologie che hanno una capacità limitata di comprendere il contesto, porta a un'applicazione eccessiva delle regole, che interferisce in maniera sproporzionata con la libera espressione dell'utente».

[79] Così, nella decisione sul caso 2020-006-FB-FBR, il Board «consiglia a Facebook di definire uno Standard della community chiaro e accessibile in merito alla disinformazione sulla salute, chiarendo le regole esistenti e accorpandole in un'unica sede (compresa la definizione di termini chiave come "disinformazione"). L'elaborazione di tali regole dovrebbe essere corredata da "ipotesi dettagliate che illustrano le sfumature di interpretazione e applicazione di [queste] regole" per fornire ulteriore chiarezza agli utenti».

[80] Il termine e la relativa definizione sono, come è noto, di S. ZUBOFF, *Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, 1/2015, 75 ss.: «'big data' is above all the foundational component in a deeply intentional and highly consequential new logic of accumulation that I call *surveillance capitalism*. This new form of information capitalism aims to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control»; S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism*, 2019, trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2020, 213 ss.

[81] C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, Bologna, 2013, 144.

[82] G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012, 69.

[83] G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili,* Roma, 2005, 111.

scienza, nella tecnologia, nei media e, più in generale, in tutti gli ambiti della società[84]: una «costituzionalità informale» tale da comprendere «strutture giuridiche multivalenti a più strati»[85]. Tra queste spiccano proprio le piattaforme digitali che «si atteggiano quali piccole nazioni digitali, in cui si concentra un gran flusso del traffico dati»[86].

La seconda premessa muove dalla ricognizione di processi di "autocostituzionalizzazione", intesa come la produzione di norme superiori che allocano i poteri decisionali, disciplinano gli esiti delle loro violazioni e «in analogia con le costituzioni statali, incorporano meccanismi di autolimitazione per ridurre le ingerenze nei con- fronti di altri attori e altri poteri»[87]. Non è difficile scorgere nei «valori e principî di Facebook», così come nella costituzione del Facebook Oversight Board[88], un esempio di una siffatta "autocostituzionalizzazione".

La terza, infine, sarebbe conseguenza necessitata delle prime due: il potere costituente delle costituzioni sociali sarebbe il prodotto dell'incontro tra il sistema sociale e le coscienze individuali, perché è «nelle irritazioni reciproche tra società e individui, comunicazione e coscienza, che nasce il *pouvoir constituant*, il potenziale, la capacità, l'energia, anzi la forza dell'autocostituzione»[89].

Le costituzioni sociali, così generate e teleologicamente ordinate, possiederebbero le caratteristiche di adempiere funzioni costituzionali in ambiti contrassegnati da interazioni regolate di processi organizzati e di essere espressione di una "meta-codificazione" costituzionale[90].

Nonostante la precisazione secondo cui «il mero costituirsi di un'autonomia dei media non corrisponde ancora alla loro costituzionalizzazione»[91], quelle descritte da Teubner sono sostanzialmente delle "costituzioni spontanee" espressione del dominio di regimi privati. Sorge, allora, il timore che queste idee finiscano soltanto per soddisfare «la sete di predominio di talune coalizioni di interessi, cui la costituzione democratica non sembra [...] offrire probabilità di successo»[92]. Si può anzi notare come questa teoria, finendo conseguentemente per elevare i poteri privati nella Rete al rango di soggetti costituzionali che di essa divengono i veri sovrani, sia fondamentalmente ispirata al ben noto precetto ideologico «che pretende di limitare il concetto del politico alle sole

---

[84] G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 7.

[85] Cfr. C. THORNHILL, *Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner*, in *Social & Legal Studies*, vol. 20, 2/2011, 244.

[86] E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto*, cit., 21.

[87] Così O. DILLING - M. HERBERG - G. WINTER (ed.), *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oxford, 2008, 8: «In some respects, the quasi-legal orders of world society themselves show constitutional characteristics. In addition to different social and ecological standards and to existing mechanism of control and implementation, superior norms develop that define where the decision-making power should be located, how violations should be handled, and how third parties should be included. By analogy to state constitutions, private regulations embody mechanism of self-restraint to reduce intrusions on other actors and other domains».

[88] Cfr. L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How platform governance had its Marbury v Madison,* in *VerfBlog*, 2021/2/10, https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison.

[89] G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 53.

[90] G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., 71.

[91] G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2014, 196.

[92] H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1998, 173.

questioni pubbliche e biasima ogni sua intromissione nella sfera privata»[93]. Proprio in quanto complessi di norme private[94] non è possibile chiamarle costituzioni, essendo espressione di uno "pseudo-costituzionalismo" del tutto antitetico rispetto al costituzionalismo novecentesco, che storicamente ha espresso delle Costituzioni che postulavano un ordine istituzionale e sociale da realizzare *ex novo* ed erano – e sono – «immerse nella pessimistica consapevolezza che tale ordine non si sarebbe realizzato con la spinta autonoma della società civile emancipata»[95]. Al contrario, le costituzioni sociali del mondo digitale legittimano l'esistente, elevando Facebook e i suoi epigoni al ruolo di legislatori, esecutivi e giudici del cyberspazio, senza alcuna separazione dei poteri[96]. Saremmo quindi di fronte all'avvento di un Medioevo digitale[97] nel quale le piattaforme farebbero la parte dei signori[98] e gli utenti quella dei servi della gleba: *ubi social, ibi potestas*[99].

6. *La timida risposta europea: il Digital Services Act.*

Le preoccupazioni nei confronti dello straripante potere delle autorità private digitali, dapprima emerse nella letteratura americana, hanno infine fatto breccia anche sul versante europeo, nonostante l'antico vizio del legislatore UE, «namely not taking a well-defined and courageous position»[100]. La Commissione UE, prendendo atto della necessità di una regolamentazione comune che superi la frammentazione normativa ad oggi esistente, soprattutto in materia di obblighi e responsabilità delle piattaforme digitali, e dopo un'ampia consultazione dei principali *stakeholder*, ha così elaborato due proposte di regolamento: il Digital Services Act[101] e il Digital Markets Act[102].

---

[93] R. CAR, *Via giuridica e via sociologica al* global constitutionalism*: una critica politico-costituzionale*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 32/II/2016, 199.

[94] Cfr. D. GRIMM, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016, 343.

[95] M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, 1982, 63.

[96] Così F. MOSTERT, '*Digital due process': a need for online justice*, cit., 380: «The Big Tech giants are in many ways more like governments than companies in many ways. Resplendent with their own constitutions, supreme courts, rules and bureaucracies, Twitter, Facebook and its subsidiaries Instagram and WhatsApp, are the legislators, the executive and the judiciary of the online world—but with no separation of powers».

[97] Riferimenti in S. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, cit., 347 ss.

[98] Secondo D. RUNCIMAN, *Così finisce la democrazia*, Milano, 2019, 122, Facebook «assomiglia a una corte medievale in cui il potere discende dall'alto».

C. HUGHES, *It's Time to Break Up Facebook*, in *New York Times*, May 9 2019, ha rilevato che «Facebook's board works more like an advisory committee than an overseer, because Mark (*Zuckerberg*) controls around 60 percent of voting shares. Mark alone can decide how to configure Facebook's algorithms to determine what people see in their News Feeds, what privacy settings they can use and even which messages get delivered. He sets the rules for how to distinguish violent and incendiary speech from the merely offensive, and he can choose to shut down a competitor by acquiring, blocking or copying it».

[99] Richiamando, secondo una ben diversa prospettiva, il titolo del volume di M.R. ALLEGRI*, Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018.

[100] G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Astrid Rassegna*, 2/2021, 16.

[101] *Proposal for a Regulation of The European Parliament and Of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, 2020/0361.

In particolare, l'obiettivo principale del Digital Services Act consiste nell'approntare un sistema di misure volte alla protezione dei diritti fondamentali degli utenti, creando un ambiente digitale competitivo e trasparente. Nel far ciò, la Commissione ha ritenuto di mantenere fermi i principî chiave contenuti nella Direttiva sul commercio elettronico[103], compreso il regime di responsabilità degli intermediari digitali[104], come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea[105].

Non è questa la sede per analizzare *funditus* la proposta. Più significativo appare, invece, individuarne le linee di fondo, soprattutto nell'ambito della scelta tra eteroregolazione e autoregolazione delle piattaforme.

Come rilevato da attenta dottrina[106], sebbene l'architettura normativa europea sembri riferirsi a un modello di co-regolazione tra istituzioni pubbliche e autorità digitali private, nel quale cioè i codici privati di condotta che regolano la gestione dei contenuti debbano essere ancillari rispetto alla normativa pubblica, l'impianto del Digital Services Act non fornisce le regole sostanziali utili a definire quali siano le manifestazioni del pensiero vietate, cosicché «this task is delegated to the private self-regulation»[107]. In altre parole, la proposta della Commissione appare più attenta alla dimensione procedurale del rapporto tra piattaforma e utenti rispetto a quella sostanziale. In questo senso vanno lette le misure volte a garantire la trasparenza attraverso relazioni dettagliate sull'attività di moderazione dei contenuti (art. 13 e, per le grandi piattaforme, art. 33), a disciplinare più compiutamente i meccanismi di *notice and take down* (art. 14), a rafforzare l'onere motivazionale di caso di rimozione o disabilitazione dell'accesso ai contenuti (art. 15), a implementare i sistemi interni di gestione dei reclami degli utenti (art. 17) e a obbligare le piattaforme a informare prontamente le autorità degli Stati membri nel caso vengano a conoscenza di informazioni relative a gravi reati consumati o tentati (art. 21). Se le disposizioni richiamate possono essere valutate positivamente, non altrettanto è a dirsi per la persistente indeterminatezza delle condotte che consentono alle piattaforme di limitare la libertà di espressione degli utenti. La previsione contenuta nell'art. 35, secondo cui le piattaforme possono partecipare all'elaborazione di codici di condotta "*to contribute to the proper application of this Regulation, taking into account in particular the specific challenges of tackling different types of illegal content and systemic risks, in accordance with Union law*", legittima sul piano positivo l'assunzione da parte delle *big tech* di inediti compiti para-normativi.

L'approccio scelto dalla Commissione mira giustamente a rinvenire nella dimensione procedurale un terreno comune alle esperienze angloamericane, «per

---

[102] *Proposal for a Regulation of The European Parliament and Of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, 2020/0374.

[103] Direttiva 2000/31/CE.

[104] Ad esempio l'art. 7 del DSA ribadisce l'assenza delle per provider e intermediari digitali di un obbligo generalizzato di controllo sui contenuti ospitati o comunque veicolati: "*No general obligation to monitor the information which providers of intermediary services transmit or store, nor actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity shall be imposed on those providers*".

[105] Per una panoramica sull'argomento si v. M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., 254 ss.

[106] G. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, cit., 16.

[107] *Ibidem.*

affrontare in modo, se non unitario, almeno meno divergente la sfida che pone il ground zero della regolamentazione digitale»[108]. Tuttavia, continuare a consentire alle piattaforme di scegliere i valori di riferimento e di cesellare le fattispecie cui si collega la possibilità di limitare le libertà significa «affidare loro un ruolo che può essere accostato al *law-making*»[109], così producendo, come è stato giustamente rilevato, anche «una chiara torsione dell'idea di sovranità, che cessa di configurarsi come concetto riconducibile *in toto* allo spazio pubblico, allo Stato, per diventare invece oggetto di una parziale "condivisione" tra pubblico e privato, se non di una vera e propria "cessione" da parte delle autorità statali a favore del settore ICT»[110]. Se ad esso si aggiunge la funzione para-giurisdizionale esercitata da organismi come il Facebook Oversight Board, il giudizio deve essere ancora meno generoso.

Non sfugge come questo possa essere tutto sommato comprensibile se ci si pone nell'ottica del costituzionalismo americano, considerato l'orientamento della Corte Suprema che impedisce di riconoscere efficacia orizzontale al Primo Emendamento[111], che quindi non è invocabile nei rapporti tra privati in base alla *state-action doctrine*[112], ma è del tutto inaccettabile nel contesto europeo[113], ove la dottrina tedesca della *drittwirkung*[114] appare sostanzialmente condivisa e accettata.

In questo senso l'impostazione del Digital Services Act, anche considerando l'introduzione delle figure dei "punti di contatto" (art. 10), dei coordinatori statali dei servizi digitali (art. 38) e del Comitato europeo per i servizi digitali (art. 47), appare in qualche misura influenzata dalle tesi del *global administrative law*, che vorrebbero trovare lo strumento utile a governare la globalizzazione[115] nei meccanismi di *review*, negli obblighi di adeguata motivazione, nella trasparenza e nella responsabilità per le violazioni[116]. Come il *global administrative law*, così il proceduralismo digitale presupposto nella proposta di regolamento della Commissione UE pare accettare l'idea

---

[108] O. POLLICINO, *Libertà di espressione, piattaforme digitali e cortocircuiti di natura costituzionale*, in *Privacy&*, 1/2021, 7, il quale si riferisce in particolare «agli obblighi di trasparenza algoritmica per le piattaforme digitali e al data due process che comporterebbe il rafforzamento delle tutele degli utenti nel loro rapporto con le piattaforme».

[109] A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, cit., 501.

[110] A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, cit., 502.

[111] Cfr. J. C. KNECHTLE, *Mastering First Amendment Law*, Durham, 2018, 65 ss.

[112] Cfr. *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. ___ (2019): «The Free Speech Clause of the First Amendment constrains governmental actors and protects private actors. To draw the line between governmental and private, this Court applies what is known as the state-action doctrine. Under that doctrine, as relevant here, a private entity may be considered a state actor when it exercises a function "traditionally exclusively reserved to the State." Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U. S. 345, 352 (1974)». La letteratura sul punto è sterminata: tra i molti si v. M. TUSHNET, *Shelley v. Kraemer and Theories of Equality*, 33 *N. Y. L. Sch. L. REV.*, 1988, 383 ss.; T. PERETTI, *Constructing the State Action Doctrine, 1940-1990*, 35 *LAW & Soc. INQUIRY*, 2010, 273 ss.

[113] Sul punto, diffusamente, M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., 163 ss.

[114] Sulla quale il rinvio obbligato è a G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali,* Torino, 1970, 63 ss.

[115] Una disamina critica di questa e altre simili teorie è, se si vuole, in M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, Torino, 2018, 89 ss.

[116] G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, 161.

che le grandi imprese private titolari di un interesse egoistico particolare siano poste sullo stesso piano delle istituzioni nazionali cui è rimessa la cura dell'interesse pubblico. Difatti, nel diritto amministrativo globale la partecipazione è garantita sia alle istituzioni nazionali che ai privati e, dunque, si instaurano relazioni «triadiche»[117], ovvero tra istituzioni sovranazionali, istituzioni statali e poteri privati. La conseguenza, però, è che in questo modo le regole di condotta che devono presiedere al bilanciamento tra gli interessi in conflitto non saranno necessariamente l'attuazione dei valori costituzionali di riferimento delle comunità nazionali, e quindi espressione del perseguimento dell'interesse generale, ma si ridurranno ad essere il prodotto di una contrattazione: il proceduralismo non è di per sé una garanzia contro l'ingiustizia[118].

7. *Problemi di oligopolio.*

La situazione è senz'altro aggravata dall'oligopolio che si è formato nel settore[119] e inquina il *free marketplace of ideas* di cui discorreva Holmes[120]. Lo scandalo generato da *Cambridge Analytica*, che ha visto coinvolta Facebook, ha svelato il modo in cui l'accentramento di un simile potere, esacerbato da un utilizzo algoritmico della profilazione, può concretamente incidere sul funzionamento del gioco democratico: «il più pericoloso dei poteri della rete è quello di manipolare il voto»[121]. I *social media* rendono più agevole la pubblica discussione e possono essere uno strumento a favore della democrazia, purché però non siano nelle mani di un numero troppo ristretto di soggetti i quali, per la loro posizione, finiscono per dominare «*how public opinion is organized and governed*»[122].

Nonostante alcuni ritengano che il dominio delle grandi piattaforme sia un fenomeno di per sé irreversibile[123], un *enforcement* del principio della concorrenza appare quindi ineludibile, perché occorre spezzare quella perversa combinazione di «effetti di rete, economie di scala, pratiche di lock-in, economia dei Big Data»[124] che è sotto gli occhi di tutti.

Il vero problema, allora, è applicare alle piattaforme digitali l'arsenale antitrust, pensato e creato per settori completamente differenti. Difatti, sin dall'affermarsi dei modelli di *law and economics* propugnati dalla Scuola di Chicago, l'attuazione del

[117] S. CASSESE, *Chi governa il mondo*?, Bologna, 2013, 67.

[118] M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, cit., 94.

[119] Cfr. N. SMYRNAIOS, *Internet Oligopoly. The Corporate Takeover of Our Digital World*, Bingley, 2018, spec. 83 ss.

[120] O.W. HOLMES, *op. cit.*, 105.

[121] P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, 2/2018, 11.

[122] J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, vol. 118, 7/2018, 2035.

[123] Così R. PARDOLESI - R. VAN DER BERGH - F. WEBER, *Facebook e i peccati da «Konditionenmissbrauch»*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3/2020, 536.

[124] Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale*, 2018, 10.

principio della concorrenza ha sempre avuto come riferimento la teoria del prezzo[125]: ma come è possibile garantire la concorrenza in un mercato caratterizzato dall'assenza del prezzo, nel quale, cioè, le prestazioni rese ai consumatori/utenti sono gratuite? In altre parole: quali strumenti consentono di determinare la quota di mercato di una piattaforma che fornisce gratuitamente i propri servizi e, quindi, senza apparente remunerazione? Il tradizionale modello antitrust non è in grado di risolvere tali interrogativi, perché «the singular focus on market prices has caused a severe dissonance between antitrust law and modern marketplace reality»[126].

L'esempio paradigmatico, ancora una volta, è dato da Facebook e dalle sue controllate, come Instagram e WhatsApp.

Il modello di mercato di Facebook è stato definito «two-sided»[127]: da una parte si attraggono gli utenti, i quali possono utilizzare la piattaforma gratuitamente; dall'altra parte maggiore è il numero degli utenti, maggiore è la richiesta di inserzioni pubblicitarie che vengono vendute dalla piattaforma medesima, che si serve dei dati ricavati dalle attività degli utenti stessi. In un certo senso Facebook «attract users with various free services and "sell" them to advertisers»[128]. È evidente, allora, che applicando la teoria del prezzo non vi sarebbe mai la possibilità di "attaccare" il primo lato, ovvero quello rappresentato dal rapporto tra piattaforma e utenti. La piattaforma, infatti, non impone prezzi; non limita la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori; non applica condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; non subordina l'accesso all'accettazione di prestazioni supplementari non connesse all'oggetto del contratto[129].

Gratuità, tuttavia, non significa liberalità[130]. La prestazione di Facebook è gratuita, ma è comunque causalmente collegata a un interesse patrimoniale della società. Se poi si ragiona in termini sostanziali, più che formali, ci si avvede che l'assenza di prezzo non esclude una controprestazione a carico degli utenti, consistente nei dati che gli utenti cedono a Facebook e Instagram usando i loro servizi e che svelano le loro preferenze, i loro interessi e gusti. I due lati del *business* sono, quindi, strettamente connessi: l'accumulazione dei dati e il loro *mining* costituiscono il valore di scambio del "capitalismo della sorveglianza"[131], di cui gli utenti non hanno effettiva contezza[132]. Ciò

---

[125] R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis,* in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, 925 ss. Per un'analisi degli sviluppi successivi, tra i molti, H. HOVENKAMP, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2001, 11 ss.

[126] J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2015, 1197.

[127] L. FILISTRUCCHI – D. GERADIN – E. VAN DAMME – P. AFFELD, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, in *Journal of Competition Law &Economics*, 2/2014, 297.

[128] *Ibidem*.

[129] Cfr. l'art. 3 della l. n. 287/1990.

[130] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 813 ss.

[131] Cfr. D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumer's Preference for Privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 1/2019, 71: «this deterioration of privacy would be directly related to increased revenue and profits»; I. GRAEF, *When Data Evolves into Market Power – Data Concentration and Data Abuse under Competition Law*, in M. MOORE – D. TAMBINI, *Digital Dominance*, New York, 2018, 71 ss.

[132] Cfr. P.J. HARBOUR – T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 76, 3/2010, 780: «the data come from individual

vale persino per un sistema di comunicazione *one-to-one* come WhatsApp, nel quale le recenti modifiche alle politiche di privacy consentono agli inserzionisti di utilizzare le comunicazioni dirette tra privati e aziende[133].

Il cambio di passo consiste nel valorizzare l'intreccio tra principio della concorrenza e tutela della privacy, come proposto da quanti hanno cercato di dimostrare che nei mercati "a prezzo zero" i consumatori pagano attraverso i loro dati[134] e, pertanto, l'obiettivo dell'antitrust dovrebbe essere quello di salvaguardare la competizione garantendo l'interesse degli utenti a ricevere i migliori prodotti possibili in cambio della minor quantità possibile di informazioni[135]. Se si pone mente alla storia del controverso rapporto tra Facebook e privacy, ci si può accorgere del fatto che il deterioramento è iniziato proprio quando la piattaforma è divenuta dominante nel mercato con l'uscita dei principali *competitors*[136]. Non si tratta di sovrapporre o confondere due piani concettualmente diversi, ma di comprenderne le intersezioni[137], in un'epoca nella quale i dati hanno sempre e comunque un valore economico, sia esso di scambio o meno.

Un'indiretta conferma circa l'opportunità di percorrere questa strada proviene dal «*trend* che sempre di più, prima nella giurisprudenza della Corte di giustizia e da ultimo negli atti della Commissione, inserisce nella valutazione su determinate pratiche restrittive della concorrenza considerazioni legate all'interesse pubblico dell'Unione»[138]. Interesse che non si esaurisce nella mera efficienza del mercato, ma comprende anche la soddisfazione dei valori compendiati nella Carta di Nizza, tra i quali la protezione dei dati personali (art. 8), oltre che, più in generale, di quelli richiamati dall'art. 2 TUE[139].

---

consumers, who may or may not realize that they are paying for "free" information or services by disclosing their personal information».

[133] Https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy: «Precisazioni relative all'Informativa sulla privacy di WhatsApp. In seguito all'aggiornamento della nostra Informativa sulla privacy, abbiamo ricevuto numerose domande alle quali desideriamo rispondere per fare chiarezza ed evitare che continuino a circolare informazioni errate e non veritiere. Ci impegniamo sempre al massimo per far sì che WhatsApp continui ad aiutare la gente a comunicare in modo privato. È importante precisare che l'aggiornamento dell'informativa NON riguarda in alcun modo la privacy dei messaggi che scambi con amici e familiari. Le modifiche riguardano lo scambio di messaggi con le aziende, un servizio del tutto facoltativo, e offrono maggiore trasparenza sulle nostre modalità di raccolta e utilizzo dei dati».

[134] P. ARANGUEZ-DIAZ, *A New Opportunity for Digital Competition: Facebook, Libra, and Antitrust,* in *Stetson Law Review*, vol. 50, 2020, 204: «Facebook services are not free–users pay with their data and attention».

[135] J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, cit., 206: «Antitrust law protects the right to the fruits of a competitive marketplace: in zero-price markets, the right to receive the best possible products in exchange for the least possible amount of information».

[136] D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook*, cit., 69 ss.

[137] E.M. DOUGLAS, *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, in *The Yale Law Journal Forum*, January 18, 2021, 647 ss.

[138] G. REPETTO, *Efficienza economica, libertà e tutela dai poteri privati: a cosa serve il principio di libera concorrenza?*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/2021, 112.

[139] Cfr. G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINIS – G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, 25, secondo cui il diritto europeo della concorrenza ha una attitudine «a considerare interessi diversi da quello del benessere del consumatore».

Un recente esempio della valorizzazione europea del legame tra protezione dei dati e concorrenza è dato dalla già citata proposta sul Digital Markets Act.

Gli articoli 5 e 6, infatti, qualificano come sleali o comunque tali da limitare la contendibilità del mercato alcune condotte che impattano sulla gestione dei dati degli utenti, consentendone un indebito accumulo e, quindi, ponendo barriere all'ingresso. Si pensi alla combinazione tra i dati personali ricavati dai servizi della piattaforma con quelli provenienti da terzi (art. 5, lett. a) o all'utilizzo, in concorrenza con gli utenti commerciali, dei dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività di questi ultimi (art. 6, par. 1, lett. a). Si tratta di disposizioni volte a garantire la concorrenza nel mercato dei servizi digitali, considerando anche gli interessi degli utenti e del contesto imprenditoriale: dunque, «to the benefit of society as a whole»[140].

È un approdo che non deve stupire, né preoccupare gli ortodossi dell'antitrust. Non è forse «nel legame tra salvaguardia del pluralismo e rimozione degli ostacoli alla libera determinazione degli operatori economici e degli individui»[141] che la tutela della concorrenza «trova anche la sua ragione d'essere più profonda»[142]?

8. *Abbiamo bisogno di un costituzionalismo digitale?*

Le autorità private, titolari di un vero e proprio potere con il quale possono imporre «ad altri le proprie decisioni»[143], si sono mostrate in grado di incidere in senso negativo su numerosi interessi di rango costituzionale, prima fra tutti la libertà di espressione. Soprattutto nel contesto europeo essa costituisce una cartina di tornasole utile a mostrare la necessità di una regolazione eteronoma, attraverso la quale individuare il corretto equilibrio tra autorità e libertà.

Occorre partire da una premessa di fondo: che la proclamazione della libertà di espressione garantisca le persone non solo contro il potere pubblico, ma anche contro quello privato, come sostenuto da Carlo Esposito quando scrisse che «libertà e diritti garantiti dalla Costituzione non sono riconosciuti verso le sole autorità ma anche verso i privati»[144]. La Corte costituzionale, in una risalente decisione, ha poi convincentemente argomentato l'assunto, utilizzando il ragionamento *a contrario* per dimostrare l'irragionevolezza della soluzione opposta: «Se si pensasse diversamente, si dovrebbe giungere alla conclusione, sicuramente inaccettabile, che la Costituzione, mentre con estremo rigore stabilisce (non importa se in modo esplicito od implicito) quali pubblici interessi possano costituire legittimo limite ai diritti costituzionali di cui si discorre, nel contempo lasci al pieno arbitrio del legislatore ordinario la disciplina dei conflitti fra

[140] Punto 32 dei *Considerando*.

[141] G. REPETTO, *Efficienza economica, libertà e tutela dai poteri privati: a cosa serve il principio di libera concorrenza*, cit., 122.

[142] *Ibidem*.

[143] C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4.

[144] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 29, nota 61.

questi diritti e gli interessi privati, fino al punto di consentire la totale subordinazione dei primi ai secondi»[145].

Se la libertà di espressione è costituzionalmente protetta anche contro il censore privato, ne consegue che i sistemi di controllo sui quali si basa la *governance* privata delle piattaforme digitali presentano evidenti profili di frizione con il principio costituzionale.

Si tratta di preoccupazioni che – come si è visto – sono emerse anche nella letteratura statunitense, nonostante la riconosciuta inefficacia orizzontale del Primo Emendamento. Inefficacia, peraltro, che proprio in riferimento ai poteri privati del mondo digitale è stata messa in dubbio da una parte ancora minoritaria della dottrina che, pur non volendo direttamente superare la *state-action doctrine*, ha ragionato sulla necessità di rivendicare i valori sottesi alla proclamazione della libertà di espressione anche nei confronti delle grandi piattaforme[146]. Se poi si legge il testo della Costituzione americana si farà fatica a rinvenire un fondamento alla *state-action*: «no constitutional text unambiguously prescribes such a rule»[147].

Nell'opinione dissenziente del caso *Abrams*, Oliver Wendell Holmes scolpì quei valori attraverso un'argomentazione che proprio rispetto ai poteri privati del mondo digitale continua ad esprimere una forza senza precedenti:

> «una volta constatato che il tempo ha avuto ragione di molte fedi battagliere, possiamo giungere a credere, più di quanto crediamo nei principi fondamentali della nostra condotta, che il bene supremo è meglio raggiunto attraverso il libero commercio delle idee, che la prova migliore della verità è la capacità del pensiero di farsi accettare nella competizione del mercato e che la verità è l'unica base sulla quale i nostri desideri possono comunque essere realizzati. Questa, in ogni caso, è la teoria accolta nella nostra Costituzione. La quale, come tutta la vita, è un esperimento. Ogni anno, se non ogni giorno, dobbiamo scommettere la nostra salvezza su qualche previsione fondata su conoscenze imperfette. Finché tale esperimento fa parte del sistema, penso che dobbiamo costantemente vigilare contro il tentativo d'impedire l'espressione delle opinioni che detestiamo e consideriamo esiziali, tranne che minaccino d'interferire così da vicino con i leciti e urgenti fini del diritto da rendere necessario un riparo immediato per la salvezza del Paese»[148].

---

[145] Corte cost., sent. n. 122 del 1970, punto 2 del *Considerato in diritto*

[146] Cfr. P. SCHIFF BERMAN, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*, cit., 1266 ss., 1305: «the hope that cyberspace will be a space where individual liberties and constitutional values are a necessary part of the architecture might rapidly fade unless we are willing to rethink the state action doctrine»; D.K. CITRON – N.M. RICHARDS, *Four Principles for Digital Espression (You Won't Believe #3!)*, in *Wash. U. L. Rev.*, vol. 95, 2018, 1385: «just as digital privacy rights require protection against both public and private actors, so does the right to free expression. Even when the First Amendment is properly translated to the digital context, we need to make sure that its values are advanced against private power in digital environments where the state action doctrine renders constitutional doctrine inapplicable. If we are committed to ensuring that our expressive traditions survive the translation to the digital age, nurturing the capacity of free speech in privately-controlled online environments will be essential».

[147] F.I. MICHELMAN, *Alumni Distinguished Lecture in Jurisprudence - Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation*, in *Tennessee Law Review*, vol. 56, 2/1989, 306.

[148] O.W. HOLMES, *Abrams v. United States*, 10 novembre 1910, 250 US 616, 624, in ID., *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 105.

La metafora del "libero mercato delle idee" è «inappagante»[149] solo se confusa con un insostenibile *laissez-faire* a vantaggio delle piattaforme. Se invece viene correttamente riconosciuta la situazione oligopolistica che soffoca il settore possono essere valorizzate le virtualità interpretative del principio della libera concorrenza, il cui scopo ultimo è proprio «impedire la formazione di soggetti economici talmente potenti da condizionare l'esercizio delle libertà e il funzionamento della democrazia»[150]. Sono nelle Costituzioni, quindi, i principî e i valori che devono guidare il potere politico nel disciplinare il rapporto tra libertà e autorità private, riscoprendo lo statuto delle libertà costituzionali coinvolte.

Eppure, l'inconsapevole tendenza a svalutare i documenti costituzionali è sfociata in numerose elaborazioni, assai eterogenee e spesso contrastanti tra loro, tese ad affermare l'idea di un "costituzionalismo digitale". In cosa effettivamente esso consista non è però chiaro.

Secondo alcuni sarebbe rappresentato da una «constellation of initiatives that have sought to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the Internet»[151]. Riferendosi a molteplici "carte dei diritti di Internet", questi Autori parlano di un "costituzionalismo digitale" concepito, sulla scia di Teubner, come una sorta di "costituzionalismo sociale" che consentirebbe «to think about the 'ideal' Internet»[152].

Altri, rilevando la crescente attenzione delle istituzioni UE nei confronti delle piattaforme digitali, hanno teorizzato una nuova fase del costituzionalismo europeo, rispetto alla quale l'aggettivo "digitale" implicherebbe «the collocation of constitutionalism in a temporal and material dimension»[153]. Il Digital Services Act ne sarebbe un "esempio paradigmatico"[154].

Altri ancora hanno attribuito al "costituzionalismo digitale" la funzione di adattare i valori del costituzionalismo alla società digitale, liberandolo dai vincoli della dimensione statale e così illuminandone la transizione verso «new values and ideals, like it happened when constitutionalism eventually became 'democratic'»[155]. In particolare, questo processo di "costituzionalizzazione nell'ambiente digitale" prenderebbe le mosse dall'elaborazione di «new constitutional principles at societal

---

[149] O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media*, 1/2018, 80.

[150] M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 324.

[151] D. REDEKER – L. GILL – U. GASSER, *Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 303.

[152] D. REDEKER – L. GILL – U. GASSER, *Towards digital constitutionalism?*, cit., 316. Cfr. anche M. SANTANIELLO – N. PALLADINO – M.C. CATONE – P. DIANA, *The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments*, in *International Communication Gazette*, vol. 80, 2018, 333, secondo cui «digital constitutionalism has to be interpreted as the interplay between the social process of network design and the legal process of Internet-related law-making».

[153] G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, 18.

[154] G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in *Diritti Comparati*, 17 maggio 2021.

[155] E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorization*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 33, 1/2019, *passim*, spec. 88 ss.

level»[156] che varrebbero a bilanciare le alterazioni "dell'equilibrio costituzionale" prodotte dalle tecnologie digitali[157].

Abbiamo veramente bisogno di un costituzionalismo digitale di tal fatta?

Se esso viene declinato come sottospecie della teoria del costituzionalismo sociale di Teubner valgono nei suoi confronti le stesse obiezioni a suo tempo mosse contro quest'ultima[158].

Se il concetto viene impiegato in termini descrittivi, onde rinvenire una ragione di fondo delle diverse iniziative sovranazionali volte a disciplinare il cyberspazio, ne viene fatto un uso "irenico"[159].

Se, infine, se ne propone una teorizzazione che pretende di adeguare i valori costituzionali alla realtà delle piattaforme digitali, avanzandone nuove e diverse declinazioni, si finisce più o meno inconsapevolmente per traslare concetti secolari e assiologicamente pregnanti tradendone lo spirito e, dunque, assecondandone un'interpretazione quanto meno parziale. È lo stesso difetto che affligge le teoriche del *global constitutionalism* e del *rule of law* oltre lo Stato[160], di cui sono stati messi in luce «gli slittamenti semantici e la confusione concettuale»[161], così come la «povertà d'orizzonti e di aspettative»[162].

Più in generale, "costituzionalismo digitale" è un abuso di denominazione: una formula vaga seppure alla moda, che viene fatta "roteare" senza interrogarsi sulle sue implicazioni, prima fra tutte la carica svalutativa nei confronti delle Costituzioni statali, di cui si presuppone una inadeguatezza che però ci si guarda bene dal dimostrare. Forse, più che di uno sfuggente "costituzionalismo digitale", abbiamo bisogno di una politica – essa sì – autenticamente costituzionale, che non insegua la realtà, ma la orienti[163], rompendo le catene che legano le persone al "capitalismo della sorveglianza" attraverso un radicale cambio di paradigma: è necessario che «la protezione dei beni costituzionali, così come la tutela della libertà o il rispetto della rule of law, vengano progressivamente anticipati rispetto alla produzione delle applicazioni tecnologiche»[164] interiorizzando «i valori tutelati dal diritto costituzionale nella stessa progettazione delle macchine»[165].

---

[156] E. Celeste, *Digital constitutionalism*, cit., 93.

[157] *Ibidem*.

[158] *Supra*, par. 6.

[159] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2006, 1668.

[160] Sulle quali sia consentito rinviare a M. BETZU, *Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, cit., 89 ss., 97 ss.

[161] E. GROSSO, Recensione a *Marco Betzu, Stati e istituzioni economiche sovranazionali*, *Giappichelli, Torino, 2018*, in *Diritto pubblico*, 3/2020, 1025.

[162] M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, 42.

[163] Compito tipico degli Stati secondo R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 139.

[164] A. SIMONCINI – S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2019, 103.

[165] *Ibidem*.

9. *Una proposta brandeisiana: spezzare gli oligopoli digitali.*

L'analisi condotta ha cercato di confutare l'assunto, spesso acriticamente ripetuto, secondo cui il cyberspazio sarebbe il mondo delle libertà digitali da preservare contro il potere politico. Al contrario, nelle democrazie occidentali sono i poteri privati, divenuti autorità, a minacciare le libertà costituzionali delle persone, prima fra tutte la libertà di espressione. Tuttavia, il problema del rapporto tra autorità private e libertà non esaurisce le questioni sul campo. Accanto ad esso si pone, infatti, il tema del rapporto tra poteri pubblici e privati, divenuti più grandi e più ricchi di molti Stati occidentali. Per secoli è stato il potere politico l'interlocutore necessario dell'individuo e l'autonomia dei privati è stata costruita come un bilanciamento ai pubblici poteri. Ma nel mondo digitale sono i poteri privati a interfacciarsi con le persone, raccogliendone i dati, profilandole, condizionandone il pensiero[166].

Se si vuole perseguire un approccio regolatorio nei confronti di questi sterminati poteri privati, che sia al tempo stesso realistico ed efficace, non si può non intervenire per spezzare i tanti oligopoli di cui è disseminato il mondo digitale. È questa la principale – ma non l'unica – prospettiva di regolazione cui è chiamato il potere pubblico, cui spetta la "cattura costituzionale" dell'economia digitale.

La proposta di regolamento rappresentata dal Digital Markets Act, così come gli interventi delle Autorità antitrust nazionali – Stati Uniti[167] e Germania[168] su tutte – sono un primo passo verso la giusta direzione, ma non sono sufficienti.

Occorre innanzitutto superare le ortodossie che hanno impedito, ad esempio, di sanzionare efficacemente l'acquisizione di Instagram e WhatsApp da parte di Facebook e che tuttora impediscono di disporne lo smembramento, come invece fatto un secolo fa nei confronti della Standard Oil[169]. L'acquisizione di Instagram da parte di Facebook, avvenuta per un miliardo di dollari nel 2012, rappresenta un esempio paradigmatico di come un potere privato della Rete elimina la concorrenza nel suo settore di riferimento semplicemente comprando il più giovane *competitor*, inglobandolo nel suo ecosistema. Straordinaria, come ironicamente commentato da Tim Wu[170], la conclusione dell'Office of Fair Trading britannico, secondo cui non sussistevano prove evidenti che «Instagram would be uniquely placed to compete against Facebook, either as a potential social network or as a provider of advertising space»[171]. Una misura che potrebbe rivelarsi particolarmente efficace sarebbe la sottoposizione di tutte le procedure di acquisizione da parte delle grandi piattaforme che superino un certo prezzo a una doppia valutazione,

---

[166] Così C. PINELLI, nel suo intervento al seminario di Astrid *Pluralismo e democrazia nella società digitale. È tempo di regole*?, 29 gennaio 2021.

[167] Federal Trade Commission, Case No.: 1:20-cv-03590, consultabile su https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/051_2021.01.21_revised_partially_redacted_complaint.pdf.

[168] Bundeskartellamt, 6.2.2019, B6-22/16, Facebook.

[169] *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

[170] T. WU, *The Curse of Bigness*, London, 2020, 116.

[171] Office of Fair Trading, *Anticipated acquisition by Facebook Inc of Instagram Inc*, ME/5525/12, 2012, par. 29.

ex ante e *ex post*. La proposta di Wu consiste in una sorta di "acquisizione sulla parola", «that is reinvestigated after five years, and dissolved if obviously anticompetitive»[172].

Non può poi essere più procrastinata una seria riflessione sul ruolo dei *big data* nell'economia *data driven*[173], così come sulla necessità di favorire una competizione che premi le piattaforme che applichino standard di privacy più rigorosi dei concorrenti. In quest'ottica, dovrebbe essere altresì sottoposta a rigoroso scrutinio la pratica della condivisione delle informazioni raccolte dagli utenti con i *partner* terzi delle piattaforme, come inserzionisti e fornitori di servizi. Sarebbe opportuno, inoltre, valutare l'introduzione di *policies* che consentano di superare i vincoli derivanti dal *lock-in*, che rappresenta il principale motore della crescita dei *social network*, onde consentire la trasmigrazione dei propri contenuti da una piattaforma all'altra.

Promettente potrebbe poi essere la strada proposta da Fukuyama e altri, consistente nell'aprire le piattaforme a fornitori terzi di servizi *middleware*[174], in competizione tra loro, che consentirebbero agli utenti di scegliere i criteri attraverso i quali le informazioni vengono filtrate[175]. In questo modo verrebbe contenuto il potere delle piattaforme nel mercato delle informazioni, restituendo il controllo alle persone.

È infine venuto il momento di stipulare accordi internazionali in materia di *global minimun tax* a carico delle grandi aziende per combattere il fenomeno dei paradisi fiscali, come proposto dal Presidente Biden[176]. È stata l'inerzia degli Stati a consentire alle *big tech* di assumere le dimensioni che hanno oggi, è loro dovere redistribuirne la ricchezza attraverso una tassazione equa, progressiva e soprattutto effettiva.

Se lo scopo del costituzionalismo è la limitazione del potere, «nessuna delle sue forme può logicamente sfuggire al contenimento»[177]. E allora è compito del potere politico quello di limitare i poteri privati, prima di esserne fagocitato, se necessario anche attraverso specifiche revisioni dei Trattati europei o delle disposizioni delle Costituzioni statali in materia economica.

Non si tratta di un assunto inedito, né di recente conio. Lo spiegò, più di un secolo fa in un'audizione presso il Comitato sul commercio interstatale del Senato degli Stati

---

[172] T. WU, *The Curse of Bigness*, cit., 129.

[173] Cfr., tra i molti, G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto pubblico*, 1/2019, 89 ss.; A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, cit., 486.

[174] Secondo una definizione consolidata, i *middleware* sono *software* di raccordo tra due applicazioni per trasmettere dati da una all'altra. L'Enciclopedia Treccani ne da una definizione ancora più esplicativa: «elemento architetturale di un sistema informativo che introduce un livello di disaccoppiamento tra il nucleo centrale del sistema (che potrebbe essere costituito da un server o da un mainframe) e le sue parti periferiche, svolgendo, di fatto, un ruolo di mediazione tra i dati e le informazioni elaborati a livello centrale e ciò che viene gestito direttamente a livello di interfaccia con l'utente» (https://www.treccani.it/enciclopedia/middleware/).

[175] F. FUKUYAMA – B. RICHMAN – A. GOEL, *How to Save Democracy From Technology. Ending Big Tech's Information Monopoly*, in *Foreign Affairs*, January/February 2021, https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-11-24/fukuyama-how-save-democracy-technology.

[176] Cfr. https://www.nytimes.com/2021/05/20/business/economy/global-minimum-tax-corporations.html.

[177] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, 161.

Uniti, Louis Brandeis: «I think we are in a position, after the experience of the last 20 years, to state two things: In the first place, that a corporation may well be too large to the most efficient instrument of production and of distribution, and, in the second place, whether it has exceeded the point of greatest economic efficiency or not, it may be too large to be tolerated among the people who desire to be free»[178].

Si tratta di una sfida che può apparire ardua: i giganti digitali plasmano e controllano quotidianamente la nostra vita in maniera così pervasiva dall'essere divenuti parte integrante di essa. Ma partendo dalle parole di quel grande giurista dobbiamo dare attuazione ai principi costituzionali che rappresentano gli insostituibili strumenti «di civilizzazione dei rapporti umani»[179], proseguendo «la lotta all'arbitrio, la limitazione, il contenimento, la frammentazione del potere»[180]. Anche dell'immenso potere privato che governa il mondo digitale.

[178] *Hearings Before the Committee on Interstate Commerce, United States Senate, Sixty-second Congress, Pursuant to S. Res. 98, December 14, 15, and 16, 1911*, Government Printing Office, Washington, 1912, 1174.

[179] G. FERRARA, *Conclusioni*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni*, Napoli, 2008, 377.

[180] *Ibidem*.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA
IL DIRITTO COSTITUZIONALE E LE SFIDE DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA – 18-19 GIUGNO 2021

TERRITORIO, GLOBALIZZAZIONE, SPAZI VIRTUALI [*]

CRISTINA NAPOLI[**]

SOMMARIO: 1. Premessa. Un itinerario di ricerca. – 2. Il *territorio* quale entità metagiuridica e la sua rilevanza per il diritto. – 2.1. Il territorio come concetto giuridico di complessa *reductio ad unitatem*. – 2.2. Il rapporto tra territorio e Stato e la sua controversa natura giuridica. – 2.3. Finitezza e finzioni giuridiche. – 2.4. Il principio di territorialità del diritto. – 3. Il nuovo paradigma: la *globalizzazione*. – 3.1. Il mercato unico globale e i confini "bucati". – 3.2. Il diritto de-territorializzato. – 4. *Spazi* nuovi per confini "mobili". – 5. *Segue*. Un campo privilegiato di osservazione: gli *spazi virtuali.* – 6. Realtà artificiale, dimensione glocale, diritto al territorio. – 7. *Politiche* dello Stato-territoriale per gli spazi virtuali. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa. Un itinerario di ricerca*

Nella molteplicità di approcci scientifico-metodologici che il titolo della presente relazione offre allo studioso si intende in questa sede proporre un itinerario di ricerca condotto attraverso una riflessione sui singoli lemmi di cui esso si compone, osservati quali "momenti" che assicurano ritmo all'indagine, sia pure nell'ambito di un percorso unitario, forse circolare, in continua evoluzione.

Più specificamente, il "territorio" e "gli spazi virtuali", in ragione della *materialità* e della *immaterialità* di cui paiono rispettivamente ed irriducibilmente caratterizzati, costituiscono i due poli estremi dell'indagine, separati o – potrebbe anche dirsi – tenuti insieme dalla "globalizzazione".

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

[**] Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

L'ampiezza dei temi oggetto di approfondimento imporrebbe innumerevoli precisazioni introduttive funzionali a circoscrivere i confini dello studio compiuto e per questa via ad alleggerire le responsabilità che gravano su chi lo ha eseguito. A tali precisazioni si farà nel prosieguo, invero, ripetutamente ricorso e tuttavia pare a chi scrive che le tensioni maggiori che derivano dall'esigenza di restituire in forma scritta gli esiti dell'analisi condotta siano più che altro riconducibili a due preoccupazioni di fondo.

La prima attiene all'intreccio di saperi e conoscenze che con ogni evidenza evoca l'ambito preso in considerazione, il quale, per quanto possano provare a compiacersi le ormai pressanti sollecitazioni all'interdisciplinarità nelle attività di ricerca e formazione accademica, sarà affrontato nella prospettiva e con lo strumentario propri del diritto costituzionale.

La seconda attiene all'opportunità (se non alla necessità) di essere (ed apparire), in specie avendo riguardo a tematiche che attengono al rapporto tra le tecnologie ed il loro incessante sviluppo da un lato ed il diritto e la società dall'altro lato, insensibile a posizioni preconcette – di strenua difesa del *vecchio* o di facili entusiasmi per il *nuovo* e viceversa – idonee ad orientare e dunque a condizionare l'andamento e l'esito dell'indagine compiuta[1].

In via soltanto preliminare, pare potersi sottolineare una generalizzata tendenza a disfarsi delle categorie tradizionali del diritto e del diritto costituzionale in particolare sull'assunto che esse non siano più idonee a descrivere la realtà delle cose e delle relazioni che si instaurano tra soggetti privati e tra questi ultimi ed il pubblico potere[2] ed il campo oggetto di osservazione non fa a questo proposito affatto eccezione, fungendo piuttosto da speciale cartina di tornasole della richiamata tendenza.

In tale direzione, allora, l'obiettivo della ricerca, è duplice: verificare, in primo luogo, se ed in quale misura l'emersione di "spazi virtuali" quale nuova categoria giuridica (e non solo) abbia determinato il (definitivo?) superamento del concetto di "territorio" per come consegnatoci da secoli di riflessione teorica e già messo a dura prova dal fenomeno della "globalizzazione" e, in secondo luogo, se esistano *politiche* attraverso cui favorire tra "territorio" e "spazi virtuali" una virtu*osa* e reciproca valorizzazione, proprio giovandosi dei progressi che la "globalizzazione" ha prodotto.

2. *Il* territorio *quale entità metagiuridica e la sua rilevanza per il diritto*

La dottrina giuridica si è soffermata diffusamente sul concetto di territorio tratteggiandone la lunga e complessa evoluzione storica all'interno della quale la pace di

[1] Sull'impatto dello sviluppo delle scienze informatiche sul diritto e sulla società v. almeno V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968; ID., *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981; S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; J. HABERMAS, *Teoria e prassi nella società tecnologica*, Roma-Bari, 1974. In tempi più recenti sul rapporto tra diritto e tecnologia F. FAINI-S. PIETROPAOLI, *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino, 2017.

[2] C. FOCARELLI, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della* global governance*: alla ricerca del diritto globale*, in *Politica del diritto*, 2011, 222 rileva efficacemente la tendenza per l'appunto «a sfuocare la distinzione tra "costituito" (*Sein*) e "costituente" (*Sollen*) e ad "anticipare" come diritto ciò che, nella migliore delle ipotesi, sarà diritto futuro».

Vestfalia ha costituito, come noto, un sicuro spartiacque, in specie ai fini della determinazione dell'unità di misura territoriale base, quella statale[3].

Il tema coinvolge e si intreccia con quello del rapporto dogmatico tra territorio e Stato, dando luogo, peraltro, a significati ed a configurazioni spesso anche molto differenti a seconda che la prospettiva presa in considerazione sia quella del diritto internazionale ovvero quella del diritto pubblico interno[4].

La molteplicità di posizioni emerse in argomento e di cui qui è possibile tracciare soltanto le linee essenziali ha non di rado condotto ad escludere l'esistenza di un «concetto univoco di territorio nel campo del diritto»[5], risultando più agevole ricondurlo ad una entità sì giuridicamente rilevante per diverse e numerose finalità, ma da considerarsi piuttosto metagiuridica[6].

2.1. *Il territorio come concetto giuridico di complessa* reductio ad unitatem

Limitando il campo di analisi alla letteratura giuridica che ha approfondito il concetto di territorio per come affermatosi a seguito dell'avvento dello Stato moderno e nelle dinamiche proprie di quest'ultimo[7], sia consentito fare riferimento soltanto alle principali prospettazioni offerte sul tema che, invero non del tutto agevolmente, si è inteso contenere nei termini che seguono.

Il territorio assurge, innanzitutto, ad *elemento costitutivo dello Stato* «in quanto contribuisce a farlo essere quello che è, a dargli una sua individualità, insieme al popolo che lo abita, ma senza confondersi con questo, venendo ad assumere una posizione analoga a quella del corpo per la persona umana»[8]. La coessenzialità del territorio rispetto allo Stato, del resto, costituisce il portato della ripartizione avvenuta «nel corso dell'evoluzione dell'assetto politico del pianeta» di tutte quante le terre emerse, ad eccezione dell'Antartide, e di parte delle superfici marittime, in Stati «mentre lo sfruttamento dei fondi marini corrispondenti al mare libero e dichiarati "patrimonio

[3] G. SCHMIDT, *La Guerra dei trent'anni*, Bologna, 2008.

[4] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992, 334.

[5] Così M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, 1.

[6] D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, 7.

[7] Per una ricca e ragionata analisi dell'evoluzione del concetto di territorio e di spazialità giuridica nel Medioevo e nei diversi Paesi europei tra il XV ed il XIX secolo v. l'ampio lavoro monografico di A. DI MARTINO, *Il territorio dallo Stato-Nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010 ed in particolare i capitoli I e II.

[8] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, Tomo primo, 102-103. La posizione ha evidentemente come immediata conseguenza quella di non ritenere riconducibili al concetto di Stato le comunità statali prive di un dominio su una porzione di territorio. Sulla necessaria connessione tra l'ordinamento statale moderno con un territorio specificamente individuato, nonché sulle questioni della determinazione di una misura minima di superficie territoriale indispensabile per l'esistenza stessa dello Stato e della contiguità dei territori che vengono a costituire il nuovo Stato, v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, cit., 334 ss.

Sul carattere coessenziale del territorio rispetto allo Stato C. CERETI, *Costituzione e territorio*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. I, Padova, 1957, 399 ss.; R. ALESSI, *Intorno alla nozione di ente territoriale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960, 290 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, 49; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, 89; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2020, 145.

comune dell'umanità" costituisce oggetto di regolamentazione mediante convenzioni multilaterali»[9].

Ma il territorio – così come il popolo – è altrimenti ricondotto ad una entità diversa e distinta dallo Stato, la quale in quanto indispensabile per la stessa operatività dello Stato ne costituisce più fondatamente il *presupposto*[10] cosicché esso «è la parte della superficie terrestre, nell'ambito della quale lo stato è destinato a svolgere le sue funzioni»[11]. Esso, in specie nella riflessione internazionalistica, è considerato un concetto fondamentale dell'ordinamento giuridico, costituendo la «premessa su cui riposano e il punto di partenza da cui si svolgono le relazioni tra gli Stati»[12] ed in questa misura anche ove si prendano le distanze dalla configurazione di esso quale elemento costitutivo dello Stato «non può negarsi il carattere di presupposto necessario per la nascita dello Stato organizzazione e per l'attribuzione ad esso della soggettività giuridica internazionale»[13].

In specie nelle trattazioni più recenti, la nozione di territorio è per lo più declinata con riguardo all'esercizio della sovranità da parte dello Stato ed in questa misura esso costituisce la «proiezione spaziale della sovranità dello Stato, lo spazio fisico sul quale insiste l'elemento soggettivo (il popolo) e nel quale trovano applicazione le regole giuridiche legittimamente poste dallo Stato nell'esercizio della sua sovranità»[14] ed in tal senso «la precisa *delimitazione del territorio* è […] condizione essenziale per garantire allo Stato l'esercizio della sovranità e per assicurare agli Stati l'indipendenza reciproca»[15]. Il territorio «determina lo spazio in cui opera l'ordinamento giuridico dello Stato, spazio che gli è necessario per curare gli interessi generali di tutto il popolo»[16]. La potestà territoriale, in altri termini, altro non è che una manifestazione della propria sovranità e si atteggia in modo differente a seconda che si abbia riguardo all'ordinamento interno od a quello internazionale: da un lato, infatti, «in forza della sovranità che gli è propria, lo Stato [può] esercitare una piena autorità su tutte le "persone" e le "cose" che

---

[9] Così A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, 41 il quale, peraltro, sottolinea come parimenti specifiche regole siano, altresì, previste con riguardo allo spazio atmosferico ed allo spazio cosmico.

[10] Cfr. A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1971, 115.

Pur sottolineando come, secondo la dottrina tradizionale, la sovranità dello Stato si renda effettiva attraverso tre elementi costitutivi, tra cui il territorio, prende da essa le distanze associandosi alle posizioni che riconoscono nel popolo e nel territorio i «presupposti essenziali dello Stato» P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1972, 10. Rileva come «non sia agevole considerare il territorio una componente del concetto di stato al pari del popolo e dell'autorità di governo» G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2017, 98, secondo il quale «parlare del territorio come elemento costitutivo dello Stato significa indicare l'ambito entro cui sta il popolo e entro cui vige l'ordinamento e ad un tempo indicare un particolare oggetto fisico del potere statale».

[11] A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 118.

[12] D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928, XIV.

[13] A. GIOIA, *Territorio in diritto internazionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, 258.

[14] Cfr. S. PANIZZA, *Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Torino, 2019, 24-25.

[15] R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2018, 12-13. Il territorio è in questa prospettiva l'ambito spaziale entro cui lo Stato esercita «il supremo potere di comando […] in modo indipendente da qualsiasi altro Stato» ed in questo senso «se un altro soggetto, oppure un altro Stato, volessero esercitare nel medesimo ambito spaziale un potere di comando altrettanto indipendente sarebbero messe in discussione la sovranità e la stessa esistenza dello Stato».

[16] G. TREVES, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1973, 8.

… si trovino [al suo interno]» e «le norme degli ordinamenti stranieri possono trovarvi efficacia in quanto una norma dell'ordinamento statale rinvii ad esse, attribuendone, di regola l'applicazione ad organi propri»; dall'altro lato, lo Stato non può essere ostacolato nell'esercizio del proprio potere all'interno del territorio di riferimento, non può subire «spogliazioni» del territorio e può respingere qualsiasi violazione del territorio stesso e della relativa sovranità territoriale[17].

2.2. *Il rapporto tra territorio e Stato e la sua controversa natura giuridica*

Il raggio delle prospettazioni e la relativa ampiezza certamente non si riducono volgendo l'attenzione alla questione della natura giuridica del rapporto tra lo Stato ed il (suo) territorio, in riferimento alla quale tutt'altro che priva di rilevanza è la necessità di distinguere a seconda che si abbia riguardo all'ordinamento internazionale ovvero a quello interno.

Con riguardo al primo, non essendo questa la sede per ripercorrere le diverse posizioni assunte sul punto nella giusinternazionalistica cui peraltro autorevolmente si riconosce una rilevanza solo teorica non idonea a mutare «la sostanza delle cose»[18], può dirsi che il territorio dello Stato viene in considerazione come ambito spaziale entro cui il diritto internazionale riconosce allo Stato il *diritto di sovranità territoriale*[19]. Questo, concretandosi «nella facoltà di disporre del territorio (*ius utendi et abutendi*)» e «nella pretesa di escludere ogni altro soggetto da qualsiasi esercizio di potere sul medesimo (*ius excludendi alios*)»[20], svolge con ogni evidenza «un ruolo essenziale nel garantire la coesistenza degli Stati»[21]: in altri termini, lo Stato è titolare del «diritto di esercitare in modo esclusivo il potere di governo sulla sua comunità territoriale, cioè sugli individui (e sui loro beni) che si trovano nell'ambito del territorio)» ed al contempo su di esso grava «l'obbligo di non esercitare in territorio altrui (e senza il consenso del sovrano locale) il proprio potere di governo»[22].

Con riguardo al secondo, è necessario distinguere tra le posizioni tese ad affermare ovvero ad escludere la possibilità di qualificare il territorio come oggetto di un rapporto giuridico con lo Stato.

Tra le prime bisogna ulteriormente differenziare tra due orientamenti.

Da un lato, infatti, vi è chi fa rientrare il diritto dello Stato sul territorio tra quelli c.d. "della personalità", avendo esso ad oggetto una parte costitutiva della propria persona[23]. Il territorio, in questa accezione, non si presenta come un qualcosa distinto

[17] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, cit., 336-337.

[18] Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, 197.

[19] L. CITARELLA, *Territorio (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, 3. Sul tema in generale v. A. CAVAGLIERI, *Il diritto internazionale ed il rapporto giuridico fra Stato e territorio*, in *Archivio giuridico*, 1904, 77 ss.

[20] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 104.

[21] A. GIOIA, *Territorio in diritto internazionale*, cit., 262.

[22] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 197.

[23] La paternità della tesi è da ricondurre a S. ROMANO, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1902, 114; cfr. ID, *Scritti minori*, Milano, 1950, 167 ss.

dallo Stato, «ma si compenetra con esso, concernendolo non in quanto lo Stato "ha", bensì in quanto lo Stato "è"»[24]: bisogna in altri termini distinguere tra «"il diritto a ciò che si è", che cioè compone la persona, nasce con la nascita di questi e il "diritto a ciò che si ha", che perciò è estraneo alla persona, sopravviene dopo che questa è sorta, mero oggetto di dominio su qualche cosa di estrinseco e di non essenziale, ed in conseguenza può perdersi o mutarsi senza che si mutino contemporaneamente i caratteri costitutivi della persona»[25].

Dall'altro lato, per quanto ormai da considerarsi superate, si rammentano quelle posizioni che qualificano quello dello Stato sul territorio in termini di *diritto reale* di natura pubblica[26]. Tale configurazione, portato della fase storica di formazione dello Stato patrimoniale e profondamente messa in crisi dall'affermazione dello Stato di diritto[27], nonché dalla dissoluzione dell'assetto coloniale che ha fatto seguito alla seconda guerra mondiale[28], riesce comunque a sopravvivere sino a tempi non proprio remoti: tale declinazione per l'appunto *reale* del rapporto tra Stato e territorio, per quanto non riconducibile al regime proprietario dei beni, «importa per lo stato il potere di fare del territorio la sua sede, di esercitare su di esso le proprie funzioni, a chiunque appartengano in proprietà le singole parti che lo costituiscono, allo stato stesso, ad altri enti ovvero ai cittadini»[29].

---

[24] P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, cit., 339.

[25] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 105-106. Nell'ordinamento italiano tale tesi nell'ordinamento trova un testuale riscontro nell'art. 241 c.p. il quale riconduce all'interno dei *delitti contro la personalità dello Stato* l'attentato alla integrità del territorio statale (ai sensi dell'art. 241 c.p., infatti, "1. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti violenti diretti e idonei a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato, è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni.* 2. *La pena è aggravata se il fatto è commesso con violazione dei doveri inerenti l'esercizio di funzioni pubbliche*").

[26] Cfr, P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, trad. it. a cura di O. RANELLETTI-M. SIOTTO PINTOR, Torino, 1925, 271 ss.; U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1902, 363 ss.

[27] M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., 2 sottolinea come nell'ambito dello Stato patrimoniale «la sovranità si configurava come un diritto assoluto di stampo privatistico spettante al principe sui suoi territori, e di riflesso sulle persone che li abitavano; … la sovranità promanava dalla proprietà della terra, e restava irrimediabilmente intrisa di caratteri di "realità"». Con l'affermazione dello Stato di diritto e la «compiuta configurazione di una serie di diritti originari e inalienabili, spettanti al singolo nei confronti dello Stato» (tra cui la proprietà), «l'idea di un diritto reale dello Stato sul territorio recedeva inevitabilmente, rivelandosi inconciliabile con l'assolutezza del dominio privatistico sulle singole particelle della terra».

[28] Mette in luce le aporie delle dottrine giuspositivistiche sul territorio dello Stato avendo riguardo all'esperienza coloniale A. DI MARTINO, *Il territorio dallo Stato-Nazione alla globalizzazione*, cit., 229 ss. In generale sul diritto coloniale v. F. ARCOLEO, *Il problema coloniale nel diritto pubblico,* Napoli, 1914; E. CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Roma, 1933; U. BORSI, *Corso di diritto coloniale*, Padova, 1937; R. QUADRI, *Diritto coloniale*, Padova, 1964. Di recente, sul tema G. BASCHERINI, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, 2012.

[29] Così A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 118 secondo cui, peraltro, «il potere dello stato nei riguardi del territorio, volendo stabilire un parallelo con il diritto privato, si può considerare analogo alla facoltà di un soggetto di godere dell'abitazione secondo i propri bisogni: facoltà che, quando l'abitazione è di proprietà del soggetto, è una manifestazione del diritto di proprietà, quando la casa è di proprietà altrui, è l'espressione dello speciale diritto sulla cosa altrui che è denominato diritto di abitazione». In tempi ancora più recenti G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, 102-103 sottolinea come la qualificazione del territorio come elemento costitutivo dello Stato conduce alla configurazione di un «diritto su un elemento costitutivo della persona-stato» non potendo trattarsi di un diritto reale in quanto

La sussistenza di un rapporto giuridico tra il territorio e lo Stato viene invece negata da quelle prospettazioni che riconoscono nel primo il mero ambito di validità dell'ordinamento giuridico statale. Una esatta teoria del territorio deve muovere dal concetto di competenza cosicché, associata la sovranità territoriale alla competenza dello Stato sotto il profilo spaziale, il territorio diviene la sfera spaziale del potere dello Stato: nella dottrina pura del diritto, il territorio, così come il tempo, fa parte del contenuto della norma e la relazione che intercorre tra la norma e lo spazio è l'ambito di validità spaziale così come il rapporto tra la norma e il tempo è l'ambito di validità temporale[30]. Escludendo che il territorio possa dunque ricondursi ad un elemento *naturale*, esso si risolve nello spazio all'interno del quale uno Stato è autorizzato dal diritto internazionale a porre in essere atti che danno esecuzione al diritto nazionale[31].

2.3. *Finitezza e finzioni giuridiche*

Per quanto più *sfumate* nell'approccio competenziale appena richiamato, le nozioni di territorio cui si è fatto cenno del pari con le concezioni della natura giuridica del rapporto di quest'ultimo con lo Stato riescono in ogni caso a restituire una idea *finita* del concetto preso in esame, cosicché non sorprende che le trattazioni siano solite completarsi con la disciplina relativa ai confini statali quali «insieme di punti che delimitano le varie zone soggette alla sovranità territoriale [dello Stato][32].

Ai confini, infatti, è demandato il compito di circoscrivere l'estensione territoriale statale mediante delimitazioni *artificiali* ovvero *naturali* a seconda che la delimitazione derivi da segni convenzionali ovvero da elementi propri e risultanti dalla conformazione geografica: «i confini sono stabiliti, di regola, da convenzioni che uno stato stipula con gli altri stati vicini; in mancanza di accordi, i confini sono determinati in considerazione del lungo, non contestato possesso ovvero da principi dottrinari o consuetudinari, ai quali si fa ricorso quando tra due stati esiste una divisione naturale e non sia stabilita la linea relativa in virtù di una convenzione»[33].

Non pare particolarmente utile nell'economia del presente lavoro occuparsi della struttura e della estensione del territorio dello Stato in generale[34] e dello Stato italiano in particolare per come risultante dalle varie componenti quali la terraferma, il mare

«tale diritto presupporrebbe comunque la possibilità di distinguere il titolare dello stesso dal bene oggetto del diritto» e tuttavia si segnala come continuino ad esistere «diritti reali specifici su porzioni di territorio» che con riguardo allo Stato vengono in considerazione con il regime giuridico della *demanialità*.

[30] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, 222.

[31] H. KELSEN, *Principles of international law*, New York, 1960, 308. In posizione affine in Italia v. T. PERASSI, *Paese, territorio e signoria nella dottrina pura dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1912, 146 ss.

[32] Così A. GIOIA, *Territorio in diritto internazionale*, cit., 282.

[33] Cfr. A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 119.

[34] Sul tema v. M. GIULIANO, *Sui confini del territorio statale in senso stretto*, in *Studi in onore di G.M. De Francesco*, II, Milano, 1957, 427 ss.; anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 106 ss.; A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 119 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, cit., 340 ss.,

territoriale, il sottosuolo ed il soprasuolo[35], mentre si ritiene opportuno un breve cenno a due questioni che ben mettono in luce la crucialità del concetto di confine nello studio del territorio ed al contempo la (frequente) necessità di ricorrere, nell'ambito che ci occupa, a vere e proprie finzioni giuridiche.

La prima attiene alla ormai superata metodologia per individuare l'estensione del mare territoriale: la gittata massima dei cannoni che veniva fatta coincidere con il controllo effettivo che lo Stato era in grado di esercitare nella porzione di mare posizionato innanzi alle proprie coste. Ecco, tale originario criterio – con il tempo abbandonato in considerazione di un tale potenziamento dei mezzi bellici da vanificare, se applicato, il principio della libertà dell'alto mare con conseguente potenziale proliferazione dei conflitti tra Stati[36] – si ritiene forse più di ogni altro aspetto e paradossalmente esprimere la *materialità* del concetto di territorio cui si è fatto cenno in apertura, basandosi di fatto «sul presupposto che il diritto richiede la possibilità di essere attuato anche con la forza in caso di necessità» e «si estende fin dove lo stato ha la possibilità di fare sentire efficacemente la potestà d'impero per mezzo delle armi da fuoco (*imperium terrae finitur ubi armorum potestas*)»[37].

Eppure, e si arriva alla seconda questione, a fronte di questa *materialità*, tutt'altro che eccezionale è stato nel tempo il ricorso a vere e proprie finzioni giuridiche, strumentali a superare le strettoie della stessa *materialità* ed a consentire l'applicazione del diritto (*rectius*, di *un* diritto) a fatti posti in essere e verificatisi in un luogo non riconducibile al territorio individuato utilizzando in via esclusiva espedienti per l'appunto formalmente *materiali*[38]. L'esempio più significativo a questo proposito pare essere quello del c.d. *territoire flottant* con cui si è soliti indicare le navi e gli aerei, militari e civili, battenti bandiera di un determinato Stato. Tale forma di *ultraterritorialità* è da considerarsi valida in via ordinaria per i mezzi militari, mentre per quelli civili soltanto a condizione che non si trovino in uno spazio soggetto alla altrui sovranità[39]. In maniera

---

[35] Cfr. art. 4, comma 2 c.p. secondo cui "*Agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica [, quello delle colonie] e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato*". Su questi aspetti M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., 5-6; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, cit., 340 ss.; A. PIZZORUSSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 128 ss.

[36] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 108; M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, cit., 5.

[37] Cfr. A. TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 119.

[38] Cfr. Corte costituzionale, sentenza 5 dicembre 1961, n. 67: «il collegamento con lo Stato d'iscrizione svolge … la sua efficacia anche quando la nave si trovi in alto mare; e l'alto mare, infatti, secondo un'altra norma generalmente riconosciuta, è aperto al libero e pari uso di tutti i membri della comunità internazionale, in modo che ogni Stato vi può estendere l'esercizio della propria potestà nel rispetto dell'analoga libertà per gli altri Stati. Il predetto collegamento è tanto intenso da ritenere che la nave sia parte del territorio dello Stato in cui è immatricolata, volendosi affermare che questo vi fa valere la propria autorità come sul proprio territorio (art. 4 Cod. penale, e art. 4 Cod. nav.); e se, in tempi recenti, si è contestato il valore dogmatico di tale assimilazione, non si è oppugnata l'esistenza della norma che l'assimilazione intende esprimere. La quale spiega il suo significato e ha la sua giustificazione soltanto quando la nave viene a trovarsi fuori del mare sul quale impera esclusivamente lo Stato di cui essa ha la nazionalità; essendo ovvio che, ove in questo mare la nave sosti, non vi è ragione di ricercarne la condizione giuridica, né v'è motivo di indagare sul trattamento dei fatti e degli atti che vi si compiono a bordo, perché il mare territoriale è una continuazione della terraferma».

[39] Cfr. artt. 4, comma 2, secondo periodo c.p. secondo cui "*[l]e navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera*" e 4 cod. nav. secondo cui "*[l]e navi italiane in alto mare*

speculare possono determinarsi forme di *extraterritorialità* con riguardo alle navi ed agli aerei militari battenti bandiera straniera che vengano a trovarsi nello spazio marittimo od aereo dello Stato di riferimento[40].

2.4. *Il principio di territorialità del diritto*

Sullo sfondo di quanto sino ad ora osservato si muove il principio di *territorialità del diritto* che segue e storicamente si contrappone a quello di *personalità del diritto* in virtù del quale l'applicazione delle norme avveniva non sulla base del luogo in cui un fatto si verifica, bensì in relazione all'appartenenza di chi lo ha posto in essere ad una determinata categoria ovvero alla titolarità da parte di chi lo ha posto in essere di talune qualità[41].

Diversamente, la natura territoriale del diritto comporta che «le norme che compongono un certo ordinamento giuridico statale siano applicabili a tutti i fatti giuridici corrispondenti alle fattispecie astratte da esse previsti i quali si verifichino nella parte della superficie terrestre sulla quale il corrispondente stato esercita la sua sovranità» costituendo i casi in cui ciò non si verifica delle eccezioni derivanti dalla "qualità" di straniero del o dei soggetti nei cui confronti il diritto dovrebbe applicarsi[42].

Due processi evolutivi sono autorevolmente identificati come determinanti nell'affermazione della natura territoriale del diritto.

Il primo è individuato nella già ricordata spartizione della superficie terrestre in una molteplicità di Stati da cui è derivata la coincidenza tra il diritto e l'ambito statale ed in specie tra il diritto ed «il diritto di quello stato che esercita la sovranità sul territorio in cui si realizza il fatto la cui regolamentazione giuridica si tratta di determinare».

Il secondo è da ricondurre a quell'indirizzo che a partire dall'esperienza francese del XVIII secolo è valso «a considerare lo stato come l'unico titolare del potere di stabilire che cosa debba essere considerato come diritto e quindi a negare efficacia alle norme non statali prodotte nell'ambito della sovranità statale»[43].

Nell'ordinamento italiano, come è noto, il principio costituisce uno dei capisaldi dell'applicazione spaziale della legge penale cosicché ai sensi dell'art. 6 c.p. "*chiunque commette un reato nel territorio dello Stato, è punito secondo la legge italiana*". E a ciò si aggiunge che, poiché «l'interesse statuale alla repressione permane sia nel caso in cui nel territorio dello Stato si è esteriorizzata la volontà criminosa, sia nel caso in cui si è verificato l'evento offensivo»[44], il comma 2 del medesimo art. 6 accoglie l'ulteriore

e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio italiano".

[40] Ormai inquadrata in termini di *immunità diplomatica*, in passato veniva, altresì, ricondotta quale ipotesi di *extraterritorialità* la condizione degli edifici ospitanti le rappresentanze diplomatiche di uno Stato estero.

[41] Cfr. S.L. GUTERMAN, *From personal to territorial law: aspects of the history and structure of western legal-consitutional tradition*, Metuchen, 1972; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2017.

[42] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1997, 33.

[43] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 33-34 ss.

[44] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2018, 141-142.

principio c.d. di *ubiquità* in applicazione del quale il reato si considera commesso nel territorio statale, quando l'azione o l'omissione che lo costituisce è ivi avvenuta in tutto o in parte ovvero ivi si è verificato l'evento che dell'azione o dell'omissione è la conseguenza.

3. *Il nuovo paradigma: la* globalizzazione

Vi è ormai una qualche assuefazione al pensiero secondo cui quanto sino ad ora esposto costituisca null'altro che un quadro sbiadito d(e)i tempi che furono, avendo il processo noto come globalizzazione[45] frustrato la valenza teorica della categoria *territorio* in uno con il rapporto tra questo e lo Stato al punto di vanificarli, con conseguente neutralizzazione del principio di territorialità del diritto e decadimento della sovranità statale e del suo esercizio esclusivo.

Sul finire del secolo scorso veniva lucidamente osservato come la crisi della statualità[46] cui si assiste(va) trovasse le proprie ragioni giustificatrici, prevalentemente ed a differenza rispetto al passato[47], al di fuori dello Stato, dovendosi cioè esse essere ricollegate «all'impetuoso sviluppo dei fenomeni di globalizzazione e alla crescita di istituzioni internazionali e sovranazionali che erodono progressivamente lo spazio residuo della sovranità statale»[48].

Convenzionalmente fatta risalire al G6 svoltosi nel 1975 a Rombouillet cui parteciparono i capi di Stato e di governo delle sei più grandi economie mondiali, tra cui l'Italia, la globalizzazione consegue alla convergenza dei Paesi riuniti intorno alla necessità di incrementare la dimensione del volume del commercio mondiale in

[45] La letteratura sul tema è amplissima. V. almeno G. LAFAY, *Capire la globalizzazione*, Bologna, 1998; L. LEONARDI, *La dimensione sociale della globalizzazione*, Milano, 2001; J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002; A. SEN, *Globalizzazione e libertà* (trad. it. a cura di G. BONO), Milano, 2003; O. HÖFFE, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, Bologna, 2007; S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, Torino, 2008; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 2009; E. BARONCELLI, *Alle radici della globalizzazione. Le cause politiche del commercio internazionale*, Bologna, 2010; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2010; S. ROGARI, *L'età della globalizzazione. Storia del mondo contemporaneo dalla restaurazione ai giorni nostri*, Torino, 2014.

[46] Nella letteratura italiana con riguardo alla crisi dello Stato v. almeno F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-Nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, Napoli, 2014, 143 ss.

[47] A differenza, cioè, di quando Santi Romano individuava le ragioni della crisi dello Stato moderno «dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato» (cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Pisa letto il 4 novembre 1909 dal prof. Santi Romano*, Pisa, Tipografia Vannucchi, 28 e poi confluito in *Rivista di diritto pubblico*, 1910, 87 ss.).

[48] Così M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 125.

particolare a seguito delle ricadute sul sistema economico-finanziario internazionale del crollo del sistema di Bretton Woods nel 1971 e della crisi energetica del 1973[49].

Pur essendo già conosciuti «fenomeni di internazionalizzazione e interdipendenza planetaria dei processi economici», «la globalizzazione che si avvia da metà degli anni '70 segna un salto di qualità, l'affermarsi di un nuovo paradigma» in virtù del quale i protagonisti dello sviluppo non sono tanto le autorità politiche nazionali, quanto piuttosto «forze microeconomiche», «"spiriti" (o … "demoni") dell'impresa e del mercato»[50].

Dei fattori che hanno condotto a tale nuovo paradigma è qui possibile mostrare soltanto un'istantanea ed incompleta elencazione: la possibilità per le imprese, grazie allo sviluppo di sistemi produttivi, di spostarsi facilmente da un luogo all'altro e di dislocare le varie fasi del ciclo produttivo in aree territoriali differenti e se del caso non contigue; la *finanziarizzazione* della economia ove alla ricchezza derivante dal possesso di beni materiali si sostituisce la disponibilità di risorse finanziarie; il progresso tecnologico nel campo dei trasporti, delle comunicazioni e dell'informatica con tutto ciò che comporta in termini di spostamento di persone, cose ed informazioni da un posto ad un altro[51].

3.1. *Il mercato unico globale e i confini* "bucati"

Si osserva un duplice passaggio: da una economia a mercato nazionale ad una a mercato internazionale e da quest'ultima a quella a mercato unico globale.

Il primo ha visto l'abbandono di un sistema caratterizzato dallo svolgimento all'interno del territorio di un medesimo Stato di tutte le funzioni economiche classiche[52] e l'apertura ad altro sistema nel quale alcune di tali funzioni hanno continuato a svolgersi in ambito nazionale[53], mentre altre hanno oltrepassato i confini statali[54].

Nel secondo si è assistito all'ulteriore scostamento verso un sistema in cui le rammentate funzioni perdono «una connotazione nazionale» cosicché le merci circolano ben oltre i confini nazionali, la produzione e la distribuzione oltrepassano la dimensione statale e gli Stati perdono il ruolo di primo piano ormai svolto da imprese transnazionali:

---

[49] In particolare, v. punti 7 e 8 della *Declaration of Rambouillet* sottoscritta il 17 novembre 1975. Cfr. punto 7. "*We also concentrated on the need for new efforts in the areas of world trade, monetary matters and raw materials, including energy*"; punto 8 "*As domestic recovery and economic expansion proceed, we must seek to restore growth in the volume of world trade. Growth and price stability will be fostered by maintenance of an open trading system. In a period where pressures are developing for a return to protectionism, it is essential for the main trading nations to confirm their commitment to the principles of the OECD [Organisation for Economic Cooperation and Development] pledge and to avoid resorting to measures by which they could try to solve their problems at the expense of others, with damaging consequences in the economic, social and political fields. There is a responsibility on all countries, especially those with strong balance-of-payments positions and on those with current deficits, to pursue policies which will permit the expansion of world trade to their mutual advantage*".

[50] Così V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato: trasformazioni economiche, mutamenti sociali, risposte politiche*, in *Politica del diritto*, 2001, 515-516.

[51] Su questi aspetti R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2018, 14.

[52] Dal reperimento dei capitali, all'approvvigionamento di materie prime, al reperimento della forza lavoro, alla produzione, alla distribuzione ed al consumo.

[53] Tra cui il reperimento dei capitali, il reperimento della forza lavoro e l'organizzazione produttiva.

[54] Tra cui il rifornimento di materie prime, la distribuzione ed il consumo.

e ciò poiché «si può oggi dominare il mercato mondiale senza avere alle spalle una grande potenza militare e neppure una significativa potenza politica» potendo «le imprese transnazionali fare a meno dell'una, come dell'altra», «avendo in se stesse la forza che le sospinge alla conquista dei mercati mondiali»[55].

In altri termini, «la globalizzazione descrive l'interconnessione sempre più stretta tra i fattori della produzione su scala mondiale, che si realizza prima di tutto attraverso lo scambio di beni e servizi all'interno di mercati strettamente interconnessi»[56] cosicché i mercati a dimensione originariamente locale-nazionale, con l'instaurazione di un mercato unico, divengono globali in un *villaggio globale*[57].

In tale contesto, lo Stato subisce un sicuro indebolimento con riguardo al controllo sul proprio territorio[58]. Dalla creazione di un mercato mondiale, infatti, deriva una pluralità di conseguenze tra cui senz'altro la de-territorializzazione dell'economia posto che le risorse più preziose tra cui il capitale finanziario, le informazioni, la conoscenza si muovono con grande facilità da un Paese all'altro collocandosi nel luogo in cui si riscontra una maggiore convenienza; una sempre maggiore soggezione da parte degli Stati a decisioni prese oltre i confini nazionali, ma destinate ad avere effetti cruciali nei diversi territori statali; ancora una considerevole e non sempre sana competizione tra Stati al fine di attrarre imprese e capitali e per tale via aumentare la ricchezza prodotta ed esistente all'interno del proprio territorio[59]. L'economia basata sul mercato nazionale interno e/o rivolta al mercato esterno solo parzialmente appartiene al passato e «[t]utte le economie, anche quelle dei grandi paesi industrializzati, sono *estroverse*»: con la trasnazionalizzazione dell'economia «le leggi [di quest'ultima], sulla scia di quelle della tecnica e della scienza, hanno cominciato a reclamare un'oggettività e un'indiscutibilità che le ha rese sempre più impermeabili rispetto alla politica e alle decisioni … degli stati» con conseguente radicale messa in discussione della sovranità statale[60].

Tra le più affascinanti prospettazioni vi è senz'altro quella che offre (non la metafora ma) il concetto di "Impero": al declino della sovranità degli Stati-Nazione, cioè, non corrisponderebbe il declino della sovranità di per sé. Diversamente «la sovranità ha assunto una forma nuova, composta da una serie di organismi nazionali e sovranazionali

---

[55] Su questi aspetti F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, 2009, 178 ss.

[56] Cfr. T. GROPPI-A. SIMONCINI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Torino, 2013, 64.

[57] M. MCLUHAN-B.R. POWERS, *The global village. Transformations in world life and media in the 21st century*, New York, 1989.

[58] Da ultimo v. A. RUGGERI, *Territorio, persone, Costituzione*, in *Diritti regionali*, 22 ottobre 2018.

[59] Su questi aspetti R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, cit., 14: gli Stati vengono così a trovarsi dinanzi ad un'alternativa secca tra la chiusura delle proprie frontiere con conseguente esposizione del Paese al reale rischio di depauperamento ovvero la garanzia di piena libertà di movimento di capitali, beni e servizi con altrettanto conseguente accettazione della logica che presiede al mercato globale e della competizione intestatale.

Parla efficacemente di «globalizzazione coatta» A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione». Storia di una* metamorfosi*: dalla sovranità dei popoli nazionali alla sovranità dell'opinione pubblica (e della finanza) internazionali*, in *Politica del diritto*, 3/1998, 451 sottolineando la relativizzazione del concetto di indipendenza "nazionale" a meno che non si sostengano «oneri economici (di ricerca) e politici (di coalizione) molto salati, che però, spesso sono insopportabili da un solo Paese e dunque assumono natura "internazionale"».

[60] M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 161.

uniti da una unica logica di potere»: una «sovranità globale», insomma, chiamata "Impero" il cui tratto distintivo qualificante è l'assenza di confini. L'Impero, che «agisce su tutti i livelli dell'ordine sociale» e dà luogo ad un «apparato di potere *decentrato e deterritorializzante* che progressivamente incorpora l'intero spazio mondiale all'interno delle sue frontiere aperte ed in continua espansione», non opta facendolo proprio per uno dei sistemi esistenti, ma rimanda ad un ordine che cristallizza l'attuale per l'eternità[61].

Il processo di produzione della ricchezza si scardina, dunque, dalla tradizionale dimensione territoriale-statale e alla "ricchezza delle nazioni" si sostituiscono forme di "ricchezza senza nazioni"[62]: la globalizzazione in questo senso, quale trasformazione profonda che ha agito nel lungo periodo senza clamore, a piccoli passi e con moto costante[63], ha un impatto dirompente sullo Stato, inteso per l'appunto come Stato-territoriale determinando un vero e proprio arretramento della relativa sovranità[64].

Ed assieme alla territorialità la crisi travolge anche la nazionalità[65] poiché «la coesione nazionale appare strutturalmente compromessa dalla tendenza […] a proiettarsi sui mercati mondiali, cercando il vantaggio ed il profitto al di là di ogni confine nazionale, indifferente all'eventualità che il suo particolare benessere possa entrare in contrasto con quello dei connazionali»: in questa dimensione il "noi" cui allude l'insieme dei cittadini di una Nazione è travolto dal «cosmopolitismo dei maggiori possessori di ricchezza» che viene a sostituire il «vecchio nazionalismo delle classi dominanti»[66].

3.2. *Il diritto de-territorializzato*

È circostanza non oggetto di discussione quella per la quale la globalizzazione si sia imposta e con forza non soltanto sulle dinamiche legate al mercato ed ai sistemi economici di produzione, ma anche al mondo del diritto[67], ed in specie alla produzione ed alla interpretazione delle norme ed in riferimento alle quali si è riscontrata una incontestata tendenza all'attenuazione delle divergenze ed all'omogeneizzazione delle regolazioni[68].

---

[61] M. HARDT-A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2000, spec. 14-15.

[62] V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato*, cit., 516. Lo stesso Autore sottolinea a pagina 517 come «la tendenziale irrilevanza della dimensione territoriale nei processi di produzione della ricchezza genera la tendenziale irrilevanza della funzione statale in ordine al controllo di quei processi».

[63] F. GALGANO, *Il volto giuridico della globalizzazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 626.

[64] Cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, cit., 45.

[65] Cfr. P. CARROZZA, voce *Nazione*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, 126 ss.

[66] Così G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 61, il quale peraltro quale conseguenza dell'allentarsi del legame nazionale fa derivare la crisi dei «congegni unificanti, contenuti nelle Costituzioni positive, che possono funzionare in modo efficace solo se sussiste un sostrato di valori integrati in una visione di solidarietà, in grado di superare i contrapposti egoismi dei singoli e dei gruppi».

[67] In generale sul tema v., almeno, M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

[68] Non è questa la sede per occuparsi con l'opportuno grado di approfondimento dell'impatto della globalizzazione sul sistema delle fonti del diritto. In disparte i riferimenti bibliografici che seguono si rinvia sul tema a A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa ai tempi della globalizzazione*, Torino, 2008 pubblicato anche su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Il disallineamento tra i confini statali e quelli del mercato ha imposto la necessità di «fare i conti con nuovi modi e nuove fonti di normazione dei mercati» che oltrepassano le sovranità nazionali oltre ad essere spesso di provenienza non pubblica. Efficacemente è stato affermato che «la globalizzazione tende a rovesciare i tradizionali rapporti esistenti tra diritto e mercato, almeno secondo l'impostazione positivista seguita nell'Europa continentale. Laddove questa impostazione, incentrando nella sovranità statale l'organizzazione giuridica del mercato, instaurava un nesso di dipendenza dell'economia rispetto al diritto, la globalizzazione, sciogliendo il nesso tra mercati e stati, rende gli stati registi, sia pure non esclusivi dei propri statuti giuridici»[69]. Una tensione, quella tra potere politico e potere economico, del resto, che deriva dalle ambizioni normative che le costituzioni del secondo dopoguerra hanno espresso nei confronti del secondo[70] e che non hanno tardato a mettere in crisi la potestà regolativa statale proprio in ragione della «dissoluzione del legame fra economia e territorio e [del]la sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali o sovranazionali sempre più forti e numerose»[71].

Con riguardo al diritto la globalizzazione assume diverse sembianze, tra cui in particolare la creazione di numerosi organismi dotati di potestà che normativa o paranormativa ed al contempo di meccanismi di risoluzione delle controversie e di attuazione delle decisioni[72]; il sempre maggiore ruolo svolto dalla c.d. *soft law* nella disciplina di rapporti sociali[73]; i numerosi esempi di «dialogo fra legislatori, che tendono a riforme caratterizzate da una filosofia della convergenza»[74].

Il ridimensionamento subito dal principio di stretta territorialità costituisce un *fatto* finanche nell'applicazione della legge penale e ciò «al fine di soddisfare l'esigenza…di consentire una più ampia repressione penale di forme di criminalità particolarmente insidiose, che hanno in più assunto un carattere transnazionale»: il ricorso ormai frequente alle convenzioni internazionali, infatti, ha favorito e favorisce anche nell'ambito penalistico una espansione del principio di universalità ed un conseguente aumento delle ipotesi di punibilità di delitti commessi all'estero[75].

L'indubbia circolazione di valori giuridici, facilitata dalla sempre maggiore conoscenza degli ordinamenti diversi da quello statale, nonché dalle sollecitazioni

---

[69] M.R. FERRARESE, *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, in *Politica del diritto*, 1998, 407 ss. e spec. 408 e 418.

[70] G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, 21 ss.

[71] Così M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 160-161.

[72] Tra i diversi organismi sorti a livello globale ruolo di sicuro primo piano è da riconoscere al *World Trade Organization* istituito per la gestione dei negoziati in merito alle relazioni commerciali multilaterali e per risolvere le controversie eventualmente insorgenti tra le Parti.

[73] Nella molteplicità degli esempi possibili, in considerazione dell'importanza assunta, si rammenta l'UNIDROIT – Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato – organizzazione intergovernativa indipendente con sede a Roma, con lo scopo di studiare le esigenze ed i metodi per modernizzare, armonizzare e coordinare il diritto privato e in particolare commerciale tra Stati e gruppi di Stati e formulare strumenti, principi e regole uniformi di diritto al fine di raggiungere questi obiettivi.

[74] Su questi aspetti V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Volume I. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2010, 24-25.

[75] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 140,

derivanti da formule quali "i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili"[76] ovvero "le tradizioni costituzionali comuni"[77], hanno favorito l'emersione di un *diritto transnazionale*[78] per esso intendendo «l'insieme di quei principi giuridici fondamentali che appaiono suscettibili di essere accettati nei diversi ordinamenti anche indipendentemente dal fatto di essere in essi introdotti attraverso espliciti atti normativi, perché corrispondenti ad una concezione del diritto fondata sulla ragione e comune a tutti gli uomini e a tutti i popoli»: le soluzioni normative provenienti *aliunde* sono accolte in ragione della «capacità che ess[e] hanno di "persuadere" soggetti ad essi non vincolati dalla loro idoneità a regolare certe materie o certe fattispecie»[79]. Autorevolmente tale diritto è declinato in un duplice senso: da un lato, come «circolazione dei modelli a livello giurisprudenziale» in virtù della quale «un giudice (o altro operatore del diritto), nella ricerca del diritto da applicare ad una fattispecie sottoposta al suo esame che egli compie in base all'ordinamento giuridico vigente nel suo paese, utilizza formanti che sono stati elaborati o utilizzati in altri paesi (*leges alii loci*) e che gli sembrano utili ai fini dell'interpretazione del diritto vigente nel suo»; dall'altro lato, come «diritto degli ordinamenti privati extra statali e delle organizzazioni non governative» comprendente «un complesso di regole a carattere consuetudinario […] sono osservate da un complesso di soggetti che agiscono in un determinato campo dell'attività economica e che le applicano in relazione a rapporti non regolati dal diritto statale (o da altro diritto ad esso in un modo o in altro collegato), la cui osservanza non è assicurata in modo rigido dagli organi statali o internazionali, per cui si creano degli spazi nei quali gli ordinamenti transnazionali vengono così a inserirsi»[80]. Con forza si afferma che «il nuovo che avanza al principio del terzo millennio è una società senza Stato […] che ha dimensioni planetarie e che è retta da un proprio diritto, che è un diritto sovranazionale a formazione spontanea, detto Nuova *lex mercatoria*»[81]. Una sorta di riedizione di un universalismo giuridico che replicando il diritto dei mercanti esistente prima del 1648 pone fine alla lunga parentesi di statalizzazione del diritto avviata con Vestfalia[82].

In tempi più recenti, peraltro, si è venuto affermando un concetto di *interlegalità* quale portato delle interconnessioni che si instaurano tra ordinamenti diversi, o per meglio dire tra «legalità, al plurale»: poiché i problemi giuridici da affrontare in concreto sono

[76] Cfr. Statuto Corte internazionale di Giustizia, art. 38, lett. *c*). Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *I principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale*, Torino, 1931.

[77] Cfr. Trattato sull'Unione europea, art. 6.3. La bibliografia sul tema è amplissima; sia consentito un unico riferimento a A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

[78] In argomento v. almeno P.C. JESSUP, *Trasnational Law*, New Haven, 1956; M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 74 ss.; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006; G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012; ID., *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Rivista AIC,* 4/2013, 18 ottobre 2013; S. SASSI, *Diritto transnazionale e legittimazione democratica*, Padova, 2018; G.F. FERRARI, *Diritto transnazionale, diritti di libertà e forme di tutela*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021.

[79] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 324-325.

[80] Così A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa ai tempi della globalizzazione*, cit., 33 e 35.

[81] F. GALGANO, *Il volto giuridico della globalizzazione*, cit., 627. In generale sul tema, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

[82] B. MARCHETTI, *Rileggendo Sabino Cassese sul diritto globale*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 155.

tutt'altro che circoscrivibili in specifici settori della regolazione, l'isolamento funzionale di ciascuna legalità si rivela inefficace ed il diritto non «può farsi dipendere in modo esclusivo da uno tra i singoli ordini giuridici o regimi che emergano come simultaneamente rilevanti in casi concreti»[83].

Le forme di collegamento tra diritti statali, le tecniche di unificazione legislativa nonché l'affermazione del diritto transnazionale dimostrano come dai confini territoriali non derivi ancora una statualità del diritto cosicché è invero affermazione ormai non più recente che «l'ambito di applicazione del principio di territorialità del diritto [abbia] probabilmente superato il punto di sua massima espansione»[84].

Esiste, insomma, ed è stato compiutamente osservato, un diritto *oltre lo Stato*, a dimensione globale e caratterizzato da un assetto e da un movimento orizzontale più che gerarchico, all'interno del quale rimane sfumata la distinzione tra soggetti pubblici e soggetti privati nella produzione delle fonti normative[85].

E dal *diritto* globale al *costituzionalismo* globale il passo non è poi così lungo cosicché nella «tessitura costituzionale multipolare e a-sistematica»[86] si delinea una crescente centralità della difesa dei diritti[87], un processo di separazione dei poteri con attribuzione di specifici poteri a specifici soggetti[88], oltre ad una disciplina delle fonti del diritto ed una struttura giudiziaria globale[89].

Piace concludere questo paragrafo rammentando il collegamento lucidamente rintracciato tra l'accettazione del principio pluralistico quale caratteristica della forma di Stato di gran parte dei paesi del mondo ed il dischiudersi delle nuove prospettive di (ri)applicazione del principio di personalità del diritto[90], con riferimento al quale in letteratura è stigmatizzata l'inevitabile tendenza unificatrice[91] ovvero, alternativamente, è annunciata la altrettanto inevitabile creazione di regimi diversificati benché in una dimensione di *convergenza* giuridica[92].

---

[83] G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto e il ruolo delle Corti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2/2018, 315 ss. In argomento, v. diffusamente J. KLABBERS-G. PALOMBELLA (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, 2019.

[84] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 35-36.

[85] L'espressione è notoriamente da ricondurre a S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.

[86] Sulla intelaiatura costituzionale della globalizzazione M.R. FERRARESE, *Il puzzle costituzionale della globalizzazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 603 ss.

[87] Per una ricca riflessione che conduce ad un «diritto costituzionale cosmopolitico non occidentalizzato», v. Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali, alla luce del comune nucleo essenziale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa svoltosi a Capri, 3-4 giugno 2005, Torino, 21 ss. e ID., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007.

[88] Cfr. S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

[89] S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

[90] A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 36.

[91] Cfr. A. SPADARO, *Gli effetti costituzionali della c.d. «globalizzazione»*, cit., 454-455 parla di «preludio di una sorta di "nuovo Medioevo"» ove «il villaggio planetario multiculturale, interetnico e interreligioso … resterà comunque largamente dominato dall'Impero, e quindi da una sostanziale prevalenza del … "pensiero unico"».

[92] M.R. FERRARESE, *Mercati e globalizzazione*, cit., 415-416 ove si sottolinea che «le norme giuridiche a dimensione globale, piuttosto che produrre un unico statuto giuridico del mercato, interagendo con diversi contesti istituzionali, creeranno assetti regolativi diversificati in via di fatto»: [l]a globalizzazione

4. Spazi *nuovi per confini "mobili"*

Non sorprende allora come si registri una tendenza a disfarsi della categoria concettuale del territorio per accoglierne altra che pare meglio attagliarsi alla *immaterialità* propria delle dinamiche relazionali contemporanee: lo *spazio*. Questo, che già nel significato accolto all'interno dei dizionari restituisce l'idea di un campo non definito, con particolare riguardo al diritto è stato nel tempo utilizzato per descrivere entità sì *fisiche*, ma per l'appunto di non immediata ed incontroversa delimitazione, tra cui senz'altro è possibile rammentare lo spazio atmosferico e quello cosmico[93] ovvero quello aereo ed extratmosferico[94].È stato osservato che l'ossessione dello spazio tipica dell'epoca contemporanea abbia sostituito quella per il tempo e per la storia che ha invece caratterizzato il XIX secolo: si sottolinea come «viviamo nell'epoca del simultaneo, nell'epoca della giustapposizione, del vicino e del lontano, del fianco a fianco, del disperso» e lo spazio dopo la fase della *localizzazione* e quella della *estensione*, attraversa in tempi più recenti la fase della *dislocazione* che deriva dalle «relazioni di prossimità tra punti ed elementi»[95].

Dal concetto di dislocazione deriva che «non esiste uno spazio predefinito politicamente per il diritto»: quest'ultimo, cioè, pare «non instaurare relazioni univoche con i luoghi […] e d'altro canto «i luoghi possono essere abitati da relazioni giuridiche plurali e variabili». Per il diritto «spesso i luoghi sono solo dei teatri mobili, o provvisori […] in quanto offrono più o meno casualmente degli scenari per mobilitazioni, proposte, o prestazioni giuridiche, che si sarebbero potute verificare anche altrove». Anche il diritto globale appare un "diritto dislocato" che intrattiene con i luoghi non più rapporti obbligati, ma sempre più spesso occasionali e mutevoli[96].

In questo panorama una posizione di sicuro primo piano non può che essere riconosciuta alla concezione del territorio come spazio culturale. Nella revisione degli elementi dello Stato operata attraverso l'individuazione della cultura quale quarto elemento, il territorio dello Stato è «un paese che la cultura rende unico, uno *spazio culturale*», per l'appunto. La riflessione muove proprio dalla affermazione che il territorio dello Stato non possa rimanere indifferente al «processo dinamico di una società multinazionale delle comunicazioni mondiali, nella quale tutto sembra muoversi ed estendersi nello spazio ed in cui solo pochi elementi sembrano «fissati» in maniera durevole». Il territorio dello Stato costituisce «una base della identità culturale e della individualità storica dello Stato stesso», «[t]utta la Costituzione viene ad essere il

economica induce insomma crescente variabilità di contenuti dietro etichette, formule e principii giuridici generali».

[93] F. DURANTE, *Spazio atmosferico e cosmico* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1993.

[94] E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio aereo e spazio extra-atmosferico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, 258 ss.

[95] M. FOUCAULT, *Spazi altri. I luoghi delle eterotopie*, trad. it. a cura di S. VACCARO, Milano, 2002, 19-21.

[96] M.R. FERRARESE, *Diritto globale e «dislocazioni» giuridiche. A partire da un volume di S. Cassese*, in *Politica del diritto*, 2011, 387-388.

"contesto" all'interno del quale opera l'elemento del territorio dello Stato» e l'appropriazione da parte dello Stato costituzionale del proprio territorio come cultura è incessante. Il territorio dello Stato, peraltro, «viene ad essere uno strumento al servizio dei diritti fondamentali come valori fondamentali dello Stato costituzionale», i quali, proiettandosi essi stessi nel concetto di territorio, fanno di quest'ultimo stesso un "valore fondamentale" dello Stato costituzionale»[97]. Dopo la «catastrofe di civiltà» cui si è assistito nella prima metà del secolo scorso, del resto, la stessa nozione di sovranità vede al «fondamento di autorità» sostituirsi il «fondamento di valore» e «i valori fondamentali della civiltà umana […] assumono la veste di *sovrani*» cosicché «l'effettività dei valori diventa […] il *punto archimedico* dell'ordinamento, la sovranità ideale di una teoria dello Stato interamente sciolta dal principio soggettivo di autorità»[98].

Gli spazi che il normativismo considera come un «dato esterno al diritto» sono da quest'ultimo determinati in modo arbitrario ed artificiale: «i 'grandi spazi' del nostro tempo son spazi della libera economia, delle imprese competitrici, degli scambi di beni. Sono mercati» e «il diritto, affrancandosi dalle radici terrestri, si fa *signore di qualsiasi spazio*; esso non ne è dominato, ma lo domina». Dell'artificialità vengono elogiate le virtù in specie con riguardo alla manovrabilità ed alla variabilità dalle quali il «puro normativismo» riceve un «inatteso rilievo». «Il diritto, perdendo le radici terrestri e affinandosi nell'intima artificialità, si fa duttile e sciolto»: l'artificialità sradica il diritto dal territorio e per questa via al contempo lo indebolisce «in intensità spirituale» e lo rafforza «in capacità normatrice». La staticità del *nomos* schmittiano derivante dal vincolo naturale con la terra lascia il posto alla *dinamicità* della teoria kelseniana che, svincolata da fondamenti di luogo, grazie all'artificialità si muove senza limiti così come «la latitudine della tecnica e dell'economia» del nostro tempo esige[99].

Nel contesto europeo «che della modernità giuridica è il più avanzato modello» si assiste del resto ormai da decenni al «tentativo di organizzare lo spazio politico senza ricorrere al paradigma territoriale».

Se, infatti, già la delimitazione geografica del confine territoriale europeo non si presenta propriamente agevole in ragione dell'assenza tra Europa ed Asia di segnali naturali idonei a fungere da demarcazione tra i continenti, a ciò non sopperiscono i Trattati ove come è noto il campo di applicazione territoriale dei medesimi – e dunque accogliendo una nozione competenziale di territorio – è determinato facendo riferimento a(i territori de)i singoli Stati membri ai sensi dell'art. 52 TUE per come precisato dall'art. 355 TFUE.

---

[97] P. HABERLE, *Stato costituzionale (I Principi generali)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2000, 7.

Con riguardo alla Costituzione italiana G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 2 agosto 2017, deriva dall'art. 9 Cost. connesso sistematicamente con gli artt.16, comma 1, 117, comma 2, lett. *m*), 120, comma 1, 10 comma 3, 16 comma 2, 5, 80, 132 e 133 Cost. una «nozione concreta, storicamente radicata di territorio quale prodotto di cultura e quindi di valore costituzionale» cui se ne accosta altra, ospitata dagli artt, 2, 10 e 11, da considerarsi «destoricizzata […] evitandone potenziali letture isolazioniste o etnicamente connotate».

[98] Così G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., 56 e 58.

[99] Su questi aspetti v. diffusamente N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006 e in spec. 49-51 e 54-55.

In piena coerenza con l'astrattezza del concetto di spazio, libero da delimitazioni storiche e/o naturali, lo spazio europeo è «funzionale e non geografico, sganciato da identità storiche escludenti, permeabile, aperto al pluralismo e all'interculturalità, fondato sull'intreccio e l'interdipendenza di molteplici sovranità statuali insistenti sul medesimo ambito geografico». Lo spazio europeo, dunque, che pare mantenere un volto unitario con riguardo alla promozione della "coesione economica, sociale e territoriale, e [del]la solidarietà tra gli Stati membri" ai sensi dell'art. 3, par. 3 TUE, «si frammenta in differenziati spazi funzionali: lo spazio del mercato interno e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che si intrecciano a loro volta con lo spazio dell'area Euro», oltre a differenziarsi fortemente «fra *esterno* ed *interno*»[100].

5. Segue. *Un campo privilegiato di osservazione: gli* spazi virtuali

Quanto si è venuto osservando nel paragrafo precedente trova – ove occorresse – un vero e proprio «acceleratore storico» nella «rivoluzione tecnologica di Internet», da cui deriva una «rivoluzione spaziale» che «ha dato forma […] ad un 'non luogo'» capace di modificare la dimensione spazio-temporale posto che «[o]gni utente di Internet è in condizione di essere "ciberneticamente" presente in tempo reale in qualunque luogo della Terra»[101].

La globalizzazione, detto altrimenti, raggiunge «il grado più alto nella rete telematica. Dove certo sono individuabili i luoghi dei singoli computers, disseminati sulla superficie terrestre; e così i luoghi e i nomi degli innumerevoli 'utenti'. Ma dove il contenuto, visivo e audiovisivo, non ha posizione nello spazio. Esso costituisce e determina il proprio 'spazio': lo spazio telematico, che è un non-luogo, poiché i 'luoghi' appartengono a terra mare aria». «Navigando in internet …, non tocchiamo alcun approdo spaziale, ma soltanto risultati visivi o auditivi. Parole e suoni e figure, che non sono né qui né lì, ma nel puro spazio telematico». Quest'ultimo «si distende intorno alla terra come un sopramondo, un'epidermide popolata di esseri intangibili, percepiti soltanto dal nostro occhio e dal nostro orecchio»[102].

L'avvento delle nuove tecnologie ed in particolare di quelle digitali funge, cioè, da energica sollecitazione al consolidamento degli *spazi* quale strumento per individuare il

[100] Cfr. G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., 38-46.

Sulle tematiche richiamate v. almeno i seguenti recenti volumi A. ARENA-F. BESTAGNO-G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, , 2020; A. DI STASI-L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio Europeo di Tampere*, Napoli, 2020; D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano v. E. CATELANI (a cura di), *L'ordinamento giuridico italiano nello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia*", Napoli, 2014.

Per un percorso ragionato sugli *spazi* europei, A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-Nazione alla globalizzazione*, cit., 411 ss.

[101] G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., 17.

[102] Cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi*, cit., 60-61.

dove qualcosa si verifica e/o qualcuno si trova, posto che lo *spazio virtuale*[103] combina per così dire la a-territorialità con la materiale impossibilità di procedere ad una operazione di delimitazione dei confini[104]. L'avvento di *Internet*[105] ha dunque esposto gli studiosi a confrontarsi sulla tenuta delle categorie classiche del diritto costituzionale, tra cui innanzitutto la sovranità degli Stati ed a questo proposito è noto come in una primissima fase si siano imposte posizioni volte ad affermare l'indipendenza del cyberspazio dall'ambito di esercizio del potere sovrano statale: in ragione del contesto globalizzato in cui *Internet* si inserisce e della a-territorialità propria del medesimo, nello spazio virtuale la sovranità degli Stati non avrebbe potuto che subire una sostanziale *deminutio*. Rivolgendosi ai "governi del mondo" nella celebre dichiarazione di indipendenza del cyberspazio veniva chiarissimamente affermato: «You have no sovereignty where we gather» posto che «…the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear»[106].

Corollario di tale concezione anarchica della rete è evidentemente l'inconciliabilità tra l'espansione di questa e qualsivoglia forma di regolamentazione di derivazione statale o in senso lato pubblica. Venendo meno il concetto di sovranità statale (territoriale) ogni pretesa da parte degli Stati di disciplinare il cyberspazio è da considerarsi giocoforza recessiva. La diffidenza nei confronti dell'autorità pubblica ed il rifiuto della limitazione che la libertà nella e della rete andrebbe a subire dall'esercizio di potestà regolatorie pubbliche rendono, se del caso, ammissibili soltanto strumenti di *self-regulation*. La via per regolare *Internet*, in altri termini, non può che essere la produzione di norme

[103] Cfr. M. BENEDIKT (a cura di), *Cyberspace: primi passi nella realtà virtuale*, Padova, 1993; B. WOOLLEY, *Mondi virtuali*, (trad. it. di D. MEZZACAPA), Torino, 1993; H. RHEINGOLD, *Comunità virtuali. Parlare, incontrarsi, vivere nel ciberspazio*, trad. it. di B. Osimo, Milano, 1994; J. JACOBELLI, *La realtà del virtuale*, Roma-Bari, 1998; P. LEVY, *Becoming virtual: reality in the digital age*, New York, 1998; P. CARBONE-P. FERRI, *Le comunità virtuali*, Milano, 1999.

[104] Di «metamorfosi dello Stato vestfaliano» e di uno Stato contemporaneo «tra atemporalità e deterritorializzazione tecnologica» parla P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, Napoli, 2014, 43 ss.

Sulla complessa individuazione della norma applicabile e della giurisdizione competente nella risoluzione delle controversie M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Internet e i confini del diritto*, in M. CUNIBERTI-E. LAMARQUE-B. TONOLETTI-G. E. VIGEVANI-M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2011, 333 ss.

[105] In disparte gli ulteriori puntuali riferimenti bibliografici, v. almeno cfr. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto disciplice pubblicistiche*, Torino, 2000, 347 ss.; G. De MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Napoli, 2012; F. DONATI, voce *Internet (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2014, 532 ss.; T.E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 13 ss.; M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014; T.E: FROSINI-O. POLLICINO-E. APA-M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Firenze, 2017.

[106] J.P. BARLOW, *A Declaration af the indipendence of Cyberspace*, reperibile su *www.eff.org*, 8 febbraio 1996 ove peraltro è contenuto un esplicito riferimento al fatto che il cyberspazio si situi al di fuori dei confini statali: «Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders. Do not think that you can build it, as though it were a public construction project. You cannot. It is an act of nature and it grows itself through our collective actions».

regolatorie da parte di soggetti non ricollegabili al pubblico potere e dunque una *lex specialis* che emerge e si afferma in *Internet*[107].

Tali radicali posizioni hanno a dire il vero ben presto visto affiancarsi più miti orientamenti da parte della giurisprudenza e della stessa riflessione teorica.

In un senso, infatti, non sorprende come dinanzi all'iniziale inerzia e/o forse comprensibile disorientamento dei legislatori, la prima forma di trincea ha visto come principali protagoniste le Corti con tutti i pregi ed i limiti della *iurisdictio*. Dinanzi all'esigenza di garantire tutela a situazioni giuridiche soggettive lese nel cyberspazio la giurisprudenza si è inevitabilmente trovata a dover individuare non soltanto le norme giuridiche rilevanti ed applicabili al caso concreto, ma altresì gli *standard* di tutela da apprestare in *Internet*. È il tema dell'*an* e del *quomodo* della giustiziabilità della violazione dei diritti perpetrata nel cyberspazio con cui, per il tramite dell'apporto giurisprudenziale, sono state smentite *in concreto* le posizioni che avevano descritto *Internet* come un qualcosa di totalmente avulso dal territorio e restituito linfa alla capacità degli Stati di esercitare la propria sovranità nello spazio virtuale[108].

Le tutele offerte dalla giurisprudenza hanno, per così dire, posto in evidenza il lato debole dell'impostazione totalmente libertaria di *Internet*, sollecitando e stimolando per questa via anche la dottrina a contrastare le posizioni ispirate alla iniziale e parziale fascinazione e dunque a ricondurre alle categorie classiche del diritto costituzionale la pseudosovranità e la pseudostatalità del cyberspazio. Al netto della concreta dimostrazione del fatto che il riconoscimento di una sovranità dello spazio virtuale possa effettivamente determinare conseguenze meno avverse rispetto a quelle che deriverebbero dal tradizionale esercizio della sovranità statale, come è emerso nella parte iniziale della presente indagine non sono affatto sconosciuti esempi di applicabilità dei diritti nazionali con riferimento a fenomeni o a condotte accaduti/poste in essere in luoghi ricollegati al *territorio* statale attraverso delle finzioni giuridiche. In questo senso vengono confutate al contempo le asserite incapacità degli Stati di esercitare il proprio imperio al di fuori dei propri confini territoriali e l'impossibilità di *localizzare* gli effetti di circostanze concretatesi nello spazio virtuale. E a ciò si aggiungono le evidenti problematiche che il ripudio della sovranità statale determina in termini di *certezza del diritto* che non potrebbero certo risolversi con la istituzione di un soggetto/una autorità a cui riconoscere funzioni e ruolo para costituzionale là dove questo/a non fosse riconosciuto/a da parte degli altri Stati e della comunità internazionale[109].

---

[107] D.R. JHONSON-D. POST, *Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace*, in *Standford Law Review*, Vol. 48, 1996, 1367 ss.

[108] Senza pretese di completezza M. SUERZ, *Internet tra diritti e giurisprudenza*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2013, 117 ss.; O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 dicembre 2013. Con riguardo all'evoluzione giurisprudenziale negli Stati Uniti, M.A. GEIST, *The Reality of Bytes: Regulating Economic Activity in the Age of the Internet*, in *Washingtone Law Review*, Vol. 73, 1998, 521 ss.

Per un *focus* sulla libertà di manifestazione del pensiero in *Internet* v. l'ampia e approfondita opera monografica di M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Roma, 2019.

[109] Per una critica alle posizioni libertarie sul cyberspazio v. diffusamente T. WU, *Cyberspace Sovereignty? The Internet and the International System,* in *Harvard Law Journal & Technology*, Vol. 10(3),

Si arriva, dunque, al decisivo tema della regolazione di *Internet*[110] che attraversa questioni di non poco momento alla base delle quali si colloca l'opzione di fondo tra l'utilizzo delle categorie tradizionali del diritto da adattare al contesto tecnologico[111] ovvero l'introduzione di forme di regolazione *ad hoc* per la disciplina di quanto accade nel cyberspazio e dunque l'individuazione del potere, pubblico e/o privato, cui devolvere tale potestà regolatoria.

Con riguardo a tale ultima alternativa, forme di regolazione privata vengono per lo più preferite sull'assunto della relativa maggiore idoneità a saper cogliere le esigenze del *marketplace of ideas* e prendono corpo per il tramite di dinamiche *bottom-up*[112] che danno luogo a regolazioni sul tema assimilabili ad una *lex informatica*[113].

Di converso, facendo leva sull'espansione che potenzialmente ricevono nello spazio virtuale diritti e libertà invero affermati da carte nazionali e/o sovranazionali dotate di validità ed efficacia giuridica, si sottolinea da più parti l'esigenza di un ormai improcrastinabile passo avanti da parte dei decisori pubblici. Ed a tale proposito ormai da tempo la dottrina riflette sul *come* regolare *Internet* nell'alternativa tra fonti statali e fonti

1997, 647 ss.; J.L. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 65, 1998, 1199 ss.; N.W. NETANEL, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from the Liberal Democratic Theory,* in *California Law Review,* Vol. 88, 2000, 395 ss.; J.L. GOLDSMITH-T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Bor- derless World,* Oxford University Press, 2006.

[110] Cfr. M. BETZU, *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012.

[111] M. LUCIANI, *La rete, i diritti, i doveri*, Relazione al Convegno *Uso responsabile della rete e tutela dei diritti*, Roma, Palazzo di Montecitorio, 19 ottobre 2018, disponibile su www.agcom.it, il quale a pagina 10 sottolinea come «non si tratta di inventare categorie giuridiche nuove, ma di applicare quelle tradizionali, modellandole sul nuovo contesto tecnologico, superando il più volte segnalato ostacolo ideologico e reperendo i mezzi per l'*enforcement* (direbbe qualche studioso affetto da provincialismo anglofilo) delle leggi vigenti».

[112] I.T. HARDY, *The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'*, in *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 55, 1994, 993 ss.

[113] J. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, in *Texas Law Review*, Vol. 76, 1998, 553 ss.

Sulla emersione delle c.d. *costituzioni civili* quale processo di costituzionalizzazione di sottosistemi della società civile su scala mondiale v. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione,* Roma, 2005; ID., *Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali,* in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata,* 2010, 45 ss.; ID. *Costituzionalismo della società transnazionale,* in *Rivista AIC,* 4/2013.

sovranazionali[114] e sul *cosa* regolare tra l'architettura del *web*[115], la *governance* nel cyberspazio[116], un catalogo di diritti e doveri in rete[117].

Con riguardo alle tematiche da ultimo richiamate si afferma da più parti l'emersione di un *costituzionalismo digitale*, dai contenuti e dai fondamenti teorici invero ancora del tutto evanescenti: la tutela dei diritti in *Internet*, cioè, dovrebbe conseguirsi per il tramite della limitazione non tanto e non soltanto del potere pubblico, quanto piuttosto del potere privato, *rectius* dei poteri privati che come noto nello spazio virtuale paiono da sempre muoversi in una più o meno apparente *autogestione*[118].

---

[114] Cfr, S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?,* in *Politica del diritto,* 2010, 337 ss.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Politica del diritto*, 2011, 367 ss.; M. NISTICÒ-P. PASSAGLIA, *Internet e Costituzione*, cit.; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, spec. 61 ss.; P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 4 dicembre 2013.

Sull'esperienza italiana di elaborazione di una *dichiarazione dei diritti in internet* da parte della Commissione per i diritti e i doveri in *Internet* costituita nella XVII legislatura presso la Camera dei deputati, v. M. BASSINI, *Le tecnologie avanzano, le norme passano ma le costituzioni rimangono*, in *Diritti comparati*, 3 novembre 2014 il quale sottolinea le criticità relative alla efficacia sovranazionale di un documento concepito a livello nazionale e confuta articolo per articolo la necessità di una norma *ad hoc* valida per *Internet* in luogo delle regole a tutela dei diritti fondamentali già esistenti; M. BELLEZZA, *Carta dei diritti in internet: la complessità del presente e le opportunità del futuro*, in *Diritti comparati*, 27 novembre 2014 in quale invece rileva diverse lacune rinvenibili all'interno della Dichiarazione; L. NANNIPIERI, *Sulla "Dichiarazione dei diritti in internet". Alcune notazioni critiche*, in *Informatica e diritto*, 2014, 127 ss. il quale, oltre a soffermarsi sul contenuto della Dichiarazione, sottolinea criticamente «il livello di informalità» riscontrabile nel metodo utilizzato sulla stessa nomina della Commissione; A. MORELLI, *I diritti e la rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in *Federalismi.it*, 1/2015 rileva l'importanza di riscoprire il ruolo e le potenzialità della regolazione nazionale con riguardo al percorso per il riconoscimento di un fondamento costituzionale alla *governance* di *Internet*.

[115] Sulla opportunità per i legislatori di regolare il *code* del cyberspazio L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review,* Vol. 113, 1999, 501 ss.

[116] V. almeno B. CAROTTI, *L'Icann e la governance di Internet,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 3, 681 ss.; L.A. BYGRAVE-J. BING, *Internet governance. Infrastructure and institutions*, Oxford, 2009; S. MONTALDO, *Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market,* in *Il diritto dell'economia*, 3, 2015, 601 ss.

[117] Sul tema v. almeno G. DE MINICO, *Diritti Regole Internet*, in *Costituzionalismo.it,* 8 novembre 2011; E. FALLETTI, *I diritti fondamentali su Internet: libertà di espressione, privacy, copyright,* Padova, 2011; M. BETZU, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio,* in *Rivista AIC,* 4/2012; C. CARUSO, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di Internet,* in *Forum di Quaderni costituzionali,* 28 aprile 2013; T.E. FROSINI-O. POLLICINO-E. APA-M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet,* cit.; O. POLLICINO, *L'"autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale,* in *Federalismi.it,* 19/2019.

[118] In argomento v. B. FITZGERALD, *Software as discourse*, in *Alternative Law Journal*, 1999; D. REDEKER-L. GILL-U. GRASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights,* in *International Communication Gazette,* 2018, 302 ss.; N. SUZOR, *Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms,* in *Social Media+Society,* 2018, 1 ss.; G. DE GREGORIO, *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2020.

Per una ricostruzione del dibattito dottrinale esistente sul tema, nonché per una differenziazione tra "digital constitutionalism" e "constitutionalisation of the digital enviroment" v. E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation,* in *International Review of Law, Computers & Technology,* 2019, 76 ss.

6. *Realtà artificiale, dimensione glocale, diritto al territorio*

È giunto il tempo di provare a dare risposta agli interrogativi con cui si è concluso il paragrafo introduttivo della presente indagine e che costituiscono gli stessi obiettivi della ricerca.

Il primo – può essere il caso di rammentarlo – attiene al superamento, più o meno definitivo, del concetto di "territorio" – quale consegnatoci dalla riflessione teorica e già profondamente *stressato* dalla "globalizzazione" – come conseguenza della emersione della nuova categoria (non soltanto) giuridica costituita dagli "spazi virtuali".

A questo proposito, pare potersi rilevare che, pur a fronte della neutralizzazione del confine fisico e della natura a-territoriale di *Internet*, le problematiche che sino ad ora sono state affrontate ed altre che pure potrebbero essere oggetto di approfondimento soano in effetti quelle tradizionali del diritto costituzionale, attenendo alla distribuzione ed all'esercizio dei poteri al fine di tutelare i diritti e le libertà individuali e collettive.

Si nota agevolmente come per descrivere *Internet* si è soliti utilizzare espressioni verbali – tra cui *spazio virtuale* per l'appunto, ma ancora *rete*, *cyberspazio*, *ambiente o ecosistema informatico/digitale* – le quali tendono con ogni evidenza la mano al mondo reale, pur al contempo volendosene differenziare in ragione della più volte rammentata immaterialità.

È sarcasticamente sottolineato come proprio le argomentazioni poste alla base delle iniziali posizioni anarchiche e tese a valorizzare la formale distinzione tra *Internet* e i *luoghi* siano «state protagoniste di una curiosa eterogenesi dei fini» posto che di esse stesse, in specie la giurisprudenza, ci si è valsi per ancorare l'applicabilità del diritto statale[119] attraverso il ricorso allo strumento della *metafora* tra spazi virtuali e spazi reali[120].

Il ricorso già ampiamente sperimentato – e di cui si è fatto sopra cenno – a vere e proprie finzioni giuridiche per definire in dettaglio l'estensione del territorio statale ed i relativi confini rende il passo ulteriore che *Internet* ha richiesto e richiede tuttora non poi così *altro* rispetto a percorsi interpretativi, per così dire, più tradizionali o comunque da considerarsi già arati. Convince, allora, la prospettiva di paragonare la realtà prodotta da *Internet*, non tanto a quella *naturale*, quanto piuttosto a quella *artificiale*, «voluta appunto, o causata dagli individui e dai gruppi sociali, ossia alla realtà costruita dalle relazioni sociali e dal modo di rapportarsi delle persone»: la virtualità di *Internet* risiede soltanto nel fatto che «[a]lle cose materiali si allude», ma «non si può negare che le azioni personali abbiano comunque effetto (sostanza) al pari di quelle compiute nel "mondo"

[119] M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit., 75.

[120] Sul rapporto tra linguaggio metaforico e tutela dei diritti fondamentali su *Internet* nella giurisprudenza delle Corti supreme v. A. MORELLI-O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato,* judicial frame *e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in *Rivista AIC*, 17/2018.

Sul rapporto tra luoghi, cyberspazio e ricadute in termini di applicabilità del diritto nazionale D. HUNTER, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons,* in *California Law Review*, Vol. 91, 2003, 439 ss.; M.A. LEMLEY, *Place and Cyberspace,* in *California Law Review,* Vol. 91, 2003, 521 ss.

tangibile. Esse sono o rilevano come reali, in quanto compiute efficacemente attraverso un mezzo (*medium* tecnologico)»[121].

La configurazione di *Internet* come un autonomo ecosistema, sciolto dalla realtà, rischia di non intercettare le numerose interazioni «tra il "mondo" della Rete e il mondo reale» e, sul piano pratico, può risolversi in «una "duplicazione" di soluzioni già esistenti, senza aggiungere nulla al vigente sistema delle garanzie (che anzi richiederebbe, proprio a fronte degli enormi problemi posti dall'evoluzione tecnologica, alcuni non marginali aggiornamenti), o addirittura di finire col ridurre gli strumenti di tutela in considerazione della loro (in vero non sempre accertata) scarsa utilità nella dimensione della Rete»[122].

Il digitale, in definitiva, non congeda il territorio e non può essere priva di rilevanza la circostanza per la quale *Intenet* presupponga l'esistenza di una infrastruttura che trova proprio negli Stati sede e collocazione cosicché la rete è «costretta a muoversi» in un territorio[123].

Sulla base della efficace immagine che paragona «gli assemblaggi digitali» ad «ad una specie di frontiera teorica per comprendere il carattere del globale»[124] può forse essere opportuno fare, ora, un passo indietro e tornare allo stato di salute del territorio o meglio dello Stato-territoriale travolto dalla globalizzazione dell'economia.

Dell'indiscutibile sconvolgimento che quest'ultima ha determinato sull'assetto statale post-vestfaliano e di cui innanzi si è sommariamente dato conto esiste un'altra lettura e ad essa si ritiene si debba, più che si possa, tendere.

Ci si riferisce in particolare all'imperativo consistente nella necessità di «evitare la trappola dell'endogenità» che comporta, secondo l'interpretazione prevalente, a considerare «globale e nazionale come reciprocamente esclusivi». Sulla base del condivisibile assunto per cui i cambiamenti storici sono profondamente legati con il passato e ne costituiscono di fatto l'evoluzione si sostiene che «le trasformazioni all'interno dello stato-nazione siano un fattore fondativo nell'attuale era globale» e nazionale e globale assurgono, entrambe, a «categorie generatrici»[125].

La globalizzazione relativizza la sovranità, ma non consuma lo Stato: questo, infatti, «resta non solo il paradigma di riferimento ancora insuperato dell'esercizio dei poteri pubblici, ma anche lo strumento su cui appoggia la globalizzazione» ed al contempo «il "braccio secolare" chiamato a dare effettività al mercato globalizzato internazionale e alle regole che esso, "dal basso", escogita e impone come "diritto naturale dei mercati"»[126]. Interrogandosi sulla relazione intercorrente tra globalizzazione e Stato viene in senso non dissimile osservato come la prima stia in un rapporto di dipendenza con lo Stato (e non il contrario), posto che «dietro il modo di operare della globalizzazione

---

[121] P. MARSOCCI, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 13 dicembre 2011, 1-2.

[122] A. MORELLI, *I diritti e la rete*, cit., 5.

[123] L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo globale*, in *Diritto pubblico*, 2019, 329.

[124] S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Mediovevo all'età globale*, Milano, 2008, 413.

[125] S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit., 7 e 28, 512-513.

[126] R. BIN, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, reperibile su http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Trento06.htm.

rimane pur sempre la decisione degli Stati di non interrompere l'attuale fase di collaborazione che rende possibile l'attraversamento delle frontiere […] "senza passaporto", adoperando questa espressione non solo per le persone, ma anche come metafora per le merci e per i capitali»[127].

Il depotenziamento del principio della sovranità internazionale dello Stato in ragione della c.d. *globalizzazione degli interessi* – da cui deriverebbe una sostanziale omogeneità di obiettivi delle diverse comunità ed al contempo una irrilevanza di posizioni esclusivamente nazionali – è quantomeno temperato dalla non mutata prassi nelle relazioni internazionali di individuare gli Stati come unici titolari della sovranità nei reciproci rapporti[128].

Per quanto suggestive appaiano le immagini di un ordine globale[129], gli Stati rimangono centrali per contribuire alla globalizzazione, oltre che evidentemente per darne esecuzione[130] e di essa «non sono vittime ma levatrici» proprio nella loro dimensione territoriale[131].

Del resto, la persistente centralità degli Stati si afferma *a contrario* in considerazione dell'assenza di una autorità politica globale la cui istituzione potrebbe se del caso essere sollecitata dalla formalizzazione di una costituzione globale. Ma di tale risultato si sottolineano al contempo la impraticabilità e la indesiderabilità: da un lato, infatti, al tempo presente nessuno Stato appare per così dire *attrezzato* a governare il pianeta, così come neppure l'ONU tra le organizzazioni internazionali esistenti potrebbe imporsi in sostituzione di essi sui singoli Stati; dall'altro, ciò che è indesiderabile è la dimensione distopica di «una sorta di Leviatano universale, una forma globale di tirannide dalla quale non vi sarebbe più alcun "altrove" in cui rifugiarsi e nella quale per definizione qualsiasi forma di opposizione o resistenza verrebbe schiacciata»[132].

---

[127] S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, Relazione al XXVIII Convegno annuale AIC, in AA.VV., *Spazio costituzionale e crisi economica*, Napoli, 2015, in *Rivista AIC*, 18 ottobre 2013.

[128] G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, cit., 86-87. Ancora alle pagine 98-99 si sottolinea come «[i]l territorio continua ad essere un termine di riferimento essenziale del potere politico anche se, apparentemente, hanno perso attualità alcune valutazioni tradizionali circa il territorio quale "elemento" dello stato e il territorio quale "ambito spaziale" della vigenza di un ordinamento statale. Per ricordare tale attualità basti ricordare che il nuovo art. 117cost. (2° c.) disciplina la esclusività della legislazione statale in tema di "protezione dei confini nazionali" oltre che di difesa, sicurezza e immigrazione, tutte competenze che ruotano intorno alla essenzialità del territorio».

[129] Di «povertà di orizzonti e di aspettative» del costituzionalismo globale nella discussione contemporanea parla M. LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, 31 ss. e spec. 42.

[130] V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato*, cit., 521. Con particolare riguardo al sistema delle fonti A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, cit., fa presente come, se la globalizzazione ha reso non più praticabili ricerche che abbiano lo Stato come orizzonte di riferimento, pena la loro parzialità, «non si può certamente nemmeno sostenere che l'evoluzione determinata dalla globalizzazione sia già pervenuta a imporre di considerare il ruolo degli ordinamenti giuridici statali come parificato a quello di tutti gli altri individuabili in base alla formula *ubi societas ibi jus*, essendo al contrario evidente che il ruolo degli Stati è ancora quanto meno più importante di quello degli altri ordinamenti giuridici, sia che si tratti di quelli qualificabili come sovra-statali, sia di quelli qualificabili come infra-statali».

[131] L. ANTONINI, *Globalizzazione e nuove sfide del costituzionalismo globale*, cit., 325.

[132] Cfr. C. FOCARELLI, *Costituzionalismo internazionale e costituzionalizzazione della* global governance, cit., 231-232 ss. il quale rileva, peraltro, come «[s]e il mondo è diviso in Stati, è proprio per evitare, nonostante i tanti difetti del sistema, un Leviatano totalitario universale» cosicché «[g]li Stati

Non sorprende, a questo proposito, come non abbia tardato ad emergere un concetto di necessaria *glocalizzazione* grazie alla quale mettere in comunicazione l'astrattezza della dimensione globale con le realtà locali, sottolineandone le incessanti reciproche influenze[133]. Se, come si diceva in apertura della presente riflessione, è necessario sottrarsi ai condizionamenti ideologici non si può non concordare con chi ha sottolineato la necessità di distinguere tra «una realtà della globalizzazione», da riconoscere, ed «un'ideologia della globalizzazione» da combattere[134], poiché il valore che la globalizzazione è in grado di aggiungere in termini di omogeneizzazione ed uniformizzazione, ove si risolva in «imperialismo culturale», diventa un disvalore[135].

La prospettiva di un vero e proprio "diritto al territorio" da intendersi quale diritto «inteso non già come momento di chiusura e come una riserva da cui escludere gli altri, ma come un momento essenziale dell'identità»[136] pare, in definitiva, persuadere.

7. *Politiche dello Stato-territoriale per lo spazio virtuale. Considerazioni conclusive*

La persistente centralità degli Stati nelle relazioni globali e la sussistenza di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio sul territorio, tuttavia, sono destinate a rimanere mere affermazioni teoriche, se non vane rivendicazioni, là dove la *politica* non si faccia carico di tradurle in *politiche*.

Ed in effetti lucidamente è rilevato che se «c'è un soggetto sociale che nell'avvento della globalizzazione ha pagato il prezzo più alto in termini di potere, questo è la classe politica»: dinanzi alla oggettività delle leggi economiche, in altri termini, la *politica*, che di oggettivo ha invero ben poco, perde inevitabilmente terreno e la *classe politica* vede, per così dire, svuotate le proprie funzioni. In tale contesto, la riflessione teorica, al fine di «ripristinare la logica armonia fra la politicità e (e la democraticità) degli attori e la politicità (e la democraticità) delle scelte» può sollecitare l'azione della politica[137], ma non sostituirsi ad essa.

Certo, è innegabile che «le politiche delle sovranità contemporanee sono molto più complesse di quanto la nozione di territorialità […] riesca a cogliere»[138] e tuttavia, sul

servono. Un diritto "globale" senza un'autorità politica globale è un sogno, ma un'autorità politica globale, ove si realizzasse, sarebbe un incubo».

[133] Per tutti R. ROBERTSON, *Glocalization. Time-space and Homogeneity-Heterogeneity*, in ID.-M. FEATHERSTONE-S LASH (a cura di), *Global modernities*, London, 1995, 25 ss.

[134] V. ROPPO, *Verso un mondo globalizzato*, cit., 519.

[135] Cfr. V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 26.

[136] Così G.M. FLICK, *Minoranze ed uguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2004, 3 ss. e spec. 6. È sottolineato, in particolare a pagina 14, come nella dimensione locale, infatti, i diritti ed i corrispondenti doveri di solidarietà sociale si manifestano nella loro concretezza ed effettività ed in questa misura «il territorio, come spazio fisico anche di educazione, di comune cultura e di tradizione può rappresentare, esso stesso, oggetto di un diritto da annoverare fra i diritti fondamentali della persona e come momento essenziale dell'identità di ciascuno di noi, in un'epoca pure vocata al superamento delle barriere nazionali e alla globalizzazione»

[137] Così M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., 184-186.

[138] S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti*, cit., 524.

presupposto che la politica «è e deve rimanere fisicità, se vuole avere una qualsiasi *chance* di emancipazione»[139], l'impresa è d'obbligo.

Si arriva, dunque, al secondo obiettivo della ricerca per come indicato in apertura ed avente ad oggetto l'individuazione di alcuni ambiti materiali con riferimento ai quali lo Stato-territoriale può favorire una qualche *virtuosità* tra territorio e spazio virtuale.

Procedendo in questo senso, viene in primo luogo in considerazione il tema che con ogni certezza lega maggiormente materiale ed immateriale: la dotazione del territorio nazionale della infrastruttura che consenta al Paese di formare una società – come piace ormai dire – inclusiva. Il percorso, tratteggiato dalla Commissione europea e che vede il territorio distinto in aree bianche e grigie-nere, è ben lungi dall'essere portato a compimento[140] e proprio l'emergenza sanitaria tuttora non alle spalle rende le discriminazioni cui tali distinzioni territoriali danno luogo davvero insopportabili. È il tema, invero caro alla dottrina costituzionalistica, del diritto di accesso ad *Internet* la cui declinazione in termini di diritto sociale trova oggi più che mai piena manifestazione[141]. Intima è la connessione con la c.d. cittadinanza digitale, che viene in considerazione sia nel senso che tutti dovrebbero essere messi nelle condizioni di usufruire dei servizi e delle prestazioni offerti in rete da parte della pubblica amministrazione senza distinzioni, sia nel senso che la strumentazione digitale pubblica dovrebbe essere il più possibile omogenea e di immediato utilizzo[142].

---

[139] Così U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, 99 ove peraltro si afferma che «[n]on sarà mai un giorno di piazza convocato via Facebook a fermare una guerra o a cacciare un tiranno».

[140] Le aree cd. 'bianche' sono quelle a fallimento di mercato, nelle quali cioè non vi sono interventi di investimento di operatori privati, mentre le aree cd. 'grigie' e 'nere' in concorrenza, sono quelle ove sono già presenti una o più reti in banda ultralarga. Per approfondimenti sullo stato di avanzamento dei lavori v. https://bandaultralarga.italia.it

[141] La letteratura sul tema è amplissima. Siano consentiti soltanto i seguenti riferimenti bibliografici: E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008; M. PIETRANGELO (a cura di), *Il diritto di accesso ad internet*, Napoli, 2010; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *Consulta Online*; P. PASSAGLIA, *Diritto di accesso ad internet e giustizia costituzionale. Una (preliminare) indagine comparata*, in *Consulta Online*, 11 marzo 2011; P. TANZARELLA, *Accesso a Internet: verso un nuovo diritto sociale?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3 settembre 2012; G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, in *Media Laws*, 11 aprile 2021.

[142] Il processo d'informatizzazione della pubblica amministrazione ha ricevuto, come noto, un concreto impulso soltanto nel 2005 quando, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale), il legislatore ha espressamente qualificato le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) quale strumento grazie al quale le pubbliche amministrazioni possono organizzare la propria attività "per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione" (cfr. art. 12, comma 1, d.lgs. n. 82/2005). Tale approdo normativo è in costante evoluzione e da ultimo è stato oggetto di profonde modificazioni ed integrazioni ad opera dei d.lgs. n. 179/2016 e n. 217/2017 emanati ai sensi dell'art. 1 legge n. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Nella emanazione di tale normativa fondamentale è stato l'invito rivolto dalla Commissione europea agli Stati membri a contribuire alla formazione di una società della conoscenza (anche) attraverso il rafforzamento del c.d. e-*government* ed il riferimento è alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni su "*Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa*" – COM(2003) 567 final – ove l'e-*government* è definito come "*l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle Pubbliche Amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche*".

Di non secondaria importanza è, poi, la questione della formazione, che rileva a dire il vero sotto due profili. Il primo è quello ormai potrebbe dirsi classico, per quanto irrisolto, del *digital divide*, che impone serie politiche di alfabetizzazione digitale, in specie in considerazione degli allarmanti risultati che la relazione DESI[143] per l'anno 2020 ha prodotto e che ha visto l'Italia collocarsi al venticinquesimo posto tra (gl)i (allora) ventotto Stati membri dell'Unione e addirittura all'ultimo posto con specifico riguardo al criterio del *capitale umano*[144]. Il secondo ha riguardo alla necessità di evitare l'utilizzo dei meccanismi di intelligenza artificiale nel settore pubblico sino a quando non siano arginate le potenzialità discriminatorie di cui spesso essi risultano affetti ed al contempo offrire nuovi percorsi formativi che, coniugando saggiamente (quantomeno) scienze giuridiche ed informatiche in un'ottica interdisciplinare, siano in grado di creare nuove professionalità e competenze[145].

Di sicuro interesse, poi, appare la sollecitazione proveniente da parte della dottrina ad «immaginare, accanto alle televisioni di servizio pubblico, siti web destinati parimenti ad informare, educare e intrattenere, cui potrebbero rivolgersi soprattutto i più giovani»: «[i]l servizio pubblico potrebbe apparire quasi come un'ancora di salvataggio nel mare tempestoso e infido della Rete» purché cerchi di emendarsi dai vizi dei quali è vittima, più che altrove, nel nostro Paese»[146]. Ed a questo proposito, si può sottolineare come nella gestione della fase acuta della pandemia si è in effetti ampiamente assistito all'utilizzo dei *social* per la diffusione di notizie, informazioni e comunicazioni attraverso i profili istituzionali dei vertici dei diversi livelli di governo.

Un ultimo riferimento meritano le politiche che non soltanto a livello europeo, ma per l'appunto anche nazionale, avranno nei prossimi anni ad oggetto il raggiungimento della ormai nota duplice transizione, climatica e digitale[147]. In specie in Italia, infatti, la declinazione della *smartness* di una *city* o di una *land* è stata e continua ad essere declinata in particolare sotto il profilo della applicazione e dello sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione cosicché è necessario porre riparo alla forte differenziazione tra le diverse aree del Paese ed in particolare tra le cinture metropolitane da un lato e le aree interne e spesso isolate dall'altro lato[148]. In generale e concludendo, la profonda interconnessione esistente tra il conseguimento dello sviluppo sostenibile ed il progresso nel campo delle TIC appare senz'altro ed oggi più di ieri di immediato apprezzamento e tuttavia l'approccio notoriamente olistico allo sviluppo sostenibile di

[143] L'acronimo sta per "Indice di digitalizzazione dell'economia e della società" ed è lo strumento mediante il quale a decorrere dall'anno 2014 la Commissione Europea monitora il progresso digitale degli Stati membri.

[144] Per approfondimenti cfr. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy.

[145] Su questi aspetti sia consentito rinviare a C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 353-354.

[146] Così M. MANETTI, *Regolare internet*, in *Media Laws*, 15 luglio 2020, 51.

[147] "*Europe must lead the transition to a healthy planet and a new digital world*": con queste parole l'allora candidata alla presidenza della Commissione europea, Ursula von der Leyen, presentava, nel documento "*A Union that strives for more. My agenda for Europe*", l'aspetto forse più qualificante il proprio manifesto per il quinquennio 2019-2024.

[148] Sia ammesso su questi argomenti un ulteriore riferimento a C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, 2019, 445 ss.

cui all'Agenda ONU 2030[149] impone di presidiare il carattere *servente* della digitalizzazione rispetto alla sostenibilità[150].

[149] Risoluzione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri dell'ONU e contenente un *programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità*.

[150] In questa direzione pare andare il *report* prodotto nel 2019 nell'ambito dell'iniziativa *The World in 2050* dall'*International Institute for Applied Systems Analysis* (IIASA), il quale, nel rilevare i benefici che in senso lato possono derivare alla sostenibilità ambientale dalla digitalizzazione, non manca tuttavia di mettere in guardia dalle esternalità negative derivanti da uno sviluppo incontrollato delle tecnologie digitali (Cfr. TWI2050 - The World in 2050 (2019). *The Digital Revolution and Sustainable Development: Opportunities and Challenges*. Report prepared by The World in 2050 initiative. International Institute for Applied Systems Analysis (IIASA), Laxenburg, Austria).

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

LE RAGIONI ATTUALI DELL'ASSOCIAZIONISMO DEI MAGISTRATI*

GIANCARLO ORLANDO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ragioni storiche dell'Associazione Nazionale Magistrati. – 3. Analisi e funzioni della struttura associazionistica. – 4. Ragioni del pluralismo associativo. – 5. Evoluzione delle correnti, assonanze con il partitismo politico e "correntismo". – 6. La "forma di governo" dell'ANM e i rapporti fra i suoi organi funzionali e il CSM. – 7. Obiettivi da raggiungere: realtà o utopia?

1. *Premessa*

La riflessione scientifica sull'associazionismo dei magistrati si presenta oggi particolarmente problematica sia per la netta prevalenza in questa materia di fonti di taglio propriamente giornalistico, sia soprattutto per il rischio che qualsiasi riflessione sul tema subisca gli inevitabili condizionamenti derivanti dalla sequela di piccoli e grandi scandali che negli ultimi anni hanno tormentato e affliggono, ancor oggi, la magistratura. Il rischio che dalle condotte dei singoli si traggano conclusioni per l'intero corpo dei magistrati italiani è molto elevato; d'altra parte, però, ogniqualvolta emergono reti, più o meno articolate, di complicità, connivenze e commistioni di varia natura tra esponenti politici, affaristi e magistrati, è difficile, se non impossibile, trarne conseguenze "di sistema" e dedurre dalla frequenza e dalla gravità di queste condotte la necessità di una "riforma" organica che elimini le degenerazioni del correntismo[1].

In questo panorama sconfortante, l'associazionismo dei magistrati oscilla pericolosamente tra le accuse di connivenza e l'esigenza di prendere le distanze dalle condotte dei singoli. Compito, questo, nient'affatto facile, che richiede eccezionali dosi

* Contributo sottoposto a triplo referaggio anonimo.

** Dottore in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina

[1] S. ALBANO, *L'Associazione Nazionale Magistrati di fronte alla sfida dell'unità*, in *Questione giustizia*, 2 Novembre 2020.

di equilibrio se non si vuole correre il rischio che ciò si traduca in una difesa corporativa della "casta". Discende da quanto detto la necessità, avvertita da chi scrive, di provare a riflettere sulle ragioni attuali dell'associazionismo dei magistrati, partendo dalle motivazioni storiche ma senza ridursi a esse.

Peraltro, nel corso dei decenni, l'associazionismo giudiziario – come l'intera magistratura – ha subìto notevoli mutamenti, per cui limitare l'analisi alla ricostruzione dei tempi passati può risultare non solo inutile ma anche fuorviante, nella misura in cui possono apparire superate le ragioni che giustificavano storicamente le forme di associazione tra magistrati.

Ciò nondimeno, non vi è dubbio che conoscere le ragioni storiche dell'associazionismo, ripercorrendone i suoi principi fondanti, che prescindono dalla mera accezione privatistica di associazione e si collegano ai principi di leale collaborazione e di pluralismo del pensiero, aiuta a capire perché l'associazionismo vada protetto e soprattutto perché esso debba essere depurato da tutti quegli elementi che nel corso dei decenni ne hanno snaturato il significato.

Studiare l'associazionismo, valutando i suoi elementi costitutivi e comprendendo le ragioni storiche della sua nascita, aiuta quindi a evidenziare la sua funzione all'interno dell'ordinamento costituzionale democratico e pluralista.

Al contempo, come si è già detto, non si vuole qui tratteggiare un quadro idilliaco di questo fenomeno, come se esso fosse *naturaliter* destinato a operare in un contesto "irenico"[2]. Le vicende giudiziarie – ma non solo – degli ultimi anni hanno infatti prodotto gravissime ferite all'immagine della magistratura italiana, incidendo indirettamente sugli ideali e sulle funzioni dell'associazionismo, erodendone le ragioni giustificatrici e indebolendo, non solo la fiducia che i cittadini ripongono nella magistratura, ma anche quella degli stessi magistrati nell'associazionismo.

Un'altra ragione di interesse per il tema in oggetto è costituita dal tendenziale disinteresse per l'associazionismo che si registra nei magistrati italiani, testimoniato da una, sia pure lieve, riduzione del numero di magistrati iscritti all'Associazione nazionale magistrati (ANM). Si tratta di un pericoloso segnale di disaffezione che non deve essere sottovalutato e che costituisce, probabilmente, espressione di un diffuso malcontento per le degenerazioni correntizie. Questo atteggiamento rischia di vanificare quanto edificato fin qui, vale a dire tutte quelle battaglie di civiltà e di diritti che sono state affrontate nel corso del tempo con estremo coraggio e dedizione da parte dei magistrati italiani.

Il presente studio si prefigge di analizzare le ragioni del pluralismo associativo, sorto per dare voce alle diverse istanze provenienti dal mondo della magistratura. Tuttavia sarebbe riduttivo soffermarsi solo sul fenomeno positivo del pluralismo, ed è per questo che ci si propone anche di analizzare, con spirito critico, la nascita del c.d. "correntismo" e le sue degenerazioni.

[2] Per riprendere una fortunata espressione di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 17 luglio 2006, e in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2006, 1643 ss.

2. *Le ragioni storiche dell'Associazione Nazionale Magistrati*

L'ordinamento giudiziario italiano, nel corso del tempo, ha subìto notevoli cambiamenti alla luce dei mutamenti storici. La magistratura non è mai stata distante dalle evoluzioni sociali, anzi il suo frutto più significativo, l'interpretazione giurisprudenziale, ha rappresentato una decisiva conquista giuridica. Originariamente il magistrato, anche in ragione delle teorie montesquieuviane, veniva qualificato quale mero esecutore della legge, per cui egli stesso avrebbe dovuto limitarsi all'esclusiva interpretazione letterale della disposizione normativa[3]. Tutto questo è mutato sia perché l'intero pianeta giudiziario ha subìto notevoli evoluzioni, sia perché i magistrati hanno cominciato a respirare l'aria dell'innovazione, vale a dire quel cambiamento sociale dal quale non avrebbero potuto stare distanti ancora a lungo.

Agli inizi del Novecento, l'intera magistratura italiana cominciò a valutare l'idea di creare un'associazione, cioè un ente che potesse rappresentare unitamente tutte le esigenze e le necessità della categoria. In particolar modo, si chiedeva allo Stato una radicale riforma dell'ordinamento giudiziario, specificamente in relazione alle guarentigie ed alla retribuzione. Tale richiesta, ratificata da più di cento magistrati mediante il famoso "Proclama di Trani" nel 1904, ebbe il privilegio di dare avvio a un vero e proprio processo rivoluzionario che riguardò l'intera magistratura, dal Nord sino al Sud Italia[4]. Il documento poc'anzi menzionato richiedeva a gran voce la modifica del sistema giudiziario italiano, il quale – differentemente da quanto accadeva a livello sociale – non mostrava alcun segnale di innovazione. Esso restava arenato al criterio gerarchico e ad una figura di magistrato fortemente distante da quanto le esigenze sociali richiedevano.

Sebbene il Proclama produsse una profonda eco al momento della sua pubblicazione da parte di tre giovani avvocati sul "Corriere Giudiziario", la risposta statale fu decisamente negativa, talché ne derivarono soltanto un piccolo aumento stipendiale e nette sanzioni disciplinari per i magistrati sottoscriventi. Eppure le rivendicazioni corporative, il rafforzamento dell'autogoverno e l'infittirsi delle guarentigie cominciavano ad essere per la magistratura non più semplicemente desideri futuristici e distanti, piuttosto ambizioni vicine e praticamente realizzabili. Per tale ragione nel 1909, a Milano, una cinquantina di magistrati decise – in maniera concreta – di dar vita alla Associazione generale fra i magistrati d'Italia (AGMI)[5].

Un'altissima percentuale di magistrati apparteneva però alla "bassa" magistratura, l'agglomerato maggiormente interessato a riconoscimenti e diritti, necessari per mettere pressione sia alla magistratura gerarchicamente sopraelevata sia al potere esecutivo, all'epoca fortemente incline a separare il suo potere da quello giudiziario. Non può rappresentare un caso l'accrescersi degli iscritti alla suddetta associazione, tant'è che in

[3] G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 10.

[4] Sul punto si rinvia, *amplius*, a quanto riportato sul sito dell'Associazione nazionale magistrati (www.associazionemagistrati.it).

[5] M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 355.

pochi anni si arrivò a circa 3000 quote associative. L'AGMI, per evidenziare la distanza che stava nascendo – ormai da anni – tra il potere politico (espressione degli altri due poteri dello Stato) ed il potere giudiziario, si proclamava "apolitica", al fine di evidenziare la caratteristica cardine della giustizia, la quale dovrebbe essere per antonomasia autonoma ed imparziale.

Il primo presidente dell'appena sorta associazione, Giovanni Sola, osservava che «*la magistratura italiana, già da tempo, sente il bisogno di uscire dal suo isolamento di fronte allo sviluppo economico e sociale del Paese*»[6]. Tutto questo non può che mettere in evidenza la volontà di cambiamento che si respirava nel primo decennio del secolo scorso; evoluzione che inevitabilmente non trovava il benvolere di tutti. In particolar modo netta fu l'ostilità mostrata dall'allora guardasigilli V.E. Orlando, il quale faticava ad immaginare una magistratura scardinata nella sua struttura gerarchica, con una casta demolita ed ampiamente aperta alla società[7]. Si paventava uno scollamento della magistratura, quale potere dello Stato, dal potere esecutivo.

Le paure del ministro Orlando non erano per nulla infondate, la spinta evolutiva dell'associazionismo aveva reso più che mai realizzabili i suddetti obiettivi, i quali incarnavano lo specchio esatto delle paure nutrite dalla politica dell'epoca. Le rivendicazioni dell'Associazione cominciarono ad essere appoggiate anche dalla parte "alta" della magistratura, indirizzando così alcuni obiettivi verso la loro concreta realizzazione. Si insisteva – con fermezza – sulla semplificazione della carriera, sulla revisione delle circoscrizioni giudiziarie, sull'eleggibilità del CSM da parte di tutti i gradi della magistratura e sull'estensione delle guarentigie, purtroppo all'epoca ancorate esclusivamente alla magistratura giudicante e non a quella requirente[8].

La forte ascesa dell'Associazione incontrò notevoli difficoltà al nascere del regime fascista, sistema autoritario che certamente non era aperto all'ammissione di associazioni che non rispondessero agli ideali autoritari che il Partito richiedeva. Visto lo scioglimento di ogni libera associazione, e vista l'assoluta negazione da parte dell'Associazione generale fra i magistrati italiani di sottoporsi agli ideali fascisti, l'AGMI decise di sciogliersi definitivamente tenendo fede al suo statuto, il quale poneva in evidenza il carattere dell'apoliticità.

Le brutalità del regime si ripercossero su tantissimi magistrati, i quali vennero destituiti dalla loro carica per diverse ragioni, che fossero di natura politica o razziale[9]. Fortunatamente, la caratura di questi uomini non venne mai scalfita, buona parte di questi – infatti – al momento della caduta del fascismo e con la nascita della Repubblica (poi supportata dal sorgere della Carta Costituzionale) vennero inseriti nella nuova magistratura e contribuirono alla crescita dei valori e degli ideali democratici.

Nel 1944 venne costituito un Comitato per la ricostruzione dell'Associazione fra magistrati, venuta meno in epoca fascista, avente quale promotore Emanuele Piga. Questo passo fu decisivo per la creazione dell'odierno sistema associativo che

[6] E.R. PAPA, *Magistratura e politica*, Appendice terza, Venezia, 1984, doc. 57, 368.

[7] E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia Repubblicana*, Roma-Bari 2019, 12.

[8] A. MENICONI, *La storia dell'associazionismo giudiziario: alcune notazioni*, in *Questione giustizia*, 4/2015, 221.

[9] E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia Repubblicana*, cit., 14.

comprende quasi la totalità degli attuali magistrati: la c.d. Associazione Nazionale Magistrati. Essa sorse nel 1945 con a capo proprio Emanuele Piga, nella qualità di presidente e fondamentale restauratore degli ideali associativi che avevano fatto grande l'associazione prima del regime fascista.

3. *Analisi e funzioni della struttura associazionistica*

Descritte le ragioni storiche che portarono alla nascita dell'ANM al termine del secondo conflitto mondiale, appare opportuno soffermarsi sugli ideali che spinsero i nuovi associati alla restaurazione – certamente molto innovativa – dell'Associazione fra i magistrati italiani.

In questo lasso di tempo si consolidano due principi, uno dei quali richiama un concetto cardine della vecchia AGMI, quello della "*apoliticità*". Il secondo è, invece, quello della "*asindacalità*"[10]. Partendo proprio da quest'ultimo è possibile effettuare una comparazione con la libertà che sarebbe stata poi riconosciuta dall'art. 39 della nascente Costituzione. La disposizione prevede la libertà dell'organizzazione sindacale, ma l'ANM – nata con lo scopo di tutelare gli interessi della categoria – potrebbe davvero allinearsi ai principi dell'organizzazione sindacale? Per quanto, agli occhi dell'uomo comune, la risposta possa sembrare positiva, in realtà ciò non può ritenersi vero. La ragione è logica prima ancora che giuridica: la Magistratura incarna il potere giudiziario, di conseguenza incarna lo Stato, tant'è che la giustizia è amministrata nel nome del popolo italiano; allora come potrebbe l'ANM assumere atteggiamenti di lotta e contrasto, propri dei sindacati professionali, contro lo Stato stesso? Per tale ragione, all'anzidetta domanda retorica, si può replicare sottolineando che le rivendicazioni esercitate dall'Associazione hanno – da sempre – lo scopo di pressare l'apparato governativo-politico, rappresentando le proprie esigenze, per ottenere alcuni miglioramenti in relazione alle condizioni della categoria, quali ad esempio il trattamento economico, lo *status* e lo sciopero.

Quanto al principio della "apoliticità", esso rappresenta l'elemento più vivo di qualsiasi dibattito o trattazione che riguardi l'associazionismo giudiziario. Preliminarmente è da chiarire che vi è una significativa differenza tra l'idea di politica in senso lato, che comprende anche il concetto di indirizzo politico, cioè la fissazione dei fini da conseguirsi tramite l'azione politica, e l'idea di politica nella sua piena interpretazione etimologica quale "arte e tecnica del governare".

Ebbene l'ANM, con il suddetto principio, intende marcare un netto distacco dai partiti politici, quindi dalla gestione squisitamente politica che appartiene tanto al potere legislativo quanto a quello esecutivo. L'assioma dell'apoliticità è stato anche oggetto di un *referendum* indetto dall'ANM nel 1946 per i propri soci, con il quale si è evidenziata la netta incompatibilità tra le funzioni del magistrato e l'attività dei partiti politici. Tuttavia questo collegamento non è da escludere nella sua interezza, infatti già il ministro Arangio Ruiz prima ed il ministro Togliatti, poi, decisero di aprire la porta

[10] E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 14.

della partecipazione politica ai magistrati, esternando come ciò rientrasse fra i doveri civici spettanti ad ogni libero cittadino[11].

Chiarito, dunque, che la magistratura – quindi anche l'ANM – non può prendere parte all'indirizzo politico statale, per via dei principi di indipendenza ed imparzialità, è invece opportuno ribadire che essa costituisce oltre che un potere dello Stato anche un autonomo corpo burocratico. Per cui è inevitabile che essa abbia assunto un ruolo assolutamente propositivo sul terreno della politica della giustizia e sulla rivendicazione dei diritti e degli obiettivi volti all'evoluzione del ruolo del magistrato[12]. Per le dette ragioni nel corso dei decenni sono sorte le c.d. correnti, cioè agglomerati di associati sostenitori di argomentazioni e di idee diverse sulla gestione della "politica" interna dell'ANM. Insomma all'interno di un'unica associazione vi sono diverse visioni, le quali mettono in risalto non solo divergenze bensì anche spunti tramite i quali ragionare per arrivare alla migliore soluzione della gestione interna e dei rapporti con il potere.

Del resto lo Statuto dell'ANM all'art. 2 prevede gli scopi che l'associazione si prefissa di raggiungere, chiarendo ancora una volta l'apoliticità della stessa. Questi obiettivi possono essere realizzati soltanto se si marcia verso un'unica direzione, ma spesso la presenza di un ampio spettro di punti di vista può mettere in luce soluzioni e proposte alternative finanche necessarie per il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Il punto tuttavia è: le correnti potrebbero davvero allinearsi e appiattirsi alla/sulla logica del partito politico? E se così dovesse essere, fino a che punto le correnti potrebbero seguire la logica dell'associazionismo partitico? Dunque, è verosimile immaginare una sorta di "frammischiamento" della politica con la magistratura?

4. ***Ragioni del pluralismo associativo***

Dopo aver evidenziato che l'ANM sorge nel 1945 facendo dell'apoliticità, dell'asindacalità e dell'unitarietà i suoi elementi di spicco, ci si dovrebbe chiedere come mai gli associati abbiano iniziato a sentire l'esigenza di costituire vari "agglomerati" interni, al punto da dar vita al pluralismo associativo.

Le ragioni sono molteplici e fanno leva, principalmente, sull'approvazione e sull'entrata in vigore della Costituzione la quale dedica alla magistratura l'intero Titolo IV, il quale - sebbene abbia cristallizzato elementi innovativi e principi fondamentali della materia - rappresenta una parte poco felice della nostra Carta, probabilmente necessitante di una cospicua opera di riforma[13]. Tuttavia è l'essenza stessa della Costituzione a prevedere la rinascita dello Stato sotto tutti i punti vista, specialmente in relazione ai nuovi diritti ed al funzionamento dei suoi organi funzionali. La Costituzione prevede che uno Stato democratico possa ben operare se i magistrati siano soggetti soltanto alla legge. Cominciò quindi a respirarsi aria nuova rispetto alla vecchia organizzazione gerarchica del potere giudiziario, che fu superata solo con molta fatica

[11] E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, p. 15.

[12] M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, cit., 357.

[13] A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, ora ripubblicato in ID., *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, 2019, vol. II, 280.

dal momento che la magistratura c.d. "alta" restava ancorata ai principi pre-costituzionali[14]. Per detta ragione, già nei primi anni '50, cominciano a emergere, all'interno della stessa Associazione Nazionale Magistrati, punti di vista divergenti sia sulla politica interna della magistratura sia sul ruolo stesso del magistrato, alla luce della appena nata Repubblica e dei suoi nuovi principi. In questo periodo l'ANM vede tra i suoi associati una modesta parte di magistrati conservatori, cioè coloro i quali interpretano restrittivamente l'art. 107, c. 3 Cost. ritenendo che le funzioni *stricto sensu* debbano sottendere la presenza di una magistratura con una gerarchia ben definita. Tale interpretazione, frutto della posizione apicale rivestita dai suddetti associati, fa sì che la funzione del giudice sia quella di dare esclusiva applicazione alla legge, prescindendo così dalla sua interpretazione.

Il pluralismo di cui si è sopra detto comincia ad evidenziarsi proprio per contrastare queste spinte conservatrici, del resto parte dei magistrati dell'epoca – fedeli al principio gerarchico – erano di formazione fascista. La nuova leva di magistrati, appartenenti alla c.d. "bassa magistratura", aveva idee decisamente innovative e contrastanti con il recente passato, al puro scopo di attuare le nuove disposizioni costituzionali, dando lustro all'interpretazione giurisprudenziale delle norme e ponendo una netta rottura con il conservatorismo gerarchico all'interno della magistratura. Si cominciava a vedere il Titolo IV della Costituzione secondo una logica non più esclusivamente programmatica, piuttosto secondo una logica attuativa, eliminando il criterio gerarchico al fine di differenziare i magistrati solo per le funzioni svolte[15].

Queste spinte riformatrici evidenziavano l'inizio di un processo di democratizzazione della struttura interna della magistratura[16]. Tuttavia, sebbene l'alta magistratura restasse ancorata alle antiche concezioni sull'indipendenza e sulla gerarchia della categoria, la Costituzione invece era ispirata alla logica della concreta indipendenza del potere giudiziario, anche grazie alla presenza di un organo a tal scopo deputato: il CSM. Tale organo avrebbe dovuto consentire il raggiungimento della democratizzazione della magistratura, garantendone la sua indipendenza sia internamente[17] che esternamente[18]. Eppure queste disposizioni non furono attuate per lungo tempo, difatti la parte conservatrice della magistratura, fintanto che, nel 1956, non entrò in funzione la Corte costituzionale e non si diede neppure completa attuazione all'organo di autogoverno della magistratura, continuò ad avere il predominio sia sulle questioni attinenti alla struttura della categoria sia sulla stessa attività interpretativa.

Tale conservatorismo, traente origine dalle epoche liberale e fascista, ostacolava fortemente la completa attuazione delle innovative norme costituzionali, portando così ad un insensato ostracismo sia per l'istituzione della Corte costituzionale che per la regolamentazione del CSM. Tutto ciò era sostenuto anche dal potere politico,

[14] M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, cit., 362-363.

[15] Si pensi al modello attuale della Magistratura, scevro da qualsivoglia assetto gerarchico di carattere piramidale ed esclusivamente basato sull'orizzontalità. Si veda G. SILVESTRI, *op. cit.*, 141 ss.

[16] A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 59 ss.

[17] Sulla nozione di indipendenza «interna» dei giudici cfr. G. PERA, *L'indipendenza «interna» dei giudici*, in G. MARANINI (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Milano, 1962, 91 ss.

[18] E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 61.

specialmente dall'esecutivo, il quale vedeva riconoscersi – in capo al Ministro della Giustizia – l'attribuzione di diversi poteri. Il Ministro *de quo* aveva voce in capitolo sia sulla carriera dei magistrati, quindi anche sul trattamento disciplinare, sia sul conferimento degli incarichi. Questo non poteva che creare una forte commistione tra il potere politico e la gestione della magistratura. Per evitare ciò la Costituzione ha affermato, all'art. 101, l'assoggettabilità del magistrato soltanto alla legge e ha attribuito, *ex* artt. 104 e 105, la gestione autonoma ed indipendente dell'ordine giudiziario al Consiglio superiore della magistratura sottolineando le specifiche funzioni ad esso spettanti[19].

Ecco che qui risulta decisiva la presenza del c.d. *pluralismo associativo*, soprattutto per la completa attuazione del modello di ordinamento giudiziario previsto dalla Costituzione. Infatti, i magistrati più giovani, ovviamente con una logica di apertura verso i valori della Costituzione, nonché i magistrati con una lunga carriera ma desiderosi di vedere la definitiva attuazione della Costituzione, riuscirono ad "edificare" una netta maggioranza di pensiero, producendo un movimento unitario all'interno dell'ANM[20]. Si arriva così all'esternazione, quindi al definitivo riconoscimento ed alla concreta attuazione, dei principi innovativi che per anni erano semplicemente rimasti scritti sulla carta. Deriva da qui l'approvazione, nel famoso Congresso di Gardone Riviera nel 1965, della mozione unitaria con la quale si attua l'indirizzo politico costituzionale riguardante il potere giudiziario. Analogamente deriva da questo processo evolutivo la parificazione tra i magistrati, i quali si differenziano solo per le loro funzioni; inoltre si affermano quali compiti spettanti ai giudici: l'interpretazione conforme alla Costituzione e l'attuazione diretta delle norme costituzionali, sancendo il rinvio alla Corte costituzionale ove tale attuazione non risulti tecnicamente possibile[21].

Si apre quindi la stagione della novità, anzi si dovrebbe dire la stagione della rinascita; si passa infatti dal conservatorismo giudiziario, ancorato al corporativismo, alla completa democratizzazione dell'ordine della magistratura. Tutto questo avviene nella più totale unitarietà associativa, ciò a dimostrazione che il pluralismo associativo è sicuramente non soltanto positivo, ma ancor di più decisivo laddove si senta la necessità del concreto e costruttivo cambiamento. Tale pluralismo e, quindi, la nascita delle correnti trovano dunque la *ratio* nella caparbia volontà di dare attuazione alle norme costituzionali, realizzando così il modello di giustizia voluto dalla Costituzione.

5. *Evoluzione delle correnti, assonanze con il partitismo politico e "correntismo"*

Quanto accaduto nel rivoluzionario Congresso di Gardone, decisivo per la trovata unità associativa e prodromico per l'attuazione della Costituzione, contribuì decisamente ad alimentare il pluralismo associativo. Infatti, al termine degli anni '60, si

[19] G. SILVESTRI, *op. cit.,* 176 s.
[20] A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 60.
[21] M. VOLPI, *op. cit.*, 363.

svilupparono ulteriori forme di pluralismo anche in virtù dei movimenti sociali dell'epoca. Specificamente i magistrati sostenitori delle idee socialiste, con lo scopo della piena attuazione della Carta costituzionale, come fissato nel Congresso di Gardone, decisero di creare un'area all'interno dell'ANM che potesse abbracciare questi ideali: nacque così Magistratura Democratica[22].

Da qui comincerà un decennio di profonde rotture e scissioni tali da frammentare nuovamente l'associazione, senza, purtuttavia, seguire il cambiamento sociale che invece affrontava il paese. Infatti se Magistratura Democratica, ancorata ai principi socialisti, poneva l'accento sul pluralismo sia interpretativo sia strutturale, soprattutto della Corte di Cassazione, altri magistrati – probabilmente meno inclini a tali idee – decidevano di distinguere la loro posizione da quella assunta dalla maggioranza dell'associazione[23]. Talché ben presto, agli inizi degli anni '70, si svolsero numerosi congressi dai quali derivò soltanto una confusione di idee, cioè un pluralismo esagerato che cominciava probabilmente ad evidenziare visioni addirittura personalistiche e non costruttive[24].

In questo periodo storico nasce l'agglomerato associativo contrapposto a Magistratura Democratica: si tratta di Magistratura Indipendente, la quale non solo teorizza – richiamando il passato – l'apoliticità del magistrato ma soprattutto ritiene che quest'ultimo debba slegarsi dalle tematiche sociali, soffermandosi così su una maggiore visione corporativa del sistema[25].

Nel corso dei decenni le correnti si sono ampliate e modificate con estrema facilità, determinando ogni volta l'andamento altalenante dell'Associazione.

I magistrati sono persone fisiche cui sono attribuiti, in ragione delle funzioni che svolgono, doveri istituzionali. Essi, tuttavia, sono anche dei liberi cittadini e per questo sono dotati di diritti. Tra questi è compreso l'art. 18 Cost., il quale riconosce la libertà associativa dei cittadini[26]. È facile dunque dedurre da questa disposizione il fondamento costituzionale delle correnti interne, costituendo, queste ultime, nient'altro che la libera espressione del pluralismo associativo e quindi della libertà di associazione e di manifestazione del pensiero. Da questo punto di vista, non bisogna dimenticare che i magistrati sono parte integrante di quel più grande agglomerato civico che costituisce la comunità sociale, ai cui componenti – per Costituzione – vengono riconosciuti diritti fondamentali e libertà. Non vi è dubbio, tuttavia, che l'ordinamento debba poter stabilire dei limiti per evitare che possano esservi condizionamenti all'attività giudiziaria derivanti dall'esercizio di tali diritti; ciò è quanto ha peraltro ritenuto la giurisprudenza costituzionale[27].

È evidente quindi che l'associazionismo fra magistrati, per quanto spesso si ritenga essere negativo e non necessario, rappresenta invece il fulcro del pluralismo

[22] A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, vol. II, 287.

[23] E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 127.

[24] G. SILVESTRI, *Notte e nebbia sulla magistratura italiana. C'è una via d'uscita dalla morsa delle degenerazioni correntizie e delle moralizzazioni pelose?*, in *Questione giustizia*, 12 Giugno 2020.

[25] M. VOLPI, *op. cit.*, 365.

[26] M. VOLPI, *op. cit.*, 368-369.

[27] Si veda la sent. della Corte cost. n. 170/2018.

delle idee nonché il punto di partenza per le evoluzioni giudiziarie. Non vi è dubbio che l'associazionismo abbia subìto, nel corso della sua storia, profonde degenerazioni tali da screditare l'operato dei magistrati, incidendo negativamente sul grado di fiducia nei confronti della giustizia e dell'amministrazione dei processi. Ciò fa parte, però, di quella deriva patologica dell'associazionismo, frutto di interessi esclusivamente personali slegati da quei principi nobili che legano il magistrato alla sua missione.

Non bisogna infatti dimenticare che l'associazionismo e la pluralità delle visioni da esso recata costituisce un formidabile fattore di rinnovamento e di superamento di talune visioni orientate solo dagli interessi personalistici. Ed allora, non vi è dubbio che qualsivoglia forma di degenerazione correntizia debba sempre essere repressa e combattuta, soprattutto quando il pluralismo associativo non resti più tale ma cerchi la contiguità con la politica o con gli altri poteri per la promozione di interessi di parte[28]. I giudici hanno quindi il diritto di associarsi, lo possono fare perché hanno il compito di «difendere la missione della magistratura»[29], ed è un bene che lo facciano per le finalità anzidette.

Ribadito questo aspetto, cioè la decisività e l'importanza che sussistano diverse visioni associative, si ritiene necessario porre lo sguardo sulla possibile assonanza tra le correnti ed il partitismo politico.

Preliminarmente vi è da dire che l'Italia è, al momento, uno dei pochi paesi europei che possiede un'associazione fra magistrati, nella quale sussistono varie aggregazioni di associati frammentati in "correnti". Il fatto che all'interno di un'associazione vi siano diverse visioni, quindi molteplici idee, fa pensare che possa esservi una forte somiglianza con i partiti politici. Infatti, il termine "correnti" induce ad una possibile assonanza con il partitismo politico: si pensi alle correnti presenti nella Democrazia Cristiana[30], che, come è noto, costituì per decenni il partito di governo, pur detenendo al suo interno politici potenzialmente scissionisti.

Ebbene, come già chiarito, il pluralismo associativo ha lo scopo di lottare contro una corporazione monolitica e monodirezionale; ma il fatto che vi siano le correnti può davvero portare ad un pluralismo di tipo politico? Illustri studiosi ritengono che non possa esservi affatto un parallelismo tra partitismo politico e pluralismo associativo, perché il partito politico ha quale scopo la propulsione di idee che vengono sottoposte ai cittadini dacché, in maniera democratica, esso può ottenere la maggioranza parlamentare al fine di definire l'indirizzo politico statale. Le correnti non hanno e non possono possedere tale funzione perché, come più volte detto, il loro scopo è quello di intervenire non sull'intero assetto programmatico statale bensì solo sulla politica della giustizia e sul ruolo della magistratura[31].

---

[28] G. SILVESTRI, *Notte e nebbia sulla magistratura italiana. C'è una via d'uscita dalla morsa delle degenerazioni correntizie e delle moralizzazioni pelose?*, cit.

[29] Si veda l'art. 12 della Magna Carta dei giudici approvata nel 2010 del Consiglio Consultivo dei giudici europei.

[30] E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 66.

[31] M. VOLPI, *op. cit*., 361.

Allora, appurato che non sussiste alcuna assonanza con il partitismo politico, seppure la struttura dell'ANM possa presentare dei punti di contatto con quest'ultimo[32], è necessario capire perché si è pervenuti alla degenerazione del pluralismo associativo. Il problema, ormai storico e consolidato, si fonda su due punti: il primo riguarda la c.d. "giudiziarizzazione della politica", il secondo riguarda l'intromissione della politica nelle scelte giudiziarie[33].

Da cosa può derivare l'infittirsi delle trame tra giustizia e politica, specialmente con il potere esecutivo? La responsabilità è indubbiamente imputabile, in primo luogo, al legislatore, il quale nel corso dei decenni ha intrapreso un percorso di creazione normativa decisamente lacunoso e contraddittorio. La produzione legislativa è particolarmente carente nel suo contenuto e prevede disposizioni che spesso provocano significative difficoltà interpretative[34]. Ebbene, l'interpretazione giurisprudenziale, che nel nostro ordinamento "tendenzialmente" non dovrebbe possedere alcuna valenza di "precedente", a causa di queste discrasie e crepe del sistema normativo, ha acquisito una netta rilevanza a tal punto da diventare decisoria e vincolante. Questo è anche supportato dal fatto che la politica nel corso degli anni, anziché recuperare terreno, ha contribuito ad auto-delegittimarsi. Per queste ragioni, l'attività interpretativa posta in essere dai giudici ha assunto una rilevanza così pregnante da incidere addirittura sull'indirizzo politico statale. Sarebbe auspicabile che il giudice non interpreti conscio del fatto che quanto da egli valutato possa sempre risultare corretto, ma lo faccia, a dire di Giuseppe Maranini, diffidando di sé stesso e con un forte spirito di autocritica, rifiutando qualsivoglia sollecitazione di stampo politico. È ovvio che il giudice abbia le sue idee, i suoi ideali e le sue concezioni, e per quanto ciò appartenga alla legittima libertà di pensiero, è opportuno che ciò avvenga nel pieno rispetto della legge, senza che le influenze politiche possano prevalere sulla imparziale risoluzione delle controversie.

Chiarito che la storia ci mette di fronte ad una "giudiziarizzazione" della politica, è bene porre in risalto che la commistione tra politica e magistratura deriva anche dalla volontà della politica di interferire con le scelte giudiziarie. Il problema non è soltanto recente, ma ha origini decisamente radicate nella storia. Quanto descritto non vale solo ai fini storici ma, si ripete, è valido anche per l'attualità, infatti tramite questo sistema una minoritaria percentuale del potere politico sfrutta la magistratura interferendo con le scelte che dovrebbero essere indipendenti, autonome ed imparziali.

Quanto sopra detto include il fenomeno negativo del già citato "correntismo", che costituisce così l'annebbiamento del pluralismo associativo, rendendo le correnti sub-associazioni dell'ANM che operano al solo scopo di tutelare le posizioni dei propri iscritti. Il correntismo, che oggi viene osteggiato dalla maggioranza dei magistrati, incide tuttavia non solo sull'Associazione ma anche sul CSM[35]. Si pensi al ruolo svolto

[32] Del tutto *sui generis* ed ampiamente evocativo risulta essere il concetto di "indirizzo politico della magistratura", il quale è ampiamente descritto nella Relazione di Giuseppe Maranini, Cfr. A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, vol. II, 286.

[33] M. VOLPI, *op. cit*., 362.

[34] A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 31 s.

[35] G. SILVESTRI, *Notte e nebbia sulla magistratura italiana. C'è una via d'uscita dalla morsa delle degenerazioni correntizie e delle moralizzazioni pelose?*, cit.

dalle correnti per la nomina dei dirigenti degli uffici giudiziari o dei magistrati della Corte di Cassazione. In questo modo emerge una lotta tra i magistrati che credono nel pluralismo e nella meritocrazia e quei magistrati affetti dalla patologia del correntismo, secondo cui le nomine devono avvenire attraverso una logica di appartenenza.

Non vi è dubbio che, oggi più che mai, ci si trova di fronte ad una crisi dell'associazionismo, crisi nella quale scarseggiano gli ideali e nella quale primeggia la sete di realizzare le proprie ambizioni personali servendosi dei gruppi organizzati[36]. Non si dovrebbero affatto dimenticare le ragioni per le quali si è dato vita alle correnti ed al pluralismo nell'associazionismo giudiziario; come si è detto, infatti, il fenomeno pluralistico ha da sempre come scopo preminente quello di dare voce alle visioni innovative che dovrebbero – anzi - svolgere un ruolo proattivo dell'evoluzione della società.

Per concludere si possono richiamare le parole di Nello Rossi, il quale ritiene che il pluralismo è «un bene da preservare» ma deve essere «depurato dal correntismo», al fine di evitare la più completa degenerazione[37].

6. *La "forma di governo" dell'ANM e i rapporti fra i suoi organi funzionali e il CSM*

Costantino Mortati riteneva che la forma di governo indicasse il modo in cui le funzioni statali sono distribuite ed organizzate fra i diversi organi statali[38] tenendo in considerazione l'attività di indirizzo politico che condiziona il pieno esercizio delle funzioni statali. *Mutatis mutandis*, pare utile chiedersi in quali termini possa parlarsi di una forma di governo dell'ANM.

Sostanzialmente si tratta di ragionare sul possibile parallelismo esistente tra una forma di governo – indicativa dei modi in cui il potere è ripartito fra gli organi di uno Stato e i rapporti che si istaurano fra gli stessi – e la gestione interna dell'Associazione Nazionale Magistrati, la quale è composta – *ex* Statuto – da specifici organi.

Ogni Stato è composto da organi, i quali sono deputati allo svolgimento di determinate funzioni; potrebbe dirsi lo stesso per l'ANM? Potrebbe davvero esistere una formazione associativa dotata di una forma di governo interna? In primo luogo si deve chiarire quale sia la sua struttura, su cosa essa si fonda e quali sono gli organi deputati allo svolgimento di specifiche funzioni.

Ebbene, non si deve dimenticare che l'ANM è per diritto un'associazione e, come tale, è soggetta alle norme che regolamentano il fenomeno associativo. Già in precedenza si è parlato dell'art. 18 Cost., norma fondamentale che riconosce e tutela la libertà di associazione senza alcuna autorizzazione, laddove le finalità non siano vietate dalla legge penale, proibendo – specificamente – le associazioni segrete e quelle militari che perseguono, anche indirettamente, scopi politici. Questo avviene legittimamente

[36] C. CASTELLI, *Elogio dell'associazionismo giudiziario,* in *Questione giustizia*, 3/2019, 62-63.

[37] Citato da G. MELIS, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni, ideali, degenerazioni*, in *Questione giustizia*, 10 gennaio 2020, 6.

[38] C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973.

all'interno dell'ANM, in quanto è lo stesso art. 2 dello Statuto che prevede in maniera specifica tutti gli scopi che l'associazione intende realizzare.

Ne deriva che il fenomeno associativo segue anche regole privatistiche, poiché trattasi di una formazione sociale, costituita da persone fisiche che per raggiungere una specifica finalità – non lucrativa – decidono di associarsi. In tal senso ogni associazione, laddove riconosciuta e dotata quindi di personalità giuridica, viene alla luce grazie ad un atto costitutivo che ne determina la sua gestione e quindi le specifiche funzioni attribuite agli organi che la compongono.

L'ANM, infatti, è composta – alla luce dell'art. 12 del suo Statuto – da ben otto organi centrali, ognuno dei quali svolge specifiche funzioni. È qui che si può parlare di forma di governo, parallelamente a quanto accade all'interno di un ordinamento statale? E se così dovesse essere, quale forma di governo potrebbe possedere l'Associazione nazionale magistrati?

In buona sostanza il parallelismo, cui si fa riferimento, appare del tutto naturale in virtù della presenza di organi deputati allo svolgimento di funzioni specifiche: si pensi, *ex* art. 13, all'Assemblea Generale. Quest'ultima incarna l'organo «supremo deliberante»[39] dell'Associazione, costituendo il luogo nel quale democraticamente vengono assunte le decisioni. Ogni socio ha il diritto di partecipare all'Assemblea, esprimendo personalmente il proprio voto[40], dacché le decisioni vengono assunte utilizzando il sistema della maggioranza.

All'Assemblea Generale, la quale non rappresenta un organo permanente, si aggiunge il Comitato Direttivo Centrale il quale, *ex* art. 22 dello Statuto, costituisce un organo deliberante permanente, composto da 36 membri, rinnovato ogni quattro anni. Dallo Statuto è quindi evidente che l'ANM esercita le sue funzioni mediante l'attribuzione delle stesse ad organi predisposti, funzionali per il raggiungimento degli scopi associativi.

Alla luce di questa breve analisi in merito ad alcuni organi dell'Associazione nazionale magistrati, cui si aggiunge la Giunta Esecutiva Generale (organo che svolge determinate funzioni previste dall'art. 33 dello statuto), bisogna chiedersi se questo parallelismo con un ordinamento statale e con una qualche forma di governo possa ritenersi plausibile. Appurato che il fenomeno associativo e l'organizzazione statale presentano evidenti discrasie, comunque la presenza di organi centrali, svolgenti specifiche funzioni, fa sì che essi presentino alcuni punti di contatto.

In questa prospettiva, sembra lecito chiedersi se possano esistere dei punti di contatto con la forma di governo direttoriale. Quest'ultima, operativa nello stato Svizzero, prevede l'esistenza di un'Assemblea Federale e di un Direttorio. All'organo assembleare sono attribuite funzioni legislative, mentre al secondo organo sono attribuite sia funzioni di governo sia funzioni proprie del Capo dello Stato. Ebbene, il parallelismo appare del tutto forzato, in quanto sussistono alcuni elementi che si frappongono quale netta cesura in questa difficile analogia: si tratta del rapporto di fiducia e della relativa mozione. Infatti, se nella forma di governo direttoriale non esiste

[39] Si veda l'art. 13, II comma, dello Statuto dell'Associazione Nazionale Magistrati.
[40] Si veda l'art. 16 dello Statuto dell'Associazione Nazionale Magistrati.

alcun rapporto di fiducia fra l'Assemblea ed il Direttorio – dunque quest'ultimo non può essere revocato né tantomeno può andare incontro a crisi di carattere istituzionale – lo stesso non può dirsi per un gruppo associativo quale è l'ANM. Infatti, quest'ultima è retta da uno Statuto che, per quanto non preveda un rapporto di fiducia iniziale, ammette la mozione di sfiducia del Comitato Direttivo Centrale (*ex* art. 31), organo che – si ripete – assume funzioni deliberanti. Dunque, se proprio ci si volesse sforzare nell'effettuare questa "operazione" di confronto, un'eventuale forma di governo dell'ANM presenterebbe delle caratteristiche eterogenee, con una buona dose di "elementi" della forma di governo direttoriale.

Più volte si è detto, anche alla luce dei postulati costituzionali, che la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere[41]. L'organo costituzionale deputato tanto alla tutela di queste garanzie, quanto all'autoregolamentazione dell'ordine della magistratura è proprio il Consiglio superiore della magistratura[42].

Dunque è decisivo valutare, in ragione di quanto affermato nel corso dei precedenti paragrafi, quanto l'ANM – e quindi le sue visioni interne soggette al fenomeno pluralista – incidano sulle nomine e soprattutto sull'elezione dei membri togati del CSM. Tale organo assume nell'ordine giudiziario l'apice di ogni decisione che porti alla concreta tutela dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura, con riguardo alle nomine, alla struttura e al settore disciplinare. Pertanto sarebbe auspicabile che la componente togata del medesimo – che costituisce i 2/3 del plenum – sia costituita da soggetti che abbiano brillanti capacità al fine di portare a compimento gli scopi per cui tale organo è stato creato e cristallizzato dalla Carta costituzionale all'art. 104. Ma come incide l'ANM sulla procedura di voto? E soprattutto, che valore rivestono le correnti?

Come già rilevato, le correnti – accezione ritenuta negativa da buona parte della dottrina costituzionalistica[43] – svolgono un ruolo determinante e decisivo per le candidature dei magistrati al CSM. Si è già detto che le correnti, nate per dare fiato alla democrazia interna e pluralista della magistratura, si sono – nel corso del tempo – modificate, mutando la loro essenza. Si è quindi arrivati ad aggregazioni che fungono da «mere articolazioni di potere»[44], producendo così una distorsione del pluralismo associativo che deve essere combattuta e repressa.

Questa distorsione si è a volte riprodotta anche con riguardo all'elezione dei membri togati del CSM; infatti è spesso capitato che alcuni membri siano stati scelti mediante la logica dell'interesse correntizio. Ciò non fa che vanificare le ragioni più autentiche dell'associazionismo, incidendo negativamente sull'attività dell'organo cui la Costituzione affida la tutela delle garanzie della magistratura. Le correnti dovrebbero agire, infatti, con uno spirito collaborativo, volto a garantire che l'assegnazione degli

[41] G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 141 s.

[42] G. SILVESTRI, *op. cit.,* 176.

[43] M. LUCIANI, *Il sistema di elezione dei componenti del CSM*, in *Questione giustizia*, 23 luglio 2020, 7-8.

[44] G. MELIS, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni, ideali, degenerazioni*, cit., 16.

incarichi direttivi o semidirettivi avvenga, non in base a logiche corporative, bensì in ragione del merito e delle concrete attitudini dei singoli magistrati[45].

7. *Obiettivi da raggiungere: realtà o utopia?*

Nei paragrafi precedenti si è cercato di indurre il lettore a riflettere, secondo un approccio critico, sulle ragioni che hanno portato alla nascita dell'associazionismo giudiziario.

Lo Stato costituzionale, democratico e moderno, necessita di un potere giudiziario autonomo ed indipendente affinché ogni cittadino possa veder salvaguardato ogni diritto riconosciutogli. Questo tuttavia può avvenire solo se il potere giudiziario rispecchia quei valori di indipendenza ed autonomia che la Costituzione gli attribuisce. Allo stesso tempo il potere giudiziario è composto dai magistrati, i quali non sono più – come già detto – meri esecutori della legge. Quest'ultimi, infatti, sono parte attiva della giustizia ed ognuno di essi detiene nelle proprie mani funzioni così determinanti da decidere della vita delle persone; si tratta di un'azione talmente delicata da dover essere svolta con estrema attenzione e dedizione, cioè con scienza e coscienza. Non vi è dubbio che l'obiettivo principale dell'ANM sia quello di garantire la tutela dei diritti dei cittadini ed il corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie, ma per fare questo è necessario che il magistrato non si spinga né verso l'alto né verso il basso[46]. I magistrati non devono sentirsi dei meri esecutori o meri funzionari, così come non possono pensare che il loro giudizio, squisitamente tecnico e giuridico, sconfini nell'ambito morale e personale. L'eccessiva modestia o l'eccessiva tracotanza rappresentano le facce di un'unica medaglia, con un solo risultato: la degenerazione ed il mal funzionamento della giustizia. È ovvio che il giudice, per quanto non debba essere – nel nostro sistema – il creatore del diritto e l'onnipotente decisore, allo stesso modo non può e non deve essere insensibile rispetto alle legittime istanze che provengono dal corpo sociale. Si tratta di trovare il giusto equilibrio, il quale è riscontrabile nella condotta di tutti quei giudici che operano con coraggio e impegno, esercitando con serietà le funzioni loro attribuite.

Rispetto a tutto ciò l'ANM non svolge un ruolo secondario. L'associazionismo non deve essere il luogo nel quale prosperano le spinte personalistiche, non deve essere il luogo ove si tessono trame politiche, non deve essere il luogo nel quale si scelgono a tavolino le nomine e nel quale si appoggiano candidature, deve invece tornare ad essere quel luogo per cui è sorto, cioè un autentico incubatore di idee, portatore di innovazione e di forti conquiste.[47] Deve essere il luogo nel quale si dà voce alla libertà delle idee. Non vi deve essere né la chiusura corporativa né la degenerazione correntista, semmai

[45] V. ONIDA, *La posizione costituzionale del CSM e i rapporti con gli altri poteri*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Laterza, Bari, 1994, 32 e ss.

[46] M. LUCIANI, *Il Consiglio superiore della magistratura nel sistema costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020, 6 ss.

[47] G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2017, 28-29.

deve esservi la libertà di espressione e di pensiero proporzionata alla delicatezza del ruolo che si svolge.

Non vi è dubbio che la maggioranza dei magistrati operi con correttezza e professionalità facendo sì che questi obiettivi siano realtà, ma è altresì vero che in molti casi essi restano soltanto una visione utopica, per la quale sembra molto lontano il suo verificarsi. L'unica via di uscita è un ritorno ai principi costituzionali e a quel modello di magistratura tracciato dai Padri Costituenti.

Oggi come ieri (all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione) bisogna confidare nei giovani magistrati? Davvero, solo da questi può venire la spinta verso il rinnovamento[48]? Probabilmente (e auspicabilmente) non è proprio così, di certo però è necessario riscoprire le ragioni genuine dell'associazionismo e da questo punto di vista il ruolo delle nuove generazioni di magistrati è fondamentale.

[48] Come sembra auspicare l'attuale Presidente dell'ANM, G. SANTALUCIA, in *I sistemi elettorali nella storia del CSM: uno sguardo d'insieme*, in *Giustizia insieme*, 10 ottobre 2020.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

L. PACE, *L'ADEGUATEZZA DELLA LEGGE E GLI AUTOMATISMI. IL GIUDICE DELLE LEGGI FRA NORMA "ASTRATTA" E CASO "CONCRETO"* NAPOLI, EDITORIALE SCIENTIFICA, 2020

RECENSIONE[*]

GIOVANNI TARLI BARBIERI[**]

1. La monografia di Leonardo Pace affronta un tema assai rilevante nella prassi normativa e giurisprudenziale più recente.

È sufficiente scorrere la Relazione sulla *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020* per constatare come in ben quattro pronunce la Corte costituzionale si sia dovuta confrontare con automatismi legislativi, e in tre di esse (sentt. nn. 24, 99, 102) ha concluso per l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate[1]; e ciò a dimostrazione della crescita di un'«azione erosiva» contro la logica degli automatismi, soprattutto sul terreno delle sanzioni[2], in una stagione nella quale il giudice delle leggi sembra avere abbandonato quelle «formali strettoie» che le avevano impedito in precedenza «un giudizio a tutto tondo nella materia penale»[3], trincerandosi «dietro la paratia duttile

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

[**] Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.

[1] Si conferma quindi il rilievo secondo il quale «come birilli, sempre più frequentemente simili previsioni legislative cadono sotto i colpi della Corte costituzionale»: A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da* quaestiones*: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, 498.

[2] G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2014*, Roma, 2014, 122.

[3] M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 45.

della (non manifesta ir-) ragionevolezza, per rimettere – in definitiva – la questione sul "tappeto" del legislatore»[4].

Anche nel 2021 con la sent. n. 143 la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 69, comma 4, cod. pen. (come sostituito dall'art. 3 della l. n. 251/2005) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità – introdotta con sent. 68/2012 della stessa Corte, in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.) – sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen.

In effetti, come è stato efficacemente osservato e come si dirà più oltre, gli automatismi legislativi costituiscono una categoria legislativa "sospetta"[5], in particolare laddove si sostanziano in formulazioni tali da non permettere al giudice in sede applicativa di tenere conto delle peculiarità del caso concreto[6].

2. Lo studio degli automatismi legislativi, che sono stati definiti come «quelli che, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma: se *a*, deve essere *b*»[7], incrocia problematiche centrali del diritto costituzionale e della teoria del diritto che l'autore ricostruisce analiticamente, con uno stile chiaro e con grande ampiezza di riferimenti bibliografici.

L'opera sfugge quindi al rischio di una ricostruzione polarizzata sulla prassi normativa (come detto, cospicua, a maggior ragione nel più recente periodo) e sulla giurisprudenza costituzionale. Anzi, l'autore già nella introduzione precisa una scelta di campo invero coraggiosa, quella cioè di non "rincorrere" (uso un verbo usato dall'autore) la giurisprudenza costituzionale «nei suoi molti rivoli o di non dar conto di tutte le decisioni che possano essere catalogate sotto la voce "automatismo legislativo"»[8].

L'approccio al tema è invece squisitamente deduttivo, e in questo senso la monografia si iscrive perfettamente nel fecondo filone di studi sulle fonti e la giurisprudenza costituzionale promossi dai costituzionalisti dell'Ateneo di Roma tre, e ben rappresentati nella collana del CRISPEL della quale la monografia stessa fa parte.

---

[4] V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 373.

[5] Così, S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, 1.

[6] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione svolta alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, rinvenibile in www.cortecostituzionale.it. Sul punto, cfr. anche, per tutti, A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 4909 ss.; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss.

[7] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

[8] L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020, 5.

Correttamente l'autore evidenzia che l'espressione "automatismo legislativo" richiede distinzioni e precisazioni, pena il rischio di fraintendimenti o, comunque, di un approccio generico e superficiale al tema.

Assai interessante e, insieme necessaria, è la distinzione tra "effetto automatico", che fa riferimento alla naturale e fisiologica impossibilità di modulare l'effetto giuridico, e "automatismo" o "automatismo illegittimo" inteso come la patologica impossibilità di modulare il suddetto effetto[9]. Tale distinzione consente di illuminare una distinzione fondamentale, quella tra norme costitutive, nelle quali l'automaticità degli effetti è da considerare pacificamente ammessa[10], e norme espresse da proposizioni ipotetico-prescrittive che invece «devono consentire l'adattabilità o l'adeguamento dell'effetto giuridico alla fattispecie concreta o, detto diversamente, devono permettere che la fattispecie concreta sia in grado di condizionare la produzione dell'effetto giuridico (non solo l'*an* di tale effetto, bensì anche il *quomodo*)»[11]. Anche e soprattutto alla luce di questa distinzione si può apprezzare la giurisprudenza costituzionale anche recente, che, pur sensibile all'esigenza di sanzionare gli automatismi illegittimi, non ha mai espresso un orientamento di "condanna generale" degli stessi: da essa, al contrario, si ricava che gli effetti automatici di una disciplina legislativa sono fuori asse rispetto ai principi costituzionali se esprimono una deroga sia con riferimento al sistema della normativa primaria quanto rispetto al costituzionalmente imposto.

L'autore ha cura di precisare che lo studio è condotto essenzialmente assumendo come prospettiva privilegiata il sistema delle fonti e non il rapporto fra poteri[12] che comunque, direi quasi inevitabilmente, emerge con chiarezza, come in filigrana[13]. Tale angolo di visuale consente di cogliere il fondamento ultimo delle argomentazioni del giudice delle leggi, da rinvenire soprattutto «nello statuto teorico delle norme e nella prospettiva sistematica e assiologica imposta dalla Costituzione»[14].

3. Il lavoro, articolato in sei capitoli, asseconda un approccio organico ad una materia che, sul piano costituzionale, presenta notevoli peculiarità. Così, il capitolo 1 («I fondamenti teorici della flessibilità») consente all'autore di ricostruire una definizione teorica degli automatismi legislativi sotto la lente dei principi costituzionali, perché, nel contesto di una Carta fondamentale rigida e garantita, «la soluzione legale di un problema individuale deve essere fornita anche alla luce di una interpretazione

[9] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 5.

[10] Peraltro, come giustamente sottolineato dall'autore, può accadere, ed in effetti è accaduto, che «la naturale e fisiologica automaticità degli effetti, nonostante sia perfettamente coerente con la natura della norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità, risulti irragionevole (*recte*: irrazionale), poiché introduce un elemento di contraddittorietà nell'ordinamento»: L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 250.

[11] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 3.

[12] Peraltro, come emerge già dall'introduzione, la prospettiva del rapporto tra i poteri risalta laddove l'autore si sofferma criticamente sulla delega di bilanciamento desunta dalla giurisprudenza costituzionale: L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 3.

[13] E ciò, ovviamente, per le connessioni tra assetto del sistema delle fonti e forma di Stato e di governo: sul punto, non si può non rinviare ad A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1986, 217 ss.

[14] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 6.

sistematica della norma direttamente implicata nella soluzione del caso, che tenga conto anche dei principi o valori costituzionali»[15]: da qui, il problema delle norme contenenti automatismi che «risultano essere non defettibili, ossia non in grado di assorbire le eccezioni, o meglio le condizioni negative di applicazione, al punto tale da presentarsi come una soluzione non ottimale o *sub*-ottimale (si è cioè in presenza di una lacuna assiologica) rispetto a una norma o principio superiori, i quali incidono sui casi dalle stesse disciplinati»[16].

Come si deduce anche dalla giurisprudenza costituzionale, è innanzitutto il principio di ragionevolezza a essere inciso dagli automatismi illegittimi, a dimostrazione di una caratteristica degli ordinamenti contemporanei che ha visto il controllo di costituzionalità atteggiarsi non solo come controllo negativo, sull'assenza di un contrasto tra legge ordinaria e Costituzione, quanto, anche e soprattutto, come riscontro positivo sulla sussistenza nella legge dei caratteri di adeguatezza, congruenza e proporzionalità «che la scelta politica alla base della legge deve possedere per costituire *legittimo esercizio della funzione legislativa*» (cfr. *infra*)[17].

Il tema è ampiamente sviscerato nel secondo capitolo («Al crocevia tra interpretazione costituzionale e ragionevolezza») nel quale l'autore parte dalla ricostruzione della Costituzione come caratterizzata da una precettività modulabile che risulta massima nella materia dei diritti fondamentali, esprimendo «un minor grado di tollerabilità rispetto alle devianze della legislazione» e quindi «comportando il minore spazio di libera determinazione della scelta legislativa»[18]; in questo senso, una disposizione contenente un automatismo normativo risulta problematica nella misura in cui finisce per atteggiarsi come "anelastica", impedendo quindi a un determinato principio costituzionale di esplicare la propria efficacia nella fattispecie concreta, e quindi per risultare incapace di essere «aperta anche alla coerenza dinamica, ossia alla innata capacità dei principi costituzionali di essere normogeni»[19]. In questo senso, la discrezionalità dell'interprete, chiamata a «modulare le conseguenze giuridiche in base alle caratteristiche del caso concreto, al fine di permettere il maggior grado di

[15] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 70.

[16] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 71.

[17] M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018, 248. Alla violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza allude, ad esempio, la già richjamata sent. 24/2020 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 120 del codice della strada, nella parte in cui impone al Prefetto di revocare la patente di guida ai soggetti sottoposti a misura di sicurezza personale, senza consentire una valutazione "caso per caso" delle condizioni che rendano coerente, o meno, la revoca del titolo abilitativo alla funzione rieducativa della misura irrogata.

[18] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 173.

[19] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 174 che conclude sul punto: «Con espressione di sintesi si potrebbe dire che la Costituzione impone alle leggi di essere strutturate in modo che i principi costituzionali non solo rientrino, ma riescano anche ad essere concretamente azionati, nell'orizzonte di senso delle proprie disposizioni» (174-175). Sul punto, come è stato efficacemente osservato, «quando un "automatismo legislativo" è dichiarato incostituzionale, è perché si ritiene che, per motivi costituzionali […] la legge non possa fare tutto da sé e abbia bisogno dell'intervento "casistico" del giudice, a contatto con peculiarità dei singoli casi che non si prestano a essere previsti in una pianificazione legislativa. Proprio ciò che si considerava il vanto della legge – l'uniformità – diventa il suo vizio»: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 210.

soddisfazione possibile dei contenuti costituzionali implicati nella concreta vicenda applicativa», non può essere eliminata o ridimensionata in limiti angusti. E ciò a maggior ragione alla luce della valorizzazione del pluralismo fatta propria dalla Costituzione repubblicana, che impone un modello di normazione capace di accogliere il maggior numero di interessi concorrenti[20].

Pertanto, come si dirà, anche le controversie legate agli automatismi confermano che la Costituzione repubblicana, come specificato già dalla "celebre" sent. 1/1956 della Corte costituzionale, ha determinato il «passaggio dal sillogismo alla bilancia» e più ancora, anche per lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale, il passaggio dal «"testo" ai valori», mettendo in risalto la funzione "creativa" dell'interprete e quindi il crescente rilievo dell'attività giurisdizionale rispetto all'attività legislativa[21].

Tali tendenze sono, come accennato, riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale, analizzata nel capitolo 3.

La scelta dell'autore, invero condivisibile, è quella di concentrarsi prevalentemente sulle pronunce relative alle presunzioni di pericolosità, parte di un percorso giurisprudenziale che ha visto una crescente disarticolazione di automatismi legislativi in materia penale, finendo per investire capitoli fondamentali della materia stessa[22]. Si può quindi affermare che i principi costituzionali di eguaglianza, di rieducazione del condannato, di personalità della responsabilità penale non si conciliano con automatismi legislativi che finiscono per conculcare la discrezionalità del giudice finalizzata ad adeguare la sanzione alle specifiche caratteristiche del singolo caso[23], violando quindi il «"volto costituzionale del sistema penale"»[24].

Come accennato, proprio in questi ambiti, nei quali in passato la discrezionalità del legislatore quanto alle scelte di politica criminale era un baluardo che in passato il giudice delle leggi aveva fatto fatica a scalfire, nel più recente periodo il sindacato di costituzionalità si è spinto a valutare la ragionevolezza delle scelte punitive compiute dal legislatore, in un'ottica in cui la ragionevolezza-proporzionalità ha finito per assumere i connotati di un vero e proprio "giudizio di meritevolezza della pena" esteso fino a controllare la dosimetria sanzionatoria che risulti manifestamente sproporzionata[25].

---

[20] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 176. Nello stesso senso, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 358 ss. e P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio.* Lectio magistralis, a cura di A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI, Napoli, 2016, 27, secondo il quale il pluralismo investe anche il sistema delle fonti che ha ridimensionato l'ambizione della legge statale a porsi come strumento di monopolio esclusivo di ogni esigenza di regolazione «per trasformarsi in un atto il cui contenuto va interpretato volta a volta alla luce di una pluralità di principi e di valori».

[21] A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano 2015, 326.

[22] A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da* quaestiones, cit., 499.

[23] Così, con specifico riferimento al contiguo tema delle pene fisse, P. CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero "*se*", "*come*", "*quando*" e "*quanto*" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Torino, 2009, 62.

[24] P. CHIRULLI, *La sanzione penale*, cit., 64.

[25] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 277.

In questo senso, le pronunce sugli automatismi legislativi si iscrivono pienamente nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale dalla quale si ricava che il carattere discrezionale della soluzione da adottare a seguito della riconosciuta incostituzionalità non è più ritenuto un impedimento all'intervento additivo, pur richiedendo che la soluzione si ricavi dal sistema «e, se possibile, da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, in modo da assicurarne la coerenza con la logica seguita dal legislatore» (per tutte, sentt. nn. 113, 252/2020)[26].

È in questo contesto che la Corte ha inaugurato un filone giurisprudenziale che ha colpito, in particolare: le fattispecie che fondano presunzioni di pericolosità ricorrendo, ai fini della loro giustificazione, a criteri più rigorosi del mero *id quod plerumque accidit*, quali le "corrispondenze statistiche" o la "congruenza delle basi statistiche"[27]; le pene e le sanzioni accessorie fisse, superando il limite, posto dalla giurisprudenza precedente, per cui di fronte a un *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, doveva esistere nel sistema un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*». La citazione è tratta dalla sent. n. 222/2018, nella quale la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 216, ultimo comma, del r.d. 267/1942, nella parte in cui, con riferimento al reato di bancarotta fraudolenta, prevedeva la pena accessoria in misura fissa di dieci anni, anziché "fino a dieci anni"[28].

Alla base della decisione della Corte è la necessità che le sanzioni penali «non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di "rieducazione" del reo, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost.»; tale obiettivo non era assecondato dalla disposizione, stante il vizio che essa presentava: e il vizio «consiste non già, in via generale, nel difetto di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie da essa previste per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta; bensì nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale, che – precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato – è suscettibile di tradursi nell'inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve»[29].

Peraltro, se nella sent. n. 222/2018 la Corte àncora le proprie conclusioni a disposizioni contigue della stessa legge fallimentare (in particolare gli artt. 217 e 218) le quali prevedono le medesime pene accessorie indicate nell'ultimo comma dell'art. 216, ma dispongono che la loro durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice «fino a» un massimo determinato dalla legge, gli sviluppi giurisprudenziali successivi hanno segnato il passaggio, secondo un'efficace immagine dell'autore, dalle rime obbligate alle rime costituzionalmente adeguate, pur rimanendo nel perimetro della scelta

[26] G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, in *www.cortecostituzionale.it*, 12-13.

[27] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 186 ss.

[28] *Considerato in diritto*, n. 8.1.

[29] *Considerato in diritto*, n. 8.3.

legislativa, con l'obiettivo di rendere flessibili «contenuti che pure sono già inespressi, anche se rigidamente e immutabilmente prestabiliti, in essa»[30].

Il principio di rieducazione del condannato è anche alla base della giurisprudenza costituzionale sul comma 4-*bis* della legge n. 354/1975: oltre alla sent. n. 253/2019, in materia di concessione di permessi premio per i detenuti condannati per reati ivi previsti, si può ricordare la più recente ord. n. 97/2021 (successiva alla pubblicazione della monografia) che ha "rinviato" al maggio 2022 la questione di legittimità costituzionale di questa disposizione nella parte in cui esclude che possano essere ammessi alla liberazione condizionale i condannati all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbiano collaborato con la giustizia. In questi casi, la Corte ha "recuperato" una valutazione sulla pericolosità sociale del detenuto.

Interessanti sono poi anche le ormai numerose pronunce aventi ad oggetto la revoca della patente di guida, il cui "automatismo" è stato censurato dalla Corte costituzionale con riferimento a chi sia stato condannato per i reati di cui agli artt. 73 e 74 del D.P.R. 309/1990 dopo il rilascio della patente stessa (sent. n. 22/2018), a chi sia stato sottoposto a misura di sicurezza (sent. n. 22/2020), a chi sia o sia stato sottoposto a misure di prevenzione (sent. n. 99/2020)[31]. In questa sede non si può non notare una qualche oscillazione in questa stessa giurisprudenza almeno su un punto, ovvero sulla distinzione tra la disciplina della revoca e quella del diniego di rilascio della patente: come si legge, da ultimo, nella recente sent. n. 152/2021, mentre la disciplina della revoca si deve connotare per una ontologica elasticità, quella del diniego di rilascio «opera a monte del suo conseguimento e non incide su alcuna aspettativa consolidata dell'interessato. Inoltre non ricorre, in questo caso, la contraddizione, che ha assunto decisivo rilievo in tema di revoca della patente, tra obbligatorietà del provvedimento amministrativo e facoltatività della parallela misura adottabile dal giudice penale in relazione alla medesima fattispecie di reato. Infine, diversamente da quanto presupposto dal giudice *a quo*, l'effetto ostativo al conseguimento della patente, previsto dalla disposizione censurata, non incide in modo "indifferenziato" sulla posizione dei soggetti condannati per reati in materia di stupefacenti. La diversa gravità del reato commesso, unitamente alla condotta del reo successiva alla condanna, assume, infatti, determinante rilievo ai fini del possibile conseguimento (anche dopo un solo anno nel caso di condanna con pena sospesa) di un provvedimento riabilitativo (*ex* artt. 178 e 179 del codice penale), che restituisce al condannato il diritto a richiedere la patente di guida». Ciò detto, peraltro, la stessa pronuncia sembra auspicare «una nuova configurazione delle condizioni ostative del rilascio, nel senso di un migliore coordinamento

[30] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 287.

[31] A queste si deve aggiungere la sent. n. 88/2019 che ha dichiarato incostituzionale l'art. art. 222, comma 2, quarto periodo, del codice della strada, nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, per i reati di cui agli artt. 589-*bis* (omicidio stradale) e 590-*bis* (lesioni personali stradali gravi o gravissime) cod. pen., il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell'art. 222 allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi 2 e 3 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* cod. pen.

sistematico delle distinte fattispecie, alla luce delle novità scaturite dalle precedenti decisioni di questa Corte»[32].

Vi sono poi pronunce che hanno condannato automatismi legislativi sulla base del principio di tutela dei minori che ha esercitato indubbiamente una «forza fagocitante», ancorché non totalizzante[33], alla stregua di quel "superiore interesse del minore" cui allude, in particolare, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[34]: alle pronunce ricordate nella monografia si può aggiungere la sent. n. 102/2020 nella quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-*bis*, comma 3, cod. pen., nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale. Anche in questi casi, la Corte finisce per «riconoscere all'organo dell'applicazione un potere di valutazione prima negatogli dal legislatore»[35].

In definitiva, come si evince nel capitolo 4 («La Corte costituzionale e gli automatismi legislativi»), è la supremazia della Costituzione, vista nella sua dimensione dinamica, a spiegare e fondare la giurisprudenza sugli automatismi illegittimi, in quanto essa «permette al dato costituzionale di incidere con sempre maggiore pervasività sulla legislazione ordinaria»[36], ripristinando il «rapporto di fisiologica trasmissione fra il mondo del fatto e il mondo del diritto»[37].

L'autore non condivide però la tesi secondo la quale le pronunce in questione costituirebbero altrettanti esempi di "deleghe di bilanciamento"[38], in quanto con esse «la Corte non delega alcunché» ma si limita a rimuovere «semplicemente una patologica situazione dall'ordinamento, andando a colpire quelle leggi che, basandosi, in vario modo, su un rigido meccanismo di connotazione del fatto o sull'automaticità degli effetti giuridici, non lasciavano spazio alcuno alle zone di possibilità interpretative degli organi dell'applicazione»[39].

Peraltro, proprio questa giurisprudenza apre i problemi delineati nell'ultimo capitolo, qualificato come un "finale aperto" che dalle problematiche di quella relativa agli automatismi legislativi si estende a riflessioni che finiscono per coinvolgere il ruolo e il significato della giustizia costituzionale; tale giurisprudenza, infatti, finisce per muoversi «proprio sulla linea di confine tra libertà interpretativa dei giudici e libertà normativa (ossia libertà di decisione politica) del legislatore», poiché «la Corte

[32] *Considerato in diritto*, n. 5.3 e 5.4.

[33] L'autore richiama infatti la sent. n. 17/2017, nella quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275 cod. proc. pen. nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni.

[34] Sul punto, per tutti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

[35] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 233.

[36] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 334.

[37] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 291.

[38] Secondo un modello delineato, in particolare, da R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 89.

[39] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 325-326.

costituzionale, infatti, dichiarando incostituzionale la disposizione che impedisce all'organo dell'applicazione di modulare le conseguenze giuridiche rispetto al caso concreto, non oblitera *totalmente* la scelta compiuta dal legislatore, ma la flessibilizza»[40] e ne riduce l'applicazione a quei soli casi «le cui caratteristiche rispondono alla *ratio legis* sottesa alla norma e, pertanto, rendono quest'ultima adeguata ad essi»[41].

Rimane il fatto però che questa giurisprudenza, che pure mira a garantire la «penetrazione molecolare della Costituzione nell'ordinamento», è una delle manifestazioni più evidenti di una sovraesposizione, almeno potenziale, del giudice delle leggi, visti i rischi di esautorazione degli spazi di discrezionalità spettanti alla legislazione: tutto ciò richiama, come si è anticipato, il tema, perdurante, della legittimazione della Corte costituzionale nel sistema costituzionale e del uso continuo oscillare tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"[42], quasi come un "Giano bifronte"[43], chiamato a svolgere una funzione "atipica" «al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –»[44].

I ripetuti interventi della Corte sugli automatismi, se da un lato, sono l'epifania di un'«aspirazione all'uguaglianza, intesa come adeguatezza del diritto alle situazioni concrete: un'aspirazione che, essendosi spinta molto avanti, giunge perfino a insidiare il venerando principio dell'eguaglianza di tutti, indifferenziatamente, di fronte alla legge»[45], dall'altro, non possono essere adeguatamente compresi prescindendo dal «grande malato rappresentato dal parlamento e dal principio rappresentativo», rispetto al quale essi «sono qualificabili come interventi arbitrali, necessari ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità deve essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo»[46]. A ciò si aggiunga la patologica inerzia e, ancor peggio, la "sordità" del legislatore rispetto ai moniti della Corte costituzionale che hanno portato, come è noto, anche all'elaborazione di nuove tecniche processuali, quali quelle dell'"incostituzionalità prospettata" a partire dall'ord. n. 207/2018[47]. È quindi il «fattore tempo, che fa pendere la bilancia verso la funzione di garanzia costituzionale, di modo che il giudice delle leggi si riterrà legittimato – questa volta – ad intervenire, anche se l'operazione richiesta (e necessaria) sia destinata a risultare fortemente incidente sulla discrezionalità del legislatore»[48].

---

[40] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 343-344.

[41] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 344.

[42] Sul punto, è sufficiente rinviare a R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso*, cit.

[43] 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 Pizzorusso*, cit., 7.

[44] E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 15.

[45] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 213.

[46] R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 9.

[47] Sui riferimenti bibliografici si rinvia senz'altro alla monografia di Pace.

[48] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 375. Emblematica a proposito la relazione del Presidente Coraggio ricordata nella nt. 26, nella quale si legge che «come le altre Corti, anche la nostra, si è trovata ad operare in un contesto caratterizzato insieme da una maggiore complessità e da una maggiore urgenza per il moltiplicarsi delle pretese che chiedono di essere ricondotte a diritti fondamentali e che sono avvertite – a torto o a ragione – come irrinunciabili e non procrastinabili […]. È compito proprio del

Di tali complesse questioni l'autore si fa carico, ribadendo un condivisibile punto fermo, ovvero il fatto che la Corte costituzionale è «seppur *sui generis*, un organo giurisdizionale, che in quanto tale non può completamente disfarsi delle logiche del discorso di applicazione, proprio di tutti gli organi giurisdizionali, anche costituzionale»[49].

In forza di questa considerazione di fondo Pace fa proprie tesi coraggiose ancorché non scontate e addirittura smentite nella prassi, quali quella secondo la quale la ragionevolezza non dovrebbe costituire un parametro alla sola stregua del quale risolvere le questioni di legittimità costituzionale[50].

Condivisibilmente, poi, l'autore insiste sulla centralità dei parametri di costituzionalità, con la precisazione però che essi, anche se riferiti ai diritti e ai principi supremi, «non devono abbandonare la propria sede ed espandersi sui territori della legislazione», pur avendo «la capacità di condizionare e soprattutto integrare, attraendo a sé, il sistema normativo *sub*-costituzionale»[51] e, soprattutto, sull'esigenza di valorizzare moduli decisori del giudice delle leggi connotati da "cedevolezza", ovvero da una validità "precaria", fino a quando permanga l'inerzia del legislatore. Da qui l'audace proposta, mutuata dal *Conseil constitutionnel*, di valorizzare tecniche che consentano alla Corte, in caso di incostituzionalità derivante da un'omissione legislativa sanabile solo per mezzo di un intervento del legislatore, di regolare in modo conforme alla Costituzione i rapporti giuridici in essere (o che dovessero sorgere nel frattempo) senza attendere la nuova legge ma senza invadere eccessivamente la discrezionalità del Parlamento[52].

Peraltro, una tale proposta, che pure non appare priva di alcune controindicazioni di cui l'autore peraltro si fa carico[53], se ha il merito di recuperare un ruolo al Parlamento e di arginare eventuali "straripamenti" del giudice costituzionale, non appare da sola risolutiva, così come da sola non può scongiurare rischi di conflittualità tra la Corte e le Camere, come vicende recenti, a cominciare da quella, annosa, del cognome paterno (ord. n. 18/2021), dimostrano.

4. Il rapporto tra legislatore e sfera giurisdizionale, che emerge anche a proposito della tematica degli automatismi legislativi costituisce una delle sfide più rilevanti e urgenti delle democrazie costituzionali contemporanee.

---

legislatore farsene carico, ma in mancanza di un suo intervento – mancanza a volte giustificata dal tumultuoso evolversi della società – la Corte non può, a sua volta, rimanere inerte, specie quando sono in gioco i diritti di minoranze, la cui tutela è il naturale campo di azione dei giudici, quali garanti di una democrazia veramente inclusiva» (15-16).

Peraltro, come giustamente osserva l'autore, talvolta l'inerzia del legislatore è una precisa volontà di non decidere (si pensi alle questioni eticamente sensibili): L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 368 ss.

[49] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 351.

[50] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 150 ss. cui si rinvia anche per i vasti riferimenti bibliografici sul punto.

[51] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 354.

[52] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 381 ss.

[53] L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 383 ss.

La valorizzazione della giurisdizione è un tratto ineliminabile della contemporaneità, poiché, come è stato giustamente affermato, lo Stato costituzionale del presente ha delineato un nuovo assetto di poteri ponendo le due funzioni «l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione»[54], poiché una delle caratteristiche fondamentali del diritto del nostro tempo, per realizzare ciò che richiede la sua natura è la necessità della partecipazione attiva dei giudici per cui non è patologico che «la regola della legge» ceda il passo «con il consenso della Costituzione, al regolo del giudice»[55].

Certo, una evoluzione del genere deve essere apprezzata alla luce del «pericolo dell'"atrofizzazione della politica per saturazione giuridica" con effetti di ritorno sulla stessa legittimazione della Corte»[56], ricordando che «lo Stato costituzionale non è né solo legge, né solo giudice; non è solo tutela dei diritti, ma anche apparato di istituzioni democratiche. Si potrebbe, anzi, affermare che, in assenza di una costante vitalità dei meccanismi della democrazia rappresentativa, esso rischierebbe di ridursi a mera apparenza astratta, librata nel vuoto»[57].

Da questo punto di vista, pur condividendo nella sostanza le ragioni a sostegno della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi, soprattutto in materia penale, occorre non rassegnarsi alla crisi della legge e delle riserve di legge, a cominciare da quella di cui all'art. 25, comma 2, Cost., più volte evocata da Leonardo Pace, ricordando come la Corte costituzionale abbia precisato a più riprese, a partire dalla "celebre" sent. 364/1988 che «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»[58].

Da questo punto di vista, però non è mancato chi ha evidenziato già nel 2000 che «se dovessimo rivolgersi oggi soltanto al legislatore, dovremmo con ogni probabilità concludere nel senso dell'inutilità o della persistente violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. Il dato dello scadimento della legislazione penale, unito a quello della complessità della stessa materia penale, a causa soprattutto della mancata riforma del codice Rocco, non lascia spazio a considerazioni diverse e ulteriori»[59].

Certo, alla base della cattiva qualità della legislazione vi sono anche fattori sistemici: in particolare, il pensiero corre alla crisi del sistema politico-rappresentativo che si riflette sulla crisi della legge e sui suoi contenuti sempre più oscuri, o peggio, come nel caso del diritto penale, connotati da venature demagogiche[60].

---

[54] M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 20.

[55] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212-213.

[56] M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano 2016, 471.

[57] P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore*, cit., 30-31.

[58] *Considerato in diritto*, n. 8.

[59] M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 9-10.

[60] Sul punto, per tutti, E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019. Le crescenti pulsioni populistiche che stanno contaminando la legislazione, in particolare quella penale,

Una seria riforma del procedimento legislativo, da questo punto di vista, potrebbe assecondare anche una più complessiva strategia volta a perseguire un miglioramento della qualità della normazione (tema su cui anche la dottrina penalistica più avveduta si è soffermata da tempo[61]), oltre ad arginare l'impropria espansione dei poteri normativi del Governo e, in particolare, della decretazione d'urgenza

La qualità della normazione non attiene solo alle tecniche di *drafting* ma anche a quelle, ancora più impegnative, dell'istruttoria legislativa (art. 79, comma 4, reg. Camera), nonché delle valutazioni *ex ante* ed *ex post* dei prodotti legislativi; peraltro, anche sul versante più limitato delle tecniche di redazione delle disposizioni penalistiche non ha avuto particolare seguito il già ricordato monito della Corte costituzionale nella "celebre" sent. 364/1988, anche perché né la circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986 («Criteri per la formulazione delle fattispecie penali») e le successive circolari "Malinconico" sulla redazione degli atti normativi del 2001 si sono radicate nell'ordinamento. Un capitolo fondamentale è poi quello del "seguito" parlamentare delle sentenze della Corte costituzionale: le attuali previsioni contenute nei regolamenti parlamentari (art. 108 reg. Camera; art. 139 reg. Senato) sono forse insufficienti, come reso evidente da una prassi che, salvo eccezioni[62], vede una scasa attenzione delle Camere sul punto e una parallela crescita del "protagonismo" del giudice delle leggi[63], anche «per la difficoltà di conciliare la quantità e la complessità dei prodotti giurisprudenziali che andrebbero presi in esame con la ristrettezza dei tempi del lavoro parlamentare»[64].

In definitiva, una delle sfide che non dovrebbero essere perdute, già in sede di revisione dei regolamenti parlamentari, è quella di una rinnovata attenzione al "farsi"

---

rendono gli automatismi sanzionatori una parte di tendenze tanto ricorrenti quanto dubbie sul piano della legittimità costituzionale. Tra queste: *a*) la carenza di tipicità, determinatezza e la rarefazione dell'offensività delle fattispecie criminose; *b*) l'aumento, talora sproporzionato, delle pene e quindi della possibilità di disporre le misure cautelari più afflittive nei confronti degli indagati; *c*) la possibilità di ricorrere a nuovi strumenti probatori (si pensi, in particolare, all'interno della legge "spazzacorrotti", al captatore informatico); *d*) la limitazione dei benefici penitenziari in capo ai condannati.

[61] F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36, t. 2, Milano, 2007, 1305, secondo il quale «la riserva di legge pare aver subito una duplice 'virata' che ha modificato, non sappiamo dire se l'intensità della garanzia, ma sicuramente la sua direzione, il suo 'senso'. Da un lato, la riserva ha virato dal suo *contenuto* democratico della legge penale al *procedimento* di formazione della legge e al suo *controllo*. Ridimensionatasi quella specie di presunzione della democraticità contenutistica dei contenuti normativi della legge, l'asse della garanzia è piuttosto nelle possibilità di partecipazione e controllo che offre il procedimento legislativo. Dall'altro lato, la riserva vira dal *monopolio* del legislatore verso la partecipazione di *plurimi* soggetti – esterni e interni all'ordinamento nazionale – al complesso processo vitale di formazione delle scelte anche penali: senza che per ciò solo si debba ritenere necessariamente pregiudicato il loro tasso di democraticità, posto che il pluralismo istituzionale non è affatto incoerente, anzi, con l'integrazione tra diversi punti di vista nella decisione legislativa finale».

[62] Si veda, in questo senso, il ciclo di audizioni informali promosso dalla 1a Commissione permanente del Senato, a seguito della pubblicazione della sent. n. 44/2021.

[63] M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in *www.cortecostituzionale.it*, 17 ss.

[64] E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 170.

della legge e a quei "metodi della legislazione" cui l'art. 5 Cost. espressamente allude ma sui quali è forse mancata una riflessione adeguata anche a livello dottrinale.

REPLICA

LEONARDO PACE*

Devo innanzitutto esprimere la mia gratitudine al Professor Giovanni Tarli Barbieri per la puntuale lettura e il giudizio attento sul mio lavoro monografico e al Comitato di direzione per aver scelto di ospitare la recensione sulla Rivista.

È necessario altresì premettere che il Professor Tarli Barbieri ha saputo, efficacemente, non solo individuare i punti cardinali della mia analisi, ma altresì legarli tra loro facendo emergere il filo conduttore delle mie riflessioni. Poco spazio rimane pertanto per formulare una replica in senso proprio.

Mi limiterò, allora, a fare qualche precisazione, su alcuni punti già trattati nella recensione; spiegare brevemente le ragioni di quelle che il Professore definisce "scelte coraggiose"; proporre alcune riflessioni aggiuntive sul tema affrontato nell'ultimo paragrafo della recensione, dedicato al decadimento della legislazione quale (sicuramente non unica ma certamente centrale) spiegazione della sempre maggior spazio occupato dalla giurisdizione – costituzionale e non – nell'odierna esperienza delle democrazie costituzionali.

All'inizio delle sue osservazioni, il Professor Tarli Barbieri pone giustamente in rilievo come il lavoro si apra con un *actio finium regundorum*, ossia con un'operazione preliminare tesa a chiarire quando si può parlare di automatismo legislativo illegittimo; da qui l'ampia analisi, proposta nel primo capitolo, sulle norme costitutive e la teorizzazione della distinzione tra effetto automatico, fisiologica espressione di un aspetto della normatività, e automatismo legislativo illegittimo, quale patologica manifestazione delle norme di comportamento.

Sulla costitutività e la relativa automaticità degli effetti non è il caso di indugiare in questa breve replica. Ritengo, invece, opportuno spendere alcune considerazioni sul tema delle norme di comportamento e sul percorso che mi ha condotto alla definizione teorica degli automatismi legislativi illegittimi, che il Professor Tarli Barbieri cita testualmente nella sua recensione (inizio del § 3).

Le norme di comportamento, pur avendo la prevalente funzione di guida dei comportamenti dei destinatari, sono caratterizzate da una innegabile funzione valutativa o qualificativa: nel senso che tali norme non sono solo "strumento" mediante il quale valutare la legittimità di un determinato comportamento, ma sono esse stesse valutazione e qualificazione di determinati fatti.

In altri termini, lo stesso legislatore, attraverso questa tipologia di norme, individua determinati problemi di vita, i quali, mediante generalizzazione (ossia per mezzo di una valutazione tradotta in termini di regolarità di un determinato fatto, che in tal modo diviene caso o fattispecie astratta), vengono tipizzati e trasformati in schemi

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi "Roma Tre".

idonei ad estendersi su una potenzialmente indefinita serie di fatti, al fine di dare ad essi una determinata soluzione normativa.

Poiché possano superare lo stato di potenzialità o virtualità, tali ipotesi o schemi tipici devono necessariamente trovare concretizzazione, ossia devono essere messe in condizione di interagire pienamente con le fattispecie concrete o casi concreti cui si riferiscono.

Detto altrimenti, il profilo materiale (il caso concreto) deve essere in grado di condizionare effettivamente quello formale (gli effetti giuridici); da qui la necessità che vi sia spazio per l'operare dei meccanismi interpretativo-applicativi che permettano l'adattabilità dell'effetto al fatto, nella misura in cui tuttavia – e questo è un punto centrale – ciò corrisponda ad una necessità di armonizzazione sistematica, anche e soprattutto rispetto al livello costituzionale.

Su questi temi, il lavoro è fortemente debitore delle riflessioni di Angelo Ermanno Cammarata[1] e di Angelo Falzea[2].

È l'insegnamento di questi due grandi maestri ad aver guidato le mie considerazioni, divenendo anche le lenti attraverso cui leggere la letteratura più recente, pure richiamata nel testo.

Al primo si deve la teorizzazione della generalizzazione selettiva propria delle norme; al secondo la teorizzazione del principio di convenienza dell'effetto al fatto – che altro non è se non il canone di adeguatezza della legge – e la correlata idea che il profilo materiale può e deve condizionare quello formale solo nella misura in cui il primo, nel suo complesso, sia illuminato o espressione del sistema assiologico di riferimento. Detto altrimenti – ossia guardando agli effetti – le conseguenze giuridiche devono intendersi quali effetti scaturenti alla luce dell'ordinamento complessivamente inteso.

Posta la necessità – anche e soprattutto di ordine costituzionale – che il profilo materiale sia in grado di condizionare quello formale ovvero che i casi concreti, con le loro caratteristiche costituzionalmente rilevanti, siano adeguatamente disciplinati dalla legge, si pone il problema di stabilire entro quali limiti e percorrendo quali vie, si può evitare, per un verso, che la normazione risulti "cieca" davanti ai casi concreti e, per l'altro, che l'adeguatezza della legge non si risolva nella dissoluzione del metodo sistematico a favore di quello casistico[3].

Sono queste le domande che hanno mosso le mie riflessioni – efficacemente sintetizzate dal Prof. Tarli Barbieri – contenute nel secondo capitolo.

Questa parte del lavoro – soffermandosi: sulla modulabile precettività costituzionale, sulla (tentata e si spera adeguata) dimostrazione della natura totale e non totalizzante della Costituzione, nonché sulla necessità che questa faccia sistema con la legislazione – ha come punto di caduta il ruolo della ragionevolezza nel fenomeno in analisi.

---

[1] Soprattutto al Suo *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

[2] In particolar modo alla voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965.

[3] Come ammoniva L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 117.

Il punto di partenza delle mie riflessioni è che la pressione dei valori e dei principi costituzionali sulla sfera legislativa impone non l'«astratta conformità» alla Costituzione, «ordine superiore ed esterno», ma la «corrispondenza ad un'idea di interna ragionevolezza e plausibilità»[4].

Da ciò deduco che l'esigenza di ragionevolezza del diritto, se deve necessariamente essere intesa quale congruenza della legge alla realtà di fatto (e quindi come adeguatezza della legge), deve, altresì, necessariamente essere predicata avendo come costante punto di riferimento la Costituzione.

Soltanto immettendo la Costituzione nel rapporto tra legge e esigenze regolative del caso e intendendo la ragionevolezza della legge nel senso che quest'ultima riesca a contemperare ad un tempo le ragioni del caso con le ragioni del sistema normativo complessivamente inteso (ossia tanto del livello legale quanto di quello costituzionale), per gli elementi che esso pone e *alla luce degli elementi valoriali che esso presuppone*, si evita che il giudice possa individuare semplicemente la risposta adeguata al caso (secondo i canoni della giustizia sostanziale), completamento prescindendo dal diritto, ossia tanto dalla legge (*recte*: dal testo della legge) quanto dalla Costituzione.

Su tali basi, si può fornire anche la spiegazione alla prima fra le scelte coraggiose da me prese: ossia l'idea che la ragionevolezza non debba essere considerata alla stregua di un principio, bensì di un canone.

Tale tesi non è, come si sa, originale, ma si muove nel solco già tracciato da Livio Paladin[5] e da Franco Modugno[6] e quanto scrivo nel testo è sostanzialmente fedele (o perlomeno cerca di esserlo) al loro insegnamento.

Muovendo da tale prospettiva, ossia che la ragionevolezza sia strumento di mediazione, da un lato, fra il livello legale e il livello costituzionale e, dall'altro, fra il testo e il contesto applicativo[7], essa non può considerarsi un principio costituzionale – e quindi essere adoperato alla stregua di un autonomo parametro di costituzionalità – ma deve essere considerato un canone o un metodo di interpretazione e di applicazione del diritto esistente. Da ciò, la presa di posizione in base alla quale la Corte costituzionale non debba servirsi della sola ragionevolezza per risolvere le questioni di costituzionalità sottoposte al suo giudizio.

Riguardo, poi, al fatto che tale tesi sia smentita dalla prassi, invertendo i termini della relazione, si può dire che la tesi è un tentativo di smentire la prassi, indicando il *dover essere* costituzionale.

È vero, infatti, che la scienza giuridica, in quanto scienza pratica, non possa prescindere dall'*essere*, ma ciò, a mio modesto parere, non può tradursi in un appiattimento sulla prassi o in una supina accettazione di questa.

---

[4] Le frasi fra virgolette sono di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 388.

[5] L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 901 ss.

[6] F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 55 ss.

[7] Secondo l'insegnamento di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 646.

Anche sull'analisi della giurisprudenza costituzionale – oggetto del terzo e quarto capitolo – non è opportuno indugiare, grazie, anche in questo caso, alla sintetica ma completa analisi del recensore.

Alcune considerazioni aggiuntive meritano invece le considerazioni espresse dal Professor Tarli Barbieri riguardo all'ultimo capitolo e al tema, lì trattato, della legittimazione della Corte.

Tema, questo, che mi è parso necessario affrontare in quanto è mia convinzione che la figura degli automatismi, per come è venuta delineandosi nella giurisprudenza costituzionale, sia in sostanza il precitato di una serie di questioni irrisolte o, comunque sia, in cerca di definizione, riguardanti il ruolo del giudice delle leggi e i limiti entro i quali deve e può svolgersi il suo operato nel diritto costituzionale del tempo presente.

In questo capitolo ho ragionato, infatti, sulle conseguenze sistematiche della flessibilizzazione della legge e sulla necessità che il giudice delle leggi sia capace di trovare sempre nuovi e più efficaci modi per affermare la Costituzione (anche e soprattutto) contro la volontà del legislatore, dovendo allo stesso tempo (cercare) di tutelare in massimo grado la legislazione e con essa il legislatore.

Ho scritto, infatti, che la posta in gioco nella giurisprudenza sugli automatismi legislativi e, più in generale, nell'odierna esperienza della giustizia costituzionale sia quella di evitare che la vittoria contingente della Costituzione si traduca, nel lungo periodo, nella disgregazione dell'ordine costituzionale.

Tale imperativo è alla base di alcuni dei temi affrontati: l'ancoraggio al parametro di costituzionalità, che altro non vuol dire che se non ancoraggio ai moduli del discorso di applicazione, la cautela nell'applicazione della direttiva della massimizzazione delle tutele e, infine, la necessità di dare un verso alle rime adeguate.

Dall'analisi, al fondo (e come mette bene in luce il Professor Tarli Barbieri), emerge la necessità che i moduli decisori siano caratterizzati dalla cedevolezza; per un verso, al fine di un pieno (anche se spesso votato all'insuccesso[8]) coinvolgimento del legislatore e, per l'altro e ancor prima, quale espressione di un giudice delle leggi che pratichi le virtù dell'autocontrollo e della moderazione[9]: da qui l'idea della procedimentalizzazione – mi sia concessa questa forzata semplificazione – del modulo dell'ordinanza di rinvio a data fissa, prima della (eventuale) corposa manipolazione operata dal giudice delle leggi.

In questo orizzonte di senso deve essere collocata anche la proposta delle sentenze di accoglimento (manipolative) con la clausola di transitorietà inserita nel dispositivo[10].

---

[8] Si veda da ultimo la vicenda della pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa, decisa con la sentenza n. 151 del 2021, dopo il mancato seguito parlamentare all'ordinanza n. 132 del 2020 di rinvio a data fissa dell'udienza.

[9] Così N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità; del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, il quale parla di *judicial modesty*, con generale riferimento alla giurisdizione largamente intesa.

[10] Tesi, questa, che generalizza l'indicazione data, a commento dell'ordinanza n. 207 del 2018, da GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019.

Ero consapevole al momento in cui scrivevo, e lo sono ancora adesso, che tale soluzione non sia la panacea di tutti i mali e, al netto di ogni considerazione sulla efficacia e sulla fattibilità della soluzione proposta, il modello è interessante non tanto perché avrebbe potuto (e potrà) essere adottato in alcune decisioni altamente manipolative, ma anche e soprattutto perché risponde pienamente alla idea di giustizia costituzionale quale strumento attraverso il quale la Costituzione si affermi *ora* (nella singola vicenda applicativa), pur rinviando la sua completa attuazione nel *non ancora*[11] (perché il caso concreto potrà sempre determinare una nuova e diversa combinazione tra livello legale e livello costituzionale).

Così come pure ero e sono consapevole che gran parte del problema della legittimazione del giudice delle leggi e degli spazi del suo intervento siano dettati dal ruolo giocato (o non giocato) dal legislatore.

Sul punto, giustamente, il Professor Tarli Barbieri indica un tema che reputa per buona parte, e nella sostanza, ancora inesplorato e che potrebbe essere oggetto di specifica trattazione anche dall'angolo visuale degli automatismi legislativi; gli automatismi legislativi dal lato del legislatore, per l'appunto.

Nel libro non mi soffermo approfonditamente su tale tematica, seppur all'atteggiamento di impotenza – quale una fra le ragioni della sovraesposizione della giurisdizione nell'odierna esperienza ordinamentale – sono dedicate alcune riflessione del quinto paragrafo (titolato *Impotenza del legislatore e non prepotenza della Corte*) dell'ultimo capitolo.

Come scrivo nell'*Introduzione* al volume, ciò è il frutto di una precisa scelta metodologica, ossia di guardare al tema degli automatismi dall'angolo visuale dello statuto teorico delle norme e dalla prospettiva sistematica e assiologica della Costituzione (che altro non è se non la prospettiva dell'adeguatezza della legge) e di come tale ricostruzione teorica trovi accoglimento nella giurisprudenza costituzionale e cosa sia in grado di esprimere attorno ad essa.

Anche se, come rileva opportunamente il Professor Tarli Barbieri, il rapporto tra poteri «inevitabilmente, emerge con chiarezza, come in filigrana» ed è pure espressamente preso in considerazione nel quarto capitolo, ove argomento sul perché non mi pare convincente la tesi della delega di bilanciamento.

Qui, però, non posso non raccogliere la suggestione lanciata dal Professor Tarli Barbieri e aggiungere un elemento a quelli già segnalati nella recensione.

Il "problema della legislazione" nel tema degli automatismi legislativi non trova le sue ragioni solo nelle "mancanze" di questa, ossia nella qualità (carente) della normazione (e quindi nelle tecniche di *drafting*, nell'istruttoria legislativa, nel seguito parlamentare delle sentenze costituzionali), ma anche in un atteggiamento positivo e altamente pericoloso, soprattutto nel diritto punitivo, nel quale, non a caso, si segnala la più alta presenza di automatismi legislativi.

Anche questa manifestazione della legislazione è espressione della crisi del sistema politico rappresentativo, già segnalata dal Professor Tarli Barbieri.

---

[11] Qui e nella monografia richiamo la formula di O. CULLMANN, *Cristo e il tempo*, Bologna, 1990, 15, del «"già compiuto" e "non ancora realizzato"».

Ho affrontato il tema in un mio precedente scritto, qui pertanto mi limito ad alcune rapide considerazioni (rinviando – anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici – a quanto già detto in quella sede)[12].

L'aggressione o lo sgretolamento dei sistemi di welfare, da un lato, e l'incapacità dello Stato di fronteggiare la modernità, dall'altro, ha definitivamente eclissato la forma di legittimazione su cui si basava l'autorità degli ordinamenti costituzionali del secondo dopoguerra, emblematicamente scolpita nel nostro art. 3, II co. Cost.

L'incapacità di raggiungere un compromesso sulle grandi e organiche scelte che interessano l'intera collettività, spinge, infatti, il potere politico ad una rincorsa della legittimazione essenzialmente sul piano della politica criminale (etichettata come diritto penale dell'emergenza o diritto penale del nemico), dove è più facile ottenere soluzioni di comodo consenso elettorale.

Nelle ultime decadi si è infatti assistito, non solo ad un forte aumento dei tassi penalità degli odierni ordinamenti, ma all'imporsi di una politica criminale tesa a strozzare gli spazi di intervento del giudice ogni oltre ragionevole misura.

Se il fine del legislatore è marcatamente simbolico – dare un senso di sicurezza ai cittadini – e quindi le norme devono esplicare la loro azione essenzialmente sul piano ideologico e culturale, devono ridursi al minimo le possibilità di intervento di un soggetto terzo, quale il giudice, che con l'esercizio della sua discrezionalità possa rendere inefficace le scelte di politica criminali.

In altri termini, se devono punirsi le condotte ritenute generatrici dell'allarme sociale (ovvero, e perversamente, mediante la penalizzazione di una determinata condotta si voglia punire l'autore del reato o più in generale il soggetto reputato pericoloso per la collettività), il giudice non può avere spazio di azione nell'accertamento del fatto e tanto meno nella modulazione delle conseguenze giuridiche.

In definitiva, dietro gli automatismi legislativi, che costellano il diritto punitivo (si pensi all'emblematico art. 4-*bis* ord. penit. e agli automatismi preclusivi dallo stesso previsti) e non solo, si scorge il tentativo della legislazione di diminuire e ridurre al massimo grado l'autonomia della giurisdizione nella produzione di decisioni vincolanti e, pertanto, l'indipendenza di questo sottosistema dal sistema politico[13].

[12] Il riferimento è al mio *«Il buono, il brutto e il cattivo» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 3/2016, §§ 4 e 5.

[13] Il riferimento qui è evidentemente a N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990, 56.

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

IL FORUM

SULLA VACCINAZIONE IN TEMPO DI COVID-19*

Introduzione al *Forum*

MARILISA D'AMICO

L'emergenza sanitaria determinata dal Covid-19 ha posto e continua a porre interrogativi cruciali dal punto di vista del diritto costituzionale, a partire dalla gestione della pandemia che si è resa necessaria dal marzo del 2020 con l'introduzione delle ben note misure restrittive che hanno condotto fino al cd. *lockdown* fino alla regolamentazione delle attività e della vita quotidiana di questo ultimo periodo.

Numerose sono state finora le riflessioni dei costituzionalisti, sui profili maggiormente problematici relativi al bilanciamento fra i diritti fondamentali, alla scelta e al ricorso di diverse fonti del diritto, al rapporto fra Stato e Regioni, al possibile intervento della Corte costituzionale e a quello della giurisdizione amministrativa, oltre al tema trasversale (e imprescindibile) del costante confronto con lo stato di evoluzione dello stato di conoscenze scientifiche.

Con il forum *Sulla vaccinazione in tempo di Covid-19* la Rivista del Gruppo di Pisa intende approfondire queste problematiche, con specifico riferimento al trattamento di vaccinazione, che è stato reso possibile grazie alle ricerche e agli studi scientifici in tempi molto rapidi.

Questo specifico campo di indagine consente infatti di soffermarsi non solo sul rapporto fra dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute sotteso, evidentemente, all'applicazione della vaccinazione, ma anche sulle modalità di somministrazione scelte dall'ordinamento, ossia l'obbligo o la mera raccomandazione.

Come è noto, almeno finora, l'obbligo di vaccinazione è stato imposto solo a una specifica categoria di lavoratori, ossia i medici e gli operatori socio-sanitari. Si è

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

discusso e si discute tuttora dell'opportunità o della necessità di introdurre un obbligo che sia esteso a tutta la popolazione. D'altro canto la definizione del cd. *green pass* o certificazione sanitaria collegata allo stato di salute relativo al Covid-19 ha permesso di coniugare le esigenze di tutela dell'autodeterminazione del singolo (a fronte della mancata imposizione del trattamento vaccinale) e quelle di tutela della collettività, pur restringendo e limitando in diverso grado l'esercizio di alcuni diritti fondamentali.

Questo forum dunque intende approfondire queste tematiche, offrendo al dibattito scientifico molteplici chiavi di lettura attraverso alcune domande che toccano i nodi problematici della regolamentazione della somministrazione delle vaccinazioni e della definizione della stessa certificazione verde.

Innanzitutto, si pone un primo interrogativo relativo al fondamento costituzionale dell'introduzione dell'obbligo di vaccinazione limitato a una determinata categoria di lavoratori; in secondo luogo occorre verificare in che modo l'implementazione delle scelte statali in materia di piano vaccinale sia stata attuata da parte delle Regioni e quali forme di raccordo siano state previste per garantire un efficace ed efficiente sistema di somministrazione. A questo proposito, essenziale si rivela, evidentemente, il riferimento ai principi costituzionali e, soprattutto, alla giurisprudenza costituzionale che in relazione alle vaccinazioni ha ormai consolidato il proprio orientamento.

Ancora, si rivela cruciale la riflessione sulle modalità di costruzione, definizione e funzionamento della certificazione dello stato di salute collegato al Covid-19, prevedendosi una certificazione collegata in via alternativa all'avvenuta vaccinazione, all'effettuazione di tamponi o alla verifica della guarigione dalla malattia.

Si è fatto cenno al cruciale rapporto fra Stato e Regioni, sia in generale in rapporto alla regolamentazione della emergenza sanitaria sia in specifico riferimento alla gestione della somministrazione dei vaccini: è indubitabile, alla luce delle peculiari caratteristiche della stessa pandemia, che le riflessioni si aprano alla prospettiva europea e alle dinamiche che si sono registrate all'interno della stessa Unione Europea, tenendo conto delle difficoltà nella produzione e nel reperimento del numero di vaccini necessari.

A tutti questi interrogativi si intende cercare di rispondere con questo forum, nella prospettiva di arricchire il dibattito che, ancora una volta alla luce della costante e continua evoluzione della situazione epidemiologica, è certamente destinato a ricevere ulteriori stimoli e a condurre a nuove riflessioni.

INDICE

I Domanda (p. 260 ss.) - Ritiene che l'obbligo vaccinale introdotto dal d.l. 44/2021 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario trovi una propria giustificazione sul piano costituzionale? Ritiene altresì che il suddetto obbligo vaccinale – anche sulla scorta della recente giurisprudenza costituzionale – possa (o debba) essere esteso alla generalità della popolazione in caso di una insufficiente adesione su base volontaria?

II Domanda (p. 293 ss.) - Come valuta le differenze di regime tra Regioni (ognuna apre a categorie diverse in momenti diversi, con sistemi di prenotazione diversi, procedendo quindi a velocità diverse)?

III Domanda (p. 309 ss.) - Come valuta la ventilata connessione tra l'adempimento vaccinale e l'esercizio di alcune libertà costituzionali (*in primis*, quella di circolazione)? Ritiene che specifici "titoli" di autorizzazione agli spostamenti (si pensi ai c.d. *Green pass* nazionali o europei) possano essere subordinati all'adesione ad una campagna vaccinale non obbligatoria?

IV Domanda (p. 324 ss.) - Come giudica il ruolo svolto dalle Istituzioni dell'Unione Europea nella contrattazione "a nome di tutti gli Stati membri" con le aziende produttrici dei vaccini? Ha funzionato a suo giudizio il meccanismo di solidarietà? Ritiene che il ruolo svolto dalle Istituzioni dell'Unione Europea abbia garantito una più equa distribuzione dei vaccini tra gli Stati membri (soprattutto per quelli a minore capacità produttiva), consentendo una campagna vaccinale a velocità sostanzialmente uniforme, ovvero ritiene che esse abbiano costituito un freno alle singole campagne nazionali che, con maggiore autonomia, avrebbero potuto svolgersi in tempi molto più rapidi?

I partecipanti al Forum (p. 335)

I Domanda

Ritiene che l'obbligo vaccinale introdotto dal d.l. 44/2021 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario trovi una propria giustificazione sul piano costituzionale? Ritiene altresì che il suddetto obbligo vaccinale – anche sulla scorta della recente giurisprudenza costituzionale – possa (o debba) essere esteso alla generalità della popolazione in caso di una insufficiente adesione su base volontaria?

LUIGI D'ANDREA

L'art. 32, I comma, Cost. icasticamente prevede che la "Repubblica tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività": emergono già dal tenore letterale della disposizione costituzionale, con solare evidenza, le due dimensioni (individuale e collettiva) lungo le quali il sistema è impegnato dalla Carta fondamentale a garantire il bene-salute. Ed è appena il caso di osservare che appunto in funzione della tutela della salute collettiva lo stesso art. 32 Cost., al II comma, permette che "per disposizione di legge" e senza "in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana", possano essere adottati trattamenti sanitari obbligatori. Conviene qui rilevare che, se si fa riferimento esclusivamente al bene-salute, tra la dimensione individuale e quella collettiva, nonché tra le forme di garanzia del diritto individuale alla salute ed i trattamenti sanitari obbligatori, funzionalizzati alla protezione della salute come interesse dell'intera comunità, non sussiste conflitto alcuno, ma piuttosto piena sinergia: basti considerare che, secondo costante giurisprudenza costituzionale, "la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria" [sent. cost. n. 5/2018, n. 8.2.1 del *cons. in dir.*]. Anzi, si può aggiungere che in ordine alla prestazione sanitaria imposta ai sensi dell'art. 32, II comma, Cost., si ravvisa, naturalmente ove ricorrano le condizioni prescritte dal giudice delle leggi, una piena coincidenza tra uno strumento di esercizio del diritto soggettivo alla salute e il contenuto di un obbligo (funzionale alla protezione di in interesse pubblico).

Piuttosto, il conflitto ben può ravvisarsi tra l'imposizione di un trattamento sanitario ed il principio di libera autodeterminazione, riferito all'interesse alla salute: dunque, il conflitto è tra la tutela dell'interesse alla salute pubblica, sancito dall'art. 32, I e II comma, Cost. ed il principio di libertà di cura, che risulta dal fecondo incontro tra diritto individuale alla salute e libertà personale (artt. 32 e 13 Cost.), che ha generato

l'istituto del "consenso informato", e che nella legislazione ordinaria è sancito ed implementato dalla l. n. 219/2017. Ed ovviamente anche tale conflitto tra valori costituzionali deve essere risolto secondo ragionevolezza, e perciò mediante decisioni autoritative (quale che ne sia la specifica forma giuridica) connotate da congruità al contesto fattuale e da equilibrio nella ponderazione delle differenti istanze costituzionalmente apprezzabili coinvolte nella fattispecie: secondo le puntuali indicazioni univocamente enucleate da consolidata giurisprudenza costituzionale, il legislatore, nell'esercizio della discrezionalità che gli è costituzionalmente devoluta, è chiamato a scegliere le "modalità attraverso le quali assicurare una prevenzione efficace dalle malattie infettive, potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo. Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte [sentenza n. 268 del 2017] e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia" [ancora sent. cost. n. 5/2018, n. 8.2.1. del *cons. in dir.*]. Proprio in considerazione dell'esigenza di bilanciare i diversi valori costituzionali in gioco, è ben possibile (anzi, auspicabile) che il legislatore si affidi in prima battuta alla spontanea adesione dei cittadini ad una campagna vaccinale soltanto raccomandata: a favore di una simile opzione, che naturalmente rispetta nella maggiore misura possibile la libertà di cura, milita anche la considerazione che fisiologicamente i cittadini saranno spinti (o dovrebbero essere spinti…) a vaccinarsi già in forza dell'istinto di autoconservazione, nonché la peculiare spinta in direzione di una larga campagna di informazione e di persuasione che l'opzione per la mera raccomandazione della vaccinazione coerentemente genera. Ma non mi sembra revocabile in dubbio che pienamente compatibile con il sistema costituzionale si configuri, in una situazione di emergenza pandemica, l'adozione dell'obbligo vaccinale, allorquando "lo strumento della persuasione" si sia rivelato "carente sul piano dell'efficacia", così innovando "il titolo giuridico in nome del quale" la vaccinazione era stata in una prima fase somministrata [in questi termini, la già citata sent. cost. n. 5/2018, n. 8.2.4. del *cons. in dir.*].

Nel contesto della pandemia nella quale siamo ormai dall'inizio del 2020 dolorosamente immersi, sarà naturalmente il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità (sindacabile sul terreno della ragionevolezza), a valutare se si debba introdurre un generalizzato obbligo di vaccinazione a carico di tutti i cittadini, ritenendo insufficiente, al fine di prevenire il diffondersi del contagio (ovvero il manifestarsi di pericolose mutazioni del *virus*) il livello di vaccinazione conseguito (e che si prevede di conseguire) dalla campagna vaccinale (sin qui solo raccomandata, salvo quanto si osserverà nella risposta alla domanda n. 3); mentre si può rilevare che non dubbia si presenta l'efficacia dei vaccini che vengono somministrati, alla luce delle prescrizioni fornite dalle autorità sanitarie (nazionali, sovranazionali ed internazionali) e dai dati statistici finora a nostra disposizione. È evidente che la dimensione fattuale (profilo delle curve del contagio, estensione, attuale e prevista, della copertura vaccinale,

indicazioni offerte dalla scienza medica) esibisce rispetto alle misure da adottare da parte dell'autorità pubblica in un contesto pandemico (ed in generale nelle situazioni emergenziali, come costantemente rilevato dalla dottrina) una marcata attitudine parametrica: ed è precisamente per tale ragione che la Corte costituzionale, con riferimento ad una legge relativa appunto alla profilassi vaccinale (d. l. n. 73/2017, conv. in l. n. 119/2017), ha giudicato opportuna l'introduzione di un "sistema di monitoraggio periodico", tale da garantire la "flessibilizzazione della normativa, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate", in una "prospettiva di valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in campo sanitario" [ancora la sent. cost. n. 5/2018, n. 8.2.5. del *cons. in dir.*].

All'interno di una simile logica di bilanciamento, mi sembra difficilmente contestabile sul piano della legittimità costituzionale la previsione di un obbligo vaccinale circoscritto agli "esercenti le professioni sanitarie" ed agli "operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali" recata dall'art. 4, I comma, del d.l. n. 44/2021 (conv. in l. n. 76/2021), "al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e di assistenza": infatti, tale vincolo risulta giustificato in considerazione della peculiare situazione in cui quei soggetti versano, esposti come sono più di chiunque altro al pericolo di essere contagiati, nonché al rischio di porsi a loro volta come diffusori del *virus*, soprattutto a danno di persone particolarmente fragili ed esposte al pericolo. Né si trascuri di considerare che anche le sanzioni previste a presidio dell'obbligo vaccinale del personale sanitario ivi (VIII comma) previste, risultano modellate alla logica del bilanciamento nel caso concreto, contemplandosi inoltre, come misura più drastica in caso di inadempimento, non il licenziamento ma "soltanto" la "sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2" (VI comma) e dal diritto alla retribuzione. E va qui rilevato per inciso che a favore della legittimità dei provvedimenti adottati, sulla base di tale normativa, nei confronti di esercenti di professioni sanitarie non vaccinati si registrano ormai numerose pronunzie giurisdizionali. Riguardo all'introduzione dell'obbligo vaccinale in forma così circoscritta, mi permetto di osservare ancora che mi sembra particolarmente censurabile il comportamento di chi, operando all'interno del sistema sanitario, esibisca (se non altro, *factis*!) sfiducia nei confronti di prescrizioni e protocolli accreditati dalle autorità sanitarie (internazionali, sovranazionali e nazionali): ritengo che da tali soggetti sia legittimo attendersi una fedeltà (al sistema sanitario), per così dire, "qualificata".

LUCA DI MAJO

La Corte costituzionale è già intervenuta salvando l'obbligo vaccinale generale e la previsione tramite lo strumento della decretazione d'urgenza [sentenza n. 5/2018], in

quanto connesso a un andamento epidemiologico che comportava seri rischi per la collettività. Nel 2017 l'Italia affrontava una epidemia di morbillo perché il livello di protezione era diventato inferiore alla c.d. *immunità di gregge*, dovuta alla scarsa copertura vaccinale [sul punto, confronta l'infografica disponibile su https://www.epicentro.iss.it/morbillo/bollettino/Measles_WeeklyReport_N35.pdf].

Il contesto epidemiologico attuale, per nulla comparabile con quello del 2017, può astrattamente pretendere un obbligo vaccinale generale e immediato perché poggia su presupposti più robusti per essere ormai il virus diffuso in modo capillare.

Questo il punto di partenza dal quale non può prescindersi per una valutazione, ancorché sommaria, del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44, conv. in legge 28 maggio 2021, n. 76, nella parte in cui prevede un obbligo vaccinale limitato al personale sanitario e non esteso alla generalità dei soggetti idonei al trattamento sanitario obbligatorio (maggiori di 12 anni, nel momento in cui si scrive).

La normativa italiana già prevede una serie di vaccinazioni obbligatorie senza le quali non è possibile accedere a determinati servizi pubblici, con limitazioni rispetto al godimento di taluni diritti fondamentali. Non è una novità, tenuto conto che fin dalla c.d. *legge Crispi – Pagliari*, 22 dicembre 1888, n. 5849, sono stati individuati i primi vaccini obbligatori.

Da ultimo, il decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito in legge 31 luglio 2017, n. 119, ha ridefinito il sistema *misto* di vaccinazioni *obbligatorie* (anti-poliomielitica, anti-difterica, anti-tetanica, anti-epatite B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzale* tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite, anti-varicella) e *raccomandate* (anti-meningococcica B, anti-meningococcica C, anti-pneumococcica, anti-rotavirus).

Si tratta di un modello restrittivo se paragonato alla normativa speciale predisposta dal d.l. n. 44/2021. Nella disciplina generale, la sottrazione agli obblighi vaccinali *ante-Covid19* e il rifiuto del *percorso di recupero* da parte di tutti i soggetti in età pediatrica è infatti motivo ostativo per l'ammissione agli asili nido e alle scuole dell'infanzia e, dunque, restringe le libertà sancite dagli artt. 33 e 34 Cost.

Diversamente, ai sensi dell'art. 4, d.l. n. 44/2021, sottoposti ad obblighi vaccinali restano, per il momento, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'art. 1, comma 2, legge 1° febbraio 2006, n. 43 che svolgono attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socioassistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi, pur subendo una serie di conseguenze sfavorevoli in caso di opposizione.

Vi è però una differenza sostanziale: mentre le inoculazioni obbligatorie *ex lege* si pongono come *una tantum*, per il Covid-19 (allo stato attuale dell'arte) la vaccinazione comporta una copertura variabile da sei mesi a un anno, con la conseguenza che il soggetto vaccinato è tenuto a ripetere la doppia dose ed è pertanto sottoposto ad un trattamento sanitario tendenzialmente *permanente*.

Né *incoraggia* la clausola di salvaguardia posta dall'art. 4, comma 1, d.l. n. 44/2021, con cui viene fissato, come termine massimo di efficacia, il limite del 31 dicembre 2021. Nei Paesi come Israele, dove la campagna vaccinale è stata avviata in

ragguardevole anticipo, la scienza si interroga sulla necessità o meno di inoculare la terza dose propendendo per una posizione di favore. Verosimilmente, considerate le numerose proroghe disposte a partire dall'emergenza epidemiologica dovute alla rapida conversione del virus in diverse varianti, ognuna con proprio tasso di contagiosità e portata letale, la terza inoculazione potrebbe essere un ulteriore stadio da inserire nel ciclo vaccinale, collocando il T.S.O. in una dimensione temporale imprevedibile.

Tale ultima prospettiva è stata peraltro anticipata dal Presidente del Consiglio Draghi lo scorso 2 settembre 2021 e approvata dall'Agenzia Italiana del Farmaco, ancorché limitatamente ai più fragili nel momento in cui si scrive (12 settembre 2021).

La vaccinazione anti-covid, di per sé, differenziandosi nella durata e negli effetti da tutte quelle previste dal decreto legge 7 giugno 2017, n. 73, potrebbe porsi in contrasto con la disposizione del secondo comma dell'art. 32 Cost., quanto meno nella dimensione della *determinatezza*, se con tale aggettivo si considera il T.S.O. non soltanto *specifico* (in funzione di profilassi ad una determinata malattia), ma anche *limitato* nel tempo.

Invero, tale secondo profilo non emerge direttamente dall'art. 32 Cost. [così F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.) che si limita a prescrivere la riserva di legge per un trattamento obbligatorio in funzione di garanzia della salute individuale (protezione dalla malattia) e collettiva (contenimento della diffusione di una malattia].

Ciò che deve essere provato ai fini dell'imprescindibile applicabilità o meno di un T.S.O. è il rischio per la salute del singolo e, contestualmente, il pericolo per la salute dei consociati [Corte cost., sentenza n. 307/1990].

Nell'ambito di un T.S.O. il vaccino si pone come mezzo farmacologico per impedire ad un virus, caratterizzato da particolare perniciosità e da un significativo grado di diffusione e letalità, di aggredire l'organismo umano. Così, in uno scenario come quello che ha caratterizzato l'infezione da SARS-COV2, il principio di precauzione si dilata oltre la tutela della persona malata, in un'ottica di garanzia dei soggetti sani. Dopotutto, la caratteristica naturale del vaccino (di ogni tipo) è la prevenzione e non la cura di una malattia.

Il d.l. n. 44/2021 si colloca nel perimetro tracciato dalla richiamata pronuncia n. 307/1990, laddove «alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione», la copertura vaccinale generalizzata può e deve essere garantita.

Se questo è il perimetro che può tracciarsi, oltre le disposizioni del d.l. n. 44/2021 sarebbe possibile (e forse anche auspicabile) estendere l'obbligo generalizzato accompagnato magari da una *evaluation clause* almeno annuale per verificare gli effetti e la necessità del vaccino anti-covid, così che l'obbligo potrebbe non essere prescritto all'infinito. Una soluzione auspicabile alla luce della proporzionalità e attuabile in maniera progressiva.

L'orientamento del Governo, in un primo momento, sembrava essere quello di applicare sanzioni indirette come restrizioni alle libertà fondamentali nei confronti di chi si sottrae volontariamente alla somministrazione del vaccino, attraverso in esempio il diniego del c.d. *green pass*, salvo le categorie esentate ai sensi della circolare del Ministero della salute n. 35309 del 4 agosto 2021. È una forma discutibile, ancorché legittima sul piano giuridico, (con alcuni *distinguo* come si dirà nel quesito n. 3), a fronte di soluzioni diverse che avrebbero avuto maggiore efficacia in termini di riduzione del rischio contagio ma che ha trovato, sul piano internazionale, una prima conferma nella decisione del Conseil Constitutionnel francese [Décision n. 2021-824 DC, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021824DC.htm] del 5 agosto 2021 che ha ritenuto legittima l'introduzione del certificato digitale (in Francia obbligatorio a partire dal 9 agosto 2021).

Secondo il *Conseil Constitutionnel*, le restrizioni imposte dal governo francese costituiscono, si legge nella pronuncia, un «compromesso equilibrato» tra salute pubblica e libertà personali e non introducono alcun obbligo di vaccinazione, dato che in alternativa è possibile presentare un test negativo al coronavirus o un certificato di avvenuta guarigione. Similmente accade anche in Italia, potendo accedere a spettacoli, sagre, fiere, ecc. se sottoposti ad un tampone 48 ore prima dell'evento.

Diversa la questione della *obbligatorietà a scacchiera* e limitata ai soggetti che erogano servizi pubblici essenziali come la sanità ma non (ancora?) l'istruzione (salvo i limiti di cui al d.l. n. 111/2021 e l'obbligo *indiretto* ex d.l. n. 122/2021), in uno scenario dove il legislatore sembra ancora discostarsi dalla volontà di somministrare il vaccino alla generalità della popolazione.

Nel momento in cui si scrive, si percepisce un cambio di paradigma sul punto, tanto che l'orientamento sembrerebbe quello di abbandonare la somministrazione parziale del siero a favore di una complessiva e obbligatoria copertura, considerate le fibrillazioni dovute all'estensione del *green pass* (d.l. 10 settemnbre 2021, n. 122).

Ora, se la trasmissibilità del virus è strettamente connessa a fattori come contatto diretto e continuato in luoghi chiusi, appare discutibile la scelta del Governo e del Parlamento di non estendere l'obbligatorietà a chi presta lavoro autonomo o subordinato tanto pubblico quanto privato.

Su tale questione, in due articoli pubblicati su altrettanti quotidiani nazionali [*Corriere della Sera*, 29 dicembre 2020, e *Quotidiano giuridico*, 8 gennaio 2021], dai quali è stato tratto un saggio scientifico più ampio [P. ICHINO, *Perché e come il dovere di vaccinarsi può nascere da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 1/2021], il Prof. Pietro Ichino ritiene l'obbligo vaccinale sussistente *in re ipsa* nel rapporto di lavoro, tanto che il datore avrebbe la facoltà di esigere la vaccinazione dal dipendente. Ciò si ricaverebbe dall'art. 2087 c.c., una norma di straordinaria portata che va oltre le cc.dd. *figure tipiche innominate*, per la quale è presupposto un obbligo di sicurezza datoriale per cui tocca predisporre tutte le misure necessarie per garantire l'incolumità dei lavoratori.

Altra posizione è invece quella di chi [P. PASCUCCI e A. DELOGU, *L'ennesima sfida della pandemia Covid-19: esiste un obbligo vaccinale nei contesti lavorativi?*, in

Diritto della sicurezza sul lavoro, 1/2021] nega l'obbligatorietà in mancanza di una specifica norma di legge.

L'art. 32, comma 2, Cost., pone chiaramente una riserva di legge a fondamento di un trattamento sanitario obbligatorio che deve altresì essere «determinato». L'art. 2087 è una norma di carattere generale e non può porsi come fondamento di un obbligo vaccinale per il lavoratore perché non soddisfa l'esigenza del secondo comma dell'art. 32 Cost.

Allo stesso tempo, una legge ai sensi dell'art. 32 Cost. non può essere eccessivamente invasiva, tanto che l'art. 4, comma 2, l. n. 76/2021 prevede diverse esenzioni.

Ciò posto, almeno per quanto riguarda i prestatori di lavoro, la disciplina può ricostruirsi attorno al tema della salute e della sicurezza a partire dalle *mansioni*.

Ogni lavoratore, a prescindere dall'appartenenza al settore pubblico o al settore privato, svolge una *mansione* per la quale deve esserne accertata l'idoneità (d.lgs. n. 81/2008). Un infermiere c.d. *no-vax* addetto a mansioni di contatto con terzi, siano essi colleghi, pazienti, parenti dei pazienti e con personale ausiliario di rilevante promiscuità, si espone in prima persona al rischio del contagio e, non essendo vaccinato, in quel particolare contesto potrebbe non essere idoneo alla mansione oggetto del contratto di lavoro.

Gli artt. 41 e 42, d.lgs. n. 81/2008 consentono al datore di lavoro di adibire il lavoratore inidoneo a mansioni inferiori, salvo la conservazione della retribuzione di provenienza. Il problema si pone in tutti quei casi in cui non è possibile individuare mansioni *diverse*, con la conseguente impossibilità oggettiva della prestazione che fa scattare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (ad oggi impedito dal decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 a tutte le categorie; limitatamente ai «settori in crisi» dal d.l. 30 giugno 2021, n. 99).

Tale disciplina ha trovato applicazione (prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 44/2021 o nelle more dell'adempimento, da parte di Regioni e Aziende sanitarie, delle procedure da quest'ultimo previste) in numerose ordinanze di giudici di merito [cfr. Trib. Belluno, n. 12/2021, Trib. Roma, II Sez. Lavoro, n. 18441/2021, Trib. Modena, n. 2467/2021], in cui emerge come «il datore di lavoro si pone come garante della salute e della sicurezza dei dipendenti e dei terzi che per diverse ragioni si trovano all'interno dei locali aziendali e ha quindi l'obbligo, ai sensi dell'art. 2087 del codice civile, di adottare tutte quelle misure di prevenzione e protezione che sono necessarie a tutelare l'integrità fisica dei lavoratori» [Trib. Modena, n. 2467/2021]. Ciò, peraltro, in applicazione della direttiva UE n. 739/2020 del 3 giugno 2020, che ha incluso il Covid-19 tra gli agenti biologici, la protezione dai quali è obbligatoria anche negli ambienti di lavoro. La giurisprudenza di merito, in realtà, pare sposare un'applicazione significativamente estensiva della norma dell'art. 2087 c.c. la quale, come rilevato in precedenza, non sembra però potersi incasellare nella riserva di legge posta dall'art. 32 Cost.

Il d.l. n. 44/2021 ha previsto la possibilità di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori con conseguente decurtazione dello stipendio fino alla sospensione senza

retribuzione, quando il lavoratore non è collocabile in altra postazione per svolgere una mansione diversa e non di contatto (come nel caso di medici e infermieri ospedalieri).

Probabilmente, alla luce della deroga ai licenziamenti, la scelta del legislatore dell'emergenza, ancorché limitata ai soggetti di cui all'art. 4, comma 1, l. n. 76/2021, pare l'unica ragionevole, tenuto conto che la fonte delle conseguenze giuridiche previste è la scelta autonoma del lavoratore, per la quale non possono, sul medesimo, non «ricad[ere] gli effetti delle sue azioni od omissioni» (art. 20, d.lgs. n. 81/2008), ivi compresa la libera scelta di sottrarsi all'inoculazione delle dosi.

Ciò non significa che il lavoratore deve *pagare dazio*, ma lo stesso deve comunque andare in contro a conseguenze giuridiche, come la restituzione in altre forme di una determinata attività nell'ambito della medesima organizzazione sanitaria, alla quale viene sottratta parte della manodopera con ripercussioni anche notevoli su un servizio essenziale che rischia la paralisi per via di convinzioni personali di determinati soggetti e non di politiche pubbliche.

Il diritto di ricevere cure e assistenza è il risvolto concreto del diritto riconosciuto ai singoli dall'art. 32 Cost.: in difetto di un apparato sanitario che assicuri le prestazioni mediche di cura, prevenzione e riabilitazione, la medesima libertà non può essere assicurata [così, R. BALDUZZI, (voce) *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, VI, 5393 ss.].

Accanto a un obbligo strettamente giuridico, la Costituzione pone in capo ai soggetti anche il dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) conforme a quei legami fondati su *patti* di solidarietà cui spetta anche alle Istituzioni garantire (art. 119 Cost.). Raggiungere quella che viene comunemente definita come *immunità di gregge* è un obiettivo che trova un fondamento etico-solidale oltre che normativo.

Ciò che ancora colpisce, in negativo, è la circoscritta platea di destinatari delle disposizioni di cui all'art. 4, l. n. 76/2021. Difatti, al di fuori degli esercenti le professioni sanitarie e degli operatori di interesse sanitario, vengono escluse implicitamente alcune figure non tipizzate dai rinvii posti dalla disposizione qui richiamata, come chi esercita l'attività di pulizia, il servizio mensa, i servizi ausiliari, chi è a contatto con altri operatori sanitari ma anche con i pazienti e con i parenti dei pazienti ammessi alle visite.

La domanda che il legislatore si sarebbe dovuto porre è: chi sono gli operatori di interesse sanitario? È necessario calibrare l'obbligo vaccinale in ragione delle etichette o in ragione del rischio?

Il problema vero è che il rischio Covid è immanente, ubiquitario e presente ovunque, soprattutto in un contesto sanitario.

Forse una maggiore riflessione avrebbe portato il legislatore a considerare una normativa non fondata sul *chi sei*, piuttosto su *cosa fai* e sul presupposto che determinate mansioni, inserite nell'organizzazione sanitaria, sono esposte di per sé al rischio contagio. V'è il dubbio che la norma di interpretazione autentica inserita in sede di conversione non copra tutto l'arco delle mansioni rilevanti in un contesto ospedaliero-ambulatoriale.

Dunque, mentre lo spazio per introdurre una vaccinazione obbligatoria generale esiste e sembra essere anche particolarmente ampio, ugualmente può dirsi per quelle categorie *sensibili* collocate in ambienti lavorativi ove il virus può trovare terreno (*rectius*, aria) fertile per riprodursi quando, al contrario, proprio l'esigenza di tutelare la salute collettiva richiede ambienti salubri [in questo senso, Corte cost., sentenza n. 210/1987].

BENEDETTA LIBERALI

Per cercare di dare risposta a questi due interrogativi, si intende suddividere il percorso argomentativo in diversi passaggi, che prenderanno in considerazione profili di più ampio e generale respiro, richiamando necessariamente l'orientamento della Corte costituzionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori fra cui le vaccinazioni, al fine di declinarne la portata entro lo specifico perimetro costituito dall'attuale contesto epidemiologico determinato dalla diffusione del Covid-19.

Non mancheranno anche specifici riferimenti a due decisioni della Corte che, lo si anticipa, sebbene debbano certamente essere tenute distinte e separate dalle problematiche oggetto di questo *Forum* in ragione delle peculiari caratteristiche delle questioni decise, consentono di arricchire e sollecitare ulteriori riflessioni che, in ogni caso, non hanno la pretesa di essere affatto risolutive e definitive.

1. In merito al primo interrogativo, relativo alla "giustificazione costituzionale" dell'obbligo di vaccinazione per i soli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, occorre soffermarsi su due ordini di considerazioni, la prima più generale, la seconda più specificamente attinente alle vaccinazioni contro il Covid-19.

Innanzitutto, l'introduzione di un obbligo di vaccinazione può trovare certamente giustificazione alla luce dell'art. 32 Cost. e della relativa giurisprudenza costituzionale, a fronte di specifici requisiti legati al contesto in cui l'intervento normativo interviene.

Come è noto, infatti, secondo la Corte costituzionale non si configura alcuna violazione dell'art. 32 Cost. se il trattamento obbligatorio sia diretto non solo a garantire la salute del singolo, ma anche quella degli altri: proprio in questo ulteriore scopo, legato alla salute quale interesse della collettività, risiede la giustificazione della compressione dell'autodeterminazione dell'individuo. Resta fermo che a quest'ultimo non si richiede di sacrificare la propria salute a beneficio di quella collettiva: da qui l'importanza della c.d. immunità di gregge, al fine di tutelare coloro che in ragione del peculiare quadro clinico non si possono sottoporre a vaccinazione [si veda, innanzitutto, M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2012, 455 ss.].

La Corte costituzionale, peraltro, ha avuto occasione di soffermarsi anche su un ulteriore profilo di estremo interesse, anche ai fini che in questa sede vengono in rilievo, ossia quello della omogeneità e della differenza fra tecnica dell'obbligo e tecnica della raccomandazione, con riguardo alle vaccinazioni. La Corte, in particolare, ha riconosciuto che esse esprimono un obiettivo comune, laddove paritariamente mirano a

raggiungere la garanzia e la tutela della salute individuale e collettiva attraverso la massima copertura vaccinale. In questa prospettiva – e in quella relativa al riconoscimento del diritto di indennizzo in caso di menomazioni psico-fisiche di cui alla legge n. 210 del 1992 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*) – non vi è alcuna differenza fra i due approcci (che certamente esprimono, però, una diversa concezione del rapporto fra autorità pubblica e individuo): l'obbligatorietà del trattamento vaccinale, infatti, costituisce "semplicemente uno degli strumenti a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione", perseguendo "l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia" (sentenza n. 268 del 2017, resa in materia di estensione del diritto di indennizzo anche alla vaccinazione raccomandata contro l'influenza). Peraltro, la Corte ha avuto modo di ribadire questa impostazione nella successiva sentenza n. 5 del 2018, relativa agli obblighi di alcune vaccinazioni per i minori di sedici anni, laddove ha affermato che se certamente con tale tecnica il vincolo giuridico diviene più stringente "nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici": e, infatti, in ambito medico "raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo" [per più ampie considerazioni sui profili sottesi sia consentito il rinvio a B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 3/2019, 115 ss.].

In secondo luogo, con riguardo alla specifica categoria individuata dal decreto-legge n. 44 del 2021 (*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*) e all'attuale contesto pandemico, simile obbligo sembra (ancor più) ragionevole, se si considerano da un lato le caratteristiche proprie delle relative professioni prese in considerazione e dall'altro lato le peculiari condizioni di salute di coloro che entrano in contatto con il personale medico e sanitario tenuto a vaccinarsi, oltre che, evidentemente, il più generale contesto epidemiologico e il grado di diffusione del contagio che li connotano in termini di vera e propria pandemia [per prime considerazioni sull'introduzione di tale obbligo vaccinale e sulle problematiche sottese alla sua mancata effettiva attuazione si veda volendo B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il Covid-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritti comparati*, 15 aprile 2021].

La scelta operata dal decreto-legge n. 44, dunque, ha inteso valorizzare tali specifiche caratteristiche per giustificare l'introduzione dell'obbligo vaccinale per questa (sola) categoria (pur ampia ed eterogenea) di professionisti, mentre per la restante popolazione è stata avviata ed è ancora in atto una campagna di vaccinazione (solo) raccomandata. Quest'ultima, come è noto, è stata posta in essere attraverso l'individuazione di criteri di priorità che spesso sono stati messi in discussione e, di conseguenza, modificati, non solo con riguardo alle diverse fasce di età o alle diverse

patologie, ma anche in relazione al tipo di vaccino da somministrare, tenendo conto dell'evoluzione delle conoscenze in materia e delle nuove risultanze scientifiche.

Per ragionare sulla ragionevolezza di simile obbligo di cui sono destinatari solo determinati lavoratori, occorre anche considerare che, in generale, grava sul datore di lavoro un onere di protezione, di cui all'art. 2087 (*Tutela delle condizioni di lavoro*) c.c., che è stato specificamente richiamato anche nella prima decisione avente a oggetto la vaccinazione del personale sanitario di una residenza sanitaria per anziani, peraltro prima che l'obbligo di vaccinazione fosse introdotto [in relazione alle problematiche connesse alla vaccinazione e al rapporti di lavoro si rinvia a M. MASSA, *Lavoro e vaccinazione contro il Covid-19. Note costituzionali su un dibattito giuslavoristico*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, 89 ss., e a A. MARESCA, *La vaccinazione volontaria anti Covid nel rapporto di lavoro*, in *Federalismi.it*, 8/2021, IV ss.].

In particolare, il Tribunale di Belluno, con ordinanza n. 12 del 19 marzo 2021, ha rigettato il ricorso di alcuni dipendenti che lamentavano di essere stati posti in ferie forzate, a fronte del diniego di sottoporsi alla vaccinazione (o, meglio, a una delle vaccinazioni) contro il Covid-19. Il giudice ha riconosciuto che grava sul datore di lavoro una serie di obblighi di sicurezza, che giustificano, proprio per tutelare la salute dei lavoratori, il provvedimento delle ferie forzate, ma comunque retribuite, non rilevandosi nel caso di specie alcun pericolo di licenziamento o di sospensione dalla retribuzione.

I ricorrenti hanno proposto reclamo contro tale provvedimento e il Tribunale di Belluno, con ordinanza n. 328 del 2021, ha confermato la precedente decisione, anche considerando l'introduzione dell'obbligo di vaccinazione con il decreto-legge n. 44.

Tale decisione, che pure si condivide nel merito, a dire il vero mostra un profilo di indubbia criticità sul piano processuale, laddove ha dichiarato in modo succinto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale eccepita dai reclamanti, avente a oggetto l'art. 4 del decreto-legge, nella parte in cui prevede l'obbligo di vaccinazione, in relazione all'art. 32 Cost. Più correttamente, invece, tale questione avrebbe dovuto essere sollevata alla Corte costituzionale [sul ruolo del giudice comune in rapporto alle questioni di legittimità costituzionale si rinvia a M. D'AMICO, *Ma riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice (quello delle leggi, appunto…)?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 maggio 2004]. Il Tribunale di Belluno, invece, pare essersi impropriamente sostituito a quest'ultima nei compiti di valutazione intorno alla fondatezza o infondatezza impedendo che una questione di tutto rilievo (ancora una volta considerando il contesto e l'impatto delle sottese problematiche) fosse univocamente risolta – in un senso o nell'altro – dalla Corte.

2. Il secondo interrogativo pone una questione altrettanto cruciale per il diritto costituzionale e, inevitabilmente, coinvolge la sfera di discrezionalità eminentemente politica che può e deve essere esercitata, pur nel rigoroso perimetro di alcuni principi costituzionali, che derivano innanzitutto dagli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. (e riguardano, quindi, non solo il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili, ma anche l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; i

principi di uguaglianza e di pari dignità; il diritto alla salute individuale e collettiva; il principio del consenso informato e la libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche).

Per rispondere a tale domanda, anche in questo caso, occorre soffermarsi su diversi profili.

Il primo attiene alla tipologia di valutazione che potrebbe essere applicata per procedere con l'estensione della tecnica dell'obbligo, fino a giungere, come si suggerisce, alla "generalità della popolazione", laddove l'adesione alla mera raccomandazione risulti insufficiente per raggiungere l'obiettivo (che, occorre ricordarlo, accomuna le due tecniche di somministrazione del trattamento vaccinale) del raggiungimento della massima copertura vaccinale.

Al riguardo, si può innanzitutto rilevare che la possibile estensione dell'obbligo di vaccinazione dovrebbe in qualche misura riflettere le valutazioni che sono state fatte in relazione all'attuazione della campagna di vaccinazione solo raccomandata: anche adottando la tecnica dell'obbligo, infatti, occorre individuare una serie di indici che consentano – tenendo sempre conto delle risultanze, delle conoscenze scientifiche e della loro evoluzione – di ordinare le diverse categorie di soggetti in relazione al rispettivo rischio sia di contagio sia di sviluppo della malattia.

E così, come è stato fatto per la specifica categoria di professionisti individuata dal decreto-legge n. 44, si possono individuare ulteriori ambiti di lavoro nei quali l'esposizione al rischio di contagio potrebbe rendere ragionevole l'introduzione del relativo obbligo di vaccinazione.

Considerando, invece, il secondo indice di riferimento, ossia il diverso grado di sviluppo della malattia, allo stesso modo si possono individuare – come peraltro è stato fatto e si sta facendo in attuazione della campagna di vaccinazione solo raccomandata – ulteriori categorie di soggetti, che rientrano nelle c.d. categorie a rischio, per le quali, appunto, la vaccinazione contro il Covid-19 potrebbe divenire non più soltanto raccomandata, ma anche obbligatoria.

Il secondo profilo di interesse attiene, in generale, ad alcune considerazioni di più ampio respiro, che richiamano necessariamente e ancora una volta la giurisprudenza costituzionale in punto di qualificazione dello stesso trattamento sanitario di vaccinazione.

La Corte costituzionale, infatti, ha specificamente qualificato le vaccinazioni quali misure preventive, da porre in essere in una fase che precede l'esplosione di una epidemia. Il senso più profondo dell'applicazione di tali trattamenti sanitari risiede specificamente nell'obiettivo di evitare la diffusione del contagio della malattia e il conseguente impatto sulla popolazione. La Corte si è espressa in modo molto chiaro a questo proposito nella sentenza n. 5 del 2018, laddove non ha accolto le censure avanzate dalla Regione Veneto relative al ricorso alla decretazione d'urgenza per l'introduzione di alcune vaccinazioni obbligatorie per i minori di sedici anni.

Secondo la Corte, infatti, "la copertura vaccinale è strumento di prevenzione e richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto". Di conseguenza – e questo è il passaggio particolarmente significativo ai fini che in questa

sede interessano – "rientra nella discrezionalità del Governo e del Parlamento intervenire prima che si verifichino scenari di allarme e decidere – a fronte di una prolungata situazione di insoddisfacente copertura vaccinale – di non attendere oltre nel fronteggiarla con misure straordinarie".

Nel caso della malattia provocata dal Covid-19 è indubbio che ci si trovi in un contesto epidemiologico del tutto differente dal punto di vista sia quantitativo sia qualitativo rispetto a quello che aveva indotto il Governo ad adottare il decreto-legge n. 73 del 2017 (*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*).

Ciò potrebbe di per sé giustificare – e qui si torna ancora al primo interrogativo posto – la scelta (che resta pur sempre discrezionale e politica) di introdurre l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19.

Non si può non considerare, cionondimeno, che proprio la differenza quantitativa e qualitativa della pandemia ha avuto un impatto del tutto peculiare sull'opinione pubblica, ulteriormente arricchito e reso problematico dallo sviluppo di diversi vaccini, dalle mutevoli valutazioni intorno al loro rispettivo grado di affidabilità a seconda della categoria di soggetti presi in considerazione e da modalità di comunicazione non sempre chiare e spesso contraddittorie. Inoltre, e certamente non rappresenta un profilo di secondaria importanza, il fattore temporale ha giocato e gioca tuttora – ma soprattutto nella c.d. fase uno dell'emergenza – un ruolo fondamentale, dovendosi adottare decisioni tempestive per cercare di contenere gli effetti dirompenti del contagio, in assenza (ancora una volta, specificamente nella prima fase dell'emergenza) di una conoscenza delle caratteristiche della malattia e delle stesse modalità di diffusione e di cura.

Proprio in questo insieme di indubbie problematiche risiede, forse, la perdurante (almeno nel momento in cui si scrive) scelta di non rendere obbligatoria la vaccinazione contro il Covid-19.

Ciò, in fondo, sembra ulteriormente confermato dal parallelo avvio e dall'implementazione di un percorso di definizione della disciplina del c.d. certificato verde, parimente caratterizzato da analoghe criticità (anche comunicative) intorno alle tipologie di tali documenti (poiché si tratta di differenti certificazioni: quella di vaccinazione, quella di tampone negativo e quella di avvenuta guarigione), ai loro contenuti (si pensi alla scelta e alla selezione dei dati personali richiesti) e alle loro funzioni (connesse in particolare alla possibilità di accesso a determinati servizi e, dunque, all'esercizio stesso di diritti fondamentali), oltre che, ancora più in generale, intorno alla stessa scelta terminologica e definitoria (che certamente costituisce un profilo altrettanto importante, evocando differenti problematiche il ricorso ai diversi termini di "passaporto vaccinale", "certificato vaccinale" o "certificato verde").

Non si deve dimenticare, infine, che la previsione di un obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 renderebbe direttamente applicabile quanto previsto dalla legge n. 210 del 1992, che riconosce il diritto all'indennizzo in caso di menomazioni fisiche o psichiche permanenti, determinate dal trattamento di vaccinazione obbligatoria. È significativo, peraltro, che tale disciplina all'art. 1 specifichi che l'obbligo di vaccinazione può derivare da legge o da "ordinanza di una autorità sanitaria italiana".

Come è noto la Corte costituzionale, con una serie di decisioni, ha progressivamente esteso tale diritto anche ad alcune vaccinazioni raccomandate, sulla base delle argomentazioni che si sono già richiamate circa l'obiettivo comune che caratterizza entrambe le tecniche di somministrazione [al riguardo, si veda ancora, in particolare, la già richiamata sentenza n. 268 del 2017].

Ecco che – sebbene forse non possa essere individuata quale ragione principale o quantomeno quale ragione chiaramente esplicitata per il mantenimento della campagna di raccomandazione per le vaccinazioni contro il Covid-19 rivolta all'intera popolazione – anche tale profilo è suscettibile, evidentemente, di determinare non secondarie conseguenze sul piano finanziario, laddove si verifichino c.d. reazioni avverse e si dimostri il relativo nesso causale che – disgiuntamente o parallelamente al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno di cui all'art. 2043 (*Risarcimento per fatto illecito*) c.c. – permette di avviare la procedura per l'ottenimento del relativo indennizzo. Ciò tanto più vale con riguardo ai vaccini contro il Covid-19, che, come è noto, hanno alimentato un vivace dibattito intorno al rispettivo grado di affidabilità e, in modo particolare, in relazione alle diverse categorie di soggetti a seconda del quadro clinico e dell'età.

Se almeno finora le vaccinazioni contro il Covid-19 sono state rese obbligatorie solo nei confronti di una certa categoria di professionisti dal decreto-legge n. 44 del 2021 e, di conseguenza, nei loro confronti trova sicura applicazione la sopra citata legge n. 210 del 1992, non si può affatto escludere che, in caso di reazioni avverse e di menomazioni permanenti all'integrità fisica o psichica e nell'ambito dei relativi giudizi tesi a dimostrare il relativo nesso causale, venga sollevata questione di legittimità costituzionale ancora una volta nei confronti del suo art. 1, nella parte in cui non prevede il diritto di indennizzo per le vaccinazioni solo raccomandate contro il Covid-19, in relazione agli artt. 2, 3 e 32 Cost.

3. Una ultima generale notazione può essere svolta, in ordine all'interrogativo circa la ragionevolezza dell'introduzione dell'obbligo di vaccinazione per una specifica categoria di soggetti o per la generalità della popolazione.

Se dalle considerazioni che precedono non sembrano esservi dubbi circa la legittimità sul piano della tenuta costituzionale di una simile previsione (ancora una volta dovendosi sottolineare i precedenti sui quali la Corte costituzionale ha avuto occasione di formare il proprio orientamento e le specifiche caratteristiche dell'attuale contesto sanitario-epidemiologico), è interessante richiamare ulteriori decisioni della Corte costituzionale, pur rimarcandone, come si è già anticipato, le indubbie differenze.

Esse consentono di porre in (doveroso) risalto un ulteriore aspetto che, nell'analisi delle problematiche sottese alle vaccinazioni, non può essere dimenticato, ossia quello relativo ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Si è già sottolineato come, proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale e dell'art. 32 Cost., ogni trattamento sanitario imposto (come quello di vaccinazione) non possa essere applicato all'esclusivo scopo di tutelare e garantire la salute nella sua accezione di interesse collettivo: del trattamento, infatti, deve innanzitutto e in primo luogo beneficiare l'individuo che vi si sottopone (per raccomandazione o per obbligo),

riflettendosi in via automatica sulla collettività l'indubbio vantaggio del progressivo raggiungimento della massima o comunque della più ampia copertura vaccinale (così come pure, in relazione al recente dibattito sull'introduzione dell'obbligo di vaccinazione nei luoghi di lavoro, dovrebbe essere adeguatamente valorizzato il diritto alla salute e, quindi, alla sicurezza sul posto di lavoro degli stessi lavoratori e non solo il diritto al lavoro, che induce a propendere per l'esclusione dell'imposizione del trattamento e anche del c.d. *green pass*).

Ecco che, in ogni caso, sulla dimensione collettiva del diritto alla salute occorre ulteriormente soffermarsi, proprio considerando che, in fondo, la stessa salute del singolo è strettamente connessa a quella della collettività, non potendosi immaginare un completo isolamento dell'individuo rispetto a quest'ultima.

Al proposito, ribadendosi le differenze che indubbiamente ne caratterizzano le questioni, è possibile richiamare le ben note decisioni della Corte in materia di accertamenti relativi alla malattia provocata dall'HIV e in materia di utilizzo del casco protettivo per i motociclisti.

Con la sentenza n. 218 del 1994 la Corte valorizza espressamente "il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui": di conseguenza, la necessità di sottoporre i singoli a trattamenti sanitari che diventano quindi obbligatori può sorgere proprio a fronte di "malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo". D'altra parte, non si può sottacere come, nella medesima decisione, si evidenzi l'importanza di garantire i diritti di riservatezza e di adottare un approccio che minimizzi il grado di invasività dei relativi controlli sanitari.

Risulta particolarmente significativo – sempre in relazione allo specifico contesto determinato dalla diffusione del Covid-19 – che la Corte sottolinei in ordine al necessario bilanciamento fra dimensione individuale e collettiva della salute che il diritto del singolo deve raccordarsi "con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio".

La stretta correlazione fra dimensione individuale e collettiva della salute si riflette anche laddove la Corte ragiona di "simmetriche posizioni dei singoli" che "si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità": come si anticipava, il trattamento sanitario (obbligatorio) deve anzitutto portare beneficio al singolo che vi è sottoposto e, poiché la sua applicazione ha una estensione più o meno ampia per tutta la popolazione, si possono individuare tali posizioni "simmetriche" che, insieme, consentono di sostanziare e concretizzare lo stesso riferimento alla "salute collettiva", che, appunto, non può che comporsi e definirsi a partire dalla salute di singoli individui.

Diverse questioni avevano poco prima formato oggetto della sentenza n. 180 del 1994, che, ancora una volta in un contesto di riferimento del tutto differente, consente in ogni caso di ragionare su tale profonda connessione fra dimensione individuale e

collettiva, laddove si pone in rilievo il carattere strumentale della garanzia della prima a favore della seconda.

In particolare, la Corte afferma come non possa condividersi la prospettazione del giudice remittente, secondo cui "l'ingerenza statale nella sfera del cittadino sarebbe consentita solo se sia posto in pericolo il diritto alla salute di terzi individui, mentre quando 'la collettività nei confronti della salute dell'individuo vanta un mero interesse' sarebbe 'illegittima ogni imposizione o limitazione' di diritti di libertà, come quello di 'circolazione ed in genere di estrinsecazione della personalità'". E, in questa prospettiva, non risulta irragionevole e contrario all'art. 32 Cost. la prescrizione da parte del legislatore di "certi comportamenti", con "modalità, peraltro neppure gravose", con sanzioni delle relative violazioni al fine di "ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della moralità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali". Si ragionava allora della compatibilità, anche rispetto all'art. 32 Cost., delle sanzioni previste per il mancato utilizzo del casco protettivo per i maggiorenni che guidano motocicli, che, nella prospettiva dell'ordinanza di remissione, non avrebbe determinato alcun pericolo per la salute di terzi. La Corte, invece, sottolinea per fondare la decisione di infondatezza le evidenti conseguenze che in termini di costi sociali si determinano a carico della collettività, a fronte di comportamenti che pure possono avere ripercussioni sulla sola salute individuale (ossia del soggetto che decida di non utilizzare il casco protettivo).

Questo caso risulta particolarmente rilevante se si considera che, nel dibattito quotidiano intorno alle misure di contenimento del contagio relative ai dispositivi di sicurezza individuale (come l'utilizzo delle mascherine, spesso e ancora adesso messo in discussione in relazione all'effettiva capacità protettiva; l'utilizzo di disinfettanti; il distanziamento fra le persone) e alle vaccinazioni, si è anche avanzata la proposta di far sottoscrivere a chi non intenda adottarle una sorta di "rinuncia" alle cure che, al contrario, dovessero rendersi necessarie a seguito dell'insorgere della malattia.

Ecco che la Corte, nella sentenza n. 180, chiarisce che non sarebbe "neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili".

A simile conclusione, peraltro, concorre anche il più generale dovere inderogabile di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost., che renderebbe sicuramente costituzionalmente problematica una previsione di esclusione dalle cure in caso di mancata osservanza delle regole predisposte per evitare o contenere il contagio da Covid-19.

Per un ulteriore profilo, inoltre, la sentenza n. 1994 risulta interessante: in questa decisione, infatti, si fa riferimento all'incidenza delle misure prescritte, la cui violazione è sanzionata, rispetto alla libertà di circolazione (che è senz'altro una delle libertà principalmente condizionate dall'attuale contesto pandemico e dai relativi provvedimenti restrittivi). Secondo la Corte essa non risulta "in alcun modo" limitata, poiché le disposizioni in quel caso censurate "dettano solo alcune modalità da osservarsi da chi voglia utilizzare determinati mezzi semoventi". E poiché, come si è già

sottolineato, lo scopo ultimo della disciplina è quello di "prevenire i danni alle persone, il che costituisce in modo indubitabile interesse della collettività", ecco che essa non presenta profili di illegittimità costituzionale.

DONATELLA MORANA

Ai due interrogativi deve darsi, a mio avviso, una risposta affermativa, sebbene con alcune precisazioni.

La prima, di ordine generale e preliminare, attiene alla scelta normativa dell'obbligatorietà. Credo possa convenirsi sul fatto che l'ordinamento italiano non abbia seguito nell'ultimo anno una politica sanitaria impositiva ed intrusiva a fronte dell'emergenza pandemica: si è privilegiato, finché possibile, la strada della volontarietà del trattamento, della persuasione e del confronto, insomma l'opzione per la somministrazione vaccinale raccomandata ma non imposta. L'approdo a misure di natura obbligatoria, seppure circoscritte ad alcune attività lavorative, non è stata una scelta a cuor leggero ma è giunta a conclusione di un lungo periodo in cui è stata lasciata alla responsabilità individuale dei medici e del personale sanitario (così come a quella degli insegnanti e del personale delle scuole) la scelta sul trattamento vaccinale, mentre si proseguiva a monitorare, attraverso gli organi tecnico-scientifici preposti, i risultati raggiunti, l'efficacia dei vaccini, gli eventi avversi, l'andamento della campagna vaccinale nel suo complesso. La "gradualità" consapevole credo vada apprezzata e valorizzata, in questo caso come in altri, per una politica sanitaria che si affida alla consensualità ed alla responsabilità individuale, ad una regolazione soft, ad un'informazione capillare, completa e condivisa prima ancora che all'imposizione.

Vengo quindi ai due interrogativi.

L'introduzione dell'obbligo vaccinale disposta dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021 (convertito, con modificazioni, in legge n. 76/2021), «per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2», non sembra in contrasto con la disciplina costituzionale. Sono soddisfatti tutti i requisiti specifici chiesti dall'art. 32 Cost. per giustificare un trattamento sanitario obbligatorio, ad iniziare dalla (imprescindibile) sussistenza di un interesse della collettività alla salute da tutelare: interesse che può facilmente ravvisarsi nel contrasto alla diffusione del contagio da Covid-19, in presenza di una situazione di emergenza sanitaria rispetto alla quale le evidenze scientifico-sperimentali ad oggi in nostro possesso concordano nel ritenere la somministrazione del vaccino la misura profilattica percorribile per salvaguardare la salute di ciascuno, di tutti i consociati, particolarmente di coloro che potrebbero subire un danno grave o mortale dal contagio.

Che l'obbligo venga poi circoscritto solo ad alcune categorie o gruppi in ragione della professione svolta, non rappresenta certo un'irragionevole compressione della libertà di cura dei destinatari dell'imposizione, purché l'imposizione della misura sanitaria sia proporzionata rispetto al soddisfacimento delle esigenze da tutelare. Medici, infermieri, personale sanitario ed altri operatori del settore sono chiamati quotidianamente a tutelare la salute dei consociati in ambienti e luoghi dove le

possibilità di contagio e di diffusione del virus sono quantitativamente elevatissime, coinvolgendo pazienti e soggetti particolarmente fragili. È comprensibile quindi che il legislatore, dopo alcuni mesi in cui il sottoporsi al trattamento vaccinale era stato rimesso alla libera decisione dei soggetti, abbia infine scelto l'obbligatorietà per tali categorie, disponendo un meccanismo "sanzionatorio", in caso di inosservanza dell'obbligo, che fa leva sull'allontanamento da posizioni di "front office" e (come ultima *ratio*) sulla sospensione dalla posizione lavorativa. Infatti, se si tratta di personale che presta attività alle dipendenze di strutture sanitarie e assimilate (non importa se pubbliche o private), l'ingiustificato sottrarsi alla vaccinazione comporta che esso venga adibito, «ove possibile», a mansioni (anche inferiori) che non implichino contatti interpersonali; se invece tale assegnazione a mansioni diverse non è possibile, durante il periodo di sospensione «non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominato». Non entro su quest'ultimo profilo che coinvolge competenze giuslavoristiche: mi limito a segnalare che il legislatore ha opportunamente escluso l'obbligo vaccinale contro il Covid-19 «in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale». E in ogni caso, concettualmente occorre tenere distinto l'obbligo dalla sanzione irrogata in caso di inosservanza dello stesso: in particolare, dall'eventuale inadeguatezza (o sproporzionalità) di quest'ultima, nulla può dedursi a carico della illiceità del primo.

Dal punto di vista costituzionale, può aggiungersi, risultano soddisfatte anche le altre garanzie disposte dall'art. 32 Cost.: in particolare la riserva di legge, la determinatezza del trattamento imposto, il limite del rispetto della persona umana. Né la rara eventualità che, nonostante tutte le precauzioni, si verifichino eventi avversi può di per sé condurre ad una valutazione di illegittimità costituzionale della previsione dell'obbligo vaccinale: come la Corte costituzionale affermò in relazione alla vaccinazione antipoliomelitica (e dunque in relazione ad una patologia molto diffusa e molto studiata dalla medicina sul piano internazionale, rispetto alla quale sussistevano quindi evidenze scientifiche sperimentali collaudate e sedimentate), l'impossibilità di escludere in via assoluta il rischio che il contagio avvenga proprio attraverso la vaccinazione non rende di per sé arbitraria la scelta legislativa (se sussistono, ovviamente, gli altri presupposti giustificativi dell'obbligatorietà) ma semmai ne svela la sua possibile intrinseca "tragicità", imponendo alla ricerca scientifica di continuare a studiare le cause del danno collegato alla misura profilattica ed all'ordinamento tutto di assicurare al danneggiato la solidarietà costituzionalmente dovuta, in termini morali e materiali.

Quanto al secondo interrogativo, relativo alla possibilità di estendere l'obbligo del vaccino anti-Covid alla generalità della popolazione in caso di una insufficiente adesione su base volontaria, non credo sussistano dubbi o controindicazioni costituzionali. La possibilità non può negarsi. Diversa è la valutazione sulla sussistenza di un "dovere" di estensione dell'obbligo vaccinale. Credo infatti che l'imposizione di un obbligo generalizzato non possa predicarsi in assoluto né può farsi discendere "automaticamente" da una previsione costituzionale: essa deve necessariamente

rapportarsi ad una situazione concreta rispetto alla quale sarà il legislatore a compiere una scelta sulla base delle risultanze scientifico sperimentali che avrà a disposizione. La giurisprudenza costituzionale su questo punto è chiarissima: non può parlarsi di pura discrezionalità politica, perché il legislatore che impone l'obbligo vaccinale deve basarsi sui risultati della scienza medica, sugli esiti della ricerca, ma non può nemmeno negarsi un suo spazio di valutazione.

ALESSANDRO MORELLI

Occorre, innanzitutto, muovere da una premessa: la salute, secondo la nostra Costituzione, è sia l'oggetto di un diritto fondamentale dell'individuo sia un interesse della collettività (art. 32). L'una declinazione non prevale, in astratto, sull'altra, anche se ovviamente possono verificarsi, in concreto, casi di collisione tra l'interesse (o la volontà) del singolo e la primaria esigenza di salvaguardare la salute pubblica. Anche in tali ipotesi, come in quelle in cui a confliggere siano (sempre in concreto) diversi diritti fondamentali, occorre perseguire un "ragionevole bilanciamento" tra i beni o tra le differenti declinazioni dello stesso bene in campo, affinché non si affermino diritti (o declinazioni di diritti e interessi) assoluti e "tirannici" rispetto agli altri, il che impedirebbe una compiuta tutela della dignità umana, consentita soltanto dalla difesa e dalla promozione di tutte le situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette [Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del *Considerato in diritto*].

L'accertamento della non irragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore spetta, com'è noto, all'organo di giustizia costituzionale, in un sindacato nel quale ha un ruolo fondamentale il *contesto* entro cui si perfeziona il bilanciamento. Per quanto rileva ai nostri fini, il contesto rappresentato dall'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del virus Sars-CoV-2 incide inevitabilmente, e in misura considerevole, sulle valutazioni che devono farsi relativamente alla proporzionalità e all'adeguatezza delle misure limitative di libertà costituzionali, poste a salvaguardia della salute pubblica. Un sacrifico integrale e temporalmente indeterminato del "contenuto essenziale" delle situazioni giuridiche soggettive che trovano riconoscimento in Costituzione non potrebbe avere luogo nemmeno nell'ambito dell'emergenza sanitaria che stiamo attraversando; e, tuttavia, appare evidente come, a certe condizioni, in tale dimensione, possano ritenersi non incostituzionali misure restrittive che, in una situazione di normalità, risulterebbero palesemente illegittime.

Con riguardo all'obbligo vaccinale, la giurisprudenza ha chiarito, ben prima dello scoppio della pandemia, che affinché l'imposizione di un trattamento sanitario risulti compatibile con l'art. 32 Cost. essa deve essere prevista da un atto legislativo statale (eventualmente anche un decreto-legge) e, sotto il profilo sostanziale, devono ricorrere le seguenti condizioni: *a*) il trattamento deve essere "diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri"; *b*) si deve prevedere che il trattamento medesimo "non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole

conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili"; *c*) nell'ipotesi di "danno ulteriore", deve essere prevista comunque "la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria" [Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*; ma si v. già le sentt. nn. 307/1990 e 258/1994].

In riferimento alla condizione *sub b*), appaiono "normali e, pertanto, tollerabili" le conseguenze caratterizzate da temporaneità e scarsa entità [sent. n. 307/1990, punto 2 del *Considerato in diritto*]. Quanto alla condizione *sub c*), la legge n. 210/1992 prevede un indennizzo per "chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica" (art. 1, comma 1). Una previsione, quest'ultima, ripetutamente dichiarata illegittima nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo in favore di chi avesse riportato lesioni o infermità a causa di vaccinazioni non obbligatorie ma raccomandate dall'autorità sanitaria, sulla base sia della considerazione che nella pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici [sent. n. 118/2020, punto 3.3 del *Considerato in diritto*, che richiama le sentt. nn. 137/2019 e 5/2018] sia dell'argomento per cui la ragione che fonda il diritto all'indennizzo sarebbe non già l'obbligatorietà del vaccino ma il "necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale" [sent. n. 118/2020, punto 3.4. del *Considerato in diritto*; ma si v. anche, tra le altre, le sentt. nn. 417/2000, 107/2012, 268/2017].

Anche alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza, che ha individuato una serie di condizioni utili ad assicurare l'adozione di misure non sproporzionate e irragionevoli, l'obbligo vaccinale per gli esercenti delle professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, introdotto dall'art. 4 del decreto-legge n. 44/2021 (convertito dalla legge n. 76/2021), non pare violare il dettato costituzionale.

Sono stati avanzati dubbi soprattutto sulle prime due condizioni sopra indicate: poiché il vaccino non impedirebbe del tutto la trasmissione del virus, registrandosi casi, pur minoritari, di soggetti vaccinati che si sarebbero successivamente infettati, e vista la permanente contagiosità del vaccinato positivo, si è detto che i vaccini anti-Covid non sarebbero utili a salvaguardare la salute pubblica; si è poi sovente fatto riferimento al presunto carattere "sperimentale" dei vaccini medesimi, che porrebbe problemi sul piano della sicurezza, della "normalità" e della "tollerabilità" delle conseguenze della loro somministrazione, peraltro al momento imprevedibili nel lungo periodo.

Per quanto riguarda l'argomento dell'efficacia dei vaccini, si può obiettare che la tutela della salute collettiva, ai sensi dell'art. 32 Cost., non richiede necessariamente la capacità del vaccino di azzerare del tutto i contagi: l'idoneità dello stesso, attestata dalle autorità mediche competenti, a limitare la trasmissione del virus e a ridimensionarne le manifestazioni patologiche, infatti, appaiono sufficienti a integrare la prima delle condizioni richieste per la legittimità del trattamento imposto.

I vaccini in questione, inoltre, non possono dirsi tecnicamente sperimentali. Pochi giorni fa la *Food and Drugs Administration*, l'ente governativo statunitense che si occupa della regolamentazione dei prodotti alimentari e farmaceutici, ha approvato in via definitiva il vaccino prodotto da *Pfizer Biontech* e a breve potrebbe procedere nello stesso senso anche per quello dell'azienda *Moderna*. In Europa, gli stessi vaccini sono stati immessi in commercio non in via sperimentale ma con un'"autorizzazione condizionata", rilasciata all'esito di una particolare procedura di approvazione prevista dal Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006. Tale procedura è applicabile a medicinali che rispondono a esigenze medico-sanitarie non ancora soddisfatte, le quali ricorrono in presenza di una "patologia per la quale non esiste un metodo soddisfacente di diagnosi, prevenzione o trattamento autorizzato nella Comunità" o quando, anche qualora tale metodo esista, in relazione alla patologia in questione il medicinale apporterà "un sostanziale vantaggio terapeutico a quanti ne sono affetti" (art. 4.2). L'autorizzazione condizionata può essere data, in casi di emergenza, anche in assenza di dati farmaceutici o preclinici completi purché il rapporto rischi/benefici del medicinale risulti positivo e i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del farmaco superino il rischio inerente al fatto che occorrono ancora dati supplementari (art. 4.1). Le aziende farmaceutiche sono comunque obbligate a fornire, entro precise scadenze, ulteriori dati per confermare che i benefici continuano a superare nettamente gli eventuali rischi. L'autorizzazione condizionata garantisce comunque che tutti i controlli di farmacovigilanza e di fabbricazione si svolgano in modo giuridicamente vincolante e siano valutati periodicamente dai comitati scientifici dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA).

Occorre, infine, rilevare che una serie di circostanze straordinarie ha concorso ad accelerare il processo di realizzazione, sperimentazione e approvazione dei vaccini anti-Covid: tra queste, il fatto che si fossero già condotte, in passato, ricerche sulla cosiddetta tecnologia a RNA messaggero (mRNA), le eccezionali risorse umane e finanziarie messe a disposizione in tempi rapidissimi, la conduzione parallela delle fasi di valutazione e di studio e l'ottimizzazione della parte burocratica/amministrativa. [v. *Sviluppo, valutazione e approvazione dei vaccini contro COVID-19*, in *www.epicentro.iss.it/vaccini/covid-19-sviluppo-valutazione-approvazione*].

L'obbligo vaccinale introdotto per gli operatori sanitari potrebbe, dunque, essere esteso anche ad altri ambiti, come quello scolastico o quello delle forze dell'ordine, fino ad arrivare, se necessario, a un obbligo generalizzato, come ha lasciato intendere il Presidente del Consiglio dei ministri Mario Draghi, rispondendo alla domanda di un giornalista rivoltagli durante la conferenza stampa dello scorso 2 settembre [v. *www.governo.it/it/media/conferenza-stampa-del-presidente-draghi/17822*]. Il che potrebbe trovare giustificazione nel mancato raggiungimento dei livelli di vaccinazione ritenuti necessari sulla base delle indicazioni delle autorità mediche competenti, oltre che nel sopravvenuto conseguimento dell'autorizzazione "piena" anziché "condizionata" da parte dell'EMA. È bene ribadire, peraltro, che quest'ultima circostanza avrebbe, per così dire, una rilevanza squisitamente politica, risultando utile a superare le resistenze di quanti contestano che possano imporsi vaccini di così recente

produzione, poiché, al contrario, gli esiti delle analisi costi/benefici condotte riguardo all'immissione in commercio "condizionata" dei vaccini medesimi – che, in ogni caso, presuppone, come si è detto, lo svolgimento di tutti i test previsti per la normale autorizzazione – sarebbero già sufficienti a giustificare l'introduzione di un più esteso obbligo vaccinale, così come si è ritenuto che lo fossero per la previsione dell'obbligo a carico degli operatori sanitari. Diversamente, l'attribuzione di ipotetici maggiori rischi in capo a questi ultimi apparirebbe ingiustificata.

Un limite di cui non potrebbe non tenersi conto, qualora si pensasse di adottare unilateralmente una misura tanto drastica, sarebbe comunque quello derivante dall'esigenza di armonizzare le misure anti-Covid adottate dai vari Stati-membri dell'Unione europea, onde evitare limiti eccessivi e discriminazioni indebite tra cittadini provenienti da diversi Stati, nonché ostacoli al corretto funzionamento del mercato interno. Sono queste le esigenze alle quali ha inteso far fronte il Regolamento UE n. 2021/953, nel cui ambito di applicazione, com'è stato osservato, rientrano i casi di cittadini provenienti da altri Stati membri che intendano entrare in Italia e viceversa [R. BIN, *Replica al documento anti green-pass pubblicato da Questione giustizia*, in *www.lacostituzione.info*, 9 agosto 2021]. Certo, l'introduzione unilaterale da parte del legislatore italiano di un obbligo vaccinale generalizzato porrebbe seri problemi alla circolazione europea, se gli altri Stati membri non adottassero soluzioni analoghe; e, tuttavia, qualora tale obbligo risultasse giustificato dalla situazione epidemiologia nazionale e dalle evidenze scientifiche, la normativa europea non rappresenterebbe un ostacolo insormontabile, potendosi evocare, in ogni caso, i "controlimiti" dei principi supremi nazionali, che, com'è noto, prevalgono, se minacciati nel loro "contenuto essenziale", anche sul diritto dell'Unione [Corte cost., sentt. nn. 183/1973 e 170/1984, ord. n. 24/2017 e sent. n. 115/2018]. L'interesse pubblico alla salvaguardia della salute collettiva sul territorio nazionale (che, peraltro, avrebbe un ovvio rilievo anche per l'identico interesse degli altri Stati europei) giustificherebbe, pertanto, nella veste di "controlimite", la deroga alla disciplina UE in materia.

Sull'obbligo vaccinale previsto per gli operatori sanitari è sorto, peraltro, un ampio contenzioso ma diverse sono già le pronunce negative di giudici ordinari e amministrativi [per un quadro, si rinvia ora a S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, in *www.lacostituzione.info*, 28 agosto 2021].

Ancor prima dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 44, i Tribunali di Belluno e di Modena hanno rigettato le istanze cautelari di personale sanitario sospeso dal servizio, senza retribuzione, perché si era rifiutato di sottoporsi a vaccinazione, ritenendo i provvedimenti impugnati legittimi in ragione del fatto che il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e della salute dei dipendenti sul luogo di lavoro, essendo egli gravato degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c. [Tribunale di Belluno, sez. lav., 19 marzo 2021, n. 12; Tribunale di Modena, sez. lav., 23 luglio 2021, n. 2467].

Dopo l'entrata in vigore del decreto-legge n. 44, il cui art. 4, comma 6, prevede la sospensione dall'esercizio delle mansioni o prestazioni dell'operatore sanitario che non abbia effettuato il vaccino, a meno che non vi sia la possibilità di ricollocazione

lavorativa con adibizione a mansioni non comportanti contatti con gli utenti e con il restante personale sanitario, altre pronunce hanno rigettato ricorsi di operatori sanitari non vaccinati contro provvedimenti di sospensione [Tar Lecce, sez. II, 5 agosto 2021, n. 480; Tribunale di Roma, sez. lav., 28 luglio 2021, n. 18441].

La questione non è ancora giunta alla Corte costituzionale, ma se ciò dovesse accadere, la legittimità della misura in questione dovrebbe essere vagliata tenendo conto del contesto emergenziale nel quale ci troviamo, che conferisce un maggiore peso all'interesse pubblico alla salvaguardia della salute collettiva.

Hanno rilievo anche alcune recenti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, tra cui innanzitutto la decisione della Grande Camera dell'8 aprile 2021 sul caso *Vavřička e altri c. Repubblica Ceca*, non specificamente relativa ai vaccini anti-Covid. In quell'occasione, i giudici di Strasburgo hanno però rigettato il ricorso di alcuni genitori contro una legge vigente in Repubblica Ceca che, similmente a quanto avviene in Italia, prevede un obbligo di vaccinazione per i bambini in riferimento ad alcune malattie infettive e, in caso di mancata ottemperanza, una sanzione pecuniaria e il divieto d'iscrizione alla scuola dell'infanzia. La Corte ha ritenuto che tali misure non ledano i principi della CEDU, risultando proporzionate rispetto allo scopo perseguito e, quindi, rispettose del "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati dalla Convenzione. Più di recente, lo scorso 24 agosto, la stessa Corte EDU ha poi rigettato le richieste cautelari di un gruppo di vigili del fuoco francesi contro la legge che prevedeva, per il loro settore, l'obbligo di vaccino contro il Covid [*Abgrall e 671 altri v. Francia*].

In prospettiva comparata, da segnalare, infine, che in Francia, con la decisione n. 824 del 5 agosto il *Conseil Constitutionnel* ha fatto salvo l'obbligo vaccinale introdotto per gli operatori sanitari, unitamente alla previsione del *green pass*, mentre ha giudicato non necessario e sproporzionato l'isolamento obbligatorio dei pazienti per dieci giorni, così come ha ritenuto illegittima la possibilità riconosciuta al datore di lavoro di interrompere anticipatamente un contratto a tempo determinato in caso di mancato possesso del *green pass* da parte del lavoratore.

Nel complesso, il quadro giurisprudenziale sembra pressoché univocamente orientato verso il riconoscimento della compatibilità dell'obbligo vaccinale sia con i principi costituzionali sia con quelli della CEDU.

L'aspetto più delicato è probabilmente quello delle entità delle sanzioni prevedibili per chi violi l'obbligo vaccinale. Nel caso in cui quest'ultimo fosse esteso ad altre categorie o addirittura a tutti, il problema si porrebbe con maggiore gravità. Quel che si può notare, in merito, è che le sanzioni previste dovrebbero risultare comunque proporzionate e ragionevoli, oltre a non poter ledere le garanzie costituzionali a tutela della libertà personale, nel rispetto dell'art. 32 Cost., nella parte in cui prevede che "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Sono, dunque, da escludersi, oltre ovviamente all'imposizione fisica della vaccinazione, sia la previsione di ipotesi di reato, nel caso di violazione dell'obbligo vaccinale, sia misure estreme come, per esempio, l'interdizione dai pubblici uffici dei non vaccinati. Quanto alla controversa proposta di introdurre l'esclusione temporanea dal Servizio

sanitario nazionale di chi non ottemperasse all'obbligo [A. CELOTTO, *Come sanzionare chi non si vaccina, una proposta*, in *www.huffingtonpost.it*, 27 agosto 2021], si tratta di una misura la cui previsione andrebbe attentamente vagliata e che comunque, per non risultare incostituzionale, non potrebbe estendersi anche alle cure urgenti e necessarie, che dovrebbero continuare a erogarsi gratuitamente anche ai non vaccinati.

SIMONE PENASA

La fase emergenziale provocata dalla diffusione a livello globale del virus Covid-19 ha svelato in modo ormai inequivocabile un dato, fattuale ma denso di carica normativa, rispetto al quale la dottrina costituzionalistica italiana (e non solo) si confronta da tempo: la centralità, in una prospettiva costituzionale, del rapporto tra scienza e diritto [limitandosi ai più recenti contributi monografici, si rinvia a A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020; D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, 2020]. Si tratta di una questione sulla quale si è ormai formato un dialogo – interdisciplinare fuori e dentro i confini della scienza giuridica – plurale, differenziato e consolidato e che però, almeno ad avviso di chi scrive, ancora stenta – se non in quanto "imposto" dalla forza drammatica e difficilmente governabile della esigenza di reagire di fronte a una emergenza pandemica – a trovare uno spazio adeguato all'interno dell'agenda della politica e delle sue istituzioni rappresentative [per più ampie riflessioni sulla relazione tra ordine giuridico e ordine scientifico, sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 203-223]. Credo che la sfida di utilizzare il "cambio di passo" [sul quale sia consentito rinviare a S. PENASA, *Scienza, I comitati tecnici e responsabilità politica: spunti da un'analisi comparata dei modelli di consultazione scientifica durante l'emergenza COVID-19*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. II, Bologna, 2021, 59-80] nel rapporto tra diritto, scienza e politica che ha caratterizzato la gestione dell'emergenza pandemica fin dalle sue prime fasi debba rappresentare, anche alla luce di una giurisprudenza costituzionale ormai consolidata sul punto (almeno in termini di principio), una delle più importanti alle quali il Parlamento *in primis* sarà chiamato a rispondere in modo adeguato e consapevole una volta che si sia tornati a una gestione ordinaria di tale rapporto [A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2/2019, numero speciale, 125, si esprime in termini di "istituzionalizzazione"]. In tale prospettiva, si dovrà fare tesoro delle criticità innegabili evidenziatesi dal punto di vista sostanziale procedurale e comunicativo in tale fase, le quali possono a mio avviso essere ricondotte almeno parzialmente alla assenza di

strumenti procedurali e sedi istituzionali in grado di gestire e controllare il "flusso" della interazione tra dimensione politico-giuridica e tecnico-scientifica

In tal senso, quello degli obblighi vaccinali rappresenta uno dei più paradigmatici contesti all'interno dei quali si esprime la densità – in termini costituzionali – dell'impatto che la scienza può produrre rispetto alle caratteristiche e alla portata di un intervento legislativo in ambiti scientificamente connotati. Da tale punto di vista, la sentenza n. 5 del 2018 della Corte costituzionale, la quale non può non essere considerata come essenziale parametro rispetto al quale verificare la sostenibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale introdotto dal d. l. n. 44/2021, rappresenta uno snodo fondamentale nella progressiva definizione di quella che può essere qualificata come teoria della ragionevolezza scientifica delle leggi [ho utilizzato questa espressione in *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, 817-841]. Infatti, almeno a parere di chi scrive, nella sentenza appena citata sembra giungere a compimento una evoluzione del principio di ragionevolezza scientifica da "mero" parametro del controllo di costituzionalità delle leggi a contenuto tecnico-scientifico a vero e proprio metodo dell'esercizio della discrezionalità politica. Due principi desumibili dalla sentenza e utili a valutare la costituzionalità dell'obbligo vaccinale previsto per le professioni sanitarie sono senz'altro la connessione operata da parte del legislatore tra opportunità (idoneità) della misura e i dati e le evidenze ricavabili dal quadro scientifico ed epidemiologico, fondando l'idoneità e necessità della prima sullo stato delle conoscenze e delle acquisizioni disponibili, da un lato; e la previsione di meccanismi normativi che risultino funzionali ad assicurare una costante rivalutazione delle scelte operate alla luce dell'eventuale mutamento del quadro medico, scientifico ed epidemiologico di riferimento, coerentemente con la «valorizzazione della dinamica evolutiva propria delle conoscenze medico-scientifiche che debbono sorreggere le scelte normative in ambito sanitario» (Corte cost., sent. n. 5/2018), dall'altro lato.

Inquadrando in tale prospettiva le scelte operate in merito all'obbligo vaccinale introdotto dal d. l. n. 44/2021 e alla luce del riconoscimento da parte della Corte costituzionale di un ampio margine di discrezionalità, seppur sorretto da un adeguato fondamento medico-scientifico, nella scelta tra natura raccomandata o obbligatoria della prestazione vaccinale (secondo la Corte, «Questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte, e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica», passaggio significativamente citato dal governo nella Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione), la misura introdotta appare – richiamando la Corte ancora nella sentenza n. 5/2018 – «non irragionevole allo stato attuale delle condizioni epidemiologiche e delle conoscenze scientifiche». Anche alla luce della Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto, il governo pare avere applicato in modo adeguato i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale in materia, tanto in relazione alla proporzionalità ed adeguatezza della misura rispetto alla ratio del provvedimento normativo («assicurare la tutela della salute pubblica e (…) garantire adeguati livelli di sicurezza nello svolgimento delle attività e prestazioni di cura e assistenza»), la cui

configurazione concreta deriva da una preventiva analisi della situazione epidemiologica in termini di copertura vaccinale della categoria destinataria dell'obbligo e del generale andamento della trasmissione del virus («in considerazione dei dati sulla diffusione del virus SARS-CoV-2 sul territorio nazionale (…) nonché in relazione al tasso di occupazione delle strutture ospedaliere e dei reparti di terapia intensiva»), quanto in relazione agli specifici elementi normativi dei quali si compone la disciplina.

Relativamente a tale ultimo aspetto, acquistano particolare rilievo dal punto di vista di un eventuale controllo di costituzionalità alla luce del principio-parametro di ragionevolezza scientifica la scelta di limitare l'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo a una determinata categoria professionale (seppur plurale e variegata al suo interno), giustificando tale scelta alla luce degli obiettivi della misura (in modo significativo, mi pare, non si fa riferimento alla esigenza di raggiungere un determinato tasso di copertura vaccinale all'interno di tale categoria, alla luce di una previa analisi dei tassi di vaccinazione a livello nazionale e regionale, ma piuttosto a obiettivi più generali, quali la tutela dell'operatore rispetto al rischio infettivo professionale e dei pazienti dal contagio, la qualità delle prestazioni erogate e il perseguimento degli obiettivi di sanità pubblica, cfr. la Relazione illustrativa) e la previsione di un termine di validità dell'obbligo vaccinale, che viene opportunamente riferito alla completa attuazione del piano vaccinale nazionale e comunque limitato temporalmente in modo certo e predeterminato (31 dicembre 2021). Sul piano delle misure sostanziali, mi pare contribuiscano a rafforzare la legittimità della misura la sua non coercibilità [mette in evidenza tale aspetto B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il COVID-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Diritti Comparati*, 15 aprile 2021] e la previsione di una clausola di esenzione dall'obbligo «in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale». Manca, tuttavia, una clausola attraverso la quale si preveda una eventuale rivalutazione della natura e ambito di applicazione della misura «alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate» e della «verifica dei dati epidemiologici, eventuali reazioni avverse, coperture vaccinali raggiunte» (Corte cost., sent. n. 5/2018). Non pare superfluo ricordare che la previsione di un sistema di monitoraggio periodico ha contribuito a orientare in modo rilevante lo scrutinio operato dalla Corte costituzionale in riferimento agli obblighi vaccinali in età pediatrica. Tale omissione può probabilmente trovare una motivazione – e una giustificazione – nella durata comunque temporalmente limitata e predeterminata dell'obbligo vaccinale, entro la quale ci si può ragionevolmente attendere la necessità – anche da un punto di vista epidemiologico e medico – di mantenere inalterati ambito e portata dell'obbligo.

In prospettiva comparata, alcuni ordinamenti stranieri hanno deciso di introdurre obblighi vaccinali che sostanzialmente ricalcano quanto previsto dal legislatore italiano con il d.l. 44/2021. Risultano di particolare interesse i casi francese (*Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire*, artt, 12-19), inglese (*Regulation n. 891/2021, "The Health and Social Care Act 2008 (RegulatedActivities) (Amendment) (Coronavirus) Regulations 2021"*) e della Provincia canadese

dell'Ontario (*Directive #6 for Public Hospitals*, 17 agosto 2021), dai quali – pur tenendo conto le differenze di sistema e di dettaglio – è possibile ricavare alcuni spunti utili anche all'interno del dibattito costituzionalistico italiano. I modelli richiamati prevedono l'introduzione di un obbligo vaccinale che riguarda una serie differenziata di categorie professionali (la legge francese lo prevede anche per pompieri e altre professioni analoghe) che svolgono la propria attività all'interno di strutture sanitarie, ospedaliere o di assistenza (la normativa britannica prevede l'obbligo limitatamente all'accesso alle "*care houses*", ad esclusione quindi degli ospedali). A differenza della disciplina italiana, un elemento che accomuna le discipline straniere richiamate consiste nella previsione di una dilazione dell'entrata in vigore dell'obbligo vaccinale (7 settembre in Ontario, 15 settembre in Francia, 11 novembre nel Regno Unito), finalizzata a garantire alle persone destinatarie dell'obbligo – e delle relative strutture di appartenenza – un termine entro cui adempiervi in modo definitivo. Occorre richiamare la specificità del sistema francese, nel quale si prevede un regime di onere temperato fino al 14 settembre 2021, dal momento che fino a tale data i professionisti soggetti all'obbligo vaccinale potranno continuare a svolgere la propria attività anche senza avere adempiuto a tale obbligo, esibendo in alternativa un certificato di guarigione, della prova della somministrazione delle dosi di vaccino richieste dal regolamento o di un risultato negativo del test di screening virologico (art. 14). Tale regime transitorio è stato dichiarato legittimo dal *Conseil Constitutionnel* francese nella sentenza n. 2021-824 DC (5 agosto 2021), in quanto idoneo ad assicurare un ragionevole bilanciamento tra l'obiettivo costituzionale della protezione della salute e il diritto al lavoro e la libertà d'impresa (§ 122-124).

Un ulteriore elemento comune, anche alla normativa italiana, è la previsione di una clausola di esenzione per motivi medico-sanitari, pur se declinata e delimitata in modo più o meno aperto nei diversi ordinamenti: ad esempio, la *Regulation* britannica si riferisce a «*clinical reasons*», rinviando per una concretizzazione dell'ambito di applicazione di tale concetto agli standards e best practices consolidate in materia; la legge francese prevede una certificazione medica e un successivo controllo da parte dell'autorità sanitaria competente, prendendo in considerazione la presenza di precedenti medici, l'evoluzione della situazione medica e dei motivi concreti che giustificano l'attestazione di controindicazione (temporanea o definitiva) alla vaccinazione, alla luce delle raccomandazioni emanate dalle autorità sanitarie (art. 13, comma 2). Infine, alla luce di quanto rilevato in apertura appare utile richiamare la presenza di una clausola di monitoraggio periodico e di rivedibilità dell'obbligo vaccinale nelle discipline francese e britannica: nella prima si prevede la possibilità di sospendere l'obbligo attraverso un decreto ministeriale «tenuto conto della situazione epidemiologica e delle conoscenze medico-scientifiche», per tutte o alcune delle categorie professionali destinatarie della misura (art. 12, quarto comma); la seconda ha introdotto un meccanismo periodico di valutazione degli effetti della misura, attraverso la pubblicazione da parte del *Secretary of State* competente di un report annuale nel quale si valuti l'effettivo raggiungimento degli obiettivi della normativa, tenendo conto dei pareri clinici e della disponibilità e accessibilità dei vaccini autorizzati, al fine di

confermare l'appropriatezza degli obiettivi ed eventualmente la possibilità di conseguirli attraverso misure meno impositive (art. 7).

Per quanto riguarda l'eventuale estensione dell'obbligo vaccinale alla generalità della popolazione o a ulteriori categorie professionali, non possono che essere richiamati i parametri ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare dalla sentenza n. 5 del 2018. In linea generale, un obbligo vaccinale generale potrebbe essere introdotto, a livello legislativo e sempre accompagnato da adeguate condizioni e meccanismi di flessibilizzazione, nel caso in cui, alla luce del quadro epidemiologico e dell'andamento della diffusione del virus, le autorità competenti ritengano necessario raggiungere una soglia determinata di copertura vaccinale della popolazione [c.d. "immunità di gregge"; cfr. A. MAZZOLA, *Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*, in *Consulta Online*, 2/2021, 582], tenuto però conto di variabili quali lo sviluppo delle conoscenze in materia di efficacia dei vaccini e, ad esempio, della eventuale necessità di prevedere una campagna di richiami vaccinali per garantire la continuità della immunizzazione. Per quanto riguarda l'estensione dell'obbligo a categorie determinate di persone (ad esempio, alla luce dell'ambito lavorativo o delle condizioni di particolare fragilità o esposizione al rischio di contagio), l'approccio del governo sembra orientato a una soluzione diversa, che consiste nella previsione di un obbligo di esibizione di un passaporto sanitario (cd. "green pass") per l'accesso a determinate strutture (bar, ristoranti, piscine, altri luoghi di ricreazione e socializzazione) o luoghi di lavoro (scuola e università), il quale si può ottenere esibendo un certificato di avvenuta guarigione o di test sierologico negativo in alternativa alla vaccinazione (anche parziale). Su questo ultimo punto si rinvia al quesito n. 3.

MARCO PLUTINO

L'obbligo vaccinale introdotto dal decreto legge 1 aprile 2021, n. 44 per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario trova senz'altro fondamento sul piano costituzionale nelle previsioni dell'art. 32 Cost., il quale consente trattamenti sanitari (quali le vaccinazioni) in forma obbligatoria nelle modalità da esso previste del ricorso alla legge e con il limite del rispetto della dignità della persona. Dottrina e giurisprudenza costituzionale, quest'ultima nel confermare ripetutamente anche di recente la possibilità di istituire obblighi vaccinali, hanno tratto quali parametri ulteriori e impliciti la proporzionalità (della misura) rispetto allo scopo e alle alternative concretamente disponibili, e della ragionevolezza (della limitazione), comprensiva di una non illogicità e della non arbitrarietà. Nello sviluppo e nella sensibilità crescente dei sistemi giuridici si ritiene che la proporzionalità richieda anche la temporalità della misura, posta *ex ante* o comunque presupposta nel sindacato della discrezionalità del legislatore, da effettuarsi caso per caso e in ragione degli obiettivi desunti dal legislatore. Una misura potrebbe essere dichiarata incostituzionale perché di tutta evidenza non più rispondente all'esigenza posta a suo tempo dal legislatore, venendosi a

configurare un eccesso sopravvenuto di potere legislativo, consistente nell'omessa abrogazione di un TSO ormai privo dei presupposti di fatto che hanno portato all'adozione della misura: si immagini, banalmente, una vaccinazione che permanga obbligatoria anche se, per ipotesi, si trattasse di un virus acclarato come sparito. Da qui l'opportunità di una valutazione periodica della congruenza della misura dell'obbligatorietà e comunque la cura che il legislatore deve avere nel verificare che la misura sia ancora attuale e utile (*rectius*: pressoché indispensabile) a conseguire lo scopo. Tuttavia va salvaguardata una certa discrezionalità di valutazione. Può ritenersi ad esempio in principio non illegittima la permanenza di un'obbligatorietà pur se, come la poliomielite, non si registrano più casi in Italia da tempo – se non legati, proprio, alla vaccinazione da virus vivo - ma risulti, ad esempio, che l'obiettivo coordinato delle Nazioni è la completa e definitiva eradicazione dal pianeta. Da cui la necessità che la discrezionalità del legislatore debba essere valutata nel caso concreto e facendo riferimento ad una serie di elementi di conoscenza. In definitiva l'obbligatorietà delle vaccinazioni oggi tende ad essere inglobata entro una condizione di complessiva ragionevolezza ordinamentale, esigendo una strategia flessibile e rivedibile adottata dai legislatori nazionali, comunque sindacabile dalle corti costituzionali.

Ciò premesso, tali condizioni appaiono sussistenti per insidie biologiche come quelle del virus in questione, il Covid-19, responsabile di una pandemia globale, particolarmente insidioso per il fatto di trasmettersi subdolamente (anche e soprattutto) tramite gli asintomatici e dotato di una letalità non marginale (alla luce anche del livello delle strutture e dei mezzi apprestati dal nostro ordinamento per contrastarlo). Virus consimili hanno un proprio ciclo vitale possibilmente contrassegnato da progressiva perdita di potenza fino a possedere una marginale offensività o, al limite, dalla più o meno repentina sparizione (che però pare improbabile nel caso in questione). Nel prevedere l'obbligatorietà occorrerebbe pertanto che il legislatore, nell'ambito del dialogo multi-livello e alla luce delle evidenze scientifiche, predeterminasse e chiarisse il più possibile gli obiettivi che persegue in modo da offrire elementi di valutazione per il sindacato delle proprie norme.

Acclarata la legittimità, a determinate condizioni, che il legislatore stabilisca l'obbligatorietà di una vaccinazione, e ritenuto di massima che per il Covid-19 vi sarebbero tutte le condizioni per disporre un'obbligatorietà della misura, resta aperta la riflessione sull'estensione dell'obbligo in concreto della vaccinazione anti-Covid-19. L'obbligo, come abbiamo visto, è già previsto per limitatissime categorie nel campo sanitario: esercenti professioni sanitarie e operatori di interesse sanitario. Tale previsione appare alla luce delle premesse argomentative più che ragionevole e sta reggendo ai primi scrutini giurisprudenziali; del resto essa si pone in scia con pregresse soluzioni consimili relative a specifiche categorie, tuttora vigenti (per vaccini antitetanica e antitubercolare), che già non erano state ritenute illegittime dalla giurisprudenza. La *ratio* perseguita dal legislatore nel caso del Covid-19 sembra apparire quella della tutela prioritaria dei soggetti deboli che entrano in contratto con tale personale, in un campo dove il soggetto fruitore della prestazione è tendenzialmente debole per definizione, nonché, probabilmente, della protezione medesime del

personale, il cui impiego è tanto più indispensabile nei momenti di picco pandemico (anche alla luce della pregresse problematiche emerse; ad es. a maggio 2021 risultava che erano 109mila gli infermieri attualmente o in passato contagiato dal Covid-19). Assai più estesa *ratio*, e quindi maggiormente sindacabile, deriverebbe dalla scelta di politica legislativa di procedere alla previsione di obbligo vaccinale per tutti i lavoratori a contatto con il pubblico (lavoratori per ipotesi pubblici, o, più ancora, pubblici e privati; entrandosi anche nel delicato campo degli obblighi potenzialmente discendenti per il lavoratore e il datore di lavoro dal diritto del lavoro e della sicurezza sociale), secondo proposte anche autorevolmente avanzate nel dibattito pubblico (es. Cassese, Ichino). Nell'ottica di passare dalla raccomandazione dei poteri pubblici, indubbiamente sussistente come è evidente da una serie di elementi sintomatici (quali abitualmente richiamati nella giurisprudenza: campagne pubblicitarie disposte dal governo, appelli pubblici di autorità istituzionali, etc.), ad una possibile estensione dell'obbligo, la latitudine dell'istituzione di quest'ultimo dipenderebbe in fatto dall'efficacia della strategia della raccomandazione, quale passo successivo resosi indispensabile per bilanciare diritto alla salute e interessi (anche non sanitari) della collettività, nella scala della proporzionalità, e con il limite della ragionevolezza.

Sulla base dell'art. 32 Cost., infatti, si dovrebbe bilanciare in funzione dell'interesse pubblico libertà e obbligo, estendendo gradualmente quest'ultimo dalle categorie per le quali esso appare più ovvio e meno discutibile ad ulteriori categorie alle quali si rendesse necessario, con l'obiettivo del conseguimento del risultato desiderato in termini di contemperamento del diritto alla salute (anche quale liberà negativa) con la natura della medesima anche quale interesse collettivo, nell'ambito di un bilanciamento tra diritti, interessi (e, se si vuole, principi) che trovino un equilibrio ottimale, giocoforza dinamico e concreto. La questione è peraltro complicata dalla difficoltà di rilevare evidenze scientifiche che aiutino e facciano da base di conoscenza per le valutazioni del legislatore – su diversi piani ancora non sufficientemente definite – ed inoltre dai caratteri specifici del Covid-19, per il quale, come per casi consimili, può parlarsi solo in modo del tutto relativo (se non improprio) di "immunità di gregge" quale obiettivo raggiungibile in modo stabile e da preservare. La disciplina legislativa dovrebbe pertanto seguire l'andamento della pandemia e delle varianti e, per la pacifica necessità di consentire una ripresa ormai indilazionabile delle attività economiche e in generali sociali, l'eventuale estensione dell'obbligo dovrebbe operare all'unisono con un'efficiente e organizzata campagna di costante copertura vaccinale dell'intera popolazione (finora è ampiamente invalso lo spartiacque dei 12 anni, il margine dei c.d. grandi minori) al fine di tenere sotto controllo ed entro costi umani e socio-economici sopportabili l'offensività di un virus, come si diceva, improbabile a debellarsi. Secondo i dati attualità e le loro proiezioni una "immunità di gregge" o simil tale, o comunque un livello di pericolosità accettabile per conseguenze sanitarie, sembra alla portata senza l'introduzione di obblighi vaccinali di ordine generale o per estese categorie (ad es. i dipendenti pubblici), tenuto conto anche che per l'Unione europea medesima (pur non strettamente competente sulla decisione), alla luce delle differenti sensibilità nazionali, l'obbligo dovrebbe essere considerato l'ultima risorsa disponibile pur di fronte ad un

virus che si è rivelato non poco insidioso, con il suo carico di quasi cinque milioni di morti accreditati nel mondo, ad oggi. Del resto i vaccini obbligatori, per i sistemi che li prevedono, sono di tipo generale ma vengono somministrati in età pediatrica, con una valenza (senza entrare troppo nello specifico) quasi sempre di immunizzazione permanente, mentre tutt'altro è il caso in parola, che ha una dinamica più simile a quello delle pandemie e dei vaccini anti-influenzali.

In ogni caso nel recente passato, di fronte ad una tradizione europea abbastanza diffidente verso gli obblighi in campo sanitario (in particolare riferibile alla Germania), l'Italia ha adottato soluzioni sulla falsariga della più disinvolta Francia, introducendo *uno actu* diversi nuovi obblighi vaccinali del tipo rivolto alla popolazione in età pediatrica, come noto salvate dalla giurisprudenza costituzionale, e le conclusioni alla quale essa è pervenuta dovrebbero di massima avere una valenza generale anche per vaccini da somministrare all'intera popolazione.

Come ciò ribadisce la possibilità dell'obbligo con i criteri che si è provato a tratteggiare, allo stesso modo dalla proporzionalità non discende automaticamente che rimedi apparentemente meno forti, come il c.d. *green pass* già previsto con il d.l. 52 del 2021 quale requisito per l'accesso a luoghi con feste di nozze, Rsa, sale di attesa di pronto soccorso, reparti ospedalieri per far visita ai familiari, poi ulteriormente esteso, quindi il "*Digital Green Certificate*" (c.d. *green pass*) attualmente denominato EU Covid Certificate siano senz'altro preferibili all'obbligo vaccinale o comunque possano essere utilizzati estensivamente e senza cautele sulla base di una presunta minore offensività alle libertà costituzionali (v. *infra*). Anzi proprio il fatto che la possibilità di istituire tale obbligo sussista senza ombra di dubbio, con precise garanzie, dovrebbe portare il legislatore a preferire scelte alternative se adeguatamente giustificate in quanto prive di uno specifico sistema di garanzia, per quanto l'esigenza di adeguamento alla normativa sulla *privacy* ed altre consimili finisca comunque per esigere una fonte legislativa.

D'altro canto, e infine, l'obbligo non può essere ritenuto, se introdotto, irragionevole nel caso concreto a causa di una natura asseritamente scarsamente sperimentata dei vaccini anti-Covid-19. Anche qui siamo davanti ad alcune circostanze di fatto che possono essere oggetto di libera valutazione dal legislatore circa il *se* dell'introduzione dell'obbligo, ma sempre nel rispetto di una corretta ricostruzione dei fatti e dell'evidenza scientifica; come del resto dovrebbe necessariamente incombere alla giurisprudenza se fosse chiamata a pronunciarsi sull'introduzione dell'obbligo. Da giuristi ci limitiamo a riportare alcune circostanze che appaiono convergenti nel non precludere una possibile estensione dell'obbligo vaccinale (e, prima, utili a valutare la legittimità nei limiti in cui è configurato attualmente).

I vaccini anti-Covid19 attualmente in uso sono stati prodotti nel pieno rispetto della normativa di settore, e non sono in senso tecnico "sperimentali", ma adeguatamente testati per qualità, sicurezza ed efficacia. Essi sono frutto di una selezione rigorosa: a meno di un anno dall'inizio delle ricerche sono stati attualmente approntati 200 vaccini, di cui 52 sono andati in fase di sperimentazione sull'uomo, 13 in una fase finale, di cui i sei che vengono abitualmente utilizzati (dati in evoluzione). I

vaccini in commercio hanno beneficiato di una procedura di autorizzazione all'immissione in commercio "condizionata" ex reg. Ce 507/2006, tutt'altro che di rara utilizzazione, anche in campo infettivo. Non hanno beneficiato invece di alcuna deroga capace di incidere sulla sicurezza (ricordiamo, mai assoluta per definizione) in nome dell'emergenza. Per quanto relativamente recenti quanto ad autorizzazione all'immissione in commercio non sono certo poco somministrati: nel mondo finora quasi 2,5 miliardi di dosi. L'enorme progresso tecnologico-medico, informativo e statistico degli ultimi anni, l'ampissima casistica disponibile, il coordinamento singolare e privo di precedenti nello scambio di dati tra innumerevoli équipes scientifiche nel mondo, il sovra-finanziamento di cui hanno goduto le ricerche, sono elementi che hanno favorito l'approntamento di vaccini sicuri ed efficaci in meno di un anno dall'isolamento e dal sequenziamento del virus (in ogni caso si tenga conto che il vaccino contro gli orecchioni fu approntato nei lontani anni '60 in soli quattro anni). Tutte le fasi sono state svolte con campioni (animali e umani), questi sì, sperimentali di ordine quantitativo consueto (nell'ultima fase fino all'ordine di diverse decine di migliaia di casi, inclusi effetti placebo, minori e donne in gravidanza). L'unico snellimento burocratico, inedito ma ritenuto privo di conseguenze in termini di sicurezza dalla comunità scientifica, è stato lo svolgimento in parallelo (e non in serie) di varie fasi della sperimentazione per l'innanzi spesso separate da anni. A favore dei vaccini anti-covid-19 va anzi detto che attualmente esistono strumenti di farmacovigilanza attivi anche dopo l'introduzione in commercio del vaccino non disponibili nel tempo in cui i vaccini più diffusi furono messi a punto. Questo sistema ha come noto prodotto riscontri quasi immediati di grande utilità, come è avvenuto per la vicenda AstraZeneca, a costo di creare un po' di sconcerto nel pubblico meno abituato al modo di procedere delle scienza sperimentali (senza qui voler negare che non tutto sia andato esattamente per il verso giusto, in particolare sul piano della comunicazione pubblica).

FABRIZIO POLITI

Il quesito posto in realtà si compone di due distinte domande, la prima relativa alla previsione dell'obbligo vaccinale (già introdotto) per una specifica categoria di lavoratori, la seconda (in parte connesso alla prima, ma in parte distinta) relativa all'introduzione di un generale obbligo vaccinale per il Covid-19.

Con riguardo alla prima domanda (obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie, introdotto dal d.l. 44/2021), a mio avviso è agevole rispondere che tale obbligo trova senz'altro giustificazione in Costituzione e per una pluralità di ragioni.

Infatti dobbiamo innanzitutto ricordare che la Costituzione (art. 32, secondo comma) prevede espressamente la possibilità di introduzione di trattamenti sanitari obbligatori e sottopone tale possibilità a due limiti: uno formale (riserva di legge) ed uno sostanziale (tutela della persona umana). A questi limiti possiamo aggiungere

quello, di carattere generale, posto dalla giurisprudenza costituzionale secondo cui le discipline legislative limitative delle libertà devono rispondere a principi di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza. Pertanto mi sembra di poter concludere per la chiara esistenza di più di una giustificazione costituzionale in questo peculiare momento storico.

Dobbiamo inoltre aggiungere che gli operatori sanitari ricoprono un ruolo che giustifica l'adozione di normative specifiche. A questo proposito è agevole ricordare che (ben prima della diffusione della pandemia) la Corte costituzionale si è trovata già a doversi pronunciare su un obbligo vaccinale imposto con legge regionale (per la precisione della Regione Puglia) nei confronti di determinate categorie di operatori sanitari (per l'accesso a determinati reparti ospedalieri). In quell'occasione, di fronte all'impugnativa della legge regionale da parte del governo che affermava che l'obbligo vaccinale può essere previsto solo con legge statale, la Regione Puglia replicava che la *ratio* della disciplina era da rintracciare nei principi della tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro e pertanto nella tutela della salute del lavoratore (operatore sanitario) e degli utenti dei servizi sanitari. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 137 del 2019, ha affermato che la legge regionale può prevedere l'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari che svolgono la loro attività professionale nell'ambito delle strutture facenti capo al servizio sanitario nazionale, ma soprattutto la Corte ha evidenziato che lo scopo di tale legge è quello di prevenire e proteggere la salute di chi frequenta i luoghi di cura (pazienti, familiari, operatori) e dunque la collettività. Nella sentenza n. 137 del 2019 la Corte ribadisce il principio per cui la disciplina degli obblighi vaccinali è da assegnare alla competenza legislativa statale (in quanto appartenente alla determinazione dei principi fondamentali della materia di tutela della salute), ma riconosce che, nel caso di specie, la disciplina legislativa regionale impugnata deve essere "letta" nella "prospettiva" della disciplina dell'accesso ai reparti degli istituti di cura. E l'interpretazione della legge regionale basata sulla individuazione della finalità della stessa (prevenzione delle epidemie in ambito nosocomiale), conduce la Corte a ritenere che tale legge regionale possa ritenersi ricompresa nel perimetro delle competenze regionali.

Con riguardo alla seconda domanda (costituzionalità della previsione di un obbligo vaccinale esteso alla generalità della popolazione in caso di un'insufficiente adesione su base volontaria), ribadito quanto già affermato sulla conformità a Costituzione di normative che prevedano trattamenti sanitari obbligatori nel rispetto di quanto previsto dall'art. 32 Cost. (sia primo che secondo comma), dobbiamo premettere che da alcuni decenni a questa parte il legislatore (non solo italiano) ha preferito seguire, quale strumento di politica legislativa, la strada delle vaccinazioni raccomandate (anziché quella delle vaccinazioni obbligatorie come avveniva nel passato) e sappiamo che la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto all'indennizzo anche per questo secondo caso (parificando così le vaccinazioni raccomandate a quelle obbligatorie). Pertanto, alla luce anche di queste considerazioni, è agevole riconoscere la conformità a Costituzione di una eventuale legge che preveda l'obbligo vaccinale per Covid-19. Le vaccinazioni obbligatorie non sono certo un'invenzione di questi ultimi

anni e se oggi possiamo permetterci di ritenere non obbligatorie alcune vaccinazioni è proprio grazie ai risultati raggiunti grazie ai vaccini che hanno consentito di debellare malattie gravissime. In questo peculiare momento storico, la vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 (con l'esenzione di quelle figure giustificate dalla scienza medica), qualora lo strumento della vaccinazione raccomandata non raggiunga esiti soddisfacenti, appare senz'altro una misura proporzionata e ragionevole.

II Domanda

Come valuta le differenze di regime tra Regioni (ognuna apre a categorie diverse in momenti diversi, con sistemi di prenotazione diversi, procedendo quindi a velocità diverse)?

LUIGI D'ANDREA

Lo "stato di emergenza di rilievo nazionale", generato dalla rapida diffusione del "coronavirus" e dichiarato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, pur se connotato da innegabile novità nell'arco dell'evoluzione storica dello Stato italiano, ha significativamente evidenziato (quasi fosse una poderosa cartina al tornasole) e – si direbbe – drammatizzato alcuni elementi di criticità già ben presenti (e storicamente radicati) nel nostro ordinamento. Probabilmente il più rilevante di tali nodi problematici è rappresentato dalla disordinata – e non di rado caotica – relazione sussistente tra i diversi livelli territoriali di governo, e soprattutto tra Stato e Regioni (e, segnatamente, tra Esecutivi statale e regionali). I lunghi e dolorosi mesi che abbiamo alle spalle sono stati segnati da continue e patologiche (specialmente sotto il profilo della tutela dei diritti dei cittadini) tensioni tra potere centrale e poteri locali (soprattutto Presidenti di Regione, ma non pochi Sindaci hanno trovato modo di aggiungere la loro voce alla cacofonica sinfonia…), che la normativa emanata in riferimento alla pandemia COVID-19 (e, segnatamente, l'art. 3 del d. l. n. 19/2020, conv. in l. n. 35/2020) non si è mostrata in grado né di prevenire, né di disciplinare effettivamente: basti qui ricordare la ricorrente minaccia (talora positivamente realizzata) di Presidenti regionali (e talora di Sindaci) di "chiudere le frontiere" e di limitare la circolazione di beni e servizi tra le Regioni (nonostante il chiaro disposto dell'art. 120, II comma, Cost.), ovvero di adottare misure palesemente in contrasto con la normativa adottata a livello nazionale. Ed anche con specifico riferimento al piano vaccinale, non soltanto alcuni esponenti di Esecutivi regionali hanno rivendicato, in termini a dir poco discutibili, una posizione di priorità (per non dire di privilegio…) per i rispettivi territori nella distribuzione dei vaccini, ma si sono anche registrate, specialmente nella prima fase, differenze, talora marcate, tra le diverse Regioni in ordine all'attuazione della campagna di vaccinazione (ordine di priorità tra le categorie, criteri di prenotazione e modalità di somministrazione delle dosi).

In realtà, l'esigenza di governare adeguatamente la presente pandemia, come del resto è sempre accaduto per tutte le situazioni emergenziali, ha spinto con forza in direzione di una significativa concentrazione di poteri in capo allo Stato (soprattutto in capo al Governo, e segnatamente al Presidente del Consiglio dei Ministri): in tal senso, insieme a molte voci dottrinali, si è espressa anche la Corte costituzionale, la quale ha ricondotto tale materia "nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di 'profilassi internazionale' (art. 117, secondo comma, lett. q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla" [sent. cost. n. 37/2021, n. 7 del *cons. in dir.*]. Nella stessa pronuncia ha ancora osservato che "a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, 'ragioni logiche, prima che giuridiche' (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività", poiché accade "che ogni decisione in tale materia, per quanto di efficacia circoscritta nell'ambito di competenza locale, abbia un effetto a cascata, potenzialmente anche significativo, sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla"; ed infine ha concluso che "qualora il contagio sia diffuso sul territorio nazionale, e mostri di potersi diffondere con tali caratteristiche anche oltre di esso, le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale si intrecciano le une con le altre, fino a disegnare un quadro che può aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione d'insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate" [ancora sent. cost. n. 37/2021, n. 7.1 del *cons in dir.*].

Dunque, il giudice costituzionale afferma con forza l'istanza di imputare in capo allo Stato le complesse e delicate operazioni di bilanciamento tra molteplici interessi (tutti di rilievo costituzionale) in cui si traduce la disciplina della situazione di emergenza pandemica. Pur condividendo senza riserve la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella pronunzia adesso richiamata, non ritengo si debba negare ogni spazio agli enti locali in ordine al governo della pandemia (ed in generale delle situazioni di emergenza). La ragione mi sembra possa in ultima analisi ravvisarsi nel già rilevato ruolo che, in chiave parametrica, alla dimensione fattuale deve riconoscersi nella prospettiva dell'adozione di decisioni pubbliche "idonee e proporzionate" (cioè ragionevoli), secondo l'indicazione adesso richiamata del giudice delle leggi; è sufficiente al riguardo osservare che precisamente nell'esigenza di calibrare l'organizzazione e l'azione dei pubblici poteri sulle differenze presenti nel contesto fattuale, secondo coordinate tanto storiche e politiche quanto spaziali e socio-economiche, trova la propria fondamentale ragion d'essere il valore autonomistico nel sistema assiologico delineato dalla Carta costituzionale del 1948. Nel quadro dell'inevitabile centralizzazione del processo decisionale che si determina in seno ad una situazione di emergenza, alle Regioni (ed in genere agli enti locali) ben possono (e forse devono, in coerenza al disegno costituzionale) essere affidate funzioni, più che nell'ambito della fase (discendente) di attuazione/esecuzione delle decisione assunte in

sede nazionale, nella fase (ascendente) di istruzione e ponderazione delle soluzioni da adottare (lo si ribadisce, in sede statale). Infatti, dovendo il bilanciamento, a garanzia dell'unità e della coesione dell'ordinamento, essere operato appunto a livello statale, anche allorquando l'atto poi dovesse risultare relativo ad una porzione circoscritta del territorio o del corpo sociale, gli spazi di discrezionalità dei soggetti dotati di autonomia nella fase di implementazione delle politiche nazionali veicolate dalle fonti statali non possono che essere alquanto limitati; laddove, allo scopo di pervenire ad una decisione nazionale di sintesi, autenticamente bilanciata, prezioso potrebbe risultare l'apporto recato, conformemente al principio di leale collaborazione che plasma le relazioni tra le diverse articolazione dell'organizzazione dei pubblici poteri nell'ordinamento costituzionale, dalle autorità regionali e locali in sede di elaborazione di tali politiche (ed in seno al procedimento di formazione di quelle fonti), in funzione della manifestazione delle peculiari problematiche riscontrabili sui differenti territori e delle variegate esigenze dagli stessi territori esibite.

Concludendo sul punto, è appena il caso di rilevare che la possibilità di pervenire ad un equilibrato e fecondo rapporto tra Stato ed autonomie territoriali nel contesto di una situazione emergenziale non può non essere condizionata anche dalla positiva soluzione, sul piano generale, di talune questioni problematiche che storicamente pesano sull'assetto complessivo delle relazioni tra i diversi livelli di governo previsti dal nostro sistema: per avanzare qui solo qualche esempio, si può menzionare una chiara definizione dei confini tra prerogative statali e attribuzioni degli enti autonomi, la stabilizzazione e la razionalizzazione del sistema delle conferenze, la questione del conformazione del Senato come Camera delle Regioni (o delle autonomie locali), l'introduzione di una clausola di supremazia; e naturalmente tale elenco non è certo esaustivo…

LUCA DI MAJO

La risposta ad un quesito così complesso si colloca in una dimensione più ampia, non potendosi prescindere dalla conclamata difficoltà di un regionalismo italiano da sempre in affanno [M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 5/1994; M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo 1948-2013*, Napoli, 2014], soprattutto in un regime di differenziazione così come prefigurato dall'art. 116, comma 3, Cost. [A. PATRONI GRIFFI, (voce) *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg., 2020].

Non è questa la sede per approfondire argomenti pure fondamentali nell'ottica delle prospettive future del regionalismo italiano [su cui, cfr. M. COSULICH (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Trento, 18-19 settembre 2020, in corso di pubblicazione], ma il riferimento pure è importante per comprendere che in regime di pandemia le questioni non sono nuove. Si mostrano con caratteristiche diverse ma la radice di provenienza non varia.

Durante la pandemia le Regioni si sono distinte per una inedita vocazione differenziata, a tratti "autarchica" [C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale*, in *Questionegiustizia.it*, 13 aprile 2021] e molto lontana da un regionalismo di matrice cooperativa e solidale, talvolta anticipando talaltra contrastando i provvedimenti del Governo centrale.

Tanto almeno fino alla sentenza n. 37/2021 della Corte costituzionale, con cui è stato chiarito che l'emergenza da Covid-19 rientra nella «profilassi internazionale» (art. 117, comma 2, lett. *q)*, Cost.) che richiede norme in grado di garantire «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale» [sentenza n. 5/2018; in precedenza, sentenze n. 270/2016, n. 173/2014, n. 406/2005 e n. 12/2004].

Nonostante lo sforzo da parte dello Stato di organizzare una strategia di contrasto coordinata e unitaria, riorganizzando l'offerta sanitaria soprattutto laddove già precaria in alcune Regioni (come la Campania e la Calabria), la marcata propensione alla decentralizzazione ha trovato ampi spazi soprattutto in virtù delle esigenze proprie del contesto territoriale e del livello di contagio comunque disomogeneo, prevalente nelle Regioni settentrionali almeno fino alla seconda ondata.

È stato invero fin dal principio complesso garantire un'azione di contrasto coordinata e omogenea davanti all'imprevedibilità di un virus sconosciuto che ha disatteso frequentemente le previsioni della comunità scientifica rispetto alla capacità di trasmissione e al tasso di letalità.

Così, la strategia di contenimento avrebbe dovuto suggerire una maggiore flessibilità da parte del Governo centrale, magari seguendo le indicazioni fornite dal Comitato Tecnico Scientifico, a partire da parametri variabili anche in base all'offerta sanitaria regionale non omogenea e dalla prospettiva che il grado di diffusione del contagio si misura a partire da *trade off* non quantificabili in modo preciso come le risorse, l'impatto sulla popolazione, il grado di accettazione e finanche il consenso. Profili rilevanti anche rispetto al piano di somministrazione dei vaccini progressivamente divenuto più rigido anche con l'incedere abbastanza sostenuto delle inoculazioni alle categorie *a rischio* (medici, infermieri) e ai *fragili* (soggetti con comorbilità). Ciò ha consentito di pianificare l'estensione anche a chi era stato inizialmente escluso per la scarsa fornitura di dosi o per gli stadi iniziali delle conoscenze scientifiche che *sconsigliavano* la somministrazione a determinate categorie al di sotto o al di sopra di una soglia di età.

È vero che, in un primo momento, l'andamento diseguale e frammentario delle Regioni ha inciso negativamente sulla riorganizzazione delle aperture e spesso non ha consentito al Governo di organizzare unitariamente i servizi essenziali come l'istruzione, i trasporti, la sanità medesima costantemente sotto pressione in quelle Regioni meno virtuose, dove l'offerta ospedaliera è sempre stata storicamente inferiore alla domanda e, alle volte, di bassa qualità. Ma bisogna riconoscere che gran parte è dipeso non tanto dalla organizzazione strutturale delle Regioni, quanto da fattori esterni e non controllabili né dagli Enti territoriali, né dal Governo centrale. Salvo alcune eccezioni (come la Calabria, la Sicilia e le due Province autonome), le Regioni Italiane

si sono da sempre attestate attorno ad una percentuale relativa al rapporto dosi consegnate/dosi inoculate alta, nonostante alcuni territori come la Campania e la Lombardia abbiano istituito meno *Hub* vaccinali per numero di abitanti (Lombardia 119, 1 *Hub* ogni 83.756 abitanti; la Campania solo 53, cioè 1 *Hub* ogni 107.165 abitanti). Ciò non ha però inciso negativamente rispetto a quelle Regioni virtuose e collocate molto al di sopra della media nazionale (il rapporto è circa 1 *Hub* ogni 20.000 abitanti) come la Puglia (ben 682, cioè 1 *Hub* ogni 5.757 abitanti) e la Liguria (176, 1 *Hub* ogni 8.482 abitanti).

Alla data del 12 settembre 2021, lo scarto tra chi occupa i vertici della classifica relativa al rapporto tra le somministrazioni e le dosi consegnate è di un fisiologico 10% [cfr. i dati su https://www.governo.it/it/cscovid19/report-vaccini/]. Dunque, pur con le naturali difficoltà di avvio di una campagna vaccinale senza precedenti, considerato l'andamento per lo più analogo, appare agevole al Governo predisporre oggi un piano di gestione delle riaperture scolastiche e dei luoghi di lavoro omogeneo su tutto il territorio nazionale.

Allo stesso tempo, un'attenzione particolare dovrebbe essere riservata a quelle realtà dove, tenuto conto della scelta di non rendere obbligatorio il vaccino, il personale scolastico idoneo a garantire il servizio di istruzione in uno scenario emergenziale è di poco superiore al 50% (a fronte della Campania che ha una copertura del 100%). Ciò significa che alcuni istituti scolastici rischiano di non essere pronti alla riapertura autunnale e costretti, pertanto, ancora alla *didattica a distanza*, soprattutto in quelle Regioni come la Calabria dove, accanto alla nota carenza di strutture (in particolare degli asili nido), si affianca una campagna vaccinale ancora lontana dagli standard nazionali e inferiore al 10% della media generale.

Tracce di asimmetria emergono anche nell'applicazione del d.l. n. 44/2021, almeno nella parte in cui «ciascun Ordine professionale territoriale competente trasmette l'elenco degli iscritti, con l'indicazione del luogo di rispettiva residenza, alla Regione o alla Provincia autonoma in cui ha sede».

Il problema è che nell'ambito delle categorie indicate dall'art. 4, d.l. n. 44/2021, rientrano il dipendente ospedaliero, il consulente, il libero professionista, il medico di base che esercitano la professione al di fuori del distretto competente del proprio Ordine di appartenenza.

Ad un medico in pensione, in esempio, è consentito esercitare attività professionale al di fuori della propria Regione di residenza.

Se gli oneri di monitoraggio, comunicazione e segnalazione gravano esclusivamente sugli Ordini professionali di appartenenza, il modello obbligatorio va in cortocircuito quando un esercente la professione sanitaria – come un medico in pensione ma consulente esterno – non viene tracciato tra coloro i quali non hanno rispettato gli obblighi di cui al d.l. n. 44/2021, sottraendosi di fatto all'inoculazione del siero.

Il legislatore avrebbe dovuto coinvolgere coloro che esercitano l'attività e non soltanto l'ordine di appartenenza perché in questo modo il rischio tangibile di non intercettare una schiera di professionisti che ancora opera a livello sanitario, quindi obbligata a sottoporsi al vaccino, è particolarmente alto.

È chiaro allora che qui come in altre situazioni, un obbligo vaccinale generale che vada anche oltre *chi sei* e/o *cosa fai* aggirerebbe le storture di un modello ambiguo.

BENEDETTA LIBERALI

Le differenziazioni fra le Regioni in ordine alla somministrazione dei vaccini, con riguardo alla individuazione delle categorie di soggetti destinatari del trattamento, alla tempistica di accesso al medesimo e alle modalità di prenotazione, sono state determinate dalle scelte operate a livello centrale per la gestione della distribuzione delle vaccinazioni.

Per rispondere all'interrogativo posto, ancora una volta, è necessario soffermarsi su diversi ordini di questioni. Preliminarmente si deve ricostruire – invero con non poche difficoltà se si considerano le fonti di informazione ufficiale, fra cui, in particolare, il sito del Ministero della Salute – il quadro normativo entro cui viene riconosciuto, effettivamente, un certo margine di intervento per le Regioni (e le Province autonome). In secondo luogo, come sempre, occorre ancorarsi alla salda giurisprudenza costituzionale resa in materia di vaccinazioni sia prima del sorgere dell'attuale contesto epidemiologico, sia durante lo stesso.

1. Come è noto, l'art. 1, commi dal 457 al 467, della legge n. 178 del 2020 (*Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*) ha stabilito l'adozione del Piano strategico nazionale dei vaccini, con decreto del Ministero della Salute avente natura non regolamentare, con il fine di raggiungere il massimo livello di copertura vaccinale.

Il Piano è stato adottato con il decreto del Ministero della Salute del 2 gennaio 2021, che adotta il Piano denominato *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Piano strategico. Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale*, individuando le categorie destinatarie delle vaccinazioni e con l'avvertenza che esso potrà essere integrato alla luce di "nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto all'epidemia". Il Ministero ha poi proposto una modifica del Piano l'8 febbraio 2021 con un documento denominato *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Raccomandazioni* ad interim *sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19*, presentato alla Conferenza permanente per i rapporti fra Stato, Regioni e Province autonome, che vi ha allegato un ulteriore documento che fa parte integrante della presa d'atto del primo. La Conferenza ha adottato la propria *Posizione sul piano nazionale vaccini contro Sars-Cov-2. Priorità per l'attuazione della seconda fase* il 9 febbraio 2021, rilevando le criticità del piano nazionale.

Successivamente, il Ministero della Salute con il decreto del 12 marzo 2021 (*Approvazione del Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento recante «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto 2 gennaio 2021 nonché dal documento recante «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-*

CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021) ha "adottato il Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2 costituito dal documento «Elementi di preparazione della strategia vaccinale», di cui al decreto del Ministro della salute 2 gennaio 2021, nonché dal documento «Raccomandazioni ad interim sui gruppi target della vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19» del 10 marzo 2021" (art. 1), cui ha fatto seguito il Piano vaccinale adottato il 13 marzo dal Commissario straordinario con cui sono state fissate le linee operative per dare completa esecuzione alla campagna vaccinale [si vedano le osservazioni di A. MORELLI, *Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema delle autonomie?*, in *Diritti regionali*, 1/2021, 1 ss., e G. BOGGERO, *L'adozione del Piano strategico vaccinale tra atipicità degli atti ed elusione delle forme procedimentali: un nuovo 'banco di prova' per il rapporto tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 292 ss.].

Il comma 458 dell'art. 1 della legge n. 178 del 2020 ha previsto espressamente che al Piano nazionale venga data attuazione da parte delle Regioni e delle Province autonome che "vi provvedono nel rispetto dei principi e dei criteri ivi indicati e di quelli di cui ai commi da 457 a 467, adottando le misure e le azioni previste, nei tempi stabiliti dal medesimo piano".

Laddove al Piano di vaccinazione non venisse data attuazione o vi fossero dei ritardi, il medesimo comma 458 stabilisce che vi provveda il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica ai sensi dell'art. 120 Cost., nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 122 (*Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19*) del decreto-legge n. 18 del 2020 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*), previa delibera del Consiglio dei Ministri.

Nell'allegato (*Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale*) al decreto del 12 marzo 2021 si sottolinea che la "*governance* del piano di vaccinazione è assicurata dal coordinamento costante tra il Ministro della Salute, la struttura del Commissario Straordinario e le Regioni e Province Autonome. In linea generale, la strategia vaccinale si articolerà in diverse fasi, il cui […] modello organizzativo dipenderà da diversi fattori, che includono la quantità di vaccino disponibile, la numerosità delle categorie *target* prioritarie per la vaccinazione, e aspetti logistici legati alla tipologia di catena del freddo […] necessaria per il loro trasporto e stoccaggio. Nella fase iniziale della campagna vaccinale si prevede una gestione centralizzata della vaccinazione con l'identificazione di siti ospedalieri e peri-ospedalieri e l'imp[i]ego di unità mobili destinate alla vaccinazione delle persone impossibilitate a raggiungere i punti di vaccinazione". Ancora, si sottolinea che sul "piano organizzativo, a livello nazionale, saranno definite le procedure, gli standard operativi e il *lay-out* degli spazi per l'accettazione, la somministrazione e la sorveglianza degli eventuali effetti a breve termine, mentre a livello territoriale verranno

stabilite la localizzazione fisica dei siti, il coordinamento operativo degli addetti, nonché il controllo sull'esecuzione delle attività".

E, infatti, a "livello regionale e a livello locale saranno pertanto identificati referenti che risponderanno direttamente alla struttura di coordinamento nazionale e si interfacceranno con gli attori del territorio, quali i Dipartimenti di Prevenzione per garantire l'implementazione dei piani regionali di vaccinazione e il loro raccordo con il Piano Nazionale di Vaccinazione".

Un ulteriore elemento di flessibilizzazione e autonomia viene riconosciuto nel caso in cui aumenti la disponibilità dei vaccini, poiché "a livello territoriale potranno essere realizzate campagne su larga scala […] per la popolazione presso centri vaccinali organizzati ad hoc e, in fase avanzata, accanto all'utilizzo delle unità mobili, il modello organizzativo vedrà via via una maggiore articolazione sul territorio, seguendo sempre più la normale filiera tradizionale".

Lo stesso Piano del Commissario straordinario specificamente indica che le Regioni e le Province autonome definiscono "i piani regionali, seguendo le indicazioni stabilite a livello centrale e, attraverso le aziende sanitarie, organizzano sul campo le attività di somministrazione e registrazione, anche con la collaborazione delle strutture regionali di protezione civile se necessario".

Posto questo quadro di riferimento, peraltro non troppo specifico e chiaro nella sua portata concreta, si sono registrate notevoli differenziazioni nella gestione territoriale dell'organizzazione della somministrazione delle vaccinazioni da parte delle Regioni. Tali differenziazioni hanno presentato e presentano notevoli profili di criticità, in ragione delle conseguenze che direttamente si dispiegano in senso evidentemente negativo sui diritti fondamentali sottesi, primo fra tutti il diritto alla salute. La disorganizzazione di alcune Regioni, infatti, ha determinato in primo luogo un differimento temporale nella somministrazione dei vaccini destinati in via prioritaria alle c.d. categorie maggiormente vulnerabili (con conseguenti effetti in termini di contagi e di modalità di decorso della malattia); in secondo luogo, ha provocato problemi organizzativi connessi al sistema di prenotazione anche per le successive categorie di soggetti cui è stata offerta la prestazione (con analoghe conseguenze sul complessivo andamento della diffusione del contagio).

Al proposito, proprio in ragione dell'inefficacia di alcuni interventi regionali, si possono richiamare due specifiche decisioni della Corte costituzionale che, in materia, hanno chiarito come sia necessario predisporre una disciplina uniforme, in grado di garantire su tutto il territorio nazionale un livello di prestazioni omogeneo, non ammettendosi differenziazioni sul piano della tutela della salute.

2. Il primo riferimento è costituito dalla già citata sentenza n. 5 del 2018, con cui – pur a fronte di molteplici titoli di competenza, come la tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.), la profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. q, Cost.), la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali (art. 117, secondo comma, lett. m, Cost.), le norme generali sull'istruzione (art. 117, secondo comma, lett. n, Cost.) e l'istruzione (art. 117, terzo comma, Cost.) – si è chiarito che, in materia di vaccinazioni, dinnanzi "a un intervento fondato su tali e tanti

titoli di competenza legislativa dello Stato, le attribuzioni regionali recedono, dovendosi peraltro rilevare che esse continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni".

E così, in relazione all'attuale situazione pandemica, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Valle d'Aosta n. 11 del 2020 con la sentenza n. 37 del 2021, ha ribadito che la materia oggetto di regolamentazione, costituita dalle misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria, ricade nella competenza legislativa esclusiva statale della profilassi internazionale. Essa comprende – e su questo si tornerà anche oltre, in relazione all'ultima domanda relativa all'Unione Europea – "ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla". Considerato il rilievo internazionale della malattia determinata dal Covid-19, la profilassi internazionale non può che riguardare "norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»".

Ai fini che in questa sede specificamente interessano, risulta importante il passaggio della motivazione in cui la Corte chiarisce che rientrano nell'ambito di competenza statale anche "l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi".

La circostanza, dunque, che nella concreta prassi applicativa si sia assistito, quantomeno nella prima fase di attuazione del Piano vaccinale, a una rilevante differenziazione territoriale con conseguenti effetti sull'accesso al trattamento di vaccinazione e, dunque, sull'esercizio del diritto alla salute conduce a valorizzare un ulteriore passaggio della sentenza n. 37, in cui la Corte ha tenuto a sottolineare che "i piani di vaccinazione, eventualmente affidati a presidi regionali, devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso".

Peraltro, da ultimo, non possono non rilevarsi ulteriori profili di criticità che attengono, in generale, alla stessa adozione prevista dalla legge n. 178 del 2020 del Piano nazionale di vaccinazione con decreto ministeriale, avente natura non regolamentare che non corrisponde a quelli adottati per gli altri Piani nazionali di vaccinazione né a quello di cui all'art. 17 (*Regolamenti*) della legge n. 400 del 1988 (*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*) [al riguardo, si rinvia ancora a G. BOGGERO, *L'adozione del Piano strategico vaccinale tra atipicità degli atti ed elusione delle forme procedimentali: un nuovo 'banco di prova' per il rapporto tra Stato e Regioni*, cit.], anziché con legge statale.

Come si è accennato, infatti, nel Piano di vaccinazione vengono operate scelte cruciali che – alla luce delle peculiari caratteristiche della pandemia in corso e dello stesso stato di emergenza – avrebbero forse richiesto un intervento e un coinvolgimento diretto del Parlamento. Si pensi, in particolare, all'individuazione delle categorie di soggetti nei cui confronti si raccomanda in via prioritaria la vaccinazione, tenendo conto di patologie ed età, e delle relative tipologie di vaccino da somministrare. Certamente, tali caratteristiche epidemiologiche hanno anche condotto a periodici ripensamenti e a

revisioni dei c.d. criteri di priorità e della stessa valutazione in ordine al grado di affidabilità di alcuni vaccini per determinate categorie di soggetti, con ciò indubbiamente richiedendosi una maggiore flessibilità nella modifica di tali parametri.

DONATELLA MORANA

Le differenze di regime tra le Regioni nell'accesso al vaccino anti-Covid riscontrate durante le prime settimane di campagna vaccinale non costituiscono una bella pagina di regionalismo, soprattutto laddove le molteplicità di approcci e di regole nelle priorità da seguire per le somministrazioni hanno "tradito" l'idea di una cittadinanza unitaria, solidale e sociale, che sostiene i più deboli, i più fragili, i più indifesi. Senza considerare gli opportunismi politici o il desiderio di visibilità mediatica che spesso hanno accompagnato affermazioni, desideri e propositi di qualche esuberante "governatore" regionale.

Ma aggiungo subito che la constatata "distorsione" nella realizzazione del principio autonomistico durante l'avvio della risposta all'emergenza pandemica, da un lato, non giustifica l'auspicio di una ricentralizzazione indifferenziata in materia sanitaria, dall'altro, non esonera lo Stato centrale da responsabilità. Intendo dire che l'organizzazione del SSN come "complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali" – per usare le parole del nostro legislatore – ha bisogno di regole condivise a livello nazionale, del rispetto dei riparti di competenze ma anche di processi di coordinamento e condivisione. Un legislatore assente o attendista che non assume (o rinvia) decisioni a livello nazionale, ad esempio, sui criteri da seguire per definire le priorità di accesso alla campagna vaccinale, o attori poco propensi a sostenere responsabili forme di collaborazione tra centro e periferie, non costituiscono un buon contesto di valorizzazione delle potenzialità offerte dal regionalismo in sanità. D'altra parte, l'epidemia ci ha mostrato anche buone performance organizzative di alcune regioni nella predisposizione della "macchina vaccinale": il che probabilmente dovrebbe sollecitarci non tanto a rinnegare l'opzione regionalista in sanità quanto a ripensare la definizione di processi virtuosi di crescita, di "contaminazione" delle esperienze regionali, di ripensamento dell'offerta delle prestazioni sanitarie sul territorio, e così via.

ALESSANDRO MORELLI

La differenziazione regionale è un aspetto indefettibile del sistema di gestione della campagna vaccinale, dato che, seppure la Corte costituzionale abbia chiarito che le competenze legislative inerenti al contenimento di un'emergenza sanitaria di livello globale rientrano nella materia di potestà esclusiva statale della "profilassi internazionale" (art. 117, comma 1, lett. *q*), le Regioni continuano a svolgere, anche nella crisi emergenziale, le attribuzioni loro spettanti nelle materie "concorrenti" della

tutela della salute e della protezione civile [sent. n. 37/2021, punto 7.2 del *Considerato in diritto*]. E, soprattutto, le strutture sanitarie regionali continuano a operare, sul piano amministrativo, a fini di igiene e profilassi, pur nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale. Si tratta di una soluzione, del resto, inevitabile, data la molteplicità e la complessità degli interventi da svolgere, che materialmente non potrebbero essere realizzati tutti, in modo efficiente, da un'organizzazione fortemente centralizzata.

In base al Piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da Sars-CoV-2, approvato con decreto del Ministro della Salute del 12 marzo 2021, nel quadro di un coordinamento costante tra il Ministero, il Commissario straordinario e le Regioni e le Province autonome, a queste ultime è stato riconosciuto comunque un ruolo decisivo soprattutto nelle fasi successive a quella iniziale, caratterizzata da una gestione centralizzata e finalizzata soprattutto all'identificazione di siti ospedalieri e peri-ospedalieri e all'impiego di unità mobili destinate alla vaccinazione di persone impossibilitate a raggiungere i punti di vaccinazione. In particolare, si è previsto il coinvolgimento delle Regioni nella realizzazione di campagne su larga scala presso centri vaccinali organizzati *ad hoc* e, in fase avanzata, una maggiore articolazione territoriale del metodo di gestione, "seguendo sempre più la normale filiera tradizionale, incluso il coinvolgimento degli ambulatori vaccinali territoriali, dei Medici di Medicina Generale e dei Pediatri di Libera Scelta, della sanità militare, e dei medici competenti delle aziende" (punto 4). Tenendo conto delle linee del Piano nazionale sono stati adottati i Piani regionali, che hanno definito le concrete modalità di svolgimento dei compiti spettanti agli enti periferici.

Sulle differenze di regime tra Regioni hanno inciso anche errori commessi nella fase operativa, ma soprattutto le carenze strutturali e organizzative già presenti nei sistemi sanitari regionali e il *deficit* di capacità amministrativa riscontrabile in diverse realtà locali, fattori che hanno pesato notevolmente anche nella gestione della campagna vaccinale.

Soprattutto nei momenti più drammatici dell'emergenza sanitaria e anche a fronte delle differenze riscontrate durante la campagna vaccinale, da più parti si è criticata l'organizzazione complessiva del servizio sanitario nazionale, proponendo drastiche riforme (anche relative all'articolazione costituzionale delle competenze legislative) volte a realizzare una decisa centralizzazione nel settore sanitario. Come ho già avuto modo di rilevare in altre sedi [si vedano, se si vuole, i miei *Editoriale. Vaccinazioni e Regioni: quale lezione trarre riguardo al sistema delle autonomie?*, in *Diritti regionali*, 1/2021, 1 ss. e *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 155 ss. e spec. 165 ss.], simili proposte, condizionate dalle circostanze straordinarie prodotte dalla pandemia, non tengono conto di quanto sia necessario, in tutte le condizioni possibili e ai fini di una soddisfacente erogazione dei servizi, che le istituzioni centrali interagiscano, secondo una logica cooperativa, con quelle periferiche e che queste ultime siano investite di compiti operativi impossibili da realizzare efficacemente dal centro. Il che vale anche per la campagna vaccinale, la cui realizzazione non può non tenere conto delle diverse esigenze riscontrabili nelle varie realtà territoriali.

Si può rilevare, in conclusione, che l'emergenza sanitaria ha solo accentuato i mali del sistema sanitario, da tempo caratterizzato da notevoli squilibri tra i vari sistemi regionali (e non solo): la marcata differenza quantitativa e qualitativa dei servizi forniti nelle diverse Regioni, con il mancato rispetto, in vari ambiti territoriali, dei livelli essenziali di assistenza, la diffusa inefficienza della sanità territoriale e l'ormai pluridecennale disinvestimento nella sanità pubblica, che ha comportato una notevole contrazione del personale e un conseguenziale spostamento della domanda verso il settore privato sono le carenze maggiori su cui appare quantomai urgente intervenire [si veda, per un'analisi dettagliata, il *Focus* dal titolo *Lo stato della sanità in Italia*, dell'Ufficio parlamentare di bilancio, curato da S. Gabriele, 2 dicembre 2019, consultabile sul sito *www.upbilancio.it/focus-tematico-n-6-2-dicembre-2019/*]. Carenze che hanno pesato in misura notevole durante le fasi più acute della crisi sanitaria e che in parte continuano a condizionare negativamente la campagna vaccinale. A tali aspetti occorrerebbe dedicare la massima attenzione, anziché immaginare riforme strutturali di dubbia efficacia.

SIMONE PENASA

La differenza di regime tra Regioni, relativa in particolare alla determinazione dei criteri di selezione delle categorie di persone alle quali garantire una precedenza nell'accesso ai vaccini, ha caratterizzato la prima fase della campagna vaccinale, provocando una differenziazione che ha provocato ampio dibattito a livello nazionale. Particolarmente criticata è stata la scelta di alcune Regioni di aprire l'accesso preferenziale alla somministrazione a categorie professionali – tipico è diventato il caso degli avvocati, o dei professori universitari, o ancora dei giornalisti – ulteriori rispetto a quelle individuate all'interno del Piano nazionale, che – come noto – ha scelto di privilegiare le persone più anziane, quelle in condizione di particolare fragilità, oltre agli operatori sanitari e altri professionisti del settore.

Ad avviso di chi scrive, tali approcci differenziati non sono tanto, o non solo, censurabili da un punto di vista generale di opportunità – rispetto ad esempio alla volontà politica di "favorire" determinate categorie di persone [su tale aspetto, A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Diritti fondamentali*, 2/2021, 189 ss.] – quanto piuttosto in una prospettiva tecnico-giuridica. Da un punto di vista tecnico – e in particolare medico-scientifico, che richiama da un punto di vista giuridico il parametro della adeguatezza e idoneità delle misure – tali scelte differenziate devono risultare idonee ad assicurare una copertura vaccinale della popolazione regionale in linea con gli standard e le soglie prescritte a livello nazionale. Inoltre, esse devono essere giustificate dal punto di vista medico ed epidemiologico, in quanto l'inclusione soprattutto nelle prime fasi della campagna vaccinale di categorie ulteriori rispetto a quelle identificate a livello nazionale – alle quali deve comunque essere assicurata priorità – sulla base delle evidenze scientifiche acquisite attraverso la consultazione di organismi tecnico-scientifici a ciò preposti (cfr.

sent. n. 282 del 2002 della Corte costituzionale), deve essere sorretta – deve fondarsi su – da dati scientifici adeguati e verificabili. Ciò, anche in considerazione del fatto che in prima fase la disponibilità di dosi vaccinali era ridotta rispetto alle esigenze di copertura e inevitabilmente la struttura di distribuzione e somministrazione dei vaccini era ancora in fase di messa a regime. Da un punto di vista più propriamente costituzionale, pur riconoscendosi una fisiologica porosità tra ordine scientifico e ordine giuridico, tale regime differenziato – ancor più marcatamente se non sorretto da adeguate motivazioni di natura medico-scientifica – pone una serie di dubbi relativi alla idoneità di raggiungere l'obiettivo della protezione della salute individuale e pubblica, sul quale si fonda l'intero piano nazionale di vaccinazione a livello nazionale (nonché internazionale).

Da questo punto di vista, è senz'altro da considerare opportuno l'intervento operato dal Commissario straordinario per l'emergenza COVID 19, il quale – pur attraverso un atto che è "figlio" dei tempi emergenziali che stiamo vivendo anche dal punto di vista del sistema delle fonti (ordinanza n. 6/2021, del 9 aprile 2021) – ha ribadito l'ordine di priorità nelle somministrazioni già definito dal Piano nazionale del Ministero della Salute approvato con decreto il 12 marzo 2021 (persone di età superiore agli 80 anni; persone con elevata fragilità e, ove previsto, dei familiari conviventi, caregiver, genitori/tutori/affidatari; persone di età compresa tra i 70 e i 79 anni e, a seguire, di quelle di età compresa tra i 60 e i 69 anni) e l'esigenza di completare la vaccinazione di tutto il personale sanitario e socio-sanitario, in prima linea nella diagnosi, nel trattamento e nella cura del COVID-19 e di tutti coloro che operano in presenza presso strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private. Al fine di garantire l'efficacia delle somministrazioni comunque effettuate – quindi anche "in deroga" a quanto previsto dal Piano nazionale – l'ordinanza prevede che le persone che abbiano già ricevuto una prima somministrazione possano completare il ciclo vaccinale col medesimo vaccino, pur ribadendo nei "considerando" all'ordinanza che l'obiettivo della campagna vaccinale è di «procedere con la massima celerità a vaccinare coloro i quali, *dalle evidenze scientifiche ad oggi disponibili*, risultano più vulnerabili qualora infettati dal virus SARS-CoV-2».

La gestione avvenuta a livello regionale della campagna vaccinale, soprattutto nelle sue prime fasi, può contribuire a "riabilitare" dai numerosi commenti critici l'approccio adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021, nella quale ha (ri?)definito gli ambiti normativi di intervento dello Stato e delle Regioni nella gestione della crisi pandemica [*ex plurimis*, D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 aprile 2021, 13], comprimendo in modo drastico gli spazi di esercizio dell'autonomia (anche speciale) regionale. In tale sentenza, la Corte ha – come noto – affermato l'esigenza di assicurare una «disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività», richiamando in tal senso anche il principio di adeguatezza ex art. 118 Cost. La Corte riconduce a tale schema non solo le

misure di quarantena e le restrizioni imposte alle attività quotidiane, in quanto potenzialmente fonti di diffusione del contagio, ma anche l'approccio terapeutico alla malattia e, per quanto di interesse, l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, unitamente ai piani per la somministrazione di questi ultimi. Proprio in relazione a questi ultimi, la Corte costituzionale chiarisce che, anche nel caso in cui la loro attuazione sia affidata a presidi regionali, i piani di vaccinazione «devono svolgersi secondo i criteri nazionali che la normativa statale abbia fissato per contrastare la pandemia in corso», all'interno quindi di un quadro giuridico, amministrativo, organizzativo e operativo, il quale può «aspirare alla razionalità, solo se i tratti che lo compongono sono frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate».

Nello specifico dell'ambito dell'obbligo vaccinale, un approccio analogo era già emerso nella sentenza n. 5/2018 della Corte costituzionale, la quale – in un passaggio ripreso anche nella sentenza n. 37/2021 – ha affermato che «ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale (…)». Si potrebbe completare il tessuto argomentativo della Corte costituzionale sottolineando come anche ragioni di natura "medico-scientifica" rendono necessario un intervento statale al fine di disciplinare in modo unitario le modalità di somministrazione dei vaccini, risultando in tal senso l'attribuzione di competenza al livello statale «qualitativamente correlata al dirimente rilievo assegnato all'evoluzione delle conoscenze e delle tecniche scientifiche in modo costante dalla stessa giurisprudenza costituzionale» [B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 3/2019, 139].

L'autonomia regionale può trovare spazio quindi nella fase attuativa e operativa, individuando le scelte organizzative e gestionali più adeguate ed efficienti al fine della realizzazione degli obiettivi fissati a livello statale, anche evidentemente rispetto all'ordine di priorità nella vaccinazione [C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 13 aprile 2021, 6, si esprime in termini di delimitazione degli spazi di intervento regionale e di un loro confinamento all'attuazione e all'implementazione del piano nazionale]. A tale livello si può legittimamente esprimere una differenziazione, che può produrre una diversa distribuzione delle soglie di vaccinazione raggiunte a livello regionale ma che non può evidentemente ostacolare o procrastinare il conseguimento degli obiettivi fissati a livello statale (attualmente, in termini di dosi somministrate rispetto a quelle consegnate si evidenzia una forbice che va dall'82,8% della Provincia autonoma di Bolzano al 92,8% della Lombardia, con una media nazionale del 90%, fonte: https://www.governo.it/it/cscovid19/report-vaccini/; in termini di popolazione regionale che ha completato il ciclo vaccinale, si va dal 68,7% del Lazio e 67,5% della Lombardia, da un lato, al 56,6% della Sicilia e il 56,7% della Provincia autonoma di

Bolzano. Dati al 31 agosto 2021, fonte: https://lab24.ilsole24ore.com/numeri-vaccini-italia-mondo/#vaccini-per-regione).

Il riconoscimento di autonomia può inoltre avvenire a livello di partecipazione delle regioni nella definizione dei piani nazionali di vaccinazione, come avvenuto nel caso di specie [cfr. A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost.,sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2021, 259-260, i quali ritengono che «Di fronte a problemi assai complessi, insomma – come quelli posti dalla pandemia –, i rapporti tra i due livelli istituzionali paiono in questa fase più "flessibili" e cooperativi di come li configura la sentenza della Corte (anche perché lo stesso Governo "ha bisogno" della cooperazione delle Regioni per affrontare l'emergenza, né sembra disposto ad assumersi da solo le responsabilità delle decisioni necessarie, imponendole "dall'alto"…)»].

MARCO PLUTINO

Le differenze di regime tra Regioni hanno costituito al solito un grande problema in termini di risposta ordinamentale coordinata ed efficiente e, per altra parte, hanno palesato un qualche elemento di interesse. Come sempre vi sono state regioni più o meno efficienti, non necessariamente in relazione all'intera emergenza ma anche solo rispetto ad un singolo aspetto dell'emergenza. Si palesa però l'urgenza di una revisione della Costituzione che torni a modulare in forme nuove e più efficienti il modo d'essere del sistema sanitario nazionale, sicuramente eccessivamente regionalizzato. Pur non essendo priva di raffronti esteri l'esistenza di approcci diversi (in termini di prenotazione per le vaccinazioni, di scelte in tema di priorità e di apertura alle varie categorie o coorti anagrafiche, etc.) hanno mostrato i limiti di un sistema sanitario comunque – bisogna dirlo – pesantemente sotto organico (con immissioni di ruolo significative, in particolare di personale infermieristico, solo negli ultimi mesi). I dati forniti da alcune regioni sono palesemente inattendibili o inutili, come laddove si dichiara che il 100% del personale sanitario (soggetto ad obbligo) e docente risulta vaccinato: nella migliore delle ipotesi si tratta di una percentuale calcolata sui prenotati in piattaforma, quindi di un dato assolutamente inutile quantomeno in presenza di obblighi vaccinali e negli altri casi scarsamente utile per valutare l'andamento della campagna vaccinale. Spesso si tratta di esercizi di propaganda, facilmente smascherati da *debunking* neanche troppo raffinato. La confusione indotta dalle regioni impedisce la realizzazione di lucide politiche nazionali in quanto lo Stato conserva, come acclarato anche dalla più recente giurisprudenza, un ruolo ampiamente preponderante nelle emergenze sanitarie ed esclusivo sugli eventuali trattamenti sanitari obbligatori istituiti. Più che discutibili, poi, la "card" regionali che, a tacere di altri aspetti, sono state adottate "giocando d'anticipo", per ragioni essenzialmente propagandistiche, senza un'adeguata considerazione dei vari interessi in gioco e che infatti hanno, tra l'altro, incontrato severe censure del Garante per la protezione dei dati personali.

La recentissima limitazione del potere, divenuto in fatto generale, dei Presidenti di Regione di disporre la chiusura delle scuole e il passaggio in didattica a distanza, ora variamente circostanziato, va visto con favore.

FABRIZIO POLITI

A questo proposito, mi permetto innanzitutto di criticare la formulazione della domanda che, nella locuzione "procedendo quindi a velocità diverse", esprime già una valutazione negativa! Per carità, è indubbio che l'esperienza concreta del regionalismo italiano (sia in generale, sia con specifico riguardo alle vicende legate al Covid-19) sia caratterizzata da molteplici aspetti degni di miglioramento, ma ho trovato e trovo francamente stucchevoli le tante voci che hanno invocato in questi diciotto mesi di pandemia un "ritorno al centro" quale soluzione ai tanti problemi che ci hanno accompagnato e che sarebbero stati tutti conseguenza di scelte regionali. Tutto ciò è profondamente inesatto. Il regionalismo italiano, anche in materia sanitaria, si svolge secondo lo schema in cui è lo Stato a fissare la normativa fondamentale della materia (e dunque a compiere le scelte di fondo) all'interno della quale le scelte rimesse alle regioni sono spesso di mera attuazione di linee di indirizzo statali. Pertanto, a stretto rigore, le prime critiche vanno rivolte al legislatore statale! Come ripeto spesso ai miei studenti di diritto regionale, non è affatto detto che le scelte fatte a Roma siano migliori di quelle fatte nei vari capoluoghi di Regione! Anzi, io credo che risposte differenziate nei vari territori possano essere un fattore di arricchimento e da guardare con favore. Ovviamente questo non significa che le scelte errate non debbano essere adeguatamente rimarcate, ma questa considerazione deve valere anche per le tante decisioni adottate dagli organi statali! Aggiungo che il modello di regionalismo voluto dai nostri costituenti era proprio rispondente ad una visione non di "staterelli federali" l'uno disgiunto dall'altro, ma appunto di "regioni" che nel quadro di una unitaria visione statale dispongono di strumenti e mezzi di attuazione di proprie scelte operate all'interno delle opzioni di fondo compiute dallo Stato. L'attuale autonomia regionale, anche in materia sanitaria, si svolge tutta all'interno di principi posti dalla legislazione statale e pertanto stento a vedere questa grande "autonomia regionale". È indubbio che abbiamo sistemi sanitari regionali che viaggiano a velocità diverse, ma non sarebbe inutile interrogarsi sulle responsabilità (oltre che delle singole regioni) anche dello Stato in proposito!

Pertanto, e giungo così alla conclusione della mia risposta, il mio giudizio ovviamente è critico nei confronti delle risposte regionali inadeguate, però l'onestà intellettuale spinge ad interrogarci sulle responsabilità anche del livello statale, sia perché è lo Stato a fissare la normativa di cornice entro la quale ogni Regione compie le proprie scelte di dettaglio, sia perché – in ragione dell'emergenza – i poteri (normativi ed amministrativi) dello Stato centrale, in questi mesi, sono aumentati (e non diminuiti). Aggiungo infine che di per sé la possibilità di risposte differenziate sui vari territori ed

un confronto fra le diverse soluzioni costituisce un arricchimento ed una possibilità di migliore valutazione delle risposte effettivamente positive e di quelle meno efficienti.

III Domanda

Come valuta la ventilata connessione tra l'adempimento vaccinale e l'esercizio di alcune libertà costituzionali (*in primis*, quella di circolazione)? Ritiene che specifici "titoli" di autorizzazione agli spostamenti (si pensi ai c.d. *Green pass* nazionali o europei) possano essere subordinati all'adesione ad una campagna vaccinale non obbligatoria?

LUIGI D'ANDREA

Come in molti altri ordinamenti, anche nel nostro sistema le autorità di governo hanno optato per la subordinazione dello svolgimento di una serie di attività – o meglio, per la subordinazione dell'esercizio di molte libertà costituzionalmente tutelate – "anche in zona bianca esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID-19" (il c.d. *Green Pass*) (art. 3, I comma, d. l. n.105/2021), con l'eccezione dei "soggetti esclusi per età dalla campagna vaccinale" e dei "soggetti esenti sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute" (così al III comma della stessa disposizione). E le autorità di governo stanno per ulteriormente estendere l'istituto del *Green Pass* ad altre attività di ancora maggiore rilevanza rispetto a quelle già previste (accesso alle scuole ed ai luoghi di lavoro…).

Anche in riferimento a tale istituto si può innanzitutto osservare che il legislatore si è collocato nella prospettiva di un ragionevole bilanciamento tra l'istanza di libertà (limitata secondo diverse forme del suo inveramento positivo) e l'esigenza di assicurare la salute collettiva: nella misura in cui l'esercizio di quelle libertà si risolve in un accentuato (o comunque significativo) pericolo di diffusione del contagio, è ben compatibile con l'ordinamento costituzionale che venga subordinato all'esibizione di un documento attestante l'avvenuta somministrazione del vaccino. Ed il riferimento al principio di ragionevolezza che presiede all'utilizzo del *Green Pass* nella modalità e per i fini cui si è adesso fatto cenno, consente di evidenziare, ove ve ne fosse bisogno (e il confuso – e non di rado caratterizzato da toni marcatamente esasperati – dibattito che ha accompagnato l'adozione di tale misura mostra che purtroppo ve ne è bisogno…), che la sua compatibilità con i principi costituzionali non è radicata nell'attitudine della vaccinazione a radicalmente eliminare ogni pericolo per la salute (individuale e pubblica), ma piuttosto nella drastica riduzione del livello di rischio per la stessa salute (individuale e pubblica) che essa determina.

Complesse si presentano le relazioni tra il *Green Pass* e la prospettata introduzione dell'obbligo vaccinale a carico di tutti i cittadini. In primo luogo, giova

rilevare che il *Green Pass* è stato configurato – nel nostro come nei molti altri Paesi in cui è stato previsto – secondo lo schema dell'onere: dunque, una categoria che si colloca in una posizione intermedia tra la libertà e l'obbligo, e che si traduce nella necessità di un comportamento per la realizzazione, liberamente scelta, di un interesse che è proprio dello stesso titolare. Ma non può in alcun modo negarsi che più risulta ampio l'ambito di attività subordinate all'adempimento dell'onere, più ci si allontana (almeno in una prospettiva sostanziale) dalla genuina figura dell'onere, fino a celare surrettiziamente un obbligo, ove vengano negati al soggetto congrui spazi di autentica libertà nella sfera sociale complessiva. Si può dunque concluderne: che fin quando rimangano significativi spazi di libertà non condizionati dall'esibizione del *Green Pass*, questo ben può essere considerato come una forma di incentivazione alla scelta di vaccinarsi, restando la vaccinazione raccomandata (se si vuole, fortemente raccomandata, grazie appunto all'onere), ma non obbligatoria (tanto sotto il profilo formale quanto sotto il profilo sostanziale); che la progressiva estensione dell'ambito di operatività dal *Green Pass*, verso cui autorevoli esponenti del Governo e della maggioranza hanno dichiarato di volere rapidamente procedere, finisce per porsi come un'anticipazione rispetto all'adozione dell'obbligo vaccinale universale, fino a configurarsene come una forma di adozione (surrettizia e, in qualche modo, mascherata). Peraltro, non deve sfuggire come la previsione legislativa di un – per così dire – generalizzato utilizzo del *Green Pass* possa senza eccessive forzature essere qualificata come un adeguato meccanismo sanzionatorio rispetto all'inadempimento di un obbligo vaccinale espressamente previsto, essendo problematico il ricorso ad altri forme di sanzione (probabilmente, più carenti sul terreno dell'effettività).

Concludendo sul punto, e ribadendo che comunque, a mio sommesso parere, non può negarsi legittimità costituzionale alla scelta di adottare la vaccinazione obbligatoria, si può forse accennare ad un tratto di qualche paradossalità che sembra sussistere tra l'utilizzo del *Green Pass* nella forma dell'onere e l'obbligo vaccinale (in senso proprio). La moltiplicazione di attività subordinate all'esibizione del *Green Pass*, per un verso, sembra presupporre logicamente e manifestare positivamente l'assenza di un obbligo vaccinale: perché prevedere una serie di attività assoggettate al certificato, se vi è un obbligo gravante su tutti i cittadini, che prescinde dall'esercizio di questa o quella libertà? Per altro verso, la stessa estensione dell'ambito di operatività del *Green Pass*, quanto più è larga ed incisiva (per quantità e qualità), tanto più finisce per dare corpo e sostanza ad un surrettizio obbligo vaccinale, del quale anzi si configura come un efficace meccanismo sanzionatorio.

LUCA DI MAJO

L'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali è da sempre oggetto di continui bilanciamenti. È attuale il dibattito della dottrina giuridica e scientifica su temi come la procreazione medicalmente assistita o il fine vita. In un contesto in cui, oggi più di ieri, i mutamenti avvengono rapidamente e dove non di rado è complesso ricercare

l'equilibrato bilanciamento tra la garanzia dei diritti fondamentali e l'innovazione tecnologica, la necessità di individuare il punto di incontro tra diritti in conflitto è diventata una delle sfide per il legislatore interno e sovranazionale.

Il compito della politica è mediare gli interessi, bilanciare i diritti antagonisti, come più volte sollecitato dalla Corte costituzionale [A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; ID., *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, 2020].

Così, l'interesse della collettività alla tutela del duplice volto della salute (tanto individuale quanto collettivo) si configura come limite esterno ad altre libertà come la libertà di circolazione e la libertà personale che, in contesti emergenziali come questo epidemiologico, possono subire restrizioni senza che siano completamente soppresse. Questo è stato uno dei grandi temi su cui la dottrina si è confrontata nei momenti più drammatici dell'emergenza epidemiologica: l'esercizio dei *diritti fondamentali condizionati*.

Oggi, pur rimanendo nella dimensione del bilanciamento tra diritti, la partita si gioca tra chi ritiene che la previsione del certificato digitale sia ragionevole [R. BIN, *Greenpass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, in *laCostituzione.info*, 26 luglio 2021] e chi, al contrario, ha rilevato una incongruenza con la normativa europea, laddove vi siano situazioni giuridiche soggettive idonee a produrre effetti negativi, in esempio sulla libertà di circolazione [v. le posizioni espresse dall'OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*].

Nella dimensione della competenza concorrente ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, rientrano i «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica» come l'emergenza epidemiologica da SARS-COV2 che consente giustificate limitazioni alle libertà di cui al Titolo IV del Trattato stesso, a garanzia di «un livello elevato di protezione della salute umana» e del «miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute fisica e mentale» (art. 168 TFUE). Emerge un ruolo dell'Unione europea ispirato alla massimizzazione della garanzia della sanità pubblica dei cittadini a fronte della determinazione, da parte dei singoli Stati membri, delle politiche sanitarie interne. Due piani diversi ma accomunati dall'obiettivo di raggiungere un «livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici» (art. 114 TFUE, rivolto a Commissione, Consiglio e Parlamento). L'esercizio delle proprie competenze da parte degli Stati membri concorrenti con le materie attratte dall'Unione europea deve avvenire nel rispetto degli atti dell'Unione stessa.

Non pare preferibile la tesi di chi prospetta un contrasto tra il regolamento (UE) n. 953/2021 e la normativa interna che ha prima introdotto e poi esteso il *green pass* non tanto per limitare la libertà di circolazione e personale (pur determinando su tali libertà effetti preclusivi), quanto per consentire l'accesso a strutture e servizi ed estendere la tutela della salute. Se l'art. 11, par. 1, del medesimo regolamento UE (conformemente al

Trattato di Lisbona del 2007), salva la facoltà degli Stati membri, tra cui l'Italia, «di imporre restrizioni per motivi di salute pubblica», dove rientrano chiaramente quelle situazioni di fatto che agevolano la diffusione del contagio da SARS-COV2, difficilmente potrebbe prospettarsi una condizione che consenta al giudice interno di disapplicare la normativa italiana.

Il problema, dunque, rileva unicamente sul piano costituzionale dei singoli ordinamenti giuridici statali.

Il certificato digitale, introdotto dal d.l. n. 52/2021 e gradualmente esteso ad altri ambiti attraverso il d.l. n. 105/2021, n. 111/2021 e n. 122/2021, consente a tutti coloro che non si sottraggono alla campagna di somministrazione del vaccino di recarsi presso i servizi per la ristorazione che svolgono attività al chiuso, sagre, fiere, convegni, centri termali, parchi tematici e di divertimenti; assistere a spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi; visitare musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre; frequentare piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra, centri benessere, anche all'interno di strutture ricettive, limitatamente alle attività al chiuso, centri culturali, centri sociali e ricreativi, limitatamente alle attività al chiuso e con esclusione dei centri educativi per l'infanzia, i centri estivi e le relative attività di ristorazione, sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò; partecipare a concorsi pubblici [art. 3, comma 1, d.l. n. 105/2021].

Nelle righe dell'elenco predisposto dal d.l. n. 105/2021 si rinvengono limitazioni di libertà rispetto a categorie di beni e servizi che si collocano nella dimensione più vicina ai beni voluttuari che rispondono a bisogni secondari dell'individuo. Sono tutti quelli il cui godimento può arretrare soprattutto in uno scenario dove il diritto alla salute assume una connotazione diversa, più solida, come bene «primario» [Corte cost., sentenza n. 88/1979] individuale e in funzione di un «equilibrio psichico» [Corte cost., sentenza n. 27/1976] da garantire a coloro i quali hanno deciso di aderire alla campagna vaccinale per esercitare le altre libertà costituzionali in una condizione di benessere fisico e psicologico.

Seguendo l'impostazione della Corte, si può giungere alla conclusione per cui al singolo è, sì, riconosciuta la libertà di non curarsi e/o il diritto di non condividere una determinata terapia medica cui si è sottoposti, ma sempre entro quei limiti in cui tale libertà non metta in pericolo la salute della collettività che presuppone la salute di ogni singolo individuo che la compone.

Ciò posto, se le attività per così dire, *di secondario livello* arretrano finanche a cedere dinanzi alla tutela della salute individuale e collettiva, qualche perplessità rispetto ai dd.ll. n. 105/2021 e n. 111/2021 può emergere rispetto ad alcune libertà il cui godimento è condizionato al rilascio del certificato digitale come l'accesso ai luoghi di cultura e ai pubblici concorsi, trattandosi di attività promosse e garantite non solo dalla stessa Costituzione (artt. 33 e 97), ma dalla normativa euronitaria che regola il principio di eguaglianza e non discriminazione (art. 21 CEDU).

Dopo tutto, la stessa Unione europea ha pubblicato una rettifica al Regolamento UE n. 953/2021, ponendo un indirizzo di non discriminazione anche ai soggetti che

«hanno scelto di non essere vaccinati» (cons. 36, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 5 luglio 2021).

Ora, mentre la promozione della cultura può essere veicolata anche in modalità alternative, come con la già sperimentata *didattica a distanza* (ciò avverrà per coloro i quali non rispettano la disciplina introdotta dal d.l. n. 122/2021), l'esclusione *tout court* dei *no-vax* dall'accesso ai pubblici concorsi desta più di un sospetto di incostituzionalità.

Il d.l. n. 105/2021 non pare aver accolto le indicazioni poste dalla rettifica, così che impedire la partecipazione ai concorsi pubblici dei soggetti non vaccinati sembra una vera e propria discriminazione tanto in contrasto con la rettifica euronitaria, quanto con le disposizioni costituzionali che garantiscono il diritto al lavoro (artt. 1, 4, 35 Cost.) e l'accesso ai pubblici uffici tramite concorso (art. 97 Cost.), collocando i *no-vax* anche in una dimensione di diseguaglianza (art. 3, comma 2, Cost.) rispetto a chi si sottrae alle somministrazioni di vaccini ma può e deve concorrere per una selezione comparativa e aspirare ad una posizione lavorativa privata o pubblica nell'ambito della libera scelta dell'attività da svolgere (art. 35, commi 1 e 4, Cost.).

Il rilievo non è superato dalla previsione del rilascio del *green pass* con validità di 48 ore. O, per lo meno, non è superato in parte se si considera che alcuni concorsi pubblici, come l'accesso alla Magistratura o alle libere professioni, si svolgono in più giorni con la materiale impossibilità di rinnovare, a mezzo tampone, il certificato digitale, peraltro reso disponibile attraverso l'*app IO* non prima di 24/48 ore.

Se l'esclusione di chi si sottrare volontariamente al vaccino (che, ricordiamolo, va protetto e mai discriminato) dai concorsi continua ad essere così disciplinata, senza la previsione di alcuna alternativa, il giudizio di costituzionalità sulla disposizione dell'art. 3, comma 1, lett. *i)*, d.l. n. 105/2021 potrebbe non tardare a giungere.

Qualche breve considerazione finale anche sul d.l. n. 111/2021, laddove non è chiara la ragione per la quale ad alcune categorie di lavoratori, come i giornalisti che assistono ad una competizione sportiva, sia richiesto il certificato digitale per esercitare la propria attività professionale, escludendoli di fatto dalle esenzioni per motivi di lavoro. O, ancora, non è chiaro il perché il possesso del *green pass* sia necessario per il personale scolastico fino all'epilogo dello stato di emergenza, mentre non è indicato un termine per la partecipazione ai concorsi pubblici né eventuali esenzioni, considerati i rilievi poc'anzi esposti in termini di conformità alla Costituzione di una misura particolarmente incisiva sul diritto fondamentale al lavoro. Con il venir meno dello stato di emergenza prorogato dall'art. 1, d.l. n. 105/2021, le disposizioni normative ablative continuano a produrre effetti giuridici anche oltre il 31 dicembre 2021, salvo abrogazione espressa.

In questa prospettiva, se il considerando 6 del Regolamento UE n. 953/2021 riconosce il potere degli Stati membri di stabilire limitazioni «strettamente limitate nella portata e nel tempo», il diverso regime di trattamenti rispetto a situazioni equiparabili contenute nel d.l. n. 111/2021 potrebbe consentire alla Corte costituzionale di muoversi con ampie manovre a partire dalla violazione dell'art. 3 Cost., meno ad un giudice di disapplicare la norma se la fonte risiede in un considerando e non in un atto normativo.

Da verificare come saranno conservati e trattati i dati personali contenuti nelle certificazioni digitali, considerate le perplessità espresse dal Garante *privacy* per cui resta "un margine di indeterminatezza nella previsione normativa, suscettibile di estendere in misura non irrilevante il perimetro del trattamento" dei dati. Secondo il Garante, occorre, in particolare, "introdurre una precisazione che escluda l'utilizzo dei pass per finalità diverse da quelle espressamente previste dal decreto legge" non ancora introdotta nella legge di conversione e mancante nell'art. 9, d.l. n. 52/2021 [cfr. Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento di avvertimento in merito ai trattamenti effettuati relativamente alla certificazione verde per Covid-19 prevista dal d.l. 22 aprile 2021, n. 52 - 23 aprile 2021. (Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 104 del 3 maggio 2021)*].

BENEDETTA LIBERALI

1. La riflessione intorno ai c.d. *green pass* che certificano l'avvenuta vaccinazione, l'effettuazione di un tampone con esito negativo o, ancora, la guarigione dalla malattia determinata dal Covid-19 si è imposta a fronte dell'avvio della stessa campagna di vaccinazione, che ha prodotto indubitabili effetti positivi sui dati del contagio e anche sul decorso della malattia.

A fronte di tale miglioramento del quadro epidemiologico sono state allentate progressivamente le misure restrittive che incidevano su numerose libertà costituzionali. Proprio in tale circostanza va individuata la chiave per individuare (e sciogliere) i nodi critici di provvedimenti che impongano una delle tre citate certificazioni ai fini dell'esercizio di diritti fondamentali, come, innanzitutto, la libertà di circolazione, ma non solo: si pensi alla libertà di riunione e anche al diritto al lavoro e al diritto all'istruzione, ma anche il diritto alla salute connesso ad altre e diverse patologie rispetto al Covid-19 [per prime riflessioni intorno all'introduzione di questo strumento si rinvia a G. GRASSO, *'Certificato verde digitale', 'Passaporto vaccinale' e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 1 ss.].

Peraltro, ben prima che a livello europeo fosse adottata la specifica regolamentazione di queste certificazioni (che, peraltro, inducono a ragionare anche sui termini utilizzati e sull'opportunità delle sottese scelte: si pensi ai termini quali "passaporto", "patentino" o "certificato" vaccinale; inoltre, vengono in rilievo notevoli profili problematici che attengono anche ai contenuti informativi che si richiedono per la formazione di queste certificazioni) al fine di renderle riconoscibili fra gli Stati membri dell'Unione Europea, con il decreto-legge n. 52 del 2021 (*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*) si sono chiarite e individuate, opportunamente, alcune definizioni in merito alle certificazioni, alle vaccinazioni e ai relativi test diagnostici. Inoltre, si è fatto riferimento alla c.d. Piattaforma nazionale *digital green certificate*, ossia al sistema informativo nazionale per il rilascio, la verifica e l'accettazione di tali documenti, che devono essere

interoperabili a livello nazionale ed europeo. Successivamente è stato adottato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 giugno 2021 (*Disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, del decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante «Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19»*), che richiama i regolamenti 2021/953 e 2021/954 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 relativo al certificato digitale europeo rispettivamente dei cittadini europei e di quelli di paesi terzi. Ancora, il Governo il 22 luglio 2021 ha adottato il nuovo decreto-legge n. 105 (*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche*) – annunciandone uno successivo nelle materie, fra le altre, di trasporti e scuole – con cui ha previsto le modalità di utilizzo della certificazione di salute connessa al Covid-19, con specifico riguardo all'accesso a determinati servizi.

2. Rispetto alla necessità di una certificazione relativa all'avvenuta vaccinazione (o all'effettuazione di un tampone con esito negativo o di guarigione dalla malattia), non sembrano configurabili insuperabili profili di criticità dal punto di vista costituzionale, poiché, ancora una volta, occorre considerare sia l'accezione individuale sia quella collettiva del diritto alla salute.

A questo proposito viene in rilievo, quindi, la specifica funzione attribuita al certificato o passaporto vaccinale, ossia quella di consentire l'esercizio di una serie di diritti fondamentali, non solo la libertà di circolazione, ma anche la libertà di riunione, la libertà di culto, il diritto di voto, il diritto al lavoro, il diritto all'istruzione e anche la libertà di iniziativa economica. Prima ancora, però, tali certificazioni contribuiscono anche alla garanzia e alla tutela della salute del singolo individuo che, sottoponendosi a vaccinazione, all'effettuazione di un tampone o alla diagnosi di avvenuta guarigione, evidentemente ottiene nel primo caso un trattamento idoneo a limitare il rischio di contagio e negli altri due informazioni circa le proprie condizioni cliniche in relazione alla malattia provocata dal Covid-19.

Il requisito del possesso della certificazione che attesti una determinata condizione di salute connessa al Covid-19, in tale prospettiva, non sembra possa qualificarsi come del tutto o manifestamente sproporzionata o irragionevolmente invasiva della sfera di riservatezza, che pure in materia sanitaria unitamente al consenso informato costituisce un principio fondamentale.

Ciò sembra trovare ulteriore conferma a fronte dell'assenza di un obbligo di vaccinazione, come si ricorda nella stessa domanda posta nell'ambito di questo *Forum*: la sfera di autodeterminazione del singolo che intenda non sottoporsi alla vaccinazione (o al test diagnostico richiesto o alla diagnosi di avvenuta guarigione) viene salvaguardata poiché il relativo trattamento non è reso obbligatorio, pur certamente incidendosi sulla sfera di esercizio di una serie di diritti che però, come si è visto durante l'applicazione delle misure più restrittive, hanno contribuito di fatto all'aumento dei contagi.

Occorre considerare che proprio l'utilizzo di simili certificazioni (che, quindi, non sono affatto – o ancora – obbligatorie in senso assoluto, se non in relazione alla

decisione di accedere a determinati servizi), al contrario, può condurre nella direzione del definitivo superamento della necessità di applicare ulteriori misure più o meno restrittive dei medesimi diritti fondamentali, tenendo peraltro conto che, come emerge chiaramente ancora una volta dalla giurisprudenza costituzionale, sia la vaccinazione (dandone per scontato, ovviamente, il grado di affidabilità e di sicurezza), sia l'effettuazione di test diagnostici, sia la verifica dell'avvenuta guarigione pur con un grado di invasività diverso contribuiscono a garantire la stessa salute di chi vi si sottopone. Del resto, come è noto, anche il decreto-legge n. 44 ha tenuto a sottolineare, se mai ve ne fosse stato bisogno, che sono esenti dall'obbligo di vaccinazione coloro che si trovino in specifiche condizioni di salute che rendano inopportuno tale trattamento sanitario.

Ecco che, quindi, in un contesto dove non vige alcun obbligo generalizzato di sottoporsi a vaccinazione, viene in ogni caso lasciata alla libera autodeterminazione dei singoli la scelta di ottenere la relativa certificazione, con la conseguenza – certamente di non poco momento quanto all'impatto su determinati diritti fondamentali – di non poter accedere ad alcuni servizi. Al contempo, però, tale strumento certificativo presenta l'indubbio vantaggio di contribuire a creare le condizioni (il più possibili stabili, pur a fronte del rischio di sviluppo di varianti e mutazioni del virus) che permettono di fatto l'allentamento fino all'eliminazione di tutte le misure restrittive di quegli stessi diritti fondamentali.

DONATELLA MORANA

La domanda coinvolge questioni diverse che impongono considerazioni distinte. Anzitutto, il regime costituzionale riferito a ciascun diritto di libertà non consente di dare una risposta unitaria alla "connessione" tra adempimento vaccinale e godimento del diritto stesso. Bisogna infatti verificare natura e limiti della libertà che si ritiene coinvolta, per accertare in quali ipotesi e con quali garanzie la Costituzione consenta di condizionarne e restringerne il godimento. Il tema deve essere quindi affrontato con riferimento alle specifiche fattispecie limitative delle libertà costituzionali.

Per quanto concerne, in particolare, la libertà di circolazione, è lo stesso art. 16 Cost. a prevedere che la legge possa limitarla "in via generale per motivi di sanità o di sicurezza". Non vi è dubbio quindi che le ragioni di sanità che autorizzano il legislatore ad intervenire (ma "in via generale") per limitare la circolazione sul territorio nazionale possano coincidere (possano, non debbano necessariamente) con l'interesse della collettività alla salute che rappresenta anche la causa giustificativa di un trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 32 Cost. Ma restano coinvolti comunque due ambiti materiali distinti e la loro sovrapposizione è soltanto eventuale, oltre a trovare fondamento costituzionale in discipline diverse. La liceità della misura limitativa, insomma, andrebbe comunque valutata separatamente alla stregua dei diversi parametri costituzionali. Vi possono essere ragioni di sanità che giustificano il divieto di accesso in una zona, ad esempio, ma che non giustificano obblighi di cura! Ora, se il legislatore

ritiene di non introdurre un obbligo generalizzato di vaccinazione antiCovid (decisione che deve essere valutata alla stregua dell'art. 32 Cost.) ma di stabilire che l'avvenuta vaccinazione sia una delle condizioni richieste per continuare a spostarsi tra le regioni o per fare ingresso in alcuni ambiti territoriali, non sembrano sussistere sul piano costituzionale controindicazioni assolute a tale scelta. Certo, occorrerà verificare che le limitazioni imposte siano introdotte nel rispetto di specifiche garanzie costituzionali (ad esempio, con fonte primaria), che siano proporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti, non determinino arbitrarie discriminazioni e soprattutto garantiscano comunque la piena salvaguardia delle situazioni di fragilità e bisogno. D'altra parte, nella logica del *Green pass*, sia quello europeo sia quello "nazionale" – che pure hanno ambiti e finalità non coincidenti, com'è noto – l'adesione alla campagna vaccinale è solo una delle condizioni previste per la circolazione (tra paesi europei) o per l'accesso a taluni luoghi o attività che si svolgono al chiuso, dal momento che il semaforo verde è assicurato anche a coloro che siano già guariti dal Covid-19 e a coloro che abbiano effettuato un tampone con esito negativo nelle 48 ore precedenti. Da questa prospettiva non può quindi sostenersi che il *Green pass* costituisca una indiretta, e per ciò subdola, misura impositiva di un obbligo vaccinale "mascherato".

Vorrei infine sottolineare che non tutte le limitazioni introdotte dal legislatore nell'emergenza pandemica possono dirsi insistenti sull'ambito materiale della libertà di circolazione e soggiorno. Non è possibile in questa sede ripercorrere le tante opzioni dottrinali sull'individuazione dei confini di tale libertà rispetto alla libertà personale e rispetto a quella da prestazioni personali imposte [se proprio si vuole, cfr. D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, spec. 201 ss.]. Posso solo accennare, in conclusione, che accedendo alla tesi per la quale la limitazione *ex* art. 16 Cost. è quella calibrata sul territorio (sottratto alla circolazione) e non sulle persone (cui si rivolge il divieto), ed è quindi disposta dal legislatore "in via generale" perché indipendente da ogni valutazione concernente le qualità o condizioni dei singoli individui, gli obblighi di accesso ad alcuni luoghi (ad esempio le palestre o i ristoranti al chiuso) in assenza delle condizioni già accennate (vaccino, tampone o guarigione dalla malattia), non costituiscono limitazioni della libertà di circolare ma prestazioni personali imposte ricadenti nella disciplina dell'art. 23 Cost. [per ulteriori esemplificazioni, se si vuole, D. MORANA, *Le libertà costituzionali in emergenza: spigolature tra libertà personale, circolazione del territorio e prestazioni personali imposte*, in F.S. MARINI e G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 135 ss.]

ALESSANDRO MORELLI

L'introduzione del *green pass* ha suscitato accese polemiche e la legittimità della scelta di subordinare l'esercizio di determinati diritti al suo possesso, in assenza di un obbligo vaccinale legalmente previsto, è una delle questioni più controverse [per una posizione nettamente contraria si veda il documento *Sul dovere costituzionale e*

comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass, a cura dell'Osservatorio per la legalità costituzionale, pubblicato in *Questione giustizia*, 4 agosto 2021, spec. 18 ss.].

Al momento le certificazioni verdi sono rilasciate, secondo la normativa vigente, non soltanto a seguito di avvenuta vaccinazione ma anche di guarigione dall'infezione da Sars-CoV-2 e di effettuazione di test molecolari o antigenici rapidi con esito negativo, per l'accesso a una serie di servizi e attività (servizi di ristorazione, spettacoli aperti al pubblico, eventi e competizioni sportivi, musei, ecc.), ed è richiesto al personale scolastico e agli studenti universitari e per l'uso di mezzi di trasporto pubblici (v. artt. 9, 9-*bis*, 9-*ter* e 9-*quater* del decreto-legge n. 52/2021, convertito dalla legge n. 87/2021 e integrato dai decreti-legge nn. 105 e 111/2021).

Una prima considerazione che può farsi è che, come rilevato anche nel Regolamento UE n. 2021/953 (considerando n. 7), l'adozione del *green pass* si basa sul presupposto che, secondo le attuali evidenze mediche (pur in continua evoluzione), le persone vaccinate o che abbiano avuto di recente un risultato negativo a un test per il Covid-19 e le persone guarite nei sei mesi precedenti sembrano comportare un rischio ridotto di contagiare altre persone. La *ratio* delle certificazioni verdi è, dunque, quella di consentire che la libera circolazione delle persone che, in base a solidi dati scientifici, non costituiscono un rischio significativo per la salute pubblica non sia soggetta a inutili limitazioni. La finalità è, dunque, quella di alleggerire il peso delle misure restrittive di libertà costituzionali finora adottate per fronteggiare la pandemia (*lockdown*), sulla base delle attuali evidenze scientifiche.

L'uso del *green pass* previsto dalla normativa vigente corrisponde a un approccio gradualistico, che potrebbe anche giungere, ove risultasse necessario, all'introduzione di un obbligo vaccinale generalizzato. Si obietta che subordinare all'avvenuta vaccinazione l'esercizio di diritti fondamentali come la libertà di circolazione, il diritto al lavoro e quello allo studio corrisponderebbe già alla surrettizia introduzione di un obbligo che, in tesi, sarebbe illegittimo perché non risulterebbe provata l'utilità dei vaccini, data la capacità di contagiare che, in alcuni casi, sarebbe stata riscontrata in soggetti vaccinati, e l'asserito carattere sperimentale di tali farmaci [cfr. *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, cit.]. Si tratta di obiezioni sulle quali ci si è già soffermati rispondendo al primo quesito e, pertanto, si rinvia a quanto detto sopra. Qui si può aggiungere che il sindacato di costituzionalità dell'attuale normativa in materia di *green pass* non può che declinarsi in un controllo sulla non irragionevolezza della stessa, i cui esiti dipendono inevitabilmente dalle analisi costi/benefici condotte dalle autorità medico-scientifiche competenti. La misura in questione, inoltre, ha certamente una funzione promozionale della vaccinazione, ma vista la possibilità di ottenere la certificazione verde, senza essersi vaccinati, anche effettuando test molecolari o antigenici rapidi, deve concludersi che essa equivale non già a un obbligo, ma a un *onere* al cui adempimento sono subordinate alcune forme di esercizio di determinati diritti al fine di salvaguardare la salute pubblica in una grave situazione di emergenza.

SIMONE PENASA

Allo stato attuale della disciplina, ad esclusione dell'ambito delle professioni sanitarie, *stricto iure* non sono previste ipotesi nella quali l'esercizio di libertà fondamentali – circolazione, riunione, lavoro, istruzione – risulti condizionato all'attestazione di avere svolto un ciclo vaccinale, parziale o completo. Infatti, come noto, il governo ha scelto, da un lato, di prevedere specifiche condizioni – e limitazioni – relative alle modalità di svolgimento e di accesso a determinati luoghi, attività o professioni, al fine di garantirne un esercizio il più possibile compatibile con la tutela della salute individuale e pubblica, alla luce dell'andamento della campagna vaccinale, della diffusione del virus e dell'occupazione dei posti ospedalieri; dall'altro lato, il modello previsto (d. l. 52/2021, come modificato dal d.l. 111/2021) si fonda sull'esigenza di possedere ed esibire un "passaporto sanitario" – c.d. green pass-certificazione verde COVID-19 (d. l. 52 del 2021) – il conseguimento del quale è subordinato all'attestazione di avvenuta vaccinazione (anche parziale, trascorsi 15 giorni dalla prima dose) o, in alternativa, di infezione da SARS-CoV-2, o l'effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2 (art. 9, d.l. 52/2021). Si tratta, pertanto, di due modelli differenziati, anche se occorre riconoscere realisticamente il possibile effetto "incentivante" alla vaccinazione prodotto dalla esigenza di ottenere la certificazione verde per lo svolgimento di attività sociali o professionali (ci si riferisce, ad esempio, a quanto previsto dal d. l. 111/2021, che ha introdotto un obbligo di possedere ed esibire il passaporto verde «per tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario, nonchè gli studenti universitari», art. 1, comma 6, che modifica il d.l. 52/2021).

Successivamente, il d. l. 105/2021 ha ulteriormente inciso sulla disciplina in materia, prevedendo in via generale una serie di servizi e attività l'accesso ai quali è consentito esclusivamente ai possessori di tale certificazione (art. 3). In modo condivisibile, il decreto da ultimo citato prevede delle cause di esenzione da tale obbligo, specificando che quest'ultimo non si applica «ai soggetti esclusi per età dalla campagna vaccinale e ai soggetti esenti sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute». Tale clausola, unitamente alla durata temporalmente predeterminata e direttamente connessa alla durata della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale dell'obbligo (art. 1, fissata al 31 dicembre 2021), contribuisce senz'altro a rafforzare la legittimità della misura, in termini di ragionevolezza e proporzionalità. Inoltre, non appare superfluo sottolineare il fatto che, se la volontà del governo fosse stata quella di introdurre surrettiziamente un obbligo vaccinale, attraverso la previsione di un passaporto verde, quest'ultimo sarebbe potuto essere condizionato esclusivamente alla attestazione dell'avvenuta vaccinazione, anche parziale, escludendo modalità alternative di ottenimento (certificato di guarigione, test negativo), dal momento che le persone che per ragioni anagrafiche o di salute non possono sottoporsi alla vaccinazione risultano comunque escluse dall'obbligo di possedere ed esibire il passaporto verde. Tale elemento finisce per rafforzare ulteriormente la legittimità della misura, in termini di

proporzionalità della limitazione, indiscutibile, all'esercizio – *rectius*, alle modalità di esercizio – delle libertà fondamentali coinvolte.

Appare anche in questo caso utile assumere una prospettiva comparata, richiamando alcuni casi nei quali tribunali stranieri sono stati chiamati a valutare la legittimità di misure analoghe a quelle previste a livello italiano. Il *Conseil Constitutionnel* francese, nella già citata decisione n. 2021-824 DC, si è pronunciato anche sulla legittimità della disciplina francese in materia di passaporto sanitario.

Chiamato a verificarne la legittimità costituzionale in termini di rispetto della libertà di movimento, diritto alla vita privata e alla libertà di espressione, il *Conseil* ha riconosciuto che il legislatore francese ha assicurato un bilanciamento ragionevole tra i diversi beni costituzionali in gioco. Proseguendo sul filo della analisi del rapporto tra diritto e scienza, nel prisma della tutela dei diritti fondamentali, appare di particolare rilievo sottolineare che il *Conseil* richiami in più punti (anche in relazione ad altre questioni sollevate) l'adeguatezza del fondamento medico-scientifico delle scelte discrezionali compiute dal legislatore francese, ponendolo in connessione diretta con l'obiettivo di garantire concretamente l'obiettivo costituzionale della protezione della salute individuale e collettiva. In particolare, secondo i giudici costituzionali «il legislatore ha considerato che, alla luce delle conoscenze scientifiche disponibili, i rischi di circolazione del virus COVID-19 sono fortemente ridotti tra le persone che sono state vaccinate, guarite o che si sono appena sottoposte a un test di screening con un risultato negativo» (§ 38). Inoltre, l'ambito e le caratteristiche dell'obbligo di disporre del "passaporto sanitario" troverebbero un adeguato fondamento scientifico alla lue di una serie di indici: la natura temporanea della misura (fino al 15 novembre 2021), che si fonda sul fatto che il legislatore ha ritenuto che sussista un rischio significativo di diffusione dell'epidemia a causa della comparsa di nuove varianti più contagiose del virus, in base a una valutazione che non può essere considerata manifestamente inadeguata alla situazione attuale, alla luce dello stato delle conoscenze (§ 39); la selezione dei luoghi oggetto dell'obbligo di esibizione, avvenuta sulla base del criterio del rischio particolare di diffusione del virus alla luce della natura dell'attività svolta (§ 41) e comunque quando la gravità dei rischi di contaminazione in relazione all'esercizio delle attività svolte lo giustifica, in particolare per quanto riguarda la densità di popolazione osservata o prevista (§ 44). Significativamente, infine, il *Conseil* chiarisce che, nel prevedere la possibilità di esibire altre certificazioni in alternativa a quella vaccinale, la misura non introduce, «in ogni caso, né un obbligo di cura né un obbligo di vaccinazione» (§ 46), valorizzando inoltre il fatto che la legge prevede la determinazione con decreto, emesso dopo il parere dell'Alta Autorità per la Salute, dei casi di controindicazione medica che impediscono la vaccinazione e il rilascio alle persone interessate di un documento che può essere presentato in luoghi, servizi o stabilimenti dove sarà richiesta la presentazione di un "passaporto sanitario" (§ 44).

Riprendendo uno dei fili rossi svolti nella risposta al quesito n. 1, questo – seppur sintetico e parziale (l'ambito e le argomentazioni della decisione francese citata vanno evidentemente oltre ai riferimenti svolti *supra*) – riferimento alla sentenza del *Conseil* francese conferma il consolidamento anche a livello comparato della emersione del

principio di ragionevolezza (anche) scientifica delle leggi nella sua duplice natura di parametro costituzionale e di metodo normativo, il quale – se soddisfatto adeguatamente – contribuisce a rafforzare la legittimità delle scelte discrezionali assunte, anche quando queste ultime vadano a incidere sull'ambito e modalità di esercizio delle libertà costituzionali.

Da ultimo, anche per problematizzare un'analisi forse eccessivamente irenica (anche se fondata, almeno a parere di chi scrive), si ritiene opportuno richiamare un recente filone giurisprudenziale all'interno dell'ordinamento spagnolo, che ha portato un numero non trascurabile di tribunali supremi a livello di Comunità Autonome [per una sintetica ricostruzione, cfr. https://cec.consumo.gob.es/CEC/docs/documentos/noticias/AGOSTO_CERTIFICADO_COVID_EN_ESTABLECIMIENTOS_Y_EVENTOS_MASIVOS.pdf] a sospendere l'applicazione di misure analoghe al passaporto sanitario avendone sancito l'illegittimità sotto il profilo della idoneità e della necessità. Senza potersi diffondere nell'analisi delle diverse argomentazioni svolte dai singoli tribunali, alcuni elementi possono risultare utili nella prospettiva della potenziale emersione anche nell'ordinamento italiano di analoghi ricorsi. Riferendosi brevemente alle argomentazioni svolte da uno dei tribunali aditi – il *Tribunal Superior de Justicia de Andalucia*, *Sala de lo Contencioso* (*Auto* n. 405/2021, 6 agosto 2021) – quest'ultimo sotto il profilo della idoneità della misura a perseguire l'obiettivo (in questo caso, impedire la propagazione del virus) ritiene che tale parametro non risulti soddisfatto proprio a causa della equiparazione tra certificazione di avvenuta vaccinazione e possesso di un test antigenico negativo. Secondo il *Tribunal*, infatti, non si comprende – in tal senso, almeno indirettamente riconoscendo una carenza di fondamento scientifico della misura adottata – «se le persone che sono state vaccinate o hanno avuto la malattia, nonostante abbiano sviluppato l'immunità al virus (in misura maggiore o minore, a seconda del tipo di vaccino e del fatto che abbiano avuto la malattia), possono essere potenziali trasmettitori del virus, (…) come si possa prevenire il possibile contagio di coloro che sono entrati nei locali sulla base della prova di essersi sottoposti a un test PCR o antigenico, che prova solo che al momento del test non erano portatori del virus attivo, ma non che hanno alcuna immunizzazione contro di esso». Sotto il profilo della necessità, il *Tribunal* ritiene che, alla luce del dato per cui all'aumento della popolazione vaccinata corrisponde un notevole rallentamento della diffusione del virus, le misure introdotte devono esprimere un livello elevato di giustificazione, dovendosi dimostrare in particolare – criterio che, secondo il *Tribunal*, non è stato soddisfatto nel caso di specie – che il numero maggiore di contagi nel contesto epidemiologico di riferimento (la c.d. "quinta ondata") trovi origine proprio nei locali di svago notturno oggetto dell'obbligo di esibizione del passaporto sanitario. Il riferimento a meri calcoli probabilistici, effettuato dalle autorità regionali negli atti normativi oggetto del ricorso, non può essere considerato sufficiente a soddisfare tale parametro.

Appare, in conclusione, significativo – anche in un orizzonte ulteriore all'attuale contesto emergenziale – come emergano parametri di valutazione comuni, avallati dalla giurisprudenza comparata, nei quali, oltre alla natura temporanea e delimitata della

misura, sembra assumere centralità la fondatezza scientifica delle scelte politiche concretamente effettuate.

MARCO PLUTINO

La somministrazione vaccinale e le politiche connesse hanno ovviamente una rilevante ricaduta sull'esercizio del sistema delle libertà fondamentali, per quanto finalizzate in ultima analisi ad un beneficio collettivo (per non dire delle istanze di solidarietà a favore in particolare dei non vaccinabili…) e anche ad un ampliamento delle facoltà e dei diritti individuali. Non bisogna dimenticare che la previsione di certificazioni di vario genere attestanti l'attuale negatività al virus o la presenza di anticorpi è in fatto alternativa – e male minore – rispetto ad una politica di gravi restrizioni nel godimento dei diritti fondamentali di ogni genere. Fermo restando la necessità di misurare la pericolosità attuale del virus (però proprio grazie alle vaccinazioni, perché non vi sono evidenze di un indebolimento della sua forza, anzi…), va ricordato che in passato si è giunti, esemplificativamente, al rinvio di elezioni, alla chiusura di gran parte dei comparti produttivi, alla blindatura degli ospedali con la sospensione di tutte le visite non urgenti con grave nocumento delle istanze di prevenzione, per non dire dei limiti ai diritti civili a partire dalle libertà di circolazione, riunione, associazione, culto. È singolare operare una valutazione astratta dei limiti che derivino dall'adozione di queste certificazioni senza considerare le alternative. Inoltre, per rispondere in modo diretto alla domanda, bisogna considerare che le attuali certificazioni nazionali ed europee pur mantenendo la natura, anzidetta, di male (ampiamente) minore, sono forme oggettive di incentivazione alla vaccinazione, a cagione dei limiti che introducono nel godimento di determinati diritti sia pure in prevalente connessione a singoli eventi, e per le potenzialità che dischiudono (ad es. la libertà di viaggiare all'estero *tout court* o comunque senza grandi problemi e nell'ambito di un sistema razionale, programmato e tendenzialmente uniforme). Anche per le certificazioni *de qua*, da istituirsi, a prescindere da ogni altro collegamento di fatto e di diritto, con fonti nazionali di rango legislativo, secondo la nostra Costituzione (almeno in relazione all'art. 16 Cost.), si pongono questioni di ragionevolezza e proporzionalità (e quindi anche temporaneità), che sono state attentamente poste e ponderate a livello europeo, e in quest'ambito – con particolare riferimento alla c.d. proporzionalità, limitazione delle finalità e minimizzazione dei dati – questioni di privacy, che hanno visto il Garante per la protezione dei dati personali, tra gli altri, particolarmente attento fino al via libera condizionato delle scorse settimane. Le certificazioni non hanno alcuna caratterizzazione di "lasciapassare" generale (secondo il modello del famigerato "passaporto interno" sovietico, ripreso in una presa di posizione polemica, quanto tecnicamente sfocata, da Cacciari e Agamben), e pur rendendo più agevole la libertà di movimento *tra* Stati (i 31 firmatari dell'accordo Ue, tra cui quattro Stati non UE), non sono documenti di viaggio, e hanno finito con l'avere una caratterizzazione che poco o nulla c'entra con la libertà di circolazione (tranne

eventualmente negli spostamenti da o per Regioni "arancioni" o "rosse"), in quanto si pongono come requisito per l'accesso a determinati eventi o luoghi specifici indicati dalle norme, connessi quasi sempre a diritti o mere libertà che si direbbero "culturali" o, come pure è stato chiamato, ad un "diritto allo svago" che può riconnettersi alle forme di tutela della vita di relazione (o sociale, che a scanso di equivoci, nulla c'entra con la libertà di circolazione). La soluzione appare nelle forme vigenti alquanto soddisfacente, anche considerando che i medesimi benefici, o mancati impedimenti, derivano anche dalla possibilità di sottoporsi a tamponi (di un certo tipo), che offrono una rimozione degli impedimenti di natura assai più transitoria. In questo modo, se limitato ad eventi più che altro ricreativi o, in ottica inter-ordinamentale, a circostanze particolari (come la libertà di circolazione *tra* paesi), l'EU Covid Certificate, non sembra operare come un'incentivazione eccessivamente spinta della vaccinazione, se non una costrizione di fatto, che costituirebbe pertanto una discriminazione diretta o indiretta a carico di chi volesse in ogni caso resistervi (v. anche la risoluzione 27 gennaio 2021, n. 2361, dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; discriminazioni comunque vietate ai sensi dello stesso regolamento Ue, 953 del 2021 che ha introdotto l'UE covid Certificate). Su questo piano erano statale sollevate perplessità sull'onere economico derivante dai tamponi, a differenza delle vaccinazioni, e pur senza giungere alla gratuità (richiesta, da qualche parte, per allinearla alla gratuità delle vaccinazioni, sempre per finalità anti-discriminatorie), i tamponi sono stati oggetti di una politica di calmierazione, che appare complessivamente positiva ma che non esclude del tutto il rischio di creare forme di discriminazione per i meno abbienti, privandoli di ulteriori occasioni di relazione sociale (magari previste a buon mercato). In questo senso esiste e ha una sua razionalità una corrente che predilige un più livellatore obbligo vaccinale da introdurre o, in alternativa, una che chiede che i tamponi siano del tutto gratuiti. D'altra parte, soprattutto nel primo senso, vanno viste con una certa perplessità le spinte ad estendere gradualmente l'obbligo dell'UE Covid Certificate (in vigore dal 1 luglio 2021, e sostitutivo delle certificazioni nazionali, da noi rilasciate dalle regioni), comprendendo anche occasioni che non sono tipicamente saltuarie ma parte della quotidianità. Fino ad oggi, sia pure in modo imperfetto, sembra essere stato creato un sistema che bilancia in modo accettabile istanze diverse, compresa la privacy, creando un requisito per accessi a luoghi determinati, con sanzioni, senza trasformare la raccomandazione vaccinale in un obbligo di fatto o in un sacrificio eccessivo, o discriminazione, per chi non intenda sottoporvisi. Condizione perché tale equilibrio persista è che, data l'onerosità (non solo economica) dei tamponi, le occasioni per cui è previsto il requisito restino tendenzialmente occasionali e non tipicamente, o almeno potenzialmente, quotidiane (e in questo senso escluderebbero ad esempio il trasporto pubblico, la cui garanzia si potrebbe ricomprendere nella libertà di circolazione), o comunque non inerenti al godimento di importanti libertà costituzionali (es. riunione, culto, etc.; in questo senso Ainis ha parla di diritti "secondari", relativi al tempo libero, come condizione di validità di siffatti certificati). Da questo punto di vista danno adito a qualche perplessità le ultime decisioni (d.l. 6 agosto 2021, n. 111, relativo a docenti e personale ATA) o i propositi (per gli studenti universitari, e forse anche di altri ordini e

gradi), volti ad estendere ad attività quotidiane l'obbligo di c.d. *green pass*. Forse occorrerebbe valutare se non sia meglio e più ragionevole introdurre l'obbligo vaccinale, per categorie e secondo i criteri indicati in precedenza quale strumento di elezione per contrastare il Covid-19.

FABRIZIO POLITI

Come già detto, ritengo pienamente ammissibile l'introduzione di un obbligo vaccinale e conseguenzialmente anche la connessione fra adempimento vaccinale ed esercizio di alcune libertà costituzionali (ovviamente nel rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza). Parimenti è indubbio che il c.d. "green pass" (sia statale che europeo) costituisce uno strumento da collocare all'interno di quella strategia di politica legislativa - di cui parlavo in precedenza - fondata sulla "raccomandazione" (anziché sulla obbligatorietà) della vaccinazione. Pertanto direi che il green pass non è "subordinato" all'adesione ad una campagna vaccinale non obbligatoria, ma "rientra" in una strategia che, riconoscendo la libertà di non vaccinarsi, da un lato mira a tutelare la salute pubblica e dall'altro spinge ad aderire alla vaccinazione. Con riguardo alla "salute pubblica" dobbiamo ricordare che la stessa non è qualcosa di distinto dai singoli individui ma è la sommatoria della salute di tutti gli individui; pertanto tutelare la "salute pubblica" vuol dire tutelare la salute di "tutti" e convincere le persone a vaccinarsi è un'operazione in cui si convincono i singoli a porre in essere una scelta che tutela innanzitutto la loro stessa salute.

Infine, in merito al rapporto fra volontà del singolo e sfere di libertà, va ricordato che la nostra Costituzione non pone affatto un assoluto principio di autodeterminazione del singolo espressione di un individualismo possessivo ed anarchico. L'individuo tutelato dalla Costituzione repubblicana è il c.d. *homme situé*, cioè l'individuo collocato all'interno di una sfera di rapporti con altri individui nei confronti dei quali il singolo gode di libertà ma anche di forme di responsabilità (ed infatti l'art. 2 della Costituzione oltre a proclamare il riconoscimento dei diritti inviolabili, pone anche i "doveri inderogabili di solidarietà").

IV Domanda

Come giudica il ruolo svolto dalle Istituzioni dell'Unione Europea nella contrattazione "a nome di tutti gli Stati membri" con le aziende produttrici dei vaccini? Ha funzionato a suo giudizio il meccanismo di solidarietà? Ritiene che il ruolo svolto dalle Istituzioni dell'Unione Europea abbia garantito una più equa distribuzione dei vaccini tra gli Stati membri (soprattutto per quelli a minore capacità produttiva), consentendo una campagna vaccinale a velocità sostanzialmente uniforme, ovvero ritiene che esse abbiano costituito un freno alle

singole campagne nazionali che, con maggiore autonomia, avrebbero potuto svolgersi in tempi molto più rapidi?

LUIGI D'ANDREA

Credo si possa pacificamente affermare che nessuno, durante i primi mesi della pandemia, poteva dare per scontato (anzi, neppure ragionevolmente prevedere) che l'Unione Europea avrebbe svolto un ruolo determinante nelle trattative con le aziende farmaceutiche riguardanti la produzione e la distribuzione dei vaccini; e, per la verità, deve pure aggiungersi che ben pochi avrebbero scommesso già sulla celere disponibilità in larga scala di vaccini anti-COVID, debitamente autorizzati dalle competenti autorità sanitarie (internazionali, sovranazionali e nazionali). Invece, contro tutte le previsioni, in tempi davvero accelerati si sono resi disponibili milioni di dosi di molteplici vaccini e l'Unione Europea (e segnatamente la Commissione) ha, in nome di tutti gli Stati membri, prima gestito ed infine concluso le trattative con le azione farmaceutiche produttrici del vaccino, concordando quote nazionali e prezzi.

Si è non poco discusso circa carenze e limiti esibiti dalla Commissione europea nell'ambito di tale complesso processo negoziale: da più parti si è criticata la scarsa trasparenza nella conduzione delle trattative ed anche rispetto all'esito delle stesse; si è denunciata una posizione negoziale dell'U.E. troppo timida e remissiva; autorevolmente si è qualificata la campagna negoziale come "un po' leggera", assicurando che per le nuove gare "i contratti saranno fatti meglio" [in questi termini il Presidente del Consiglio Mario Draghi, nella conferenza-stampa dell'8 aprile scorso: in *la Repubblica*, 9 aprile 2021]. Naturalmente, non si intende qui negare che tali critiche possano essere (in tutto od in parte) giustificate nel merito: tuttavia, mi sembra che sia debba, in una prospettiva generale, porre in adeguata evidenza come l'opzione per la centralizzazione in capo alle istituzioni europee del processo negoziale con le aziende farmaceutiche abbia rivestito indiscutibilmente un marcato valore politico-istituzionale ed anche una non irrilevante valenza simbolica (basti ricordare che la campagna vaccinale ha preso avvio il 27 dicembre 2020 in tutto il continente). Infatti, essa rappresenta un passo importante lungo la strada – certamente non breve ed impervia… – che conduce all'acquisizione di una piena soggettività da parte dell'U.E. sul terreno delle relazioni internazionali. Inoltre, mi pare difficilmente revocabile in dubbio che tale scelta ha evitato l'apertura di una competizione (per non dire di una "guerra"…) tra gli Stati membri in ordine alla distribuzione (ma potrebbe pure dirsi all'accaparramento) delle dosi dei diversi vaccini disponibili, rendendo invece possibile un andamento significativamente omogeneo delle campagne nazionali di vaccinazione; ed è più che probabile che le forti tensioni che se ne sarebbero scaturite avrebbero reso davvero ardua la *governance* della compagine europea, e non solo con riferimento alla gestione della crisi pandemica.

Un'ultima osservazione, in conclusione. La considerazione del ruolo forte assunto dall'U.E. rispetto alle trattative con le aziende farmaceutiche induce a volgere lo sguardo in direzione della dimensione non meramente nazionale della pandemia in

corso, che impone strategie di pari livello volte al contenimento del contagio (e se possibile alla sostanziale *debellatio* del *virus*). È cioè necessario che un fenomeno di portata globale come la pandemia COVID-19 venga efficacemente contrastata con processi politici di *governance* e strumenti normativi anch'essi di dimensione globale, o almeno sovranazionale (anche se, naturalmente, deliberati ed attuati anche con il necessario concorso degli Stati e/o di soggetti, pubblici e privati, a rilevanza nazionale). Del resto, è bene tenere presente è preciso interesse di ogni Stato (anzi, a ben vedere, di ogni essere umano) che la lotta al "coronavirus" abbia carattere autenticamente universale, se non altro perché finché vi saranno aree del globo nelle quali il *virus* può liberamente circolare, sarà realistico il pericolo che se ne generino mutazioni e variazioni che possano nuovamente aggredire comunità rispetto alle quali la pandemia era parsa debellata, o almeno posta sotto controllo.

LUCA DI MAJO

L'emergenza epidemiologica ha messo in luce le maggiori criticità dei modelli istituzionali nazionali e sovranazionali. È avvenuto in Italia così come in altri Paesi europei, dove accanto all'impreparazione innanzi ad un fenomeno nuovo e travolgente, la risposta è stata per lo più tardiva e con scarsi risultati almeno nelle *fasi 1* e *2*.

È chiaro che il ritardo della risposta immunitaria dipende, da un lato, da una preliminare sottovalutazione del rischio da parte di tutti gli Stati UE e della stessa UE. Dall'altro lato, nonostante l'accordo unanime raggiunto in seno al Consiglio europeo del giugno 2020 di affidare ad una *squadra negoziale* (Commissione e altri sette Paesi UE), sorprende in negativo come una Unione di Stati che sommano più di 400 milioni di abitanti sia apparsa più volte in una posizione di subalternità rispetto alle grandi case farmaceutiche e *costretta* ad avviare una complessa contrattazione rispetto al quantitativo di dosi e alle modalità di distribuzione tra gli Stati membri che spesso ha assunto le sembianze di una vera e propria trattativa di natura economica ancorché limitatamente alla fase preliminare.

Il modello civilistico adottato è infatti strutturato sul tradizionale rapporto domanda/offerta confermata dalle informazioni reperibili dal sito ufficiale della Commissione europea in tema di negoziati: l'articolato procedimento di trattative preliminari, sottoscrizione di *Advanced Purchasing Agreement* e acquisto delle dosi conferisce una natura sostanzialmente patrimoniale ai contratti di fornitura.

Già durante la prima fase di distribuzione sono state ben note le difficoltà incontrate dalle Istituzioni europee nell'ambito della contrattazione, con arretramenti e avanzamenti delle case farmaceutiche spesso anche inadempienti rispetto agli impegni assunti nelle fasi precontrattuali, probabilmente dettati da una sottovalutazione del rapporto costi/ricavi dovuta alle continue pressioni degli Stati stretti nella morsa di un contagio sempre più dilagante.

Ciò che l'Unione europea e le parti contrattuali produttrici hanno inteso preservare, oltre al virtuoso obiettivo di stringere i tempi della distribuzione, è la

divulgazione delle *informazioni commerciali sensibili*, tutto ciò che concerne il *know-how*, il complesso di cognizioni ed esperienze che di per sé ha uno stimabile valore economico. Tanto è vero che tra i criteri assunti dalla Commissione europea per la sottoscrizione degli accordi vi sono la capacità di produrre e consegnare i vaccini in tempo utile, la velocità di distribuzione su scala, le questioni connesse alla responsabilità e ai costi.

Frequentemente l'Unione europea è però apparsa debole innanzi alle pretese delle case farmaceutiche e inerte di fronte alla violazione delle clausole pattuite, tanto da evitare contenziosi foss'anche per il solo timore di rallentare la produzione e la conseguente distribuzione. Innanzi ad un incedere incerto e spesso tentennante delle aziende farmaceutiche pioniere del vaccino, spesso dovuto anche ai primi casi di decessi a causa del siero o forse no, l'Unione europea avrebbe dovuto prevedere anche una sorta di *piano B* in grado di preservare il piano strategico europeo sui vaccini.

Nonostante le difficoltà, il *timeline* delle negoziazioni tra adozione della *EU Vaccines Strategy* (17 giugno 2020) e approvazione dei primi *Advanced Purchasing Agreement* (27 agosto 2020 con AstraZeneca, 18 settembre con Sanofi-GSK e così progressivamente con le altre case farmaceutiche) consente di esprimere un giudizio timidamente positivo dell'azione europea quantomeno nella fase preliminare dell'assegnazione delle dosi ai Paesi UE, così da consentire un celere avvio della campagna vaccinale.

Eppure, alla data del 16 agosto 2021, si registra un disallineamento tra gli Stati europei rispetto alle dosi somministrate in termini percentuali. A fronte della virtuosità di Malta (92,4% prima dose, 91,7% ciclo vaccinale completo), si registra un delta straordinariamente ampio a sfavore di Paesi dell'Est come Romania (26,6% prima dose, 25,9% ciclo vaccinale completo), Bulgaria (15,6%, prima dose, 15,5% ciclo vaccinale completo) e – seppur meno – la Polonia (49,8% prima dose, 48% ciclo vaccinale completo) componente della squadra negoziale congiunta insieme a Francia (67,8% prima dose, 51,8% seconda dose), Germania (62,8%, prima dose, 56,8%, seconda dose) Svezia (65,7%, prima dose, 47,5%, seconda dose) e Paesi Bassi (69,3% prima dose, 59,8% seconda dose).

I dati raccolti (fonte https://lab24.ilsole24ore.com/vaccinazioni-mondo/, in costante aggiornamento) esprimono non tanto il fallimento della strategia predisposta dalla Commissione europea basata su un'equa distribuzione dei vaccini comunque assicurata dal parametro assunto (in proporzione alla popolazione), quanto alla discrezionalità riservata da alcune clausole contrattuali ad ogni singolo Stato membro di non acquistare ulteriori vaccini opzionati. In tal modo, oltre a consentire ad altri Paesi UE di opzionare e ricevere le quantità *rifiutate*, l'idoneità o meno di alcuni Stati a sostenere e supportare una campagna vaccinale di straordinaria portata che pretende personale adeguato, preparato, nonché strutture (*Hub*) in grado di accogliere un numero significativo di persone da inoculare, ha dato origine ad una significativa asimmetria. E non è un caso che in Europa come nel mondo, chi arranca sono quei Paesi caratterizzati da un contesto politico instabile e a scarsa capacità reddituale.

Tutto ciò, alla lunga, ha contribuito a creare le condizioni per uno scenario che le Istituzioni europee avrebbero voluto evitare sin dal principio: singoli Stati membri che si muovono in ordine sparso alimentando diseguaglianze che porteranno effetti negativi a cascata fino alla fondamentale ripresa economica, maggiormente a rischio nelle aree costrette a contrarre la produzione.

Eppure, nelle intenzioni originarie dei Padri fondatori, l'Unione europea si poneva come sostegno alle fragilità dei singoli Stati. Ciò che deve far riflettere è che le Istituzioni eurounitarie continuano a tollerare una Unione fondata sulla libera concorrenza rispetto ai principi e ai criteri più volte fissati dalla Corte di Giustizia europea come solidarietà e cooperazione.

In uno scenario del genere invero prevedibile, il nodo cruciale non è soltanto l'uniforme somministrazione del vaccino da parte dei Paesi membri, quanto non essere stati in grado di realizzarne uno, accanto alla predisposizione di un piano strategico che potesse prescindere da rigidi schemi di categorie di soggetti, non tenendo conto della diffusione del virus particolarmente significativa in alcuni Stati, meno in altri.

Ragionevole l'obiettivo di garantire una distribuzione costante e uniforme, ma opportuno sarebbe stato anche consentire agli Stati con il livello di Rt maggiore di ricevere un fabbisogno sufficiente per il contrasto dei focolai del coronavirus, prevenendo scenari di contagio dilagante in determinare aree piuttosto che in altre.

Come già sostenuto per le Regioni italiane, l'agenda europea della campagna vaccinale avrebbe dovuto strutturarsi anche su una dimensione territoriale, a prescindere dalla variante concessa dalla Commissione europea agli Stati di acquisire le dosi *rifiutate* da altri, così da contenere gli effetti moltiplicatori del virus nella prospettiva di una maggiore liberalizzazione degli spostamenti intraeuropei e di una auspicata normalità.

BENEDETTA LIBERALI

1. Soffermarsi sul ruolo svolto dall'Unione Europea nel particolare contesto dell'emergenza pandemica determinata dal Covid-19 impone di considerare, in generale, il complessivo assetto di competenze ripartite fra essa e gli Stati membri in materia di sanità pubblica. Al proposito vengono in rilievo molteplici previsioni dei Trattati, dai quali si può evincere, in estrema sintesi, che all'Unione Europea è riservata una azione integrativa, eventuale e, in ogni caso, di coordinamento rispetto alle azioni che possono essere poste in essere dagli Stati membri.

In particolare, vengono in rilievo in caso di eventi suscettibili di incidere sulla sicurezza sanitaria a livello europeo e non limitato ai singoli territori nazionali le previsioni di cui all'art. 196 (*Protezione civile*) e all'art. 222 (*Clausola di solidarietà*) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Se con la prima si istituisce un meccanismo di protezione civile che consente di fornire assistenza agli Stati nelle attività di prevenzione e gestione delle catastrofi, con la seconda si esplicita che l'Unione Europea e gli Stati agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà nel

caso in cui uno di essi sia destinatario di un attacco terroristico, di una calamità naturale o di altra natura [si veda per una ricostruzione completa di tutti i riferimenti normativi che definiscono la portata dell'intervento dell'Unione Europea in materia P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2/2020, 2295 ss.].

Proprio al principio di solidarietà si è fatto riferimento per attivare da parte dell'Unione Europea una serie di misure atte a contrastare gli effetti negativi dal punto di vista sociale ed economico dell'impatto del Covid-19. Si possono ricordare, in particolare, le azioni di coordinamento relative alla condivisione di informazioni, all'istituzione di un consiglio scientifico e di commissari responsabili per le politiche dell'Unione Europea che vengono in particolare rilievo in tale contesto, alla creazione di una riserva comune di attrezzature mediche di emergenza, alle operazioni di assistenza e rimpatrio di cittadini europei all'estero, all'elaborazione di linee guida e di analisi di rischio da parte dell'Agenzia Europea per la prevenzione e il controllo delle malattie, oltre che alla chiusura delle frontiere e alla limitazione della circolazione interna e alle diverse misure di sostegno economico e finanziario, così come la definizione del c.d. *Recovery Fund* [ancora, si veda P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, cit., che richiama in modo significativo anche l'approvazione della "proposta di attivare la clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, ritenendo concordemente soddisfatta la condizione della sussistenza di una severa recessione economica"].

2. Rispetto alla gestione specifica dell'approvvigionamento e della successiva distribuzione dei diversi tipi di vaccino contro il Covid-19 la Commissione Europea ha adottato accordi preliminari di acquisto con i singoli produttori, per conto di tutti gli Stati, finanziando parte dei costi iniziali di produzione con ciò configurandosi veri e propri accordi preliminari di acquisto (si veda il comunicato stampa del 17 giugno 2020, relativo alla presentazione da parte della Commissione della strategia dell'Unione Europea sui vaccini).

Le ragioni che hanno indotto a simile "accentramento" della gestione di tale fase (ossia quella relativa all'approvvigionamento e alla distribuzione fra gli Stati membri dei vaccini) può essere ricondotta alla presa d'atto dell'insufficienza di materie prime, prodotti intermedi, sostanze farmaceutiche e farmaci da parte dei singoli Stati e della conseguente opportunità di garantire una maggiore forza contrattuale nell'acquisto delle diverse vaccinazioni attribuendo la relativa competenza all'Unione Europea.

Sono note le difficoltà e i rallentamenti che la campagna di acquisto, approvvigionamento e distribuzione hanno subito a causa dei ritardi nella produzione e nella consegna da parte di alcune case produttrici dei relativi vaccini. Al riguardo, nei primi mesi di attuazione della campagna vaccinale, si è effettivamente adombrata l'alternativa di consentire ai singoli Stati membri di attivarsi direttamente e singolarmente per procedere con gli acquisti ritenuti necessari in relazione alla rispettiva popolazione.

Sebbene, come si è detto, ci siano state indubbie criticità nella gestione di questa prima fase di acquisto dei vaccini da parte dell'Unione Europea per conto degli Stati membri e nonostante ci siano stati indubbi rallentamenti nel percorso che ha poi condotto alla loro effettiva distribuzione, si può ragionevolmente ritenere che, proprio in nome dei principi sui quali si fonda la stessa Unione Europea e alla luce del peculiare contesto epidemiologico, comprensivo anche delle specificità che hanno accompagnato la sperimentazione e la produzione dei vaccini, la soluzione prescelta sia stata del tutto ragionevole, per evitare sperequazioni e relativi irragionevoli trattamenti differenziati fra cittadini europei.

Tali osservazioni valgono, parimente e forse ancora di più, in relazione alla pretesa avanzata da alcune Regioni di provvedere direttamente all'acquisto dei vaccini necessari per la popolazione del proprio territorio.

Al riguardo, oltre alla già citata sentenza n. 5 del 2018, viene in rilievo anche la sentenza n. 37 del 2021, con cui si è specificamente riconosciuto che la competenza legislativa esclusiva statale relativa alla profilassi internazionale comprende "ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla". A fronte del rilievo internazionale della diffusione del contagio, la Corte sottolinea che la profilassi internazionale riguarda "norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale»". In tale prospettiva si impongono "collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno", poiché "ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali".

Con argomentazioni che possono essere applicate anche alla dimensione europea, la Corte sottolinea che, poiché ogni decisione in merito alla gestione della diffusione del contagio ha effetti "a cascata […] sulla trasmissibilità internazionale della malattia, e comunque sulla capacità di contenerla", si impone l'esigenza logica e giuridica di garantire una disciplina unitaria a livello nazionale: omettere di "spezzare la catena del contagio su scala territoriale minore, mancando di dispiegare le misure a ciò necessarie, equivale a permettere che la malattia dilaghi ben oltre i confini locali e nazionali".

La Corte, peraltro, specifica che le misure che rientrano in tale sfera di competenza statale non sono solo le misure di quarantena e le ulteriori restrizioni, così come l'approccio terapeutico e i criteri e i modi di rilevamento del contagio, la raccolta e l'elaborazione dei relativi dati, ma anche, in modo ancora più significativo, "l'approvvigionamento di farmaci e vaccini, nonché i piani per la somministrazione di questi ultimi" [al proposito si veda L. VIOLINI, *Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 5/2020, 1009 ss., che si sofferma sulle modalità di gestione accentrata del processo di vaccinazione, anche con riguardo allo specifico profilo del settore degli acquisti di materiale di supporto alle vaccinazioni e di altri materiali].

ALESSANDRO MORELLI

Nella vicenda della contrattazione unitaria svolta dalla Commissione europea con le case farmaceutiche riguardo ai vaccini anti-Covid si possono cogliere sia i limiti sia le potenzialità dell'Unione europea.

I limiti sono evidentemente quelli di un'organizzazione sovranazionale che non ha competenze in materia sanitaria ed è priva degli strumenti coercitivi di cui invece può disporre uno Stato, come, per esempio, gli Stati Uniti d'America, dove Trump e Biden hanno potuto fare ricorso al *Defence Production Act*, il quale autorizza, tra l'altro, il Presidente a chiedere alle aziende di accettare e dare priorità ai contratti per i materiali ritenuti necessari per la difesa nazionale, a prescindere dal fatto che questi comportino perdite per le stesse aziende. Le potenzialità dell'Unione europea hanno trovato espressione, invece, nel peso contrattuale che la Commissione ha potuto esercitare nelle trattative con le case farmaceutiche, di gran lunga maggiore rispetto a quello che avrebbero avuto i singoli Stati membri se avessero negoziato singolarmente. Si è così ottenuta la disponibilità dei vaccini a condizioni molto vantaggiose, procedendo poi alla distribuzione degli stessi in misura proporzionale alle popolazioni dei ventisette Stati membri.

Il principale aspetto negativo del metodo adottato, ispirato a un meccanismo di solidarietà, è stato l'appesantimento delle procedure e il conseguente rallentamento delle campagne vaccinali nei singoli Stati [v. J. DEUTSCH, S. WHEATON, *How Europe fell behind on vaccines*, in *www.politico.eu*, 27 gennaio 2021; F. SUMAN, *Vaccini in Europa: una storia di solidarietà, multinazionali, brevetti e burocrazia*, in *ilbolive.unipd.it*, 2 marzo 2021]. Non credo, però, che l'adozione di un metodo inclusivo, basato su un meccanismo di solidarietà, possa valutarsi del tutto negativamente, nonostante il farraginoso processo burocratico cui ha dato vita. Al contrario, proprio in tale circostanza l'Unione sembra avere riscoperto il principio sul quale non soltanto è possibile disegnare una strategia efficace di gestione e contenimento della pandemia ma anche il futuro sviluppo della sua organizzazione istituzionale: quel principio solidarista evocato dai Trattati (artt. 2; 3, parr. 2, 3 e 5; 21, par. 1 e 24, par. 2, del Trattato UE; Preambolo e Capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; artt. 222 e Capo 2 del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'UE), ma spesso rimasto sulla carta (si pensi soltanto alle vicende riguardanti la gestione dei flussi migratori).

La strategia dell'UE, definita dalla Commissione, tende ad assicurare elevati standard qualitativi di sicurezza ed efficacia dei vaccini e a far sì che gli Stati membri e i loro cittadini possano avere un accesso rapido, equo e a un costo abbordabile agli stessi, nel quadro di una serie di interventi che promuovano uno sforzo di solidarietà a livello globale. A tale scopo, il 4 febbraio 2021 la Commissione ha anche istituito una *task force* sotto l'autorità del Commissario per il Mercato interno e in collaborazione con la Commissaria per la Salute e la sicurezza alimentare, che funge da interlocutore unico per le case farmaceutiche e ha l'obiettivo di aumentare la capacità produttiva dei

vaccini nell'Unione, individuando i punti deboli nella catena di approvvigionamento al fine di migliorare il sistema di distribuzione.

Occorrono ulteriori investimenti e il potenziamento degli strumenti di cooperazione tra gli Stati membri, ma soprattutto è ormai evidente quanto sia necessaria e improrogabile un'accelerazione del processo di sviluppo dell'assetto istituzionale europeo, poiché, se c'è una cosa che la pandemia ha ampiamente dimostrato, è che solo un'Europa forte e coesa può fronteggiare le formidabili sfide sanitarie, ambientali, economiche e politiche che ci troviamo ad affrontare e che sempre più dovremo fronteggiare nel prossimo futuro.

SIMONE PENASA

Ritengo che l'iniziativa delle istituzioni europee di prevedere una procedura centralizzata di appalto in materia di contrattazione del costo e della distribuzione dei vaccini, intrapresa all'interno della più ampia Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la Covid-19 (Comunicazione della Commissione, COM(2020) 245 final, 17 giugno 2020), debba essere valutata retrospettivamente e realisticamente, alla luce dei dati relativi alla percentuale di popolazione europea che ha potuto avere accesso alla vaccinazione e ai diversi livelli vaccinali raggiunti nei singoli Stati membri, da un lato, e del quadro emergenziale dal punto di vista sanitario, socio-economico e istituzionale all'interno del quale è venuta a collocarsi, dall'altro lato. Le ragioni di un approccio unitario in tale ambito enunciate nella Comunicazione che ha presentato la Strategia europea appaiono sicuramente condivisibili ed esprimono la volontà di evitare una concorrenza tra Stati membri nelle contrattazioni con le singole case produttrici, aumentando il potere negoziale dell'Unione europea e favorendo un meccanismo di «solidarietà tra tutti gli Stati membri, indipendentemente dall'entità della loro popolazione e del loro potere d'acquisto». Una procedura centralizzata, quindi, se interpretata alla luce del principio di solidarietà tra Stati (ma anche tra cittadini europei dei diversi Stati membri) e al netto di indiscutibili lacune ed inefficienze di natura tecnica e organizzativa, può avere svolto una funzione perequativa all'interno dell'Unione, in particolare tra Paesi con una maggiore o inferiore forza economica e mercato.

In tal senso, appare interessante citare uno studio, nel quale si è proposto un modello che ha ricostruito in termini probabilistici quali sarebbero state le caratteristiche della distribuzione dei vaccini all'interno dell'Unione in assenza della procedura centralizzata e quindi sulla base di un criterio puramente economico [il reddito pro capite a livello nazionale; D. KATSIKAS, A. FASIANOS, *In Defense of EU's COVID-19 Vaccine Strategy*, in *Global Policy*, 16 aprile 2021: https://www.globalpolicyjournal.com/blog/16/04/2021/defense-eus-covid-19-vaccine-strategy]. A livello globale, evidentemente i Paesi con un reddito pro capite più elevato hanno una maggiore capacità di soddisfare i propri bisogni in termini di approvvigionamento, mentre quelli con un reddito inferiore non riescono

tendenzialmente a coprire il proprio fabbisogno. Lo studio realizzato ha evidenziato come questa dinamica si sarebbe prodotta anche all'interno dell'Unione europea, in assenza di un meccanismo centralizzato di contrattazione e nel caso in cui i singoli Stati membri si fossero presentati singolarmente sul mercato globale dei vaccini. Secondo tale studio, solo nove Stati membri avrebbero ottenuto una quantità maggiore di vaccini (anche oltre a quanto necessario rispetto alla popolazione), mentre tutti gli altri – Italia compresa – avrebbero goduto di quantità inferiori (anche nettamente inferiori, come nel caso di Bulgaria, Romania e Croazia).

Dal punto di vista statistico-epidemiologico, il 31 agosto le istituzioni europee hanno annunciato il raggiungimento della soglia del 70% della popolazione maggiorenne europea che ha completato un ciclo completo di vaccinazione (256 milioni di cittadini). Secondo i dati forniti *dallo European Centre for Disease Prevention* [aggiornati al 22 agosto 2021, fonte: https://www.ecdc.europa.eu/en/covid-19/vaccine-roll-out-overview], la percentuale di persone maggiorenni che hanno completato il ciclo vaccinale varia in modo considerevole tra gli Stati membri, rispetto ai quali la forbice va da contesti nei quali il livello è molto basso (Bulgaria, 19,3%; Romania, 31,9%; Lituania e Croazia rispettivamente 45,5% e 46,8%), per raggiungere livelli superiori all'80% in Paesi quali Malta, Islanda, Irlanda, Danimarca, Belgio, Portogallo e comunque elevati (superiore al 70%, , come nei casi di Cipro, Francia, Germania, Paesi Bassi, Spagna, Lussemburgo, o subito inferiore, come in Italia e Austria). Una variabilità molto elevata, che sembra trovare una motivazione non tanto nella difficoltà a ottenere un numero di dosi proporzionato al numero di abitanti di ciascuno Stato, quanto piuttosto alla capacità organizzativa e operativa di questi ultimi di somministrarle effettivamente all'interno della propria popolazione: basti pensare, a titolo esemplificativo, che in Bulgaria è stato somministrato solo il 43% delle dosi disponibili (occorre peraltro riportare il dato secondo cui la Bulgaria è l'unico Stato membro a non aver ricevuto una quantità di dosi sufficiente a coprire il proprio fabbisogno, fermandosi all'89,2%). Da questo punto di vista, l'azione di coordinamento e finanziamento delle istituzioni europee e l'attivazione di meccanismi di solidarietà tra Stati membri potrebbero svolgere un ruolo importante nel ridurre – almeno – queste evidenti differenziazioni, pur tenendo conto che gli Stati conservano la piena competenza in materia di organizzazione e gestione dei rispettivi sistemi sanitari.

MARCO PLUTINO

Nonostante i molti problemi emersi, in parte accennati nella stessa domanda, il ruolo dell'Unione europea è stato complessivamente prezioso su diversi piani e ha comunque consentito ai paesi minori e dotati di minore capacità produttiva, di ricerca e tecnologia di non dover accettare le condizioni poste da potenze non democratiche, che pure hanno provato ad infiltrarsi nelle contraddizioni e nelle irrisolutezze della costruzione europea. L'Unione europea, anche grazie alla risposta data sul piano economico, sembra essere uscita più forte e coesa di prima. E ciò nonostante gli attuali

trattati non le conferiscano strumenti emergenziali paragonabili a quelli a disposizione ad esempio dell'amministrazione statunitense. Come noto in materia di salute pubblica l'Unione Europea ha in sostanza un ruolo di mero coordinamento di politiche nazionali e da giugno 2021 la Commissione è subentrata ai singoli Stati nella negoziazione di contratti con le case farmaceutiche, sostituendosi ai quattro paesi Ue che già avevano in essere delle contrattazioni, proprio al fine di negoziare condizioni contrattuali non alla portata degli altri paesi Ue, ed ottenendone difatti di estremamente vantaggiose (soprattutto in termini di prezzo), probabilmente anche migliori di quelle che avrebbero potuto ottenere i paesi più grandi e popolosi. L'Ue ha evitato che la concorrenza tra Stati determinasse un fattore oggettivo di disunione e la Commissione ha attivato un meccanismo "*Emergency Support Instrument*", con un budget significativo che ha funzionato bene, arrivando alla stipula dei contratti con le case farmaceutiche, trattando da pari, e alla distribuzione dei vaccini in ragione della popolazione di ciascun paese. Degna di sottolineatura anche l'azione esterna della Ue, per la fornitura di vaccini (ma non solo; anche con azioni di protezione civile, assistenza finanziaria specifica ed altro) agli Stati meno ricchi. Potrebbero rilevarsi molte sbavature e incompiutezze, ma la prova offerta complessivamente dalla Ue appare piuttosto soddisfacente.

FABRIZIO POLITI

Il mio giudizio sul ruolo svolto dalle istituzioni europee, non solo nella contrattazione ("a nome di tutti gli Stati membri") con le aziende produttrici dei vaccini, ma più in generale in tutta la fase della pandemia, è altamente positivo. In risposta alle voci di vuoto "sovranismo", le istituzioni europee hanno dimostrato plasticamente l'utilità e la necessità di risposte "europee", che peraltro sono a loro volta il frutto della capacità dei vertici dei governi nazionali (riuniti in sede di Consiglio europeo) di elaborare una risposta comune.

Probabilmente ogni singola decisione è perfettibile, ma dobbiamo parimenti prendere atto che le decisioni adottate nell'estate del 2000 erano adeguate allo stato delle conoscenze del momento. Per questa ragione penso che si possa riconoscere che il meccanismo di solidarietà ha dato una risposta che merita un giudizio positivo anche con riguardo alla distribuzione dei vaccini tra gli Stati membri. È indubbio che anche gli Stati c.d. "minori", grazie alle scelte compiute dall'Unione Europea, hanno beneficiato e stanno beneficiando di una campagna vaccinale che avrebbe avuto una velocità sicuramente inferiore nel caso in cui ogni singola nazione fosse stata lasciata a sé stessa. Per questa ragione il giudizio sul ruolo svolto in questi diciotto mesi dalle istituzioni europee deve essere ampiamente positivo.

***

I PARTECIPANTI AL FORUM

Luigi D'Andrea, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Messina

Luca Di Majo, Ricercatore t.d. lett. A) di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

Benedetta Liberali, Ricercatrice t.d. lett. B) di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Milano

Donatella Morana, Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Alessandro Morelli, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Messina

Simone Penasa, Ricercatore t.d. lett. B) di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Trento

Marco Plutino, Ricercatore di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

Fabrizio Politi, Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università degli Studi de L'Aquila