GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

La Rivista

Fascicolo 2019/03

Contributi di:

A.I. Arena, R. Cabazzi, P. Costanzo, M. D'Amico, G. De Minico, G. Demuro, M.F. De Tullio, A. Giubilei, T. Guarnier, N. Lupo, E. Malfatti, F. Musella, M. Orofino, P. Passaglia, M. Pietrangelo, U. Ronga, A. Ruggeri, M. Ruotolo, S. Staiano, A. Vernata

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 2017-2019, **Direttore responsabile**: Paolo Carnevale**.**

Comitato di Direzione: Francesca Biondi, Giuseppe Campanelli, Ines Ciolli, Michele Della Morte, Alessandro Morelli, Alfonso Vuolo.

Comitato di Redazione: Gianluca Famiglietti (Coordinatore), Marta Caredda, Rossana Caridà, Piermassimo Chirulli, Martina Contieri, Ilaria Del Vecchio, Maria Antonella Gliatta, Antonello Lo Calzo, Cristina Luzzi, Andrea Napolitano, Costanza Nardocci, Leonardo Pace, Irene Pellizzone, Valentina Pupo, Umberto Ronga.

GRUPPO di PISA

Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

RIVISTA DEL GRUPPO DI PISA - INDICE DEL FASCICOLO 3/2019

Antonio RUGGERI, *La Consulta e il tiro della fune con gli altri giudici* 1

Andrea VERNATA, *Il ruolo dell'Ufficio parlamentare di bilancio nella forma di governo italiana: limiti e prospettive* 22

Marco RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?* 37

Umberto RONGA, *La selezione delle candidature* 49

Riccardo CABAZZI, *La tecnocrazia in luogo della politica: procedura per squilibri macroeconomici e riforme negli stati membri, spunti di comparazione* 73

Andrea GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi* 91

Elena MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni* 116

Antonio Ignazio ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità* 163

Nicola LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea e il loro stretto intreccio nella Costituzione "composita"* 175

Tatiana GUARNIER, *L'esperienza del "contratto di governo"* 196

Sandro STAIANO, *Il regionalismo differenziato. Debolezza teorica e pratica del conflitto* 224

Il Forum – Le sfide della democrazia digitale 231

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA "ACCENTRATO" DI COSTITUZIONALITÀ

UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

LA CONSULTA E IL TIRO ALLA FUNE CON GLI ALTRI GIUDICI*

ANTONIO RUGGERI

SOMMARIO: 1. Le difficoltà alle quali va incontro il tentativo di stabilire se si dia una nuova stagione per il sindacato accentrato di costituzionalità, a motivo della mobilità dei punti di vista e della relatività delle qualificazioni ad essa conseguenti, specie per il rilievo che va assegnato a fattori di contesto nella risoluzione dei casi. – 2. La pluralità delle cause che spingono per il "riaccentramento" del sindacato, il concorso allo stesso offerto dai giudici comuni, tanto in fase di apertura del sindacato stesso quanto in sede di "esecuzione" dei verdetti della Corte, la tendenza viepiù marcata a far prevalere in rilevante misura l'"anima" politica su quella giurisdizionale della Corte. – 3. La spinta data dalle emergenze in genere al "riaccentramento", col sacrificio che però non di rado si ha delle *ragioni della Costituzione* davanti alle *ragioni delle emergenze* stesse, e la motivazione dalla Corte addotta a suo sostegno al piano delle relazioni interordinamentali (note critiche a riguardo dell'indirizzo inaugurato da Corte cost. n. 269 del 2017, per i rischi che esso fa correre alla tipicità dei ruoli istituzionali e gli inconvenienti suscettibili di aversene a carico dei diritti). – 4. Doppia pregiudizialità e riflessi sugli equilibri tra legislazione e giurisdizione (e, perciò, sulla tenuta dello Stato costituzionale). – 5. "Riaccentramento" del sindacato ed abusi nell'utilizzo delle tecniche decisorie (con specifica attenzione alla interpretazione conforme), da parte dei giudici comuni come pure del giudice costituzionale, da se medesimo portato ad assoggettarsi ad un'autentica *mutazione genetica*. – 6. Notazioni finali a riguardo delle aporie teoriche di costruzione cui dà vita il modo con cui, a giudizio della Consulta, vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto eurounitario e la sollecitazione che, per effetto dell'"accentramento" del sindacato sulle questioni riguardanti i diritti fondamentali, potrebbe aversene per un complessivo ripensamento della nozione di "valore di legge", riferita ad ogni atto o fatto di normazione idoneo ad incidere sui diritti stessi.

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
Intervento conclusivo del Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.
Dedico lo scritto a Paolo Carrozza, valoroso collega ed amico carissimo, da un crudele destino prematuramente sottratto alla comunità scientifica, cui ha offerto contributi di non comune densità concettuale e finezza di analisi, ed a quanti di noi Gli erano variamente vicini, ai quali mai ha fatto mancare affetto sincero, generosamente donato.

1. ***Le difficoltà alle quali va incontro il tentativo di stabilire se si dia una nuova stagione per il sindacato accentrato di costituzionalità, a motivo della mobilità dei punti di vista e della relatività delle qualificazioni ad essa conseguenti, specie per il rilievo che va assegnato a fattori di contesto nella risoluzione dei casi***

Non è facile stabilire se si dia una nuova stagione per il sindacato accentrato di costituzionalità, alla luce di alcune delle sue più salienti manifestazioni del tempo presente; e ciò, per plurime ragioni, specie se la questione dovesse essere ambientata non soltanto nell'ambito in cui maturano le esperienze relative ai giudizi sulle leggi, ma anche avuto riguardo ai giudizi restanti (e, segnatamente, a quelli originati da conflitti tra poteri). Peraltro, ormai da tempo le competenze della Corte tendono – a mia opinione, innaturalmente – a sovrapporsi ed a confondersi reciprocamente[1], secondo quanto ha da ultimo confermato l'anomala vicenda registratasi a seguito dell'approvazione della legge di bilancio nel dicembre dello scorso anno[2], la cui soluzione ha sollevato ampie ed argomentate critiche anche da parte di coloro che, in via di principio, non sono contrari all'utilizzo dello strumento del ricorso per conflitto per sanzionare vizi sia di forma che di sostanza delle leggi[3].

Resto, ad ogni buon conto, fedele alla compito affidatomi da chi mi ha chiamato a svolgere l'intervento conclusivo dei nostri lavori, e dunque mi limiterò a rappresentare talune notazioni spar-

[1] Agevola quest'esito una malintesa accezione del carattere "residuale" dello strumento del conflitto interorganico, messo in particolare evidenza – come si sa – da un noto studio di R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, fatto ora oggetto di penetranti rilievi critici da A. PUGIOTTO, *Metamorfosi e tramonto della "residualità" nei conflitti tra poteri da atto legislativo*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 501 ss.; v., inoltre, utilmente, A. ANZON DEMMIG, *La Corte chiude la strada ad ulteriori forme anomale di accesso diretto al sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1977 ss.
In realtà, si ha qui una delle tante testimonianze del fatto ricorrente per cui, al fine di rimediare a strutturali lacune del dettato costituzionale e positivo in genere, anziché battere la via piana delle innovazioni con legge, si è fatto (e si fa) luogo alla sostanziale riscrittura dei dati normativi per via interpretativa, prestandosi soprattutto i giudici (a partire da quello costituzionale) ad un ruolo di "supplenza" che loro non competerebbe (ma su ciò, *amplius*, *infra*).

[2] Ne ripercorre ora l'andamento L.F. PACE, *Il ruolo dell'Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri, la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell'Italia all'Eurozona*, in www.aisdue.eu, 1/2019, 2 settembre 2019.

[3] *Ex plurimis*, v. i contributi che sono in www.federalismi.it, 4/2019, e gli altri al seminario svoltosi a Firenze il 25 febbraio 2019 su *L'ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale*, che sono in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2019, ed alla tavola rotonda su *La garanzia costituzionale del procedimento legislativo*, organizzata dall'AIC e svoltasi a Catania l'11 giugno scorso, tra i quali P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in www.osservatorioaic.it, 5/2019, 3 settembre 2019, e, pure *ivi*, F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, e I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi "mille" poteri dello Stato*, nonché, se si vuole, il mio *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in www.rivistaaic.it, 2/2019, 18 giugno 2019, 597 ss.; nella stessa *Rivista*, M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli* interna corporis acta, 25 giugno 2019, 611 ss.; inoltre, G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2019; nella stessa *Rivista*, C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle "violazioni manifeste" nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*; Y.M. CITINO, *La "consolidata prassi" della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Rass. parl.*, 1/2019, 115 ss.; V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2/2019, e, pure *ivi*, S. CECCANTI, *Qualche breve chiosa all'ordinanza n. 17/2019*, e A. FIORENTINO, *La legittimazione attiva dei singoli parlamentari e la sua sottoposizione al test delle "violazioni manifeste". Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale*; T.F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi «intra-potere» dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 291 ss.; F. FABRIZZI, *L'ord. 17/2019 e l'accesso del singolo parlamentare tra profilo soggettivo e profilo oggettivo*, in www.federalismi.it, 13/2019, 3 luglio 2019; L.F. PACE, *L'ord. n. 17/19 della Corte costituzionale e la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019, il procedimento* ex *Reg. UE n. 473/2013 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell'Italia all'Eurozona*, cit., 515 ss.; F. MARONE, *La legittimazione al conflitto del singolo parlamentare tra compromesso politico e coerenza processuale*, in *Foro it.*, 7-8/2019, I, 2301 ss.; M. CONTIERI, *"Giusto procedimento legislativo" e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in www.federalismi.it, 16/2019, 4 settembre 2019.

se specificamente riguardanti i giudizi sulle leggi, riservando unicamente un cenno alla vicenda sopra richiamata.

Enuncio subito le principali ragioni che rendono assai problematica ed incerta una valutazione d'assieme in relazione al quesito inizialmente posto. La prima di esse è data dal carattere mobile del punto di osservazione delle vicende della giustizia costituzionale che, riguardate da angoli prospettici diversi, si prestano ad esiti ricostruttivi parimenti diversi.

V'è di più. Non soltanto può cambiare (ed effettivamente cambia) la prospettiva ma persino tenendo ferma quest'ultima in relazione ad una stessa esperienza che torni a costituire oggetto di osservazione anche a breve distanza di tempo in un mutato contesto possono raggiungersi conclusioni anche significativamente divergenti: è come se l'oggetto stesso fosse sfuggente, scivoloso, continuamente riplasmabile, a mo' di sostanza gommosa, presentandosi perciò in forme refrattarie ad una loro rigida e fissa catalogazione. D'altronde, è risaputo che gli elementi di contesto giocano un ruolo di prima grandezza, non di rado risolutivo, nella impostazione e risoluzione delle questioni di costituzionalità, tanto più laddove su queste ultime lascino un segno marcato emergenze di vario genere, secondo quanto ha, tra le molte altre, testimoniato la vicenda definita da Corte cost. n. 17 del 2019, dietro richiamata. La minaccia incombente dell'avvio di una procedura d'infrazione a carico del nostro Paese ha, per un verso, indotto il Governo (col docile e rassegnato sostegno della sua maggioranza parlamentare) a far luogo ad una violazione grave e – checché ne abbia detto la Consulta – vistosa dei canoni relativi alla formazione della legge e, per un altro verso, la Consulta stessa ad offrire il suo indulgente avallo alla manovra posta in essere dagli attori politico-istituzionali[4].

Tornerò a breve sui fattori di contesto (e, in ispecie, sulle emergenze) a motivo della sempre più frequente e rilevante incidenza esercitata sui giudizi di costituzionalità, avvertendo sin d'ora che le emergenze stesse non sono come i terremoti o altri eventi della natura aventi carattere meramente accidentale ma sono la diretta ed immediata conseguenza di scelte e comportamenti umani irresponsabili e dissennati. Trovo, dunque, che sia francamente paradossale che, a causa di leggi non fatte o fatte male o, ancora, rimaste inattuate o inapplicate, gli organi di garanzia (e – per ciò che qui specificamente importa – la Corte) debbano offrire la loro benevola "copertura" agli artefici dei guasti in parola ed agli atti o alle omissioni che li abbiano determinato (e li determinino).

2. *La pluralità delle cause che spingono per il "riaccentramento" del sindacato, il concorso allo stesso offerto dai giudici comuni, tanto in fase di apertura del sindacato stesso quanto in sede di "esecuzione" dei verdetti della Corte, la tendenza viepiù marcata a far prevalere in rilevante misura l'"anima" politica su quella giurisdizionale della Corte*

Tornando agli elementi di "accentramento" ed a quelli di "diffusione", la dottrina è – come si sa – da tempo avvertita della loro compresenza e varia, reciproca combinazione nelle esperienze della giustizia costituzionale che ne sono comunque "impressionate"[5]. Nessuno, per vero, è mai riuscito a soppesare gli uni e gli altri, stabilendo la "misura" o "gradazione" – se così può dirsi – di ciascuno di essi; forse, è cosa impossibile da fare (e, comunque, non saprei dire fino a che punto praticamente utile). La domanda, internamente articolata e composita, che però oggi ci è stata posta è se (e fino a che punto) risulti marcata la tendenza al "riaccentramento" – com'è da molti chiamata –, a cosa si debba, fin dove possa ulteriormente spingersi e – ciò che dal mio punto di vista è di maggiore interesse teorico – se la stessa si mantenga entro la cornice, seppur approssimativamente

[4] … per non dire qui del ruolo svolto in questa come in altre vicende dal Capo dello Stato che ha senza indugio promulgato la legge, pur non avendo taciuto riserve di non secondario rilievo.

[5] Richiamo qui solo i contributi di AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, e A.M. NICO, *L'accentramento e la diffusione nei giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2007. Più di recente, S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in www.federalismi.it, 13/2019, 3 luglio 2019. Infine, la relazione introduttiva al nostro Seminario di R. ROMBOLI.

fissata, della Costituzione e della disciplina normativa in genere che governa il processo costituzionale ovvero se si sia ormai portata oltre (e, perciò, in buona sostanza, contro) di essa.

Un grumo di questioni – come si vede – di estrema complessità, una sorta di matassa assai difficilmente dipanabile. Nel tentativo di fare almeno in parte chiarezza, mi pare che si possa, innanzi tutto, dire che la tendenza in parola sia alimentata da cause diverse in relazione a situazioni parimenti diverse, cause nondimeno convergenti nell'esito ma bisognose di essere fatte oggetto di analisi separata; in secondo luogo (e la cosa mi sembra meritevole di speciale attenzione), la tendenza stessa è agevolata a formarsi dai giudici comuni e dagli operatori in genere che, col fatto stesso di rivolgersi alla Corte[6], danno modo a quest'ultima di affermare e far valere il proprio punto di vista. Non va infatti trascurata la circostanza per cui senza la "collaborazione" (in larga accezione) degli attori del processo, in fase tanto di apertura quanto di chiusura dello stesso, il regista non potrebbe portare ad effetto il disegno che ha in testa, nessuna esperienza di giustizia costituzionale riuscendo a perfezionarsi dentro le mura della Consulta. Com'è infatti da tempo acclarato, non secondario rilievo è da assegnare, oltre che al modo con cui è formulata la domanda di giustizia costituzionale, alla "esecuzione" del verdetto emesso dal giudice delle leggi, la quale poi non di rado è vera e propria "attuazione" o, diciamo pure, compartecipazione, in svolgimento di indicazioni essenziali somministrate dal giudice stesso[7]. La più emblematica testimonianza si ha – com'è noto – in occasione del "seguito" dato alle additive di principio; non si trascurino, poi, i casi in cui la Corte ha fatto (e fa) luogo a pronunzie intrise di una carica elevata di "politicità", bisognose al fine di potersi affermare nell'esperienza della "collaborazione" delle autorità remittenti e dei giudici comuni in genere, della quale però talora non si è avuto riscontro.

Si pensi, ad es., al caso, assai discusso[8], di cui a Corte cost. n. 10 del 2015, di particolare interesse ai nostri fini per una duplice ragione: per il superamento della incidentalità *ex post* tentato dalla Corte e per la "resistenza" opposta dall'autorità remittente alla manovra posta in essere dalla Corte stessa[9]. È chiaro, ad ogni buon conto, che ben diversa è la ragione che ha indotto quest'ultima a fare l'uso (e il non uso…) che ha fatto della rilevanza con riferimento alla vicenda della c.d. *Robin tax* rispetto, ad es., alle vicende che hanno riguardato le leggi elettorali[10].

---

[6] … e di rivolgersi in un modo piuttosto che in un altro, la formulazione della domanda alla Corte rivestendo cruciale rilievo e sostanzialmente determinando la risposta da parte di quest'ultima.

[7] Non diversamente, per l'aspetto ora considerato, vanno le cose con riguardo alle esperienze della giustizia europea, pur nelle innegabili peculiarità che le contraddistinguono; e d'altronde, anche le Corti europee tendono *quodammodo* a "costituzionalizzarsi", secondo quanto è rilevato, seppur con varietà di accenti da una crescente dottrina [riferimenti in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, in www.questionegiustizia.it, aprile 2019, e, da ultimo, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, in *paper*. Contrari all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale, tra gli altri, M. LUCIANI, Intelligenti pauca. *Il caso* Taricco *torna (catafratto) a Lussemburgo*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par.) e, ora, G. MARRA - M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 8-9/2019, spec. 154 ss., nonché in www.penalecontemporaneo.it, 12 luglio 2019].

[8] Per tutti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.*; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 59 ss., e A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenza di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 3/2018, 23 ottobre 2018, 185 ss.

[9] Su quest'ultimo aspetto, v., di recente, G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2019, 3 giugno 2019, 383 ss.

[10] Pur nella varietà dei punti di vista al riguardo manifestati, diffusa è la preoccupazione per l'accantonamento del canone della rilevanza, specie per il modo con cui si è consumato in occasione della prima e, soprattutto, della seconda pronunzia della Corte sulle leggi in parola, che ha avuto – come si sa – ad oggetto una disciplina della quale non si era ancora fatta, né si sapeva se mai si sarebbe fatta, applicazione (riferimenti in G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit.; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018,

Nel secondo caso, si trattava di far uscire un sistema politico che stava sempre di più per essere fagocitato dalle sabbie mobili in cui da se stesso si era immerso, nel tentativo disperato di offrirgli l'opportunità di superare in qualche modo e – ciò che più importa – *con qualunque costo* lo stato d'*impasse* in cui esso (e, con esso, la nostra democrazia) versava. A conti fatti, l'unica giustificazione che avrebbe potuto addursi a sostegno del palese accantonamento avutosi delle regole processuali era la stessa che già i Romani, con il senso pratico che li contraddistingueva, riassumevano nella formula *salus rei publicae suprema lex esto*.

Nel primo caso, invece, si trattava di mettere al riparo i conti pubblici dal rischio di uno sforamento giudicato intollerabile. Se ci si pensa, per l'aspetto da ultimo considerato, la vicenda del 2015, pur nella sua complessiva e peculiare connotazione, presenta alcune assonanze con quella definita dalla 17 del 2019. La quadratura dei conti e la messa al riparo dei risparmi dei cittadini è, infatti, una preoccupazione costante e dominante, davvero di cruciale rilievo nell'operato dei garanti: non a caso, ad essa hanno fatto esplicito riferimento tanto la Consulta, nella decisione da ultimo richiamata, quanto (e prima ancora) il Capo dello Stato con riguardo al caso Savona[11].

In relazione a queste e ad altre circostanze, tornano pressanti due interrogativi: quello machiavellico, se il fine giustifica il mezzo (o, quanto meno, se lo giustifica *sempre*…)[12], e l'altro contenuto nella sesta satira di Giovenale relativo a chi mai possa controllare i controllori.

Il discorso porterebbe molto lontano e non può ora essere neppure avviato; mi limito solo a rilevare che esso, a conti fatti, si ripropone davanti ad ogni emergenza, quale che ne sia la natura ed entità.

È, poi, pur vero che rimane una differenza di fondo tra l'operato del Capo dello Stato e quello della Corte; ed è che quest'ultima, diversamente dal primo, è un giudice, seppure peculiare o, come suol dirsi, *sui generis*, ma pur sempre un giudice. Quanto all'uno, è ormai provato il rilievo assunto dagli *accidents of personality*, tanto da indurre un'accreditata dottrina a ragionare – com'è noto – de *Gli uomini del Quirinale*[13]; quanto all'altra, di contro, la esistenza stessa del collegio e il rinnovo non simultaneo dei suoi membri è (o, meglio, *dovrebbe* essere…) fattore di stabilizzazione per ciò che attiene ad un certo modo d'intendere e praticare il proprio ruolo.

È singolare, invece, che specie l'esperienza degli anni a noi più vicini mostri una sorta di ribaltamento di questo schema. Ferme, infatti, le differenze anche marcate di temperamento e di sensibilità istituzionale dei Presidenti che si sono man mano fin qui succeduti, alcune loro tecniche decisorie – se così vogliamo chiamarle, prendendo a prestito una espressione usualmente riservata alla Consulta – tornano a riaffacciarsi, specie in presenza di situazioni di emergenza, pure assai diverse tra di loro (si pensi, ad es., all'esperienza, viepiù ricorrente, delle promulgazioni di leggi accompagnate da una motivazione… *contraria*[14]).

---

spec. 131 ss. e 151 ss. In generale, con riguardo alle numerose e complesse questioni che si pongono in relazione all'accesso ai giudizi di costituzionalità, un chiaro quadro di sintesi è stato offerto, nel corso dei nostri lavori, dalla relazione di A.M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*; v., inoltre, l'intervento di M. TROISI, *Incidentalità e ruolo dei giudici* a quibus, entrambi in www.gruppodipisa.it, in vers. provv.).

[11] Sulla sofferta vicenda, fatta oggetto di innumeri commenti, per tutti, v. i contributi al Seminario su *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, svoltosi all'Università "La Sapienza" di Roma il 6 giugno 2018, in www.osservatoriocostituzionale.it, 2/2018; AA.VV., *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, a cura di A. Morelli, Napoli 2018; ulteriori riferimenti in A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e* razionalizzato *al parlamentarismo flessibile, con* supplenza *presidenziale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 77 ss. (e, in forma più estesa, in www.forumcostituzionale.it, 17 settembre 2018), e M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in www.rivistaaic.it, 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss.

[12] M v., su ciò, la lucida avvertenza di una sensibile dottrina secondo cui il fine non può *mai* giustificare il mezzo, dal momento che "sono sempre i mezzi a prefigurare i fini" (A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

[13] Il riferimento è, ovviamente, a A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari 1985.

[14] L'etichetta è stata da me coniata in *Verso una prassi di leggi promulgate con "motivazione"...* contraria*?*, in www.forumcostituzionale.it, 1 luglio 2002, ed è stata quindi ripresa anche da altri (in tema, di recente, v. M. FERRARA,

Quanto alla Corte, invece, sembra che essa ben poco si curi di far luogo ad una produzione a getto continuo di tecniche decisorie anche fortemente innovative rispetto ad un recente passato[15]; mostri, cioè, di non preoccuparsi della delegittimazione che reca a se stessa per il mero fatto di dar vita a giudizi nel segno della sostanziale discontinuità, facendo così da ostacolo a che le decisioni che li concludono si compongano in "indirizzi" in senso proprio[16]. Tanto più, poi, ciò ha rilievo ed induce a preoccupate riflessioni laddove non si diano mutamenti di contesto idonei a giustificare le frequenti "giravolte" del giudice e – più ancora – laddove questo disegno sia realizzato col costo, francamente insopportabile, dello scostamento vistoso dai canoni che stanno a base dei giudizi stessi[17].

La promulgazione "presidenzialmente osservata" della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere, in www.osservatorioaic.it, 3/2019, 4 giugno 2019, 43 ss., e G. LAURI, *La promulgazione con motivazione contraria e il richiamo ad intervenire sulla legge di conversione del* decreto sicurezza bis*, tra nuove vette e vecchi problemi*, in www.forumcostituzionale.it, 14 ottobre 2019; ulteriori riferimenti all'uso assai vario fatto degli strumenti del controllo presidenziale in G. MAROLDA, *Se per "sicurezza" e per "semplificare" c'è il Quirinale. Alcune considerazioni sulla "leale collaborazione" tra Presidenza della Repubblica e Governo*, in www.forumcostituzionale.it, 23 luglio 2019).

[15] Uno studio accurato su alcune specie di decisioni si deve a C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013, del quale v., ora, anche l'intervento, dal titolo *L'ordinanza "una e trina"*, al Seminario su *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 27 maggio 2019, in www.forumcostituzionale.it, 7 giugno 2019, nel quale si rileva che la stessa ospiterebbe in sé contenuti di plurima valenza. Tra i contributi al Seminario in parola, per l'aspetto ora specificamente rilevante, v., part., E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 531 ss.; nella stessa *Rivista*, utili spunti a finalità ricostruttiva anche in C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte". Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, 567 ss. In tema, v., inoltre, gli approfonditi studi di C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 6/2019, 20 marzo 2019; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it, 2/2019, 26 giugno 2019, 644 ss.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e «congedo dalla vita» dopo la l. 2019/2017*, Aracne, Roma 2019; G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Giappichelli, Torino 2019, ed A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentrato di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 18 settembre 2019, con puntuali riferimenti di diritto comparato (specie alla dottrina tedesca). Infine, il contributo di G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale*, al Convegno su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, in *paper*, spec. § 4.

[16] In altri luoghi si è fatto notare che tratto identificante della giurisdizione in genere (e di quella costituzionale in specie) è la "doppia coerenza", *sincronica* (interna cioè alla singola pronunzia) e *diacronica* (decisioni relative al medesimo caso che torni a ripresentarsi immutato nel tempo richiedendo di comporsi in indirizzi linearmente svolti): una coerenza, dunque, quale condizione di prevedibilità dei giudizi e di certezza del diritto [con specifica attenzione alla motivazione delle pronunzie della Corte, maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 23 s.; sul ruolo giocato dalla motivazione stessa, per tutti, v. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996. Infine, con specifico riguardo alla giurisprudenza delle Corti europee, riferimenti possono ora aversi da L. TRIA, *L'interpretazione delle pronunce della Corte di giustizia UE e della Corte EDU*, in www.questionegiustizia.it, 11 ottobre 2019].

Di recente, una sensibile dottrina (P. CARNEVALE, *Incappare in…* Cappato*. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in Consulta OnLine, 30 luglio 2019, 369) ha però fatto notare che "la coerenza, in quanto assunta come valore in sé, può sconfinare nell'ostinazione se si traduce in imperativo morale impermeabile al ripensamento": un "ripensamento" che, invero, può (e deve) aversi al mutare della "situazione normativa" oggetto del giudizio ma che verrebbe – a me pare – fatalmente visto quale pura espressione di autoritarismo giudiziario laddove lo stesso giudice dovesse definire due casi in tutto eguali tra di loro in modo diverso, facendo luogo ad un discriminato trattamento sia degli atti sindacati che (e soprattutto) dei soggetti che ne sono riguardati.

[17] La più avveduta dottrina (per tutti, R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tu-*

Ora, per quanto la flessibilità del modello costituzionale non sia da mettere in dubbio, alcuni canoni di base, essenziali, pur sempre vi sono a riguardo dello svolgimento dei giudizi; e, dunque, nel momento stesso in cui essi sono messi da parte, il giudice cessa fatalmente di essere tale. L'equilibrio tra le due "anime" – come si è soliti chiamarle[18] –, la politica e la giurisdizionale, racchiuse nel corpo della Consulta va dunque costantemente preservato, *costi quel che costi*. È per ciò che, ad opinione di molti di noi, la vicenda sopra più volte richiamata, che ha portato alla sofferta gestazione ed all'ancora più sofferta venuta alla luce della legge di bilancio nel dicembre dello scorso anno, non avrebbe dovuto avere la chiusura che ha avuto, tanto più che gli stessi ricorrenti non chiedevano – forse, per carità di patria – l'annullamento dell'atto, limitandosi a reclamare il mero, astratto riconoscimento della bontà delle loro ragioni. Ciò che, a mia opinione, non si sarebbe comunque potuto avere, se è vero che all'accertamento della spettanza della competenza in contestazione necessariamente consegue l'annullamento dell'atto invalido eventualmente adottato[19].

3. *La spinta data dalle emergenze in genere al "riaccentramento", col sacrificio che però non di rado si ha delle* ragioni della Costituzione *davanti alle* ragioni delle emergenze *stesse, e la motivazione dalla Corte addotta a suo sostegno al piano delle relazioni interordinamentali (note critiche a riguardo dell'indirizzo inaugurato da Corte cost. n. 269 del 2017, per i rischi che esso fa correre alla tipicità dei ruoli istituzionali e gli inconvenienti suscettibili di aversene a carico dei diritti)*

Senza ora entrare in dettagli la cui illustrazione richiederebbe uno spazio di cui qui non si dispone, mi pare comunque innegabile che le situazioni di emergenza agevolino ed alimentino, per la loro parte, la tendenza al "riaccentramento" e però, allo stesso tempo, non poche volte anche quella a far prevalere sulle ragioni della Costituzione quelle dell'emergenza stessa.

---

tela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss., e *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 AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura dello stesso Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 10 ss.) ha da tempo avvertito dei rischi che in congiunture siffatte si corrono, resi viepiù evidenti e gravi dalla circostanza per cui delle pronunzie della Corte non può darsi alcuna impugnazione (art. 137, ult. c., cost.). Un disposto, questo, che ha sollevato – come si sa – un mucchio di problemi di ordine teorico-pratico, a riguardo dei quali (e delle relative soluzioni) nulla può ora dirsi. Mi limito solo ad osservare di passaggio che, seppur il canone racchiuso nel disposto stesso dovesse considerarsi passibile di bilanciamento con altri canoni, ammettendosi dunque la eventualità di un qualche ripensamento di anteriori decisioni della Corte (ad es., per effetto del sopravvenire di pronunzie delle Corti europee con le prime incompatibili), si tratterebbe pur sempre di una eventualità eccezionale che, con la sua stessa esistenza, non solo non scalfirebbe la regola ma, di contro, la confermerebbe.

[18] Nutrita la dottrina che ne ha fatto oggetto di studi di vario segno, perlopiù nondimeno orientati a rilevare con preoccupazione l'*escalation* della iperpoliticizzazione dei giudizi di costituzionalità (tra gli altri, v. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e* political question doctrine*. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bononia University Press, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit.; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. In prospettiva comparata, per tutti, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018. Di un 'tono' prevalentemente 'attivista' verso la sfera del potere politico del nostro sistema di giustizia costituzionale" ragiona ora un'autorevole dottrina: E. CHELI, *Tendenze e sviluppi della giustizia costituzionale italiana*, in www.astrid-online.it, ottobre 2019).

[19] Quest'appunto critico è nel mio *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, cit., 599, in nt. 8; può, inoltre, vedersi in G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, cit., § 4. Ha caldeggiato la soluzione fatta quindi propria dai ricorrenti R. BIN, *Il conflitto di attribuzioni è la risposta giusta, ma bisogna farlo bene*, in www.laCostituzione.info, 28 dicembre 2018.

È storia antica. Ricordiamo tutti quell'autentico *monstrum* venuto alla luce alla Consulta ai tempi bui del terrorismo rosso, per combattere il quale il Governo aveva varato misure a loro volta mostruose, che calpestavano diritti inviolabili della persona, a partire dal primo di tutti, la libertà personale (e, più ancora, la dignità), determinando un'abnorme dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva di persone – non si dimentichi – presuntivamente innocenti. Ebbene, il giudice delle leggi vi ha, come sappiamo, offerto il suo generoso avallo, facendo salve le misure in parola (con la famosa sent. n. 15 del 1982), pudicamente qualificate come "insolite" e però aggiungendo che le stesse avrebbero perduto validità una volta cessata l'emergenza, richiedendo pertanto di essere sollecitamente rimosse.

Altre volte, invece, la "logica" fatta valere è esattamente rovesciata rispetto a quest'ultima. In un contesto diverso, e però ugualmente segnato dall'emergenza (non più terroristica ma economica), la Corte, pur di dare comunque appagamento ai diritti fondamentali lesi (a partire da quello alla salvaguardia della dignità), ha ritenuto ugualmente valicabili i confini segnati in Costituzione all'operato dei pubblici poteri. È ciò che, ad es., si è avuto in occasione della vicenda definita da Corte cost. n. 10 del 2010, che ha mandato assolta dal sindacato di costituzionalità la disciplina statale con cui è stata introdotta la c.d. *social card*, malgrado la stessa ricadesse in ambito materiale, quello dei servizi sociali, di spettanza delle Regioni[20].

Altre volte ancora, al fine di dare ristoro ai diritti (ed alla dignità), la Corte non ha esitato a mettere senza indugio da parte i canoni che governano lo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, portando all'effetto di riscrivere, sia pure limitatamente al caso, lo stesso art. 134, nella parte in cui fa riferimento all'oggetto del sindacato. Così, nella discussa vicenda di cui a Corte cost. n. 238 del 2014, nel corso della quale si è assistito ad una inusuale, stupefacente dilatazione dell'oggetto stesso, esteso anche a norme non scritte (nella specie, quella di adattamento nei riguardi di norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta). Tra l'altro, è curioso che la Corte abbia qualificato come "inesistente" la norma interna in parola, allo stesso tempo non riconoscendo ai giudici comuni il titolo di rilevare *motu proprio* la sussistenza di un vizio siffatto d'invalidità (da un'accreditata dottrina qualificato come "forte"[21], per distinguerlo da quello, "debole", in via generale bisognoso di essere portato alla cognizione della Consulta e suscettibile di dar vita all'annullamento, non già ad una dichiarazione d'"inesistenza", della norma o dell'atto che se ne sia reso responsabile).

Le vicende appena evocate sono assai istruttive; e dimostrano che all'esito del "riaccentramento" possono concorrere, ed effettivamente concorrono – come si viene dicendo – plurime cause che, dunque, necessitano di essere fatte oggetto di esame distinto.

La vicenda definita nel 2014, cui si è appena fatto cenno, sembra al riguardo fare storia a sé: si trattava, infatti, di dare ristoro a persona che aveva molto patito in conseguenza della prigionia cui era stata sottoposta durante la seconda grande guerra. Per centrare l'obiettivo prefissosi, la Consulta non ha esitato a mettere da canto la norma-base in tema di oggetto del sindacato di costituzionalità e categorie dalla lunga tradizione teorica, quale quella secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, che avrebbero portato a considerare – come si diceva – abilitato ciascun operatore a darne il riconoscimento.

È bene non azzardare mai previsioni per l'avvenire che non di rado risultano quindi smentite; viene, tuttavia, da pensare che lo scostamento registratosi nel corso di questa vicenda dai canoni del processo costituzionale possa restare un fatto isolato[22].

---

[20] Oscillante, nondimeno, si presenta sul punto la giurisprudenza che ha talora ammesso ed altre volte invece negato il possibile superamento del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, sia pure in situazioni di emergenza (favorevole, ad es., è Corte cost. n. 87 del 2018; contrarie sentt. nn. 39 del 2013 e 99 del 2014, nelle quali ultime è altresì un richiamo a sentt. nn. 148 e 151 del 2012).

[21] R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*[2], Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

[22] Per fare un paragone comunque da prendere *cum grano salis*, è quanto si è, ad es., avuto con la nomina dei senatori a vita da parte del Presidente Pertini: una esperienza rimasta chiusa tra parentesi rispetto ad un indirizzo – come si sa – di ben altro segno.

È, ad ogni buon conto, di tutta evidenza la differenza che passa tra questa vicenda, venuta a maturazione nell'ambito delle relazioni interordinamentali, con altre ricadenti nel medesimo ambito, quali quelle che si hanno tra diritto interno e diritto dell'Unione europea.

Si faccia caso: al fondo, v'è pur sempre il bisogno della Corte di riaffermarsi quale principale (e, in qualche caso, *esclusivo*…) garante dei diritti fondamentali. Non si tratta, tuttavia, solo di assicurare l'ottimale tutela a questi ultimi, pur nei limiti consentiti dalle condizioni complessive di contesto; v'è anche il bisogno, dal giudice delle leggi intensamente avvertito (e non celato…), di riequilibrare l'assetto dei rapporti con gli altri giudici (e, segnatamente, con quelli comuni ma, di riflesso, con la stessa Corte dell'Unione), a suo dire vistosamente alterati. In realtà, l'obiettivo vero è di spezzare il cerchio soffocante chiuso dalla mano dei giudici stessi che si sono a forza conquistati il titolo di interlocutori privilegiati e, in un tempo per fortuna ormai trascorso, a conti fatti, esclusivi del giudice eurounitario, avvalendosi in misura crescente dell'arma del rinvio pregiudiziale.

Poco importa, in questo scenario, il fatto che il tribunale costituzionale si sia in passato da se stesso escluso dal canale che collega i giudici nazionali alla Corte di giustizia. La Consulta non si limita, dunque, a fare *mea culpa* (cosa che – come si sa – aveva già fatto da qualche anno a questa parte) ma rilancia, sollecitando i giudici, in caso di doppia pregiudizialità, a dare – preferibilmente[23] – la precedenza a quella costituzionale, pur laddove – e la cosa è francamente singolare – la norma

[23] Lo riconosce ora espressamente un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 487 ss.; di recente, v., inoltre, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 4 marzo 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, e, dello stesso, ora, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioaic.it, 4/2019, 2 luglio 2019, 157 ss.; O. POLLICINO - G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019.* A ciascuno il suo*: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto* dell'*UE*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 255 ss.; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in www.federalismi.it, 13/2019, 10 giugno 2019; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 1 luglio 2019; V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in www.rivistaaic.it, 3/2019, 10 luglio 2019, 404 ss., spec. 428 ss.; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2019, 388 ss., e, della stessa, *Controlimiti, diritti con lo stesso* nomen *e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in www.federalismi.it, 8/2019, 17 aprile 2019; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2019, 16 luglio 2019; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2019 e, nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; G. TESAURO - P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della* lex mitior, in www.aisdue.eu, 1/2019, 6 maggio 2019, 27 ss., e, pure *ivi*, C. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, 3 settembre 2019, 55 ss., spec. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale:* lavori in corso, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 3/2019, 23 settembre 2019, 642 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in www.federalismi.it, 18/2019, 2 ottobre 2019; V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in ConsultaOnLine, 3/2019, 4 ottobre 2019, spec. 551 ss. Infine, G. MARTINICO, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, *paper* in vers. provv. illustrato all'incontro di studi su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, cit., spec. § 3, e ancora G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2019, 25 ottobre 2019, nonché i contributi al nostro incontro di I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, e M. LAZE, *Rapporti tra ordinamenti, doppia pregiudizialità e tutela dei diritti*, entrambi in www.gruppodipisa.it, in vers. provv., unitamente alla relazione introduttiva di R. ROMBOLI.

sovranazionale violata dovesse essere riconosciuta dallo stesso giudice comune come dotata dell'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione.

Non intendo qui tornare a fare l'ennesimo racconto di quanto affermato in Corte cost. n. 269 del 2017 e degli aggiustamenti dativi nelle pronunzie nn. 20, 63 e 117 del 2019, tutte fatte oggetto – come si sa – di un'autentica alluvione di commenti.

Su sei punti, tuttavia, desidero qui fermare nuovamente (e con la massima rapidità) l'attenzione[24].

Il primo è che non è chiaro quale sia il fondamento costituzionale della messa da canto del meccanismo dell'applicazione diretta del diritto sovranazionale, accompagnata dal recupero del sindacato accentrato, seppur limitatamente ai casi, comunque problematicamente accertabili, in cui siano in gioco i diritti fondamentali[25]; e ciò, ove si convenga – come devesi convenire – che il meccanismo stesso gode della "copertura" offertavi da un principio fondamentale dell'ordinamento, in precedenza dallo stesso giudice costituzionale ritenuto idoneo a derogare alla regola di cui all'art. 134 con riguardo alle antinomie tra norme interne e norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie *self executing*[26]. L'unica condizione legittimante lo spegnimento del meccanismo suddetto l'opposizione dei "controlimiti" avverso l'ingresso di norme eurounitarie che vi contrastino. Un'ipotesi che, ovviamente, può (e deve) essere prefigurata e di cui peraltro – come si sa – si è già avuto riscontro ma non – come, invece, vorrebbe la giurisprudenza costituzionale – per il caso, di cui ora si discorre, che si accordi, pressoché per sistema, la preferenza al sindacato accentrato di costituzionalità, pur laddove non sia contestata la violazione dei principi di base dell'ordinamento interno.

Il secondo è che, risultando imposta l'applicazione diretta per *ogni* norma dell'Unione che ne presenti l'attitudine, *quale che sia la fonte da cui risulta prodotta*, non si capisce come possa mai considerarsi rimesso – alla luce dell'ultima giurisprudenza – al discrezionale apprezzamento del giudice stabilire se farvi luogo ovvero battere la via che porta subito al sindacato accentrato, tanto più – come si diceva – laddove lo stesso giudice dovesse riconoscere nell'atto di proposizione della questione di costituzionalità il carattere *self executing* della norma sovranazionale violata. La Consulta – come sappiamo – scarica pilatescamente sul giudice la responsabilità della scelta, dichiarando in partenza la propria disponibilità (ed anzi la preferenza) a pronunziarsi per prima sulla questione, mentre quest'ultima dovrebbe, a mia opinione, essere dichiarata inammissibile per mancanza di un requisito indispensabile a radicare la cognizione della Corte sulla stessa.

Il terzo è che il meccanismo suddetto è stato pensato quale congeniale all'affermazione della *primauté* del diritto sovranazionale e, dunque, all'avanzata del processo d'integrazione europea. Averne ora circoscritto in considerevole misura l'area entro cui può spiegarsi (alla luce di quanto

[24] Maggiori ragguagli a riguardo delle notazioni di seguito svolte possono aversi dai miei *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *Org. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 3/2019, 15 luglio 2019, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, che nondimeno vanno ora rivisti alla luce delle ulteriori precisazioni qui fatte.

[25] Dopo la 20, infatti, nessuno può con sicurezza dire quali questioni meritino di essere portate alla cognizione della Corte e quali invece richiedano di essere definite col meccanismo dell'applicazione diretta: la prima parola – come si è veduto – spetta al giudice comune ma l'ultima (e risolutiva) alla Corte stessa.

[26] Viene perciò a determinarsi una "rottura" della Costituzione; la stranezza è però data dal fatto che, diversamente da ciò che usualmente si ha, qui è un *principio* a derogare ad una *regola*, e non viceversa. L'ulteriore stranezza, altrove rilevata, è, poi, costituita dal fatto che, abbisognando – perlomeno allo stadio attuale di avanzata del processo costituente europeo in corso – le norme sovranazionali della "copertura" offerta dall'art. 11, se ne ha che la loro violazione, ridondando comunque in violazione del disposto ora richiamato, richiederebbe *in ogni caso* di essere portata alla cognizione della Corte, in applicazione dello schema usuale della fonte interposta. Senonché, laddove ciò dovesse aver luogo per le norme *self executing* dell'Unione, risulterebbe violato il precetto del trattato che prescrive l'immediata applicazione delle norme in parola e, *per ciò stesso*, l'art. 11 che vi fa (implicito) richiamo. Il sindacato accentrato, insomma, dovrebbe comunque aversi e… *non aversi*. Un autentico rompicapo, determinato dalla mancata introduzione, sin dalla nascita delle Comunità e poi dell'Unione, di una *Europaklausel* con le forme dell'art. 138, accompagnata da una esplicita deroga alla regola generale di cui all'art. 134 della Carta.

stabilito dalla 269 per le sole antinomie specificamente riguardanti norme della Carta di Nizza-Strasburgo e, dopo la 20, anche altre norme alle prime funzionalmente connesse[27]) porta diritto all'effetto – lo si voglia o no e se ne abbia o no piena consapevolezza – di ostacolare l'avanzata suddetta e, per ciò stesso, d'introdurre elementi di *separazione* al posto di quelli d'*integrazione* tra gli ordinamenti[28].

Il quarto è che – perlomeno in molti casi – il giudice comune solo dopo aver interpellato la Corte di giustizia può avere chiaro il significato degli enunciati contenuti nella Carta di Nizza-Strasburgo o in altre fonti ancora, come pure a riguardo di queste ultime se si dia quel rapporto di stretta connessione che – a stare alla 20 – solo giustifica la chiamata in campo della Consulta[29]. Non si vede, dunque, come dar credito alla tesi, pure largamente diffusa, di quanti ritengono che la 269 avrebbe ribaltato l'ordine temporale con cui far luogo alla posizione di questioni pregiudiziali, rispettivamente, alla Corte di giustizia ed alla Corte costituzionale, né si vede come si possa accordare la preferenza, cui si è dietro accennato, alla pregiudizialità costituzionale, laddove il giudice abbia appunto bisogno di ricevere lumi dalla Corte dell'Unione.

Il quinto è che non è affatto detto che l'indirizzo inaugurato nel 2017 e viepiù precisato con le decisioni di quest'anno giochi a beneficio dei diritti fondamentali, secondo la giustificazione datane dal giudice delle leggi. A tacer d'altro, ne danno conferma i casi non infrequenti in cui da norme contrarie a Costituzione discendono effetti materialmente non sradicabili dal verdetto della Consulta e invece prontamente rimuovibili con la disapplicazione immediata delle norme stesse da parte del giudice comune.

Né varrebbe obiettare, con la stessa Corte[30], che il sindacato accentrato è il solo in grado di garantire quella certezza del diritto costituzionale, da cui può trarre non poco giovamento lo stesso primato del diritto sovranazionale. L'argomento va infatti incontro ad un duplice rilievo critico. Per un verso, prova troppo e, portato ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, richiederebbe il sistematico abbandono della tecnica dell'applicazione diretta delle norme dell'Unione *self executing*, ciò che – come qui pure si è rammentato – è però impedita dalla stessa Costituzione, in uno dei suoi principi fondamentali. Per un altro verso, poi, come si è fatto altrove notare, la sola *certezza del diritto* che abbia pregio e meriti pertanto di essere salvaguardata e trasmessa anche per l'avvenire è quella che si dimostri in grado di convertirsi e naturalmente risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro salvaguardia. La stessa Consulta se ne mostra avvertita con riguardo ad istituti da lunga tradizione considerati serventi la certezza in senso oggettivo, quale il giudicato, e tuttavia qualificati come recessivi proprio in funzione della ottimale tutela dei diritti

[27] … senza escludere – come si dirà sul finire di questa riflessione – che ci si possa portare anche oltre, ulteriormente "riaccentrando" il sindacato.

[28] Non è di qui indugiare circa lo stadio raggiunto dal processo d'integrazione sovranazionale, la cui avanzata risente pesantemente di condizioni di contesto, specie nella presente congiuntura di certo non benevole, vuoi per il rigurgito di un nazionalismo sempre più aggressivo ed inquietante e vuoi per le ingravescenti emergenze che Unione e Stati si trovano, ormai quotidianamente, a dover affrontare. Mi pare, nondimeno, che possa convenirsi su un punto: che gli enti in parola non sono, di certo, *pleno iure* integrati ma neppure sono *pleno iure* separati (cfr. la diversa impostazione rappresentata nell'intervento, cit. di M. LAZE); sono, appunto, in via di progressiva integrazione, segno marcato, altamente emblematico, della quale è il carattere condiviso della sovranità, nel quale peraltro si specchia il modo complessivo di essere della identità costituzionale di cui ciascun ente è dotato. Una identità che appare essere internamente composita, dal momento che ciascun ordinamento ha tra i propri principi fondamentali quello della reciproca apertura e disponibilità a far valere e portare ad effetto al proprio interno materiali normativi e giurisprudenziali provenienti dall'altro ed idonei a porsi in funzione servente dei fini-valori nei quali l'ordinamento stesso si riconosce, all'insegna di quel principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, di cui si dirà meglio più avanti.

[29] È questo uno di quei casi in cui può dirsi *per tabulas* assolto quell'"adeguato onere di giustificazione che indichi le ragioni del mancato, preventivo, sollevamento dell'incidente di costituzionalità", di cui ragiona ora una sensibile dottrina (G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, cit., ult. par.).

[30] … e la nutrita schiera di studiosi che ne condividono l'orientamento (per tutti, di recente, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, cit.).

(v., part., per la materia penale, Corte cost. n. 113 del 2011 e, per la materia civile e quella amministrativa, n. 123 del 2017)[31].

Tutto ciò posto, è poi pur vero che la soluzione ideale è, a mia opinione, quella del cumulo dei rimedi[32]: assistendosi dunque, in prima battuta, alla immediata "non applicazione" della norma interna contraria a norma sovranazionale *self executing* e, in seconda, alla estromissione con effetti *erga omnes* della prima ad opera del giudice delle leggi (sempre che nel frattempo non intervenga con sollecitudine il legislatore a rimuoverla). La qual cosa, tuttavia, comportando il superamento del canone della incidentalità, non potrebbe che aversi – a me pare – a seguito di una modifica in tal senso della disciplina che sta a base dei giudizi di costituzionalità. Per vero, si è di recente ipotizzato che l'innovazione in parola possa concretarsi anche *ope juris prudentiae*[33]; senza, tuttavia, stare ora a discutere delle probabilità (a mia opinione, remote) che possono assegnarsi all'ipotesi in parola, consiglierei ad ogni buon conto di tenere ferma la naturale precedenza della pregiudizialità "comunitaria" sulla costituzionale. Ciò che, tra l'altro, può dar modo al giudice comune di rendere ancora più salda, fondata, la chiamata in campo della Consulta, sollecitata a conformarsi alle indicazioni date dalla Corte dell'Unione, laddove – come nell'ipotesi ora ragionata – diano conferma della sussistenza dell'antinomia. Il previo ricorso alla Consulta, di contro, fa correre il rischio che si abbiano, anche con una certa frequenza, divergenti pronunzie delle Corti (specificamente nel caso che il giudice costituzionale rigetti la questione, mentre il giudice sovranazionale, successivamente adito in via pregiudiziale[34], rilevi l'incompatibilità della norma interna rispetto a quella eurounitaria)[35].

Il sesto ed ultimo punto è che, accordandosi la precedenza – perlomeno, preferibilmente – alla pregiudizialità costituzionale su quella "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria), si va diritto incontro al rischio di un impoverimento grave del patrimonio dei diritti, la cui consistenza solo nel lungo perio-

---

[31] Riferimenti a queste note e discusse vicende possono aversi da A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. il cap. III della parte II, e, ora, da E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al nostro Seminario, in www.gruppodipisa.it, in vers. provv.

[32] La si può vedere illustrata nei miei *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 65 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2015, 15 maggio 2015, spec. al § 5, e, *amplius*, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in Consulta OnLine, 1/2018, 23 marzo 2018, 155 ss.; adesivamente, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, in www.federalismi.it, *Focus Fonti*, 1/2017, 17 febbraio 2017, § 5; riserve nei riguardi di questa proposta sono, invece, in S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, cit., § 7; vi fanno ora richiamo anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 6, in nt. 9; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, cit., 18 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, cit., 25 ss.

[33] Ancora C. AMALFITANO, *op. et loc. ult. cit.*, ma v., già, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 27 s., e *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, 12 settembre 2014, 34, che nondimeno circoscrive il possibile superamento della rilevanza ai soli casi di questioni sollevate dai giudici di ultima istanza (un richiamo a questa proposta è, ora, anche in D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale:* lavori in corso, cit., 636). Non vedo, però, quale sia il fondamento teorico-positivo che legittimi il diverso trattamento in parola.

[34] Un sensibile studioso, che è anche operatore di giustizia, si pone tuttavia, retoricamente, ora l'interrogativo se, dopo aver interpellato la Consulta, il giudice si rivolgerà ugualmente alla Corte dell'Unione (P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in www.giustiziainsieme.it, 16 ottobre 2019, § 3). Diametralmente opposto l'avviso, manifestato nel corso del nostro Seminario, da I. MASSA PINTO, nella relaz. dietro già richiamata, dove si giudica assai probabile la successiva chiamata in campo della Corte dell'Unione.

[35] È vero tuttavia che, anche per la soluzione da me caldeggiata, le divergenze tra le Corti sono pur sempre da mettere in conto. Così, ad es., nel caso che, adita la Corte dell'Unione e ricevuta da questa una indicazione nel senso dell'antinomia, il giudice comune si rivolga poi alla Consulta sollecitandola a far luogo alla caducazione con effetti *erga omnes* della norma interna contraria al diritto eurounitario; a questo punto, la Consulta stessa potrebbe, a sua volta, rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, magari *esponendo* – come si è avuto con *Taricco* – i "controlimiti" e, dunque, spingendo la Corte stessa a mutare avviso. Com'è chiaro, si tratta però di una ipotesi di remoto riscontro, vuoi per il fatto che i rinvii da parte del giudice costituzionale non hanno di certo la frequenza di quelli dei giudici comuni e vuoi ancora perché l'esposizione dei "controlimiti" è un fatto di certo non di quotidiano accadimento.

do può essere determinata, per il fatto che verrebbe verosimilmente a calare drasticamente il numero dei rinvii pregiudiziali[36], sciupandosi di conseguenza consistenti e preziose opportunità di implementazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza-Strasburgo, per il modo con cui dà ad essi voce la giurisprudenza eurounitaria. È vero che la giurisprudenza costituzionale si è ancora di recente (e in modo egregio) avvalsa – com'è noto – dello strumento del rinvio (ord. n. 117 del 2019); per "generoso" che sia l'uso fatto dalla Consulta dello strumento stesso[37], non è però chi non veda come esso non possa, per frequenza, essere minimamente paragonato a quello che se ne ha nelle aule in cui si somministra la giustizia comune, diffuse per l'intero territorio nazionale. Ed è, poi, anche vero che la giurisprudenza stessa non priva il giudice comune della facoltà di avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale anche successivamente all'apertura del giudizio di costituzionalità. Non è però affatto detto che ciò avvenga o che possa avvenire (ad es., in caso di accoglimento della questione sollevata davanti alla Consulta, verrebbe a cessare la materia del contendere[38]). In ogni caso, già il solo fatto di attendere l'esito del giudizio di costituzionalità[39] comporta un costo non da poco per ciò che attiene alla immediata applicazione delle norme sovranazionali riguardanti i diritti, specie per il modo con cui essi "vivono" grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia[40].

Ad ogni buon conto, la stessa impostazione della questione di costituzionalità potrebbe trarre non poco beneficio dal previo utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale, dal momento che il giudice avrebbe modo di intendere nel modo giusto gli enunciati della Carta dell'Unione (o altri di fonti sovranazionali a questa connessi), alla luce delle indicazioni ricevute dalla Corte che ne è la più accreditata interprete e garante.

---

[36] Si mostrano ora avvertiti di questo rischio anche G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, 270 s., e C. AMALFITANO, *op. ult. cit.*, 16 ss.

[37] … secondo l'auspicio, ancora di recente, rinnovato da S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., 8.

[38] Diversamente sul punto, di recente, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019.

[39] Non è infatti da accogliere l'ipotesi di una congiunta prospettazione delle due questioni pregiudiziali, affacciata da un'accreditata dottrina (F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2/2002, 781 ss.) e ripresa di recente in considerazione da C. AMALFITANO (*op. ult. cit.*, 18, e cit. *ivi*, in nt. 53, di uno scritto di R.G. CONTI, del quale v., inoltre, ora *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit., spec. § 4) e M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 20 ss., nonché G. MARTINICO, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit., spec. § 3, che discorre ripetutamente della possibile simultaneità dei rinvii. Ciò che potrebbe portare all'effetto della inammissibilità sopravvenuta, *secundum eventum*, della questione ancora da definire, qualora la Corte che si sia pronunziata per prima rilevi l'antinomia a danno della norma interna. Il punto è, però, che, nel caso dovesse pronunziarsi per prima la Corte di giustizia, sollecitando la immediata applicazione della norma eurounitaria al posto di quella interna, il giudice non potrebbe farvi luogo avendo trasmesso gli atti di causa alla Consulta e dovrebbe perciò comunque attendere il verdetto di quest'ultima, cosa che, a tacer d'altro, appare essere diseconomica. Se, poi, la norma interna non dovesse essere caducata (dal giudice costituzionale) ovvero non se ne solleciti la disapplicazione (dalla Corte di giustizia), manterrebbe utilità l'attesa del verdetto della Corte che non si sia ancora pronunziata [cfr., sul punto, la diversa impostazione adottata da N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 22, e I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, cit.]. Sta di fatto, però, che – come si veduto – il giudice comune rischia di trovarsi disorientato a fronte di indicazioni reciprocamente incompatibili venute dalle due Corti interpellate.
Dal punto di vista della Consulta, ad ogni buon conto, è chiaro che la manovra di "riaccentramento" avviata con la 269, per potersi affermare a modo, richieda – come si viene dicendo nel testo – la precedenza, da accordare in via preferenziale, alla pregiudizialità costituzionale e l'attesa del verdetto della Corte.

[40] Ciò che consiglia di introdurre, nella disciplina legislativa qui caldeggiata (e, in attesa della stessa, in una disciplina frutto di autonormazione della stessa Consulta), una corsia preferenziale per l'esame delle questioni di "costituzionalità-eurounitarietà" (ragguagli su questa proposta possono aversi dal mio *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"*, in ConsultaOnLine, 3/2019, 20 settembre 2019, 474 ss.).

Le notazioni da ultimo svolte potrebbero valere anche sul versante dei rapporti tra diritto interno e CEDU, una volta che dovesse entrare a regime anche da noi il prot. 16 allegato a quest'ultima, malgrado la diversa natura ed efficacia che è propria dei pareri emessi dalla Corte di Strasburgo rispetto alle pronunzie della Corte lussemburghese adottate dietro rinvio[41]. Le cose potrebbero, poi, ulteriormente complicarsi per il caso che l'Unione, prima o poi, aderisca alla Convenzione, in adempimento di una precisa indicazione in tal senso contenuta – come si sa – nel trattato di Lisbona.

Non siamo in grado di prevedere quali scenari potranno al riguardo delinearsi. Ad es., è da mettere in conto un ulteriore rafforzamento del ruolo, *anche culturale*, esercitato dalle supreme magistrature del Paese rispetto a quello dei giudici restanti, per il fatto che a questi ultimi non è concesso di potersi avvalere della consultazione della Corte di Strasburgo[42]. In generale, a me pare che quanto più dovesse crescere il ruolo in parola, tanto più la Consulta potrebbe sentirsi sollecitata a far emergere in modo prepotente la propria vocazione al "riaccentramento".

Al di là di ogni riserva di ordine teorico che, a mio modo di vedere, può affacciarsi avverso questa tendenza, l'auspicio è che, sia pure per progressivi aggiustamenti ed affinamenti, si riesca a dar vita ad un "sistema" duttile ed essenziale, regolato da canoni di giurisprudenziale fattura risultanti da *convenzioni costituzionali* siglate dalle Corti, quindi auspicabilmente convertitesi in vere e proprie *consuetudini*, anche *a proiezione interordinamentale*[43].

Come si è veduto, qui pure non ho celato le perplessità in me sollevate dall'indirizzo inaugurato dalla 269 del 2017, con le successive sue messe a punto operate quest'anno; debbo tuttavia riconoscere che il compromesso raggiunto dalle più recenti decisioni della Consulta, seppur dotato di fragili basi teoriche, denota una flessibilità di cui era priva la pronunzia del 2017, se non altro per il fatto di rimettere al giudice la scelta della via da imboccare in caso di doppia pregiudizialità[44].

4. *Doppia pregiudizialità e riflessi sugli equilibri tra legislazione e giurisdizione (e, perciò, sulla tenuta dello Stato costituzionale)*

Quest'approdo presenta, inoltre, un innegabile vantaggio, di cui pure va dato atto; ed è che, non irrigidendosi l'ordine temporale di presentazione delle questioni pregiudiziali, si può, tra l'altro,

---

[41] Vantaggi e limiti dello strumento di cooperazione disciplinato dal prot. in parola sono ampiamente rilevati in dottrina [tra gli altri e di recente, v. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 3/2019, 6 febbraio 2019, e, nella stessa *Rivista*, G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 5/2019, 6 marzo 2019; A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., § 7. Con specifico riguardo alla prima esperienza avutasene, v., tra gli altri, R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (*post-*Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in www.questionegiustizia.it, 28 maggio 2019; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (http://www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, 160 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in www.osservatorioaic.it, 5/2019, 3 settembre 2019, 1 ss.].

[42] … nonché per il fatto che solo le prime hanno di recente avviato proficui raccordi con la Corte europea (un raffronto tra questi ultimi e lo strumento di cooperazione di cui al prot. 16 è in R. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in www.questionegiustizia.it, 30 gennaio 2019).

[43] D'altronde, una forma "razionalizzata" delle convenzioni in parola è data dai protocolli d'intesa al cui esame è dedicato lo studio di R. CONTI da ultimo cit.

[44] Resta nondimeno innegabile il fatto che – come si è poc'anzi rilevato – la regola dell'applicazione diretta, al ricorrere delle circostanze che ne giustifichino l'adozione, è categoricamente imposta dal trattato (e, perciò, dall'art. 11 cost.).

centrare l'obiettivo di ridurre i casi, verosimilmente non pochi, di usi forzati, talora per vero abnormi, della tecnica della interpretazione conforme[45].

All'indomani della venuta alla luce della 269, ho avuto modo di osservare che la rigidità dell'impianto risultante da questa pronunzia, specificamente nella parte in cui in essa si faceva riferimento a casi di congiunta violazione di norme della Carta dell'Unione e della Costituzione sostanzialmente coincidenti, avrebbe potuto sollecitare i giudici comuni che non si riconoscessero nel nuovo indirizzo inaugurato dalla Consulta a mettere in atto misure difensive volte ad evitare d'investire la Consulta stessa di questioni di "eurounitarietà-costituzionalità". Questa previsione è stata avvalorata dall'esperienza maturata nel breve torno di tempo trascorso dalla decisione suddetta a quelle di quest'anno.

Non dispongo dei dati relativi alle questioni sollevate dalle parti e rigettate dai giudici, dichiaratisi indisponibili a rivolgersi alla Consulta; certo è, però, che deve far riflettere la circostanza per cui non si è avuto neppure un caso di questione portata alla cognizione della Consulta stessa in cui – come richiesto dalla 269 – si rilevasse la congiunta violazione di norme della Carta dell'Unione e della Costituzione sostanzialmente coincidenti. Si è avuto un solo caso[46], per iniziativa della Cassazione, adottata peraltro in palese contestazione della 269, dal momento che si richiedeva alla Consulta un "chiarimento" circa un passaggio argomentativo obiettivamente insostenibile, tanto da essere quindi opportunamente abbandonato negli sviluppi successivi della giurisprudenza costituzionale.

---

[45] Avverto subito, prima di andar oltre, che in questa sede non riprenderò annose questioni, delle quali ho già avuto modo di occuparmi in altri luoghi di riflessione scientifica, riguardanti la tecnica in parola, a partire proprio da quella di fondo relativa alla sua giustificazione, comunemente rinvenuta – come si sa – al piano della teoria delle fonti (e, segnatamente, di una teoria d'ispirazione formale-astratta) che vede come gerarchicamente ordinate le fonti in campo, quella oggetto d'interpretazione e l'altra verso la quale l'interpretazione stessa è orientata. Uno schema che, a tacer d'altro, non sembra poter valere con specifico riguardo alle Carte dei diritti, e però anche per esse (e con talune non rimosse aporie di costruzione teorica) è stato (ed è) utilizzato in giurisprudenza. Basti solo tenere a mente che, a giudizio della Consulta, la Carta di Nizza-Strasburgo sarebbe tenuta a mostrarsi rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (i c.d. "controlimiti"), malgrado il suo riconosciuto (sent. n. 269 del 2017) carattere di documento "tipicamente costituzionale", nel mentre la CEDU sarebbe obbligata a prestare osservanza ad ogni norma costituzionale a motivo della sua (supposta) natura di fonte "subcostituzionale" (hanno fatto il punto sulla condizione della Convenzione in ambito interno, in occasione del nostro incontro, E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., e C. SICCARDI, *I ricorsi "in via diretta" alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?*, in vers. provv.). Sta di fatto, però, che la stessa giurisprudenza, spianando la via all'applicazione del canone della massimizzazione della tutela dei diritti evocati in campo dal caso (spec. sent. n. 317 del 2009), mette in stato di palese sofferenza il criterio formale-astratto, che ha riguardo alle *fonti*, soppiantato – lo si voglia o no – da un criterio assiologico-sostanziale, che punta diritto sulle *norme*, sui modi continuamente cangianti con cui le stesse, rapportandosi ai beni della vita in gioco ed ai valori, si compongono in sistema.
Solo che, così stando le cose, diventa praticamente impossibile rinvenire un punto fermo, precostituito rispetto al fatto interpretativo, al quale ancorare l'interpretazione stessa, orientandola sempre e comunque, *per sistema* appunto, verso questa o quella fonte. Di contro, risulta avvalorata l'idea secondo cui, sullo specifico terreno sul quale maturano le esperienze relative ai diritti, l'interpretazione conforme, quale forma espressiva eminente del canone sistematico d'interpretazione assiologicamente qualificato, si realizza ed afferma appieno solo nel suo svolgersi in modo circolare e senza alcun preorientamento assiomaticamente definito, sempre (e soltanto) puntando all'obiettivo, grazie alla mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi (part., sent. n. 388 del 1999), del conseguimento della sintesi ottimale dei beni della vita in gioco. È poi appena il caso di avvertire che il fine nondimeno non giustifica indebite forzature della lettera o di altri elementi bisognosi di essere comunque tenuti fermi in sede interpretativa, per quanto – come si è tentato di mostrare altrove [nel mio il mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2019, 1 giugno 2019, spec. 41 ss.] – la composizione o, diciamo pure, la reciproca ponderazione delle tecniche interpretative risulti non di rado essere non poco problematica e sofferta [cfr. al mio punto di vista, già altrove enunciato e qui ulteriormente precisato, quelli di C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, cit., 1985 ss., e gli altri rappresentati nel corso del nostro incontro odierno nella relaz. introduttiva di R. ROMBOLI, nonché da M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, e A.I. ARENA, *Interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità.* Una *ricostruzione (Appunti minimi)*, in www.gruppodipisa.it, in vers. provv.; di M. RUOTOLO v., inoltre, di recente, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in www.questionegiustizia.it, 22 ottobre 2018; infine, in prospettiva comparatistica, G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. maggio 2019, 555 ss.].

[46] … di cui a Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831.

Mi riferisco – com'è chiaro – all'affermazione fatta nella 269 secondo cui, una volta sollevata una questione di costituzionalità e da questa decisa (con pronunzia di rigetto), l'eventuale successivo rinvio pregiudiziale avrebbe potuto essere effettuato unicamente "per altri profili": una delimitazione palesemente confliggente con un consolidato orientamento della Corte dell'Unione ed inaccettabile dai giudici comuni che l'hanno prontamente contestata[47].

Ebbene, forte è il sospetto che possa essersi avuta, sia pure per via sotterranea ed abilmente mascherata, un'aspra contestazione del punto di diritto fissato dal giudice delle leggi da parte dei giudici comuni posta in essere a mezzo di usi distorti e ripetuti delle tecniche interpretative, a partire – come si diceva – da quella teleologicamente orientata[48]. Insomma, un autentico *boomerang* per la Consulta che, puntando al "riaccentramento", ha invece prodotto un effetto deflattivo; ed un pregiudizio altresì, com'è chiaro, per il legislatore e – ciò che più conta – proprio per i diritti fondamentali.

La manipolazioni sostanziali dei testi di legge, seppur abilmente mascherate ed argomentate, comportano pur sempre un'alterazione e confusione vistosa dei ruoli istituzionali: venendo meno la separazione dei poteri viene, poi, per ciò stesso meno anche la prima e più efficace delle garanzie dei diritti fondamentali, mirabilmente scolpita nell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789.

I diritti possono inoltre soffrirne per una ulteriore ragione. L'adattamento interpretativo posto in essere grazie alla tecnica suddetta ha, infatti, come si sa, effetti circoscritti al caso e, pur quando sia opera del giudice della nomofilachia, è pur sempre suscettibile di successivo ripensamento. A fronte di un uso generalizzato ed abnorme della tecnica in discorso, è preferibile – perlomeno, in molti casi – che si pervenga all'annullamento di un testo di legge contrario a Costituzione (e, in genere, a parametri superiori), sollecitandosi allo stesso tempo il legislatore a far luogo alla sua sostituzione con altro rispettoso dei parametri suddetti.

Legislazione e giurisdizione non sono (o, meglio, non *dovrebbero* essere), secondo modello, funzioni fungibili; di contro, sono (e devono essere) funzioni diverse[49]. È ovvio che non è ormai più proponibile un modello teorico ingenuo e – a dirla tutta – culturalmente rozzo che riproponga l'immagine stantia del giudice *bouche de la loi*; di contro, la giurisdizione sempre più di frequente è chiamata, specie sul terreno su cui maturano le esperienze di tutela dei diritti, ad un'opera non di mera "*applicazione*"[50] bensì di "*attuazione*"[51] di enunciati legislativi strutturalmente duttili ed es-

---

[47] V., rispettivamente, Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, e Corte Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018. Su tutto ciò, di recente, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., spec. il § 5; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, cit., e M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit. A giudizio di G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, cit., 265 ss., la 269 non avrebbe circoscritto nel senso sopra detto la facoltà di rinvio pregiudiziale esercitata a seguito della proposizione di una questione di costituzionalità rigettata dalla Consulta.

[48] Si sofferma sul punto, ora, anche V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, cit., 547.

[49] Sul punto, di cruciale rilievo, la dottrina, seppur con varietà di accenti, ha molto insistito (A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015, e, più di recente, per tutti, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in www.rivistaaic.it, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in www.rivistaaic.it, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, in prospettiva giusfilosofica, B. PASTORE e G. PINO, nell'intervista su *La retorica dei diritti fondamentali?*, resa a R.G. Conti ed ospitata in www.giustiziainsieme.it, 10 luglio 2019).

[50] Così, invece, M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.

senziali[52]. Altro è, però, un concorso siffatto offerto alla normazione in forma di legge, ed altra cosa – com'è chiaro – un diritto giurisprudenziale che si sostituisca *per intero* al diritto legislativo, anche se la ripetuta inerzia del legislatore può non di rado obbligare a quest'esito[53]. Si tratta nondimeno – è bene parlar franco – di una complessiva torsione del modello, alla quale i giudici non possono sottrarsi per il fatto di essere comunque chiamati a somministrare giustizia, non già di una peculiare forma espressiva del modello stesso. Può, dunque, piacere o no, ma decisioni adottate da un giudice (a partire proprio da quelle del giudice costituzionale) che prendano innaturalmente il posto delle decisioni in forma di legge, pur laddove animate dalle migliori intenzioni, possono, per un verso, dar vita a quell'effetto-*boomerang*, di cui si è appena discorso, e, per un altro (ed ancora più importante) verso, far suonare le campane a morto per lo Stato di diritto costituzionale.

Mi parrebbe urgente che se ne abbia finalmente consapevolezza.

5. *"Riaccentramento" del sindacato ed abusi nell'utilizzo delle tecniche decisorie (con specifica attenzione alla interpretazione conforme), da parte dei giudici comuni come pure del giudice costituzionale, da se medesimo portato ad assoggettarsi ad un'autentica* mutazione genetica

La tecnica della interpretazione conforme, al pari di altre tecniche decisorie[54], una volta fatta oggetto di esame nelle sue ricorrenti manifestazioni, conferma quanto si diceva all'inizio di questa succinta riflessione circa la mobilità delle prospettive da cui può essere riguardata una stessa esperienza e la relatività delle qualificazioni conseguenti alla sua osservazione.

Cruciale rilievo, com'è evidente, è da assegnare alla circostanza che la Corte sia, o no, investita di una data questione di costituzionalità. Ove ciò non si abbia, ad es. perché il giudice ritenga che si diano gli spazi e le condizioni per una interpretazione conforme ovvero perché non si possa chie-

---

[51] Dei giudici quali "fabbricanti di regole" ha, di recente, discorso F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in www.federalismi.it, 15/2019, 31 luglio 2019, spec. 2; sull'attività creativa dei giudici, peraltro variamente intesa, tra i molti altri, R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit., 345 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.

[52] A favore di siffatta conformazione strutturale degli enunciati legislativi si è dichiarata una nutrita schiera di studiosi (tra i quali, di recente, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, cit.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.statoechiese.it, 14/2019, 4 aprile 2019, spec. al § 7).

[53] Dei "diritti senza legge" hanno, tra gli altri, discorso A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, risp., 1452 ss. e 1486 ss.; v., inoltre, i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in www.federalismi.it, 14/2017, 5 luglio 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge… in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in www.costituzionalismo.it, 1/2018, 12 febbraio 2018. Sul rilievo delle omissioni legislative nei giudizi sulle leggi, in prospettiva comparata, v., ora, AA.VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. Cassetti e A.S. Bruno, Giappichelli, Torino 2019.

[54] … quale quelle del rispetto del "diritto vivente", fatto tuttavia alle volte valere ed altre volte invece obbligato a recedere davanti all'interpretazione conforme, o l'altra del rispetto della discrezionalità del legislatore, essa pure idonea ad espandersi ovvero a contrarsi a fisarmonica a seconda delle circostanze, tecniche tutte che danno comunque modo alla Consulta di imporre alla bisogna il punto di vista di cui è portatrice, riconfermando in tal modo la centralità del proprio ruolo nel sistema.

dere alla Corte il sostanziale rifacimento di un testo di legge che solo può aversi per mano del legislatore[55], la Corte stessa è fuori gioco e non ha perciò modo di far valere il proprio punto di vista. Se però è chiamata in campo, ha la possibilità di fare l'uso che reputa di volta in volta opportuno degli strumenti di cui dispone, in ispecie – per ciò che ora maggiormente preme mettere in chiaro – di quello della interpretazione conforme; e così potrebbe rigettare la questione, per la mancata effettuazione del tentativo volto a metterla in atto, ovvero accoglierla, convenendo col giudice *a quo* sulla impraticabilità della stessa[56]. In un caso e nell'altro, decisivo – come si vede – è il punto di vista della Corte, confermandosi per questo verso il rilevante concorso offerto dal sindacato accentrato alla definizione del caso.

Si tenga poi presente che il terreno su cui la tecnica interpretativa in parola è messa in atto è reso particolarmente infido e scivoloso, per un verso, dal carattere non di rado ambiguo dei termini della questione (delle norme-oggetto, laddove risultanti da enunciati legislativi linguisticamente carenti, e delle stesse norme-parametro, non di rado espresse da disposti dalla struttura nomologica duttile e aperta) e, per un altro verso, dal carattere "plurale" della tecnica stessa, simultaneamente sollecitata a volgersi a Costituzione, a diritto internazionale e a diritto eurounitario. Non è un caso, d'altronde, che alcune tra le più spinose vicende, che hanno viste schierate su fronti contrapposti la Consulta e questa o quella Corte europea (come quella relativa alle leggi d'interpretazione autentica o, da ultimo, la *Taricco*), hanno avuto la loro origine nel diverso modo d'intendere principi fondamentali di questo o quell'ordinamento (o sistema normativo)[57].

Non posso qui tornare a dire, dopo averne fatto oggetto di studio ripetutamente altrove, del modo giusto di riguardare alle varie specie d'interpretazione conforme, a mia opinione comunque bisognose di non essere reciprocamente "graduate", assumendosi il primato di questa o quella fonte (o ordinamento) rispetto all'altra (o all'altro). Certo si è che la reciproca combinazione e riduzione ad unità teorico-ricostruttiva delle manifestazioni della tecnica in parola è operazione estremamente disagevole e complessa, non di rado anche sofferta, laddove vengano a trovarsi sotto *stress* principi fondamentali e si tratti di ricercare soluzioni quanto più possibile miti e concilianti. Un esito, questo, che spesso richiede tempo, reciproca disponibilità all'ascolto da parte delle Corti, progressivi aggiustamenti di una soluzione dapprima, per l'una o l'altra ragione, comunque non pienamente appagante.

Assai istruttiva in merito a quanto si viene ora dicendo è la vicenda *Taricco*, sopra richiamata, la cui conclusione, a mia opinione, solleva non poche perplessità[58] ma che è comunque indicativa del fatto che, battendo la via del "dialogo", non è impossibile far tornare una Corte sui propri passi e raggiungere un compromesso comunque accettabile[59]. Anche le pronunzie di quest'anno sopra ri-

---

[55] Quest'ultima evenienza va tuttavia mostrandosi sempre meno frequente in considerazione del fatto che la Corte tende a spingersi sempre più in avanti in operazioni di riscrittura degli atti sindacati ovvero "delegandone" il rifacimento al legislatore, col sostegno di indicazioni alle volte non di mero principio e persino con la fissazione di un termine, come ha appunto di recente fatto con l'ord. n. 207 del 2018 su *Cappato*.

[56] Anche su ciò si riscontra, ormai da qualche tempo a questa parte, una certa flessibilità della giurisprudenza (riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[6], Giappichelli, Torino 2019, 180 ss.).

[57] L'alternativa si spiega per il fatto che la giurisprudenza costituzionale, nell'indirizzo sulla CEDU inaugurato con le famose sentenze "gemelle" del 2007, tiene distinta – come si sa – la condizione della CEDU stessa da quella del diritto eurounitario in genere, escludendo che la prima possa godere della "copertura" dell'art. 11 riconosciuta a beneficio del secondo. Non posso qui tornare a rappresentare le ragioni che, ad opinione mia e di altri, non consentono di aderire ad un orientamento siffatto, peraltro ancora da ultimo non accolto da un'accreditata dottrina (F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, cit., 491, in nt. 15). Le notazioni qui svolte, ad ogni buon conto, salva esplicita indicazione contraria, valgono con riguardo alle relazioni interordinamentali in larga accezione, riferite dunque tanto a quelle tra diritto interno e diritto dell'Unione quanto alle altre riguardanti la CEDU.

[58] V., infatti, il mio *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in Consulta OnLine, 1/2019, 25 marzo 2019, spec. 162 ss.

[59] Largamente apprezzato dai commentatori è stato il ripensamento avuto dalla Corte di giustizia; uno slittamento di piano si è avuto anche da parte della Corte costituzionale, specie per il fatto che nell'atto di rinvio pregiudiziale, di cui all'ord. n. 24 del 2017, si era accortamente puntato sulle "tradizioni costituzionali comuni", al fine di fare breccia nel giudice lussemburghese, ad esse riportandosi il principio di legalità in materia penale trascurato dalla prima pronunzia

chiamate hanno sensibilmente temperato – come si diceva – l'iniziale e francamente intollerabile rigidità dell'impianto risultante dalla 269, spianando così la via a futuri svolgimenti delle relazioni tra gli operatori di giustizia aperti ad esiti plurimi in ragione delle peculiari connotazioni dei casi e delle diversa sensibilità degli operatori chiamati a gestirli.

L'esperienza più recente, peraltro, avvalora l'idea che, a giudizio della Corte, le tecniche decisorie in genere siano strumenti multiuso, al punto da finire, in casi sempre più ricorrenti, con il sovrapporsi e reciprocamente confondersi[60]. La qual cosa dà conferma della spiccata vocazione all'"accentramento" e, allo stesso tempo, della tendenza, dietro già segnalata, a far emergere in modo prepotente l'"anima" politica a discapito di quella giurisdizionale, al punto da risultare quest'ultima in talune discusse (e discutibili) esperienze persino soffocata.

Per gli esempi, c'è solo l'imbarazzo della scelta. È, nondimeno, singolare e francamente stupefacente che alcune ordinanze d'inammissibilità ovvero di rinvio a futura udienza siano dotate della medesima struttura che è propria delle sentenze (con la parte del "ritenuto in fatto" e del "considerato in diritto"), come si è avuto con la ord. 207 del 2018 o con la 17 del 2019; e parimenti singolare è che il vaglio della sussistenza delle condizioni di ammissibilità si abbia attraverso un esame del merito ed all'esito di un'operazione di bilanciamento degli interessi in campo, come appunto si è avuto con l'ultima delle decisioni appena richiamate.

L'uso disinvolto e, diciamo pure, libero delle tecniche decisorie, con gli scostamenti frequenti e marcati dai canoni che governano lo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, di cui si è venuti dicendo, costituisce la più vistosa riprova della tendenza al "riaccentramento" della quale siamo stati chiamati ad illustrare le più salienti espressioni.

Non discuto qui della bontà dei risultati in tal modo raggiunti; vedo, però, i rischi che si accompagnano all'affermazione di questa tendenza, specie alle sue punte maggiormente avanzate, per effetto delle quali potrebbe assistersi ad un'autentica *mutazione genetica* della Consulta, alla dismissione della sua natura di giudice, sia pure del tutto peculiare.

Di qui, un duplice, autentico ossimoro che va sempre di più prendendo forma e che potrebbe anche a breve giungere a compiuta maturazione.

Per un verso, nell'intento di mettere in atto una giustizia… *giusta*, specificamente volta a dare appagamento ai diritti fondamentali e, comunque, a far luogo alla loro oculata ponderazione con altri interessi meritevoli di tutela, la Corte rischia – come si diceva – di recare, sia pure involontariamente, un pregiudizio ai diritti stessi. Per un altro verso, pur laddove punti risolutamente al conseguimento di sintesi apprezzabili tra i beni della vita in campo, potrebbe determinare un *vulnus* a quella certezza del diritto che – come si è veduto – è una delle ragioni efficienti della manovra di "riaccentramento".

Lo scostamento dai canoni processuali – lo si voglia o no e se ne abbia o no la consapevolezza – assesta un colpo mortale alla certezza in parola. È strano che la Corte non si avveda della contraddizione insita nella sua giurisprudenza nella parte in cui si seguitano ad escludere le norme dei regolamenti camerali ovvero quelle dei regolamenti governativi aventi forza sostanzialmente primaria

---

del giudice stesso, mentre nella decisione di fine partita del 2018 lo stesso principio è stato considerato espressivo della "identità costituzionale" trovatasi esposta a seguito della pronunzia in parola.

In verità, l'alternativa tra tradizioni ed identità – come si è mostrato altrove – è teoricamente fragile e bisognosa di essere fatta oggetto di tutta una serie di precisazioni qui tuttavia non riproponibili. Resta, ad ogni buon conto, il significato in sé dello slittamento suddetto, dal momento che le tradizioni sono – com'è stato detto da una sensibile dottrina – elemento di cerniera e, perciò, fattore di *integrazione* tra gli ordinamenti, mentre l'identità è (o, meglio, rischia di porsi quale) elemento e fattore di *separazione*. Per quest'ultimo aspetto, l'"accentramento" della vicenda *Taricco* in capo alla Corte, pur presentando l'innegabile pregio di aver portato ad un significativo aggiustamento della originaria posizione assunta dal giudice eurounitario, ha avuto un esito che non ha giovato – a me pare – alla causa della integrazione europea.

[60] Basti solo por mente alla innaturale commistione cui sempre più di frequente si assiste tra i profili processuali e quelli di sostanza ed all'uso omnicomprensivo che dunque si fa delle pronunzie d'inammissibilità, argomentate al piano del merito (sul punto, subito *infra*).

dal novero degli atti sindacabili nei giudizi sulle leggi[61], in applicazione di un criterio di natura meramente formale posto a base del riconoscimento degli atti stessi, e invece si spiana la via al sindacato accentrato su norme non scritte, secondo quanto si è avuto nella già cit. sent. n. 238 del 2014.

Oscillazioni di tale ampiezza tra un criterio di natura formale, che guarda agli *atti*, ed uno invece sostanziale, che assegna rilievo direttamente ed esclusivamente alle *norme*, rendono complessivamente precaria ed instabile la costruzione giurisprudenziale eretta per lo svolgimento dei giudizi e, con essa, parimenti precari appaiono gli indirizzi di volta in volta formati e riformati, come la tela di Penelope, oscillanti essi pure tra il corno dell'"accentramento" e quello della "diffusione".

6. *Notazioni finali a riguardo delle aporie teoriche di costruzione cui dà vita il modo con cui, a giudizio della Consulta, vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto eurounitario e la sollecitazione che, per effetto dell'"accentramento" del sindacato sulle questioni riguardanti i diritti fondamentali, potrebbe aversene per un complessivo ripensamento della nozione di "valore di legge", riferita ad ogni atto o fatto di normazione idoneo ad incidere sui diritti stessi*

La conferma più vistosa delle oscillazioni in parola – come si è veduto con riferimento a talune esperienze maturate al piano delle relazioni interordinamentali e come può, peraltro, vedersi anche in ambiti materiali diversi – viene dalla osservazione degli usi che si sono fatti (e si vanno facendo) delle tecniche di risoluzione delle antinomie.

Si torni, per l'ultima volta, a considerare le tecniche riguardanti norme eurounitarie e norme interne.

Non discuto qui, dopo averne detto altrove, della solidità teorica della soluzione che porta a qualificare come *invalide* norme nazionali contrarie a norme dell'Unione non *self executing* e invece *valide* ma bisognose di essere "*non applicate*" norme nazionali contrarie a norme dell'Unione *self executing*. Per quanto la soluzione in parola possa sollevare talune perplessità[62], sta di fatto che ormai si è imposta: si è, insomma, dato vita ad una vera e propria convenzione costituzionale tra i protagonisti della giustizia, quindi convertitasi in consuetudine operativa sistematicamente osservata, sì da sconsigliare che se ne ridiscuta la fondatezza.

Fermo invece l'attenzione sulla soluzione ad oggi affermatasi dopo le sentt. nn. 20 e 63 del 2019. Qui, non si ha alcuna differenza di ordine strutturale o funzionale: la norma sovranazionale offesa da quella interna potrebbe *in ogni caso* presentarsi come *self executing*. Ebbene, la qualifica ciononostante muta ugualmente ed esclusivamente in dipendenza di una scelta considerata del tutto libera, comunque legittima, del singolo operatore di giustizia, magari di un operatore che, in due vicende processuali assolutamente identiche e che tornino ad affacciarsi nel tempo, decida d'intraprendere una prima volta la strada che porta alla Corte dell'Unione ovvero alla Consulta ed una seconda quella opposta.

La conseguenza è che, riguardata la singola vicenda *ex post*, si scopre che la norma interna risulta ora invalida ed ora valida, ancorché "non applicabile".

Tutto questo è, a mia opinione, del tutto privo di senso. Di contro, il criterio di risoluzione delle antinomie che fa leva sul carattere autoapplicativo delle norme sovranazionali violate, *quale che sia la fonte da cui sono prodotte*, oltre a risultare imposto da una precisa ed inderogabile previsione del trattato, presenta il pregio innegabile della stabilità ed uniformità: si offre, cioè, agli operatori perché ne facciano l'uso sistematico e coerente al quale sono chiamati.

Altra cosa è, ovviamente, che sia problematico in talune circostanze stabilire se il disposto sovranazionale in gioco abbia, o no, carattere *self executing*: una questione, questa, che sovente si ri-

[61] Su quest'ultimo punto tornerò di qui a breve.

[62] Di dubbia utilità pratica, in ispecie, appare essere il passaggio obbligato dal giudizio di costituzionalità per i casi di contrasto tra norme interne e norme sovranazionali non *self executing*, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, cit., spec. al § 5; sul punto, v., inoltre, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., § 4.

propone e che può, ad ogni buon conto, trovare la giusta soluzione attraverso l'interpello del giudice dell'Unione.

Sta di fatto che, dopo la 269 e più ancora dopo le pronunzie di quest'anno, il quadro risulta complessivamente confuso ed appannato, e gli operatori, lasciati liberi circa la via da imboccare, dovrebbero soppesare i vantaggi e gli svantaggi conseguenti alla scelta che si accingono a compiere, senza che peraltro molte volte sia chiaro in partenza dove si corrano i rischi più gravi.

V'è di più. Ritenendosi il giudice costituzionale maggiormente attrezzato di ogni altro operatore di giustizia a farsi garante in ambito interno dei diritti fondamentali lesi da norme interne o anche da norme aventi origine esterna, avverso le quali può in ogni tempo azionarsi l'arma dei "controlimiti", è da prendere in considerazione l'ipotesi di una graduale e crescente espansione dell'area in cui può farsi valere il meccanismo del sindacato accentrato.

In questa luce, merita – a mio modo di vedere[63] – di essere nuovamente vagliata, senza alcun preorientamento, l'ipotesi di un ripensamento della nozione di "valore di legge", facendo allo scopo leva sia sul carattere, concettualmente evanescente, di strumentalità o di "connessione" che si riscontra in capo ad alcuni atti ad altri variamente legati, sia pure sulla "logica", che si è veduto essersi talora affermata, che punta a dare rilievo non già agli *atti* bensì alle loro *norme*.

Sappiamo (e si è qui pure rammentato) che la giurisprudenza seguita ad essere al riguardo oscillante. Dopo però che si è messo da canto il *criterio strutturale* fondato sul carattere *self executing* delle norme sovranazionali violate, dandosi spazio ad uno *assiologico-sostanziale*, riferito alla natura dei beni della vita coinvolti (i diritti fondamentali), e dopo che si è spianata la via al sindacato anche su norme non scritte della Comunità internazionale, credo che nessuno resterebbe sorpreso se un domani la Consulta estendesse il proprio sindacato anche a norme interne risultanti da regolamenti (specie se aventi natura sostanzialmente primaria), sia pure limitatamente ai casi in cui se ne abbia un *vulnus* per i diritti fondamentali.

In fondo, come già avvertiva una dottrina molto autorevole[64], quella di "valore di legge" è una formula che può prestarsi ad una sua rilettura anche in prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale, non necessariamente secondo quella tradizionale, fin qui affermatasi, di carattere formale-astratto.

Si vedrà.

Da come la Corte intende e vuol mettere in pratica il proprio ruolo, fissando certi equilibri (o… *squilibri*) nei suoi rapporti con gli operatori restanti, le esperienze della giustizia costituzionale potranno avere un verso ed un senso complessivo anche in rilevante misura diverso da quello avuto nel tempo a noi più vicino. L'augurio è che ogni passo sia a lungo pensato e che, al tirar delle somme, i diritti ne abbiano un guadagno, non un costo, preservandosi allo stesso tempo quel principio della tipicità dei ruoli (non solo rispetto ai decisori politici ma anche nei rapporti tra i giudici) il cui mantenimento è condizione della perdurante affermazione della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome.

[63] Ho anticipato il pensiero ora nuovamente ripreso nel mio *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, cit., § 7.

[64] Il riferimento è, com'è chiaro, a C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

OTTAVO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
19 SETTEMBRE 2019

IL RUOLO DELL'UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO NELLA FORMA DI GOVERNO ITALIANA: LIMITI E PROSPETTIVE*

ANDREA VERNATA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un *fiscal council* per l'Italia. – 2.1. (segue) un organismo eurounitariamente necessario? – 2.2. (segue) la natura giuridica "ibrida" dell'organismo: un nuovo organo ausiliare e un nuovo potere dello Stato? – 3. L'Ufficio parlamentare di bilancio: un *fiscal council* unico nel suo genere. – 3.1. (segue) dalla natura ibrida… a un ibridismo funzionale. – 4. Un primo bilancio, tra limiti oggettivi e soggettivi. – 5. Conclusioni. Dalla natura eurounitaria a possibile strumento di razionalizzazione della forma di governo.

1. *Premessa*

Le vicende che hanno accompagnato la Grande recessione del 2007 hanno fatto da sfondo all'introduzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel nostro Paese. Esso è diretta espressione di quegli organismi autonomi e indipendenti – conosciuti come *independent fiscal institution* (o *fiscal council/watchdog*) – cui viene affidato il compito di analizzare e valutare – in maniera *non-partisan* e mediante l'elaborazione di proprie stime e previsioni – gli effetti delle strategie di bilancio che vengono adottate dagli Stati in cui si inseriscono, con il duplice intento di verificare l'osservanza delle regole di bilancio ivi stabilite e di garantire una gestione della finanza pubblica quanto più attendibile e trasparente[1].

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

[1] Per una panoramica, v. L. LANDI, *Fiscal council: una comparazione internazionale e il caso italiano*. Atti del seminario "La nuova *governance* fiscale europea", Luiss Guido Carli, 9 novembre 2012, e, più di recente, in relazione all'esperienza italiana, francese e spagnola v. C. FASONE, D. FROMAGE, *Fiscal Councils: Threat or Opportunity for Democracy in the Post-Crisis Economic and Monetary Union?,* in L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (a cura di), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis,* Torino, 2017, spec 165-176.

L'adozione della Direttiva n. 2011/85/UE (del cd. *Six Pack)*, del *Fiscal compact* e del Regolamento UE n. 473/2013 (del cd. *Two Pack*), e cioè dei fondamenti giuridici sovranazionali in ordine all'introduzione di un *fiscal council* in Italia, sembrano comunque – e a dispetto della crisi – rispondere a un'idea da anni ricorrente nella dottrina economica, la quale si propone di estendere l'approccio adottato per la politica monetaria[2] – come noto demandata alle banche centrali – alla politica di bilancio[3]; con l'obiettivo di perseguire la stabilità finanziaria attraverso la delegazione delle decisioni di politica fiscale «*to an independent expert body*»[4] o, comunque, ricorrendo a organismi indipendenti (i *fiscal council*, appunto)[5] che siano preposti a influenzare la strategia di bilancio dei vari governi[6] e rafforzarne la *fiscal discipline*[7]. L'approccio della *governance* economica europea, pertanto, pare essersi andato a innestare su quelle teorizzazioni tipiche della scuola economica della *Public choice*[8] e che hanno avuto facile eco tanto tra le maggiori istituzioni finanziarie internazionali – come la Banca mondiale[9], il FMI[10] e l'OCSE[11] – quanto, appunto, nell'ambito dell'Unione europea, dove la crisi sembra dunque essere valsa a catalizzare una serie di processi già avviati da tempo anche all'interno delle stesse istituzioni europee[12] e che in qualche modo hanno finito per arricchire le funzionalità dei *fiscal council* di matrice europea – tra cui rientra l'UPB – attraverso il conferimento di un ruolo di primo piano all'interno dei meccanismi di raccordo delle politiche economiche dei vari Stati.

---

[2] Cfr. da ultimo, EUROPEAN FISCAL BOARD, *Assessment of EU fiscal rules,* agosto 2019, 50.

[3] Con l'idea, quindi, di mettere al riparo dalla politica l'elaborazione delle strategie fiscali. Sul punto v., per tutti, A. S. BLINDER, *Is Government Too Political?*, in *Foreign Affairs,* n. 76(6)/1997, 115-126, nonché X. DEBRUN, D. HAUNER, M. S. KUMAR, *Discretion, Institutions, and Fiscal Discipline,* in M. S. KUMAR, T. TER-MINASSIAN (a cura di), *Promoting Fiscal Discipline,* Washington, 9-18 e bibliografia ivi indicata. Contro l'idea di depoliticizzare la politica fiscale affidandola ai *fiscal council* v. R. HAGEMANN, *How Can Fiscal Council Strengthen Fisacl Performance,* in *OECD Journal: Economic Studies,* n. 1/2011, 80 e 93-94.

[4] Cfr. L. CALMFORS, *Fiscal policy to stabilize the domestic economy in the EMU: What can we learn from monetary policy?,* in *CESifo Economic Studies,* n. 49(3)/2003, 345-350; B. EICHENGREEN, R. HAUSMANN, J. VON HAGEN, *Regorming Budgetary Institutions in Latin America: the Case for a National Fiscal Council,* in *Open Economies Review,* n. 10(4)/1999, 415 ss.

[5] In tal senso, S. WREN-LEWIS, *Avoiding fiscal fudge. More openness on fiscal policy would boost Labour's credibility,* in *New Economy*, 3(3)/1996, 128 ss., secondo il quale tali istituzioni avrebbero anche il pregio di dare nuovo impulso un dibattito pubblico, quello in materia di bilancio, spesso connotato da forte arbitrarietà.

[6] Cfr. X. DEBRUN, M.S. KUMAR, *Fiscal rules, Fiscal Councils and All that: Commitment Devices, Signaling Tools or Smokescreens?,* consultabile su *papers.ssrn.com*, marzo 2007.

[7] Sul punto si tornerà più avanti. Ad ogni modo, questa sembra essere l'interpretazione prevalente, almeno nelle prospettazioni economicistiche; cfr. L. CALMFORS, S. WREN-LEWIS, *What should fiscal council do?,* in *Economic Policy,* n. 68(26)/ 2011, 651-692.

[8] In tal senso e con specifico riguardo ai *fiscal council*, v. L. CALMFORS, *Fiscal policy to stabilize the domestic economy in the EMU,* cit., 319 ss., ma più in generale v. le considerazioni di J. VON HAGEN, I. HARDEN, *Budget Processes and Commitment to Fiscal Discipline,* in *European Economic Review,* n. 39/1994, 771 ss.

[9] Recentemente, v. BANCA MONDIALE, *World Development report 2014: Risk and Opportunity. Managing Risk for Development,* 2013, Washington, 34 ss.

[10] Cfr., in particolare, FMI, *Has Fiscal Behavior Changed Under the European Economic and Monetary Union?,* in *World Economic Outlook. The Global Demographic Transition,* 2004, 116 ss.

[11] V., ad esempio, G. KOPITS, *Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practices*, in *OECD Journal of Budgeting,* n. 11(3)/2011, spec. 15 ss.

[12] V., in particolare, AA.VV., *Stability and Growth in Europe: Towards a Better Pact. Monitoring European Integration 13*, Londra, 2003, 87 ss., laddove all'iniziale proposta di istituire un «*Sustainability Council*» a livello europeo, segue quella di trasporre organismi con compiti simili a livello nazionale. Cfr., anche il cd. Rapporto Sapir (AA.VV., *An Agenda for a Growing Europe: The Sapir Report*, Oxford, 2004, 153 ss. e 172 ss.), commissionato dall'allora presidente della Commissione europea Romano Prodi, ed elaborato da un gruppo di esperti indipendenti, ovvero il rapporto della *task force von Rompuy (Strengthening Economic Governance in the EU: Report of the Task Force to the European Council*, Bruxelles, 21 ottobre 2010, 7 ss.), laddove si fa esplicito riferimento ai *fiscal council* e che, in ogni caso, altro non sembra fare che riprendere quanto affermato dalla stessa Commissione europea nella COM(2004) 581 *final, Strengthening economic governance and clarifying the implementation of the Stability and Growth Pact*.

2. *Un* fiscal council *per l'Italia*

L'occasione per istituire il *fiscal council* italiano e adempire all'obbligo «stabilito in sede europea» in tal senso[13] è stata individuata dal legislatore nella riforma costituzionale del 2012; una riforma che, come noto, ha «mosso i suoi primi passi fuori dal Parlamento»[14] – «post-nazionale»[15] secondo alcuni, "eteronoma" secondo altri[16] – e che, ciononostante, si è distinta sia per i brevissimi tempi di approvazione[17], quanto per una larghissima maggioranza[18] e un dibattito parlamentare pressoché inesistente[19].

Proprio la legge cost. n. 1 del 2012, tuttavia, con l'art. 5, comma 1, lett. *f),* ha previsto l'istituzione dell'UPB, il quale è stato poi disciplinato con la legge di cui all'art. 81, comma 6. Cost., e cioè con la legge "rinforzata" (organica?)[20] n. 243 del 2012.

L'idea di istituire un organismo indipendente per l'analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica, in realtà, non rappresentava una novità neanche per l'Italia. Essa era emersa già sul finire degli anni Settanta, in occasione dell'istituzione della legge finanziaria, per poi essere presa in considerazione ogniqualvolta gli obiettivi di finanza pubblica ivi prospettati risultavano disattesi[21]. Una simile idea – che, per dirla alla Malherbe, durò l'*espace d'un matin* – muoveva probabilmente anche dall'esperienza avviata qualche anno prima negli Stati Uniti, dove il *Congressional Budget Office* (di seguito CBO) si stava ricavando un ruolo di primo piano nei rapporti tra Presidente e Congresso nella gestione del bilancio federale[22]. Non solo. Anche la previsione dell'obbligo della relazione tecnica per le iniziative legislative governative, introdotto dalla legge n. 362 del 1988,

---

[13] Così il Resoconto della V Commissione bilancio della Camera dei Deputati, del 29 novembre 2012, 59 ss., confermando la percezione della natura eteronoma dell'organismo da parte degli stessi attori politici.

[14] Così M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini,* in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità: atti del 58° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione,* Varenna 20-22 settembre 2012, Milano, 2013, 705 ss.

[15] In questo senso, R. BIFULCO, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'Unione. a proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio,* in *Rivista AIC,* 2/2012, 4 ss.

[16] Di tale avviso, L. CASO, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge rinforzata,* in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio,* cit., 464 ss.

[17] Basti pensare che l'esame in Commissione alla Camera fu avviato il 5 ottobre 2011 e che già il 17 aprile 2012 il Senato approvava in seconda lettura.

[18] In tale prospettiva, G. FERRARA, *Regressione costituzionale,* in *Il Manifesto,* 18 aprile 2012, ravvisa nell'ampia maggioranza che ha sostenuto la riforma l'intento di impedire al corpo elettorale di esprimersi «su di un tema così intrinseco alla sovranità popolare».

[19] N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in AA. VV., *Costituzione e pareggio di bilancio. Il Filangieri,* cit, 2011, Napoli, 2012, 96 ss., parla in merito di un'approvazione «quasi clandestina».

[20] Secondo un'ampia dottrina, infatti, sarebbe possibile riconoscere nella legge di cui all'art. 81, comma 6, Cost. «una prima forma di tacita manifestazione» dell'istituto della legge organica in Italia; così M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità,* Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Palazzo della Consulta 22 novembre 2013, 20 ss., ma anche N. LUPO, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge "rinforzata" o "organica,* in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio,* cit., 425 ss.

[21] Cfr. A. PALANZA, *L'informazione tecnica nelle procedure parlamentari: la esperienza dei servizi del bilancio della Camera e del Senato,* in *Riv. trim. di dir. pubbl.,* n. 3/1998, 757; M.T. SALVEMINI, *Poteri di bilancio e sistema istituzionale italiano. L'organismo indipendente per l'analisi e la verifica degli andamenti dei conti pubblici,* in Aa.Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio,* cit., 371 ss.

[22] Sul punto v., per tutti, A. SCHICK, *The Federal Budget Politics, Policy, Process*, Washington D.C., 2007, 9 ss.

quale importante strumento[23] per la «quantificazione delle entrate e degli oneri recati da ciascuna disposizione, nonché delle relative coperture»[24], in qualche modo ben avrebbe potuto far avvertire al Parlamento l'esigenza di istituire un organismo "terzo" che ne verificasse l'osservanza e l'attendibilità.

In realtà, al di là dell'istituzione del Servizio del bilancio[25] operata con la revisione dei regolamenti parlamentari avutasi proprio in occasione dell'introduzione dell'obbligo di relazione tecnica, una tale esigenza non sembra essere stata realmente avvertita dal legislatore. Né un'analisi dell'esperienza maturata fino ad oggi dall'UPB – su cui si tornerà – sembra rendere condivisibile l'idea secondo cui, proprio con l'istituzione di tale organismo, la «classe politica abbia voluto cercare di chiudere i conti con una burocrazia di cui non è stata capace di orientare l'azione (nel senso del controllo della dinamica dei conti e della qualità della spesa), e dalla quale è rimasta bloccata»[26]. È questa, infatti, un'impostazione che pure era auspicabile e che non è affatto escluso possa verificarsi nel prossimo futuro, magari mediante una "riscoperta" dell'UPB da parte dell'organo parlamentare, ma che comunque sembra dover cedere il passo al dato giuridico e fattuale che vede nella *governance* economica europea il vero e unico fattore propulsivo dell'introduzione di un *fiscal council* nel nostro Paese.

2.1. *(segue) un organismo eurounitariamente necessario?*

Se si guarda alla normativa europea di riferimento[27], ci si avvede che essa riconosce ai legislatori nazionali un ampio margine di discrezionalità nell'attuazione dell'obbligo di istituire un *fiscal council*. Tale obbligo poggia, sì, su un obbligo internazionale (*Fiscal compact*) e sulla natura paracostituzionale[28] delle disposizioni contenute, in particolare, agli artt. 5 e 17, par. 3, del Regolamento UE n. 473 del 2013, ma esso, nondimeno, non pretende il ricorso né a una apposita disposizione costituzionale né a una normativa di attuazione di natura rinforzata[29]. Il carattere eurounitario dell'obbligo di istituire un *fiscal council,* in particolare, sembra valere piuttosto – e per consolidati principi – a confermare la disapplicazione e l'inefficacia di un'eventuale normativa che si propo-

[23] Per un'analisi approfondita, anche con riguardo alle diverse modalità di quantificazione degli oneri finanziari, v. S. SCAGLIARINI, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale,* Milano, 2006, 92 ss. Sulle recenti prassi distorsive inaugurate dalle Camere in tema di relazione tecnica sia consentito rinviare a quanto esposto in A. VERNATA, *Bilancio e leggi di spesa nella crisi del parlamentarismo,* in *Costituzionalismo.it,* n. 1/2019, 75 ss.

[24] Così l'art. 11-*ter* della legge n. 468 del 1978.

[25] Sostanzialmente depotenziato nella sua "duplice" e dibattuta istituzione, presso la Camera e presso il Senato (Cfr. P. DE IOANNA, *La copertura finanziaria delle leggi di spesa,* in Id, D. Da Empoli, G. Vegas, *Il bilancio dello Stato,* Milano, 2005, 228 ss) e inserito in quello che è stato definito «*a very hostile environment, with very limited resources and mainly non specialized personnel*» (F. BALASSONE, D. FRANCO, C. GORETTI, *Italy: What Role for an Independent Fiscal Institution?,* in G. Kopits (a cura di), *Restoring Public Debt Sustainability. The Role of Independent Fiscal Institutions,* Oxford, 2013, p. 260), nonostante parte della dottrina avesse individuato già nell'istituzione del Servizio del bilancio l'occasione per emulare l'esperienza del *Congressional Budget Office* statunitense; cfr. A. PALANZA, *L'informazione tecnica nelle procedure parlamentari,* cit., 754 ss.

[26] Così P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: economia, istituzioni e dinamica delle forze politiche*, in *Il Filangieri*, cit., 73 ss.

[27] V., in particolare, il Regolamento UE n. 473/2013, nonché la Direttiva 2011/85/UE, anche se sul punto si tornerà più avanti.

[28] Sul punto, v. A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale,* Torino, 1993, 284.

[29] Cfr. Corte cost., sent. n. 399 del 1987; Corte cost., sent. n. 126 del 1996; Corte cost., sentt. nn. 272 e 286 del 2005.

nesse di far venire meno, o compromettere, il corretto funzionamento di un simile organismo, ponendosi in contrasto diretto con delle norme di diritto derivato, oltre che di diritto internazionale[30].

Circa le modalità con cui si potrebbe far valere detta efficacia si tornerà in seguito, ma il passaggio merita due brevissime considerazioni, anche con riguardo alle specificità che hanno caratterizzato l'istituzione del *fiscal council* italiano.

In primo luogo, dal quadro normativo sovranazionale brevemente richiamato si ricava che il legislatore non possa eliminare, *tout court,* l'UPB, a meno che non intenda aggirare i parametri offerti dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. e rendersi inadempiente sul piano sovranazionale, esponendosi a una procedura di infrazione, ai sensi degli artt. 258 e 259 TFUE e dell'art. 8 del *Fiscal compact*, dall'esito pressoché scontato. Diversamente egli potrebbe degradare la relativa normativa di attuazione a un livello inferiore, dunque abrogando con legge costituzionale l'art. 5, comma 1, lett. *f),* della legge cost. n. 1/2012, per poi riprovvedere all'istituzione di un *fiscal council* mediante una fonte di livello inferiore che, comunque, faccia salve le specifiche competenze e attribuzioni direttamente previste dalla normativa europea[31].

In secondo luogo, non si può fare a meno di evidenziare che tanto le circostanze appena descritte quanto la natura para-costituzionale dell'obbligo di istituire un *fiscal council* comportano che il legislatore potrà modificare la collocazione, la normativa di riferimento e la composizione di quest'ultimo, ma ciò non toglie che esso debba comunque esserci, in ossequio a uno specifico obbligo eurounitario e internazionale. Ne deriverebbe una circostanza non certo secondaria, e cioè la natura "comunitariamente (*rectius*: eurounitariamente) necessaria" dell'UPB e delle disposizioni che lo disciplinano[32]: l'Italia è tenuta ad affiancare alle proprie autorità di bilancio un *fiscal council*, che pertanto si configura quale indispensabile tassello del nuovo *framework* economico-istituzionale europeo.

2.2. *(segue) la natura giuridica "ibrida" dell'organismo: un nuovo organo ausiliare e un nuovo potere dello Stato?*

La derivazione sovranazionale dell'organismo, comunque, non pare in grado di sminuire il fatto che l'attuale disciplina giuridica – si sottolinea, di natura costituzionale – dell'UPB consenta di annoverare lo stesso, tanto per i profili di indipendenza quanto per le funzioni attribuite, tra gli organi ausiliari di rilevanza costituzionale di cui agli artt. 99 e 100 della Costituzione. Se infatti può dirsi organo ausiliare «quell'organo non agente, collegato ad un altro organo agente mediante un

[30] Con le opportune differenze, l'ultimo riferimento è all'art. 3, par. 2, del *Fiscal compact*. Sul punto e con specifico riguardo ai vincoli di bilancio europei v. G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: interazione fra i livelli europeo e interno,* Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", 12 ss.

[31] Il meccanismo, infatti, sarebbe quello tracciato dalla Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo; laddove, con le sentt. nn. 31, 41 e 45 del 2000, ha affermato, in tema di leggi comunitariamente necessarie, che la relativa disciplina non potrebbe essere abrogata, ovvero derogata nel suo nucleo minimo essenziale, a meno di non operare allo stesso tempo l'introduzione di ulteriori disposizioni parimenti conformi al diritto dell'Unione europea; cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, 291 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale,* Bologna, 2012, 493 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* Torino, 2019, 362 ss.

[32] Cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale,* cit., 285, ma v. anche – alla luce delle considerazioni successive – la sent. n. 25/1981 e n. 29/1987 della Corte costituzionale.

rapporto di collaborazione pertinenziale con funzione di garanzia»[33] e rispetto al quale il primo presenti «una connessione meramente funzionale e non strutturale, che consiste in una collaborazione rivolta al miglior andamento dell'attività» del secondo, rispetto al quale, quindi, esso si pone come «*limit[e] o soggett[o] di garanzia*» (corsivi miei)[34], non sembrano incontrarsi ostacoli nel riconoscere all'UPB la natura di organo ausiliare. Tanto la sua indipendenza, la sua autonomia funzionale e la distinzione della sua attività rispetto all'organo "ausiliato" – nei confronti del quale esso assume un ruolo di garanzia[35] – può leggersi nei termini di una strumentalità che si propone coadiuvare, in diversi modi e con diversa efficacia, il funzionamento e l'operare degli organi deliberanti[36] o, comunque, degli organi cui la Costituzione affida le funzioni di indirizzo[37].

Proprio alla luce di quest'ultimo aspetto, tuttavia, potrebbe rilevarsi come l'UPB esplichi un'ausiliarietà che non si limita ai soli organi costituzionali e che, in qualche modo, risulta persino più ampia di quella relazione di ausiliarietà "pluridirezionale" che la Corte dei conti, quale garante del corretto andamento della spesa pubblica e degli equilibri di finanza pubblica, risulta esprimere «non più solo con gli organi sovrani dello Stato-ordinamento, ma anche con lo Stato-comunità»[38]. L'ausiliarietà dell'UPB, infatti, pare ricomprendere tali virtualità ed estenderle su un ulteriore piano – e cioè a quello sovranazionale – espletando una serie di attività che si presentano come del tutto strumentali alle funzioni di sorveglianza esercitate dalla Commissione europea nell'ambito delle regole di bilancio europee, ma anche rispetto a quelle esigenze di trasparenza e attendibilità che riguardano tutti gli operatori economici e finanziari in generale[39].

Va sottolineato che con ciò non si intende negare la possibilità che l'UPB possa concretamente esercitare una qualche forma di ausiliarietà per il Parlamento[40], il Governo e gli altri organi costituzionali in generale[41], bensì si intende evidenziare come il rischio che la propria derivazione eurounitaria possa portare a una sclerotizzazione dei relativi profili di ausiliarietà in una prospettiva esclusivamente sovranazionale appaia quanto mai concreto[42]. Ciò che sembra potersi ricavare da una simile circostanza, comunque, è quella natura ibrida che in qualche modo pare contraddistin-

---

[33] Così G. FERRARI, *Gli organi ausiliari,* Milano, 1956, 176 ss.

[34] Cfr. G. FERRARI, *Organi ausiliari (dir. cost.),* in *Enc. del dir.,* IV, Milano, 1959, 319 ss.

[35] *Ibidem*; essendo questi, secondo l'A., gli elementi distintivi di un organo ausiliare. Con specifico riguardo all'UPB il ruolo di garanzia può essere individuato nella sua funzione di superamento del monopolio informativo dell'Esecutivo nella gestione della finanza pubblica, ma anche nel suo compito di verificare il rispetto delle regole di bilancio e, attraverso di esso, di agevolare i controlli effettuati dalla Commissione europea in occasione dell'approvazione del bilancio nazionale.

[36] In tal senso, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico,* I, Padova, 1975, 583 ss.

[37] Sul punto, v. G. DE VERGOTTINI, *Gli organi ausiliari,* in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico,* Bologna, 1984, 647 ss.

[38] Di tale avviso, G. CARBONE, *Corte dei conti,* in *Enc. del dir.,* IV, 2000, 485 ss., il quale, rispetto all'organo ausiliare, sottolinea la condizione di indipendenza quale *conditio sine qua non* per consentire allo stesso di «svolgere la sua funzione e di rendere ausilio affidabile e non addomesticato».

[39] In tale prospettiva, R. BEETSMA, X. DEBRUN, *Debunking 'fiscal alchemy': The role of fiscal councils,* in *VoxEu.org* maggio 2016*,* 3, sottolineano che, fra l'altro, «*the fiscal council can issue reports summarising and clarifying information that would otherwise be buried in official documentation or distorted by ideologically charged arguments exchanged in the political arena*».

[40] In questo senso, appaiono condivisibili le considerazioni di C. FASONE, E. GRIGLIO, *Can Fiscal Council enhance the role of National Parliaments in the European Union? A comparative analysis,* in De Witte, A. Héritier, A.H. Trechsei, *The Euro Crisis and the state of European Democracy,* EUI*,* 2013, 301-303, anche laddove sembrano ipotizzare una più stretta connessione e cooperazione tra le assemblee rappresentative e i *fiscal council*.

[41] V. *infra*.

[42] D'altronde scontando la propria stessa matrice sovranazionale, la quale ha portato soprattutto la dottrina economica a una lettura quasi esclusivamente proiettata verso l'esterno dei compiti dei vari *fiscal council* europei; cfr., in tal senso e oltre alla dottrina sopra richiamata, J.E. ALT, D.D. LASSEN, *Fiscal councils and fiscal transparency,* in R. Beetsma, X. Debrun, *Independent Fiscal Councils: Watchdogs or lapdogs?,* Londra, 2018, spec. 80 ss.

guere l'UPB nel suo complesso, la quale tende a tradursi nell'estrinsecazione di un'ausiliarietà polimorfa che si presta difficilmente a essere spiegata in termini di mera unidirezionalità.

Eppure, proprio la sua istituzione con legge costituzionale e i compiti ad esso attribuiti contribuiscono a definire, quanto meno, i tratti essenziali della natura giuridica di tale organismo.

Nella sua attuale configurazione, infatti, l'UPB pare soddisfare entrambi i requisiti, di carattere soggettivo e oggettivo, richiesti dall'art. 37 della legge n. 87/1953 ai fini del riconoscimento della legittimazione attiva e passiva a sollevare, ovvero essere parte, di un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. Con riguardo al requisito soggettivo, e cioè della competenza «a dichiarare definitivamente la volontà del potere» cui si appartiene[43], è noto come dottrina[44] e giurisprudenza costituzionale abbiano provveduto ad ampliare il concetto di "potere dello Stato"[45] al di là di quegli «organi comunemente detti "supremi" in quanto strutturalmente collocati al vertice di un potere», aprendo a un'individuazione «caso per caso, alla stregua dell'ordinamento funzionale di ciascun potere e della posizione assegnata dalle norme costituzionali ai diversi organi che lo compongono»[46] e guardando alla capacità di detti organi di «compiere atti in posizione di autonomia e indipendenza» imputabili allo Stato e in ossequio a una sfera di attribuzioni costituzionali ben determinata[47]. Proprio in tale ottica sembra potersi ipotizzare che il potere di appartenenza dell'UPB vada rinvenuto nella stessa disposizione costituzionale che ne prevede l'istituzione[48] e/o come *modus* di estrinsecazione del potere legislativo, in ossequio alla natura ormai necessaria – anche in ottica europea – delle valutazioni dell'UPB e del fatto che esse debbano fondarsi su informazioni attendibili[49]. In relazione al requisito oggettivo, invece, si può rilevare come l'art. 5, comma 1, lett. *f),* della legge cost. n. 1/2012, abbia riconosciuto all'UPB una sfera di attribuzioni costituzionalmente determinata e garantita, che ben sembra prestarsi a divenire oggetto di un conflitto di attribuzione tra poteri, quantomeno nelle forme dell'interferenza (o menomazione)[50].

---

[43] Cfr. art. 37, comma 1, della legge n. 87 del 1953.

[44] Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* cit., 308, laddove viene evidenziata l'esclusione dell'idea che il concetto di "potere dello Stato" possa ridursi alla triade classica montesquieuiana riconducendolo, piuttosto, a un «più complesso sistema costituzionale di *checks and balances*».

[45] Estendendolo a «tutti gli organi ai quali sia riconosciuta e garantita dalla Costituzione una "quota di attribuzioni costituzionali"» (cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2018, 273, citando le sentt. nn. 87 e 88 del 2012) e guardando alla posizione che essi hanno «in riferimento all'atto specifico o alla competenza intorno alla quale si controverte» (cft. A. CERRI, *Brevi osservazioni sui soggetti abilitati a sollevare conflitti di attribuzione,* in *Giur. cost.,* n. 3/1971, 1163-1166).

[46] In questi termini, le note ordinanze. nn. 228 e 229 del 1975, della Corte costituzionale. Per un approfondimento circa l'individuazione «caso per caso» dei poteri dello Stato da parte della Consulta si v. A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri,* in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale.* Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, 159 ss.

[47] In tal senso, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* cit., 310-311, richiamando, fra le altre, le sentt. nn. 129/1981, 7/1996, 228-229/1975, 406/1989 e 174/2010.

[48] In tal senso, e sia pure con le opportune differenze, potrebbe richiamarsi quella parte della dottrina che sottolinea come le autorità amministrative indipendenti non siano riconducibili pienamente né al potere legislativo, né a quello esecutivo e giudiziario, (A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi,* in *Rassegna di diritto pubblico europeo,* 1-n. 2/2015, 6 ss.; E. CHELI, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo,* in *Ass. per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11,* Torino, 2000, 129 ss.), anche se le criticità che contraddistinguono le stesse (v., in particolare, M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione,* Milano, 1994, 156 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo,* Padova, 2000, 87 ss.; S. NICCOLAI, *I poteri garanti della Costituzione e le Autorità indipendenti,* Pisa, 1996, 296 ss.) appaiono solo parzialmente estensibili all'UPB in ragione del più limitato ambito di attribuzioni che contraddistingue lo stesso.

[49] V. *infra.*

[50] Sulla base dell'operato dell'UPB, nonché dei recenti interventi legislativi che lo hanno interessato, appare infatti plausibile ipotizzare un conflitto che nasca dalle difficoltà dell'UPB di ottenere dal Governo quelle informazioni e quei

In altre parole, in entrambi i casi, tanto il requisito soggettivo che quello oggettivo sembrano soddisfatti dall'art. 5, comma 1, lett. *f)* della legge cost. n. 1 del 2012, laddove prevede l'istituzione di «un organismo indipendente al quale attribuire compiti di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio». Ne deriverebbe, dunque, la possibilità di ricondurre l'UPB alla categoria dei cd. poteri-organo[51], e cioè di quelle «figure che non possono essere fatte rientrare nella classica tricotomia dei poteri, che tuttavia sono dotate di attribuzioni di livello costituzionale esercitabili in modo autonomo e indipendente e che si esauriscono strutturalmente in un solo organo»[52].

Una simile configurazione, inoltre, sarebbe confermata anche dal fatto che, laddove l'UPB divenisse parte in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri, non vi dovrebbero essere dubbi circa la presenza di tutti quei fattori ulteriori che la Corte costituzionale ha ritenuto indispensabile ai fini del riconoscimento della legittimazione attiva e passiva ad accedere al relativo giudizio, e cioè: il «tono costituzionale» dello stesso[53], «l'esistenza di attribuzioni costituzionali»[54], nonché l'esercizio da parte di tale organismo «di una pubblica funzione costituzionalmente rilevante e garantita»[55].

3. *L'Ufficio parlamentare di bilancio: un* fiscal council *unico nel suo genere*

Per i profili che qui interessano ci si soffermerà brevemente sulla composizione dell'organo di vertice, sulla sua collocazione, nonché sul novero delle funzioni ad esso attribuite, poiché è anche dall'analisi delle specificità che contraddistinguono ciascuno di questi aspetti che pare potersi ricavare quella natura tutta peculiare e ibrida che può ascriversi all'UPB.

Quanto al suo organo di vertice, esso è costituito da un «Consiglio di tre membri, di cui uno con funzioni di presidente»[56] e ha pertanto natura collegiale[57]. Per quanto concerne la collocazione,

---

dati che sono necessari e indispensabili allo stesso per consentirgli di espletare le proprie funzioni in maniera completa e corretta. Peraltro una simile ipotesi è stata avanzata, più in generale, per tutti i *fiscal council* di matrice europea, anche di recente; cfr. J. VON HAGEN, *Are fiscal councils here to stay?,* in R. Beetsma, X. Debrun, *Independent Fiscal Councils: Watchdogs or lapdogs?,* Londra, 2018, p 193; e nemmeno sembra potersi ignorare l'emblematica esperienza spagnola, dove l'*Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal* (*Airef*), e cioè l'omologo dell'UPB, nel 2016 è arrivata ad agire contro lo stesso esecutivo (ricorrendo al tribunale dell'*Audiencia Nacional*) per le difficoltà riscontrate nel reperimento delle informazioni necessarie ad un corretto – e, quindi, autonomo e indipendente – espletamento delle proprie funzioni; cfr. A. RALLO LOMBRATE, *La Amenazada independencia de la autoridad de responsabilidad fiscal,* in *Teoría y Realidad Constitucional,* 38/2016, 143 ss.

[51] Sulla quale v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale,* II, Padova, 1984, 418 ss.

[52] Sul punto, v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, *cit.*, 246. In termini analoghi potrebbe riprendersi la nota sent. n. 1 del 2013, laddove la Corte costituzionale, soffermandosi sul presupposto soggettivo necessario all'ammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri e richiamando una sua cospicua giurisprudenza, riconosce al Capo dello Stato la titolarità «di un complesso di attribuzioni, non inquadrabili nella tradizionale tripartizione dei poteri dello Stato ed esercitabili in posizione di piena indipendenza e autonomia, costituzionalmente garantita».

[53] Cfr. Corte cost., sent. n. 426 del 1999.

[54] Cfr. l'ord. n. 79 del 2006 della Corte costituzionale, sull'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sollevato da un partito politico, ma v. anche la recentissima ord. n. 17 del 2019

[55] Cfr. l'ord. n. 17 del 1978 della Corte costituzionale sull'ammissibilità del ricorso per conflitto di attribuzioni proposto dal Comitato promotore del *referendum*, ma anche l'ord. n. 69 del 1978.

[56] Cfr. art. 16, comma 2, della legge n. 243 del 2012.

[57] Le modalità di nomina del *board* UPB (su cui v. V. TONTI, *L'istituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nel contesto internazionale ed europeo della* governance *economica,* Torino, 2018*,* spec. 131 ss.) ricordano molto quelle che riguardano il Direttore del CBO*,* anche se, in relazione alle stesse, va rilevato come le Camere non abbiano ancora provveduto a revisionare i regolamenti parlamentari al fine di definire le modalità di nomina e revoca del Consiglio

invece, l'UPB è stato istituito «presso le Camere», avendo optato il legislatore per una collocazione parlamentare a dispetto di quella extra-parlamentare.

Se si guarda a questi due aspetti, già si può rilevare come l'UPB presenti dei caratteri di unicità: quest'ultimo, infatti, è di collocazione parlamentare (al pari di Australia, Canada, Corea del sud, Messico e Stati Uniti), ma è l'unico ad avere un vertice di tipo collegiale e non monocratico. Inoltre, se si escludono le esperienze canadesi e australiane – di derivazione britannica, quindi tradizionalmente forti nell'esercizio del *control of the purse* da parte dell'assemblea rappresentativa[58] e, soprattutto, caratterizzate dall'essere delle federazioni – l'Italia rappresenta l'unico Paese che ha inserito un *fiscal council* di tipo parlamentare in una forma di governo parlamentare[59].

I rilievi appaiono tutt'altro che secondari. Per quanto riguarda il vertice, infatti, si può rilevare come, nell'esperienza maturata dai vari *fiscal council*, un vertice di tipo monocratico si sia rivelato assai più incisivo nel collocare la relativa istituzione "*on the map"*, tanto nell'interlocuzione tra esecutivo e legislativo[60], quanto rispetto all'opinione pubblica in generale[61]. Per quanto concerne la collocazione, invece, può dirsi come – se si esclude la Corea del sud – la ragion d'essere della collocazione parlamentare possa generalmente individuarsi nell'esistenza di un sistema federale che fa da sfondo alle varie esperienze attualmente in essere, rispetto al quale anche un *fiscal council* di tipo parlamentare in una forma di governo parlamentare si rivela idoneo a supportare l'esercizio delle prerogative di controllo dell'assemblea legislativa (quale espressione dei vari stati) sul potere di spesa dell'esecutivo (inteso come federazione).

L'opzione parlamentare e collegiale adottata dal legislatore italiano, dunque, farebbero emergere il rischio di un sostanziale assorbimento delle virtualità dell'organismo all'interno delle dinamiche della maggioranza e della forma di governo[62], rispetto alle quali l'UPB non potrà nemmeno fare affidamento su quelle esigenze di controllo delle entrate e delle spese che contraddistinguono i sistemi federali e che pure caratterizzano forme di governo analoghe come quelle canadesi e australiane.

---

dell'UPB, come previsto, invece, dall'art. 16, comma 3, della legge n. 243/2012; cfr. E. GRIGLIO, *Il Protocollo sull'ufficio parlamentare di bilancio: una "fuga" dai regolamenti parlamentare?,* in *Quad. cost.,* 1/2012, 116 ss. Per quanto riguardo il personale e i soggetti del *board*, invece, appare opportuno rilevare come l'OCSE abbia a più riprese (*Economic Survey for Italy,* 2013, 54 ss.; *Principles for Independent Fiscal Institutions and Case Studies,* 147 ss.) suggerito l'inserimento nello stesso di «*non-italian members*», alla stregua di quanto avvenuto in Svezia, Danimarca, Irlanda e Portogallo.

[58] Nonostante anche in quelle esperienze l'evoluzione del ruolo dello Stato abbia fatto registrare non poche difficoltà nell'esercizio delle prerogative parlamentari di controllo sulle entrate e le uscite; cfr., anche in chiave storica, P. EINZIG, *The Control of the Purse. Progress and Decline of Parliament's Financial Control*, Londra, 1959.

[59] Per di più con vertice collegiale, circostanza questa che, solitamente e a parte il caso olandese, si ascrive ai *fiscal council* di natura extraparlamentare. In senso critico sulla natura collegiale del vertice dei *fiscal council* v. L. LANDI, *Fiscal council: una comparazione internazionale e il caso italiano*. Atti del seminario *La nuova* governance *fiscale europea,* Luiss Guido Carli, 9 novembre 2012, nonché ID, Failure is not an option: *la costituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, Relazione al Convegno "L'Italia e la *governance* economica europea: vincoli, opportunità e proposte", 4 aprile 2014.

[60] Sul punto appaiono condivisibili le considerazioni di P. MAGARÒ, *L'Ufficio parlamentare di bilancio,* in A. Giovannelli (a cura di), *Aspetti della* governance *economica nell'UE e in alcuni Stati dell'Unione,* Torino, 2014, 92 ss., la quale sottolinea come «una soluzione monocratica sembrava … particolarmente funzionale a esprimere la *leadership* necessaria per enucleare chiare linee operative». Inoltre, il fatto che la nomina del Presidente sia «sottratta agli stessi membri del *board»* può rafforzare la sua posizione all'esterno, «ma insieme incidere sulla sua *leadership* all'interno dell'organismo indipendente, finendo per favorire l'affermarsi di prassi basate su una lettura debole dei suoi poteri».

[61] Sul punto pare emblematica l'esperienza del primo Direttore del CBO (Alice Rivlin), la quale si è rivelata fondamentale per l'iniziale sopravvivenza dell'organismo, nonché per la sua successiva riuscita; cfr. P.G. JOYCE, *The Congressional Budget Office*. *Honest Numbers, Powers, and Policymaking*, Washington, 2011, 19 ss.

[62] In antitesi con quanto auspicato da N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio,* cit., 122.

In tale prospettiva, l'interrogativo circa l'opportunità di emulare il modello francese – che ha optato per collocare il proprio *fiscal council* presso la Corte dei conti[63] e per un ripensamento complessivo[64] del ruolo di tale istituzione[65] – rimane senza dubbio ancora aperto.

Ad ogni modo, dal punto di vista organizzativo, l'UPB «opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione»[66] – d'altronde come previsto dalla normativa europea – e gode di autonomia organizzativa, contabile e regolamentare, che è vero necessiti del «previo assenso» dei presidenti delle Camere per essere esercitata[67], ma che, comunque, proprio alla luce della normativa europea non pare potersi concretamente mettere in discussione, salvo rischiare di violare i principi di autonomia e indipendenza stabiliti in materia sul piano sovranazionale. Ne deriva una configurazione *sui generis* dell'UPB che non sembra potersi ricondurre pienamente né alle autorità amministrative indipendenti né a un semplice organo parlamentare[68]. Esso, da un lato, risulta indissolubilmente legato alle dinamiche parlamentari, mentre, dall'altro, si presenta come un organismo che «opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio».

È proprio su questa mediana che si colloca, dunque, l'UPB, palesando quella natura ibrida cui si accennava poc'anzi e che, però, lascia propendere per salvaguardarne i profili di autonomia e di indipendenza, tanto in ragione delle esplicite disposizioni europee dettate in materia, quanto per la natura – e, si vedrà, la funzionalità – eurounitaria dell'organismo.

3.1. *(segue) dalla natura ibrida… a un ibridismo funzionale?*

Per quanto riguarda le funzioni attribuite all'UPB, va rilevato come esse siano state ampliate dal legislatore oltre il novero previsto dalla normativa europea. Questa, infatti, si limita a prevedere l'istituzione di enti indipendenti che si preoccupino di monitorare l'osservanza delle regole di bilancio europee e di verificare le previsioni macroeconomiche predisposte dal Governo, facendo emergere la strumentalità dell'istituto, in termini di controllo e di *endorsement*, rispetto all'attività della

[63] D'altronde l'idea di affidare «ad una speciale sezione della Corte dei conti» il compito di fornire un riscontro tecnico sulla quantificazione degli oneri finanziari conseguenti alle varie scelte politiche era sorta già sul finire degli anni Ottanta; cfr. A. PALANZA, *L'informazione tecnica nelle procedure parlamentari,* cit., 757.

[64] Al contrario, è stato rilevato come in Italia, con la riforma del 2012, la Corte dei conti non sia stata «neppure citata» (N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio,* cit., 137), nonostante la Corte costituzionale (sent. n. 60 del 2013) continui a sottolineare come a essa sia «attribuito il controllo sull'equilibrio economico-finanziario del complesso delle amministrazioni pubbliche a tutela dell'unità economica della Repubblica, in riferimento a parametri costituzionali (artt. 81, 119 e 120 Cost.) e ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.): equilibrio e vincoli che trovano generale presidio nel sindacato della Corte dei conti quale magistratura neutrale ed indipendente, garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico».

[65] Che pure si sarebbe potuto auspicare, visti i profili di ausiliarietà della Corte dei conti rispetto al Parlamento e le difficoltà che la stessa incontra per accedere al giudizio della Corte costituzionale; cfr. N. LUPO, *Costituzione e bilancio,* cit., 102 ss.

[66] Cfr. art. 16, comma 2, legge n. 243/2012.

[67] Cfr. art. 16, comma 4, legge n. 243/2012.

[68] Di tale avviso, D. CABRAS, *Un* Fiscal Council *per l'Italia,* in *Il Filangieri,* cit., 2011, 188 ss.; v. anche M. P. CHITI, *L'Ufficio parlamentare di bilancio e la nuova* governance *della finanza pubblica*, in *Astrid,* 1/2014, 6 ss., il quale evidenzia che, qualora si fosse seguito il modello delle autorità amministrative indipendenti, si sarebbe giunti, da un lato, a «una sensibile riduzione del potere di bilancio del Parlamento; già ridimensionato con le regole dell'UE sul "semestre europeo" … e dai vincoli esterni di bilancio, sempre di origine europea. Dall'altro, ad un'inaccettabile delegittimazione politica del Parlamento a fronte di un'autorità tecnica e volutamente indipendente dalla politica».

Commissione e non solo[69]. Nondimeno il legislatore ha preferito attribuire all'UPB ulteriori funzioni, come ad esempio l'analisi, la valutazione e la verifica dell'impatto macroeconomico dei provvedimenti di maggiore rilievo, un generale potere consultivo in tema di economia e finanza pubblica[70], nonché la possibilità di vedersi commissionati rapporti e analisi da parte delle commissioni parlamentari[71].

L'ampliamento del legislatore, dunque, potrebbe leggersi come un tentativo di intervenire sulla tradizionale asimmetria informativa che caratterizza la gestione della finanza pubblica[72] per offrire alle Camere uno strumento di inveramento delle proprie prerogative di indirizzo e controllo[73], ovvero come un modo per "autolimitare" la discrezionalità del legislatore in materia di spesa attraverso la previsione di un più ampio ventaglio di valutazioni da parte dell'UPB.

In entrambe le prospettive sembra inserirsi la previsione, ad opera del legislatore, del meccanismo del cd. *comply or explain*[74], il quale consente a un terzo dei componenti delle commissioni bilancio di chiedere al Governo, laddove l'UPB abbia espresso «valutazioni significativamente divergenti», di illustrare «i motivi per i quali ritiene di confermare le proprie valutazioni ovvero ritiene di conformarle a quelle dell'Ufficio». Si tratta di un importante strumento a disposizione delle opposizioni e della maggioranza stessa, la quale non si può escludere possa avere, in linea di principio, interesse a verificare la gestione finanziaria del Governo.

Anche in questo caso, tuttavia, lo strumento sembra scontare una derivazione sovranazionale che è difficile non possa neutralizzarne le virtualità, quantomeno perché risponde a esigenze esterne che, almeno per il momento, non sembrano essere condivise dall'organo parlamentare[75].

4. *Un primo bilancio, tra limiti oggettivi e soggettivi*

Sono diversi gli elementi che si possono trarre da una analisi dell'attività svolta dall'UPB fino ad oggi.

La prima problematica incontrata dal *fiscal council* italiano ha riguardato proprio il reperimento delle informazioni di finanza pubblica necessarie ai fini della validazione delle previsioni del Governo. Difficoltà forse fisiologiche in una fase iniziale[76], ma a cui si è tentato di ovviare sia con

[69] Cfr. Comunicazione della Commissione COM(2012) 342 *final,* nella quale si sottolinea l'intento di «rafforzare la credibilità e la trasparenza» degli Stati membri anche rispetto agli operatori economici e finanziari in generale, attraverso «istituzioni nazionali di sorveglianza» che garantiscano l'attendibilità della relativa gestione della finanza pubblica.

[70] Che sembra trovare nei *Flash* e nei *Focus* tematici pubblicati dall'UPB sul proprio sito la propria maggiore espressione.

[71] Sempre in un'ottica di ampliamento delle competenze ha mosso il protocollo d'intesa tra UPB e MEF del 2014, che ha esteso il processo di validazione dell'UPB ai quadri macroeconomico tendenziali elaborati dal Governo.

[72] Questa, in generale, l'interpretazione prevalente del ruolo dei *fiscal council*, almeno da parte della dottrina economica, la quale vi riconosce anche dei profili di strumentalità rispetto all'instaurazione di una *fiscal discipline*; cfr. S. FABRIZIO, A. MODY, G. CORSETTI, J.R.W. TEMPLE, *Can Budget Institutions Counteract Political Indiscipline?,* in *Economic Policy,* vol. 21, n. 48, 2006, spec. 699 ss.

[73] In tale prospettiva, in particolare, L. GIANNITI, C. GORETTI, *Prime note sulla costituzione dell'Ufficio parlamentare di bilancio*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1-2/2013, 81 ss.

[74] Previsto dall'art. 18, comma 3, della legge n. 243 del 2012, ma richiamato anche dalla già citata Comunicazione della Commissione COM(2012) 342 *final*.

[75] Potrebbe leggersi anche in questo senso, dunque, la mancata disciplina della modalità di nomina e revoca dei componenti dell'UPB da parte dei regolamenti parlamentari, nonostante il regolamento del Senato sia stato modificato nel 2017.

[76] Vedi, in tal senso, il primo rapporto pubblicato dall'UPB nel 2014 (*Rapporto sulla politica di bilancio 2015,* 13 ss.).

la sottoscrizione di alcuni protocolli[77], sia con interventi legislativi *ad hoc*[78], confermando l'entità delle asimmetrie informative che caratterizzano il raccordo tra Parlamento e Governo nella gestione bilancio.

Un secondo aspetto da considerare attiene alle difficoltà che, almeno in una fase iniziale, l'UPB pare avere incontrato nel non sfumare il già delicatissimo confine che separa tecnica e politica[79]. In qualche occasione, infatti, esso sembra essere arrivato a suggerire misure alternative rispetto a quelle predisposte dal Governo[80] – emulando l'esempio del CBO, che però vede tra i propri compiti istituzionali proprio l'elaborazione di politiche alternative – anche se, da questo punto di vista e al di là di quei casi specifici, l'UPB sembra ora limitarsi a una funzione meramente consultiva esercitata soprattutto attraverso le audizioni parlamentari e la pubblicazione di propri *Flash* e *Focus* tematici.

Dall'analisi dei rapporti finora pubblicati, inoltre, pare emergere tra il MEF e l'UPB un fitto dialogo di natura preventiva rispetto alla presentazione dei vari documenti di bilancio, che in qualche modo va a influenzare i contenuti degli stessi – almeno in un'ottica di convergenza[81] – nonostante rimanga costante, nelle risultanze dell'UPB, il rilievo al tendenziale maggiore ottimismo nelle stime e previsioni governative[82].

Con riguardo alla Corte costituzionale, l'UPB non pare ancora essere riuscito a guadagnarsi quell'incisività sui poteri istruttori[83] della Corte che pure erano stati pronosticati[84], mentre, in qualche modo a conferma del carattere sovranazionale dell'istituto, tanto la Commissione europea[85] che

---

[77] V. i protocolli sottoscritti dall'UPB con il MEF e con la Ragioneria generale dello Stato.

[78] Cfr. il d.lgs n. 54 2014, art. 2, comma 1, lett. *d)*, che ha introdotto l'art. 10-*ter* legge di contabilità pubblica n. 196 del 2009, nonché l'art. 5 della legge n. 164 del 2016, in tema di accesso alle banche dati delle amministrazioni pubbliche da parte dell'UPB.

[79] Sul richiamo alla tecnica come «giustificazione di scelte che sono politiche» v. M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica,* in *www.gruppodipisa.it,* 2015, 4-19 e 115-120, che ne evidenzia le correlative «fughe dalla responsabilità». Sulla tendenza della tecnica a svincolarsi dalla prescrittività della Costituzione, v. G. AZZARITI, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica, ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione,* in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., 115 ss., nonché mezzo idoneo a cagionare lo svuotamento dello statuto teorico del costituzionalismo stesso, ID, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale,* Roma-Bari, 2014, 194-215. Sulla tecnica come strumento di neutralizzazione della politica ovvio il rinvio a C. SCHMITT. *Il custode della costituzione* (1931), Milano, 1981, 154 ss.

[80] Cfr., in particolare, UPB, *Rapporto sulla programmazione di bilancio 2015,* 51 ss., nonché ID, *Rapporto sulla politica di bilancio 2016,* 40 ss. e 111 ss. Ad ogni modo, una simile possibilità è stata esclusa dalla dottrina (v., ad esempio, E. GRIGLIO, *La democrazia alla prova delle "nuove" forme di amministrazione. A margine dell'organismo indipendente di cui alla legge cost. n. 1/2012,* in *Giornata di studio su "Amministrazione e democrazia", in occasione del ventennale di attività del Centro di ricerca "V. Bachelet" (1992-2012)*, nonché D. CABRAS, *Un* fiscal council *in Parlamento,* in *Federalismi.it*, 20/2012, 25 ss.), ma non dallo *European Fiscal Board,* che nel suo *Rapporto annuale del 2017* suggerisce (p. 39 ss.) di dotare i *fiscal council* europei della possibilità di proporre emendamenti alla legge di bilancio, laddove i contenuti della stessa risultassero porre a rischio il rispetto delle regole di bilancio europee.

[81] Una mera analisi dei processi di validazione operati dall'UPB conferma questo aspetto, ponendo in risalto il valore endoprocedimentale che ha acquisito l'interlocuzione dello stesso nella predisposizione delle stime e previsioni del Governo.

[82] Costante in tutti i Rapporti pubblicati dall'UPB fino ad oggi.

[83] Si può rilevare, invece, come il *Conseil consitutionnel* francese abbia già cominciato a richiamare esplicitamente l'*Haut conseil des finances publiques* (cfr. n. 2013-682 DC del 19 dicembre; n. 2014-698 e 699 DC del 6 agosto 2014; n. 2014-707 DC del 29 dicembre 2014, nonché, più di recente, n. 2017-758 DC del 28 dicembre 2017).

[84] Secondo, M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali,* cit*.,* 27 ss., infatti, le risultanze dell'UPB comporterebbero una «sorta di obbligazione implicita che costringerà la Corte a motivare con estrema attenzione le ragioni dell'eventuale rigetto delle conclusioni raggiunte dall'organismo indipendente», giacché «nell'ipotesi in cui in un giudizio costituzionale si discuta anche del costo di un certo intervento legislativo, la Corte costituzionale sarà obbligata a tenere conto delle valutazioni dell'Ufficio parlamentare di bilancio. Tenere conto, ovviamente, non significa recepire acriticamente, perché la Corte potrà sempre discostarsi da tali valutazioni ove non le condividesse».

[85] Cfr., da ultimo, la lettera della Commissione europea del 18 ottobre 2018 indirizzata al Governo italiano.

il Presidente della Repubblica[86] hanno cominciato a fare riferimento alle risultanze dello stesso nel richiamare il Paese al rispetto dei vincoli di bilancio europei.

In relazione all'organo parlamentare, può dirsi come il meccanismo del *comply or explain* sia stato attivato per la prima volta nell'ottobre del 2016, portando il Governo a confermare le proprie stime per poi rivederle – in senso conforme rispetto all'UPB – con la predisposizione della successiva manovra finanziaria[87]. Una circostanza, questa, che sembra aver avvalorato la funzione anticipatoria del giudizio dell'UPB rispetto a quello della Commissione europea e che troverebbe conferma nella seconda attivazione del *comply or explain*, avutasi nell'ottobre del 2018 (stavolta a seguito della prima mancata validazione da parte dell'UPB del quadro previsionale del Governo) [88], e che venne seguita da un fitto e acceso dibattito tra Governo e istituzioni europee in ordine ai contenuti della futura legge di bilancio. Diversamente, l'attivazione del *comply or explain* è mancata del tutto proprio durante l'esame di della manovra, nonostante una vera e propria validazione delle stime del Governo da parte dell'UPB non vi sia stata[89], in qualche modo confermando la poca incisività di cui ancora gode l'organismo sul piano delle dinamiche della forma di governo.

5. *Conclusioni. Dalla natura eurounitaria a possibile strumento di razionalizzazione della forma di governo*

La breve analisi qui operata pare profilare un quadro di natura articolata e complessa. L'UPB, sia per derivazione che per funzioni, pare configurarsi come un importante tassello di un *framework,* in divenire, che ambisce a consolidare i processi di convergenza e raccordo delle politiche economiche e di bilancio dei Paesi dell'Eurozona[90], quale «pietra miliare del quadro rafforzato dell'Unione per la sorveglianza» sulle stesse[91]. La natura delle funzioni espletate e il fatto che esso possa contare su un alto grado di autonomia e indipendenza garantito direttamente dalla normativa europea – e, nel caso italiano, da norme costituzionali – tende inoltre ad amplificare l'ausiliarietà dell'UPB rispetto a tutto il contesto sovranazionale, in ossequio a quei valori di trasparenza e (soprattutto) credibilità che governano quotidianamente l'andamento dei mercati finanziari internazionali[92].

---

[86] Cfr. la lettera del Presidente della Repubblica, del 31 ottobre 2018, al Governo Conte.

[87] Per un approfondimento sulla vicenda sia consentito il rinvio a A. VERNATA, *L'Ufficio parlamentare di bilancio: tra virtualità ausiliarie e soggettività eurounitaria,* in *Diritto pubblico,* 2/2017, 502 ss.

[88] In occasione della presentazione della Nota di aggiornamento al DEF del 2018. Nel 2016, infatti, il meccanismo del *comply or explain* venne attivato a seguito dei rilievi critici mossi dal Presidente dell'UPB nel corso di un'audizione parlamentare, e non in ragione della mancata validazione del quadro previsionale del Governo.

[89] In tal senso, si rinvia al tenore della lettera del 22 dicembre 2018 dell'UPB, la quale, per la prima volta, non si esprime né in termini di validazione né di mancata validazione, ma fa riferimento alla mera «coerenza» delle stime e alla «ristrettezza dei tempi [che] non ha consentito di seguire la procedura propria dell'esercizio di validazione».

[90] In tal senso l'istituzione dello *EU Network of Independent Fiscal Institutions* (EUNIFI), a partire dal novembre 2013 e a opera della Commissione europea (DG ECFIN), la quale riunisce lo stesso con cadenza (annuale fino al 2015, poi) semestrale, in un quadro di coordinamento dei vari *fiscal council*. A partire dal 2015, inoltre, i vari *fiscal council* hanno dato vita a un *network* di natura volontaria chiamato *Network of EU IFIs*, il quale si propone di mantenere costantemente aperta una linea di dialogo e confronto tra i vari *fiscal council* europei.

[91] Cfr. Considerando n. 18 del Regolamento UE n. 473 del 2013. E in questa prospettiva sembrano muoversi le analisi di L. JANKOVICS, M. SHERWOOD, *Independent Fiscal Institutions in the EU Member States: The Early Years,* in *European Economy,* 67/2017, 5 ss.

[92] D'altronde sembra essere proprio questa la prospettiva in cui vanno a inserirsi i *fiscal council*; v., per tutti, IMF, *Fiscal Rules. Anchoring Expectations for Stainable Public Finances,* Washington D.C., 2009, nonché e R. HAGEMANN, *Improving Fiscal Performance through Fiscal Councils,* in *OCSE Working Papers*, 829/2010. Non solo. Il ruolo dei

Va detto, tuttavia, che a una soggettività eurounitaria e un'ausiliarietà europea e sovranazionale[93] non pare impossibile accompagnare una parallela funzionalità nazionale e parlamentare dell'organismo. Le difficoltà maggiori che sembrano incontrarsi in questo senso sembrano essere quelle che si ricollegano alla forma di governo parlamentare, dalla quale – come si è visto – potrebbe derivare l'assorbimento delle virtualità ausiliarie dell'UPB all'interno delle dinamiche della maggioranza. Se dunque l'*endorsement* della Commissione europea potrebbe rivelarsi insufficiente a conferire all'UPB quell'incisività che pure potrebbe giovare alla forma di governo italiana, diviene allora necessario per quest'ultimo avvalorare il proprio ruolo rispetto ad altri soggetti.

Uno di questi potrebbe essere il Presidente della Repubblica, il quale – come accennato – ha già iniziato a richiamare le risultanze dell'UPB e non è escluso possa, nel prossimo futuro, fare riferimento alle stesse ai fini dell'esercizio del potere di rinvio di cui all'art. 74 Cost. e ai sensi dall'art. 81, comma 3, Cost., ovvero in sede di autorizzazione, di messaggio e di promulgazione ed emanazione (magari "con motivazione"[94], "condizionata"[95] o "dissenziente"[96]).

Lo stesso potrebbe dirsi, inoltre, per la Corte costituzionale, sia pure con maggiore cautela, in quanto dovrebbe ribadirsi la piena autonomia di giudizio della stessa soprattutto in riferimento all'esercizio dei propri poteri istruttori[97]; sui quali, tuttavia, le valutazioni dell'UPB sembrano in qualche modo in grado di incidere, sia per la specifica *expertise* da cui provengono, sia per il fatto che la legge cost. n. 1/2012 attribuisce proprio a tale organismo simili valutazioni, che peraltro, per ragioni di carattere ordinamentale, vengono formulate sempre in un momento antecedente rispetto a quello in cui potrebbe esservi un eventuale vaglio della Corte. Ad ogni modo, un eventuale richiamo alle risultanze dell'UPB da parte del Giudice delle leggi potrebbe conferire al *fiscal council* italiano un ampio grado di influenza; posto che, laddove tali risultanze venissero poste a motivazione

---

mercati appare avere natura preponderante per tutta l'architettura dei vincoli di bilancio europei, come confermato anche di recente dallo EUROPEAN FISCAL BOARD, *Assessment of EU fiscal rules,* cit., 9-10, laddove afferma che il Trattato di Maastricht ha dato vita a un sistema di regole in cui la *fiscal discipline* viene imposta agli Stati attraverso due modalità: «*first, by directly contraining government policies with fiscal rules; and second, by enabling a regime of market pressure*».

[93] Anche di recente, una parte della dottrina ha sottolineato come i *fiscal council* siano diventati «*part of international good practice in the design of fiscal frameworks aimed at guiding fiscal policymakers' discretion»,* anche perché *«The results provide some suggestive evidence that the presence of fiscal councils seems to eliminate optimistic biases in budgetary forecasts and to improve their accuracy*» (cfr. cfr. AA.VV., *Independent Fiscal Councils. Recent Trends and Performance,* in *IMF Working Paper,* 68/2018, 23).

[94] Su tale prassi e sulle problematiche a essa ascrivibili, v. ampliamente I. PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi,* Milano, 2011, 122 ss., nonché ID, *Controllo del Presidente della Repubblica e giudizio di legittimità costituzionale: nuovi punti di contatto alla luce della prassi delle promulgazioni motivate,* in L. Violini (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale,* Napoli, 2015, 117 ss.

[95] In tal senso, G. BASCHERINI, *Il controllo presidenziale sulle leggi. Prospettive della presidenza Mattarella,* in *Rivista AIC,* 3/2018, 449 ss., il quale ritiene tali forme di promulgazione «coerenti con la posizione che il Presidente della Repubblica occupa nella sequenza costituzionale del procedimento di produzione legislativa».

[96] Così G. SCACCIA, *La funzione presidenziale di controllo sulle leggi e sugli atti equiparati,* in A. Baldassarre, G. Scaccia, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo,* Roma, 2011, 134 ss., spec. 146, secondo il quale essa avrebbe lo specifico e unico scopo di «separare, dinanzi al tribunale dell'opinione pubblica, la responsabilità del Capo dello Stato da quella del Governo o a circostanziare i motivi della controfirma, al fine di sottrarre l'istituzione presidenziale al gioco mediatico della vicendevole delegittimazione fra le parti».

[97] A tal proposito, inoltre, si può segnalare come proprio di recente, con la sent. n. 188 del 2016, la Corte abbia accolto il ricorso della regione Friuli-Venezia Giulia in materia di IMU a seguito dell'esercizio dei propri poteri istruttori per accertamenti in materia di finanza e tributi. Cionondimeno, una parte della dottrina (nonché, sia pure senza seguito, il legislatore, con l'A.S. 1952 della XVII legislatura) ha sottolineato l'opportunità di sviluppare forme di «leale collaborazione» tra UPB e Corte costituzionale proprio in materia di quantificazione finanziaria degli oneri derivanti dalle proprie pronunce; cfr. C. CARUSO, *La giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio tra mito e realtà,* in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, 263 ss.; Y. GUERRA, *Alcuni spunti di riflessione sull'Ufficio parlamentare di bilancio,* in *Forum di Quad. cost.,* 5/2016, 12 ss.

di pronunce di illegittimità costituzionale, sia il Parlamento che il Governo sarebbero portati a dedicare estrema attenzione alle valutazioni di tale organismo, con l'obiettivo di evitare eventuali e future pronunce in tal senso.

Oltre ai due custodi della Costituzione, un altro interlocutore che potrebbe avvalorare la funzionalità parlamentare dell'UPB sembra essere l'elettorato e, più in generale, l'opinione pubblica. Al pari del CBO, infatti, l'UPB potrebbe guadagnare un ruolo centrale nel dibattito pubblico, cominciando a beneficiare dell'attenzione di un'opinione pubblica attenta alle diverse implicazioni delle scelte di bilancio e alla veridicità delle stime e previsioni governative, in qualche modo garantendo allo stesso, e di riflesso, l'attenzione delle forze politiche. In questo caso, tuttavia, risulterebbe quanto mai essenziale ribadire la mera tecnicità dell'apporto dell'UPB, il quale dovrebbe limitarsi a un'attività di verifica e valutazione che non sconfini nel merito delle scelte di natura politica, così da assolvere a una funzione di responsabilizzazione dei decisori politici che si riveli del tutto in linea con il proprio mandato istituzionale.

Superato il problema del tendenziale assorbimento delle risultanze dell'UPB all'interno delle dinamiche dalla maggioranza, tipiche della forma di governo parlamentare, diviene allora maggiormente plausibile riconoscere nell'attività dell'UPB una importante funzionalità parlamentare, in grado di elevare lo stesso a fondamentale elemento di razionalizzazione della forma di governo. L'UPB, infatti, per fisionomia e funzioni si rivela idoneo a fungere da contrappeso al tradizionale monopolio informativo del Governo in materia di finanza pubblica, riportando l'organo parlamentare su un piano di parità – almeno da un punto di vista tecnico e in termini di funzione di indirizzo e controllo – che consente l'inveramento tanto del principio di separazione tra poteri quanto delle relative prerogative parlamentari. Proprio in questi termini sembra possibile recuperare le virtualità ausiliarie dell'UPB nei confronti del Parlamento e veicolarle verso un riaccentramento dell'organo della rappresentanza politica[98] che possa fare da contraltare al progressivo deterioramento del ruolo cui esso ha assistito negli ultimi decenni[99], in qualche modo declinando una esigenza strettamente eurounitaria in un'ottica di valorizzazione tanto della responsabilità politica che della rappresentanza politica stessa[100].

[98] Sulla progressiva perdita di discrezionalità del Parlamento e del Governo in ordine alle decisioni di bilancio in ragione delle regole di bilancio europee, ancora attuali appaiono le considerazioni di G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007, 43 ss.

[99] Sul punto, da ultimo, si vedano le considerazioni di C.F. FERRAJOLI, *Un declino senza cambiamento. Il Parlamento italiano tra la XVII e la XVIII Legislatura,* in *Costituzionalismo.it,* 1/2019, 34 ss.

[100] In qualche modo approfittando per recuperare quell'eredità, o meglio «il reale *tema mancato* della storia repubblica», che l'Assembla costituente aveva lasciato, e cioè «quello della razionalizzazione della forma di governo parlamentare»; cfr. G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e i suoi limiti,* in *Costituzionalismo.it,* 2/2017, 16 ss.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA "ACCENTRATO" DI COSTITUZIONALITÀ

UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

L'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE TORNA A CASA?*

MARCO RUOTOLO

SOMMARIO: 1. L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa – 2. Rapido *excursus* sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale – 3. La casa dell'interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli – 4. Oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri "conformanti") – 5. Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione "proposta" dal Presidente della Repubblica.

1. *L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa*

Mi sono occupato in diverse occasioni del tema dell'interpretazione conforme a Costituzione e rischio di avere poco da dire in aggiunta a quanto già scritto[1]. Anche per questa ragione – per non

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
Il presente contributo, preparato quale relazione al Seminario dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 25 ottobre 2019, è affettuosamente dedicato a Pasquale Costanzo e destinato agli Studi in suo onore.

[1] Una sintesi la si può trovare nel mio *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014 e poi in *Quando il giudice "deve fare da sé"*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 22 ottobre 2018. Al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione sono stati dedicati, in questi anni, diversi contributi, tra i quali: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Milano, 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; M. A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Napoli, 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss. Fondamentali, in argomento, gli studi di Franco MODUGNO. Limitandomi ai più recenti, indico: *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. www.rivistaaic.it, 18 aprile 2014; *Al fondo della teoria dell'"interpretazione conforme a Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2015, 461 ss.; *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e Società*. 2018, spec. 528 ss.

ripetermi – cercherò di privilegiare alcuni aspetti a scapito di altri, dando anzitutto peso al titolo che mi è stato suggerito dal direttivo del Gruppo di Pisa, il quale evoca un ritorno a casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Esiste davvero una sola casa per questa tecnica? A leggere contributi recenti se ne potrebbe dubitare. Vi è chi ha più volte sostenuto che non si può «leggere nella disposizione quello che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse»[2] e chi ritiene che il nuovo atteggiamento della Corte, che avrebbe ormai esonerato il giudice comune dal compito di interpretare le disposizioni in modo conforme quando ciò appaia soltanto "improbabile o difficile" (sent. n. 42 del 2017), possa «comportare una rinuncia non priva di controindicazioni»[3].

Entrambe le costruzioni non mi convincono.

Mi chiedo: chi nega che si possa leggere in una disposizione quello che non c'è (un giudice che operasse in tal modo compierebbe una violazione di legge)? Chi nega che un giudice possa privilegiare, in nome della forza espansiva della Costituzione, un'interpretazione della disposizione per quanto "difficile" o "improbabile"?

La Corte costituzionale non ha mai scritto che l'interpretazione conforme a Costituzione possa condurre a uno stravolgimento in via giudiziale del tenore letterale della disposizione; semmai ha sostenuto il contrario. Né, con la sent. n. 42 del 2017, ha inteso inibire l'esercizio di poteri ermeneutici che consentano al giudice di fare sì che la Costituzione pervada l'ordinamento «in modo molecolare», entrando in tutte le norme dello stesso e quindi caratterizzandole, conformandole[4]; semmai, di nuovo, ha sostenuto il contrario. Piuttosto, con il suo nuovo atteggiamento – che peraltro, come dirò, è stato precisato e non inaugurato con la sent. n. 42 del 2017 – la Corte vuole evitare che un giudice debba per forza "fare da sé", senza sollevare la questione di costituzionalità, qualora non riesca a raggiungere un esito costituzionalmente conforme mediante l'impiego degli strumenti ermeneutici a sua disposizione. È cosa ben diversa dal ritenere che non possa «spingersi oltre la sfera di ciò che, pur con difficoltà e con iniziale esitazione, resta a ben vedere, sul piano dell'interpretazione possibile»[5]. Significa che ove un giudice abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a non pervenire, direttamente, a un esito ermeneutico conforme a Costituzione, ciò basta affinché la sua "domanda" meriti dalla Corte una "risposta" nel merito. Risposta che potrà pure consistere nell'affermazione della praticabilità (e dunque della "possibilità") della soluzione scartata dal giudice, in ragione, ad esempio e forse anzitutto, della presunta (e dalla Corte non rilevata) resistenza della lettera (o del diritto vivente) a un esito costituzionalmente conforme.

Insomma: è solo l'omesso (o del tutto inadeguato) tentativo di interpretazione conforme che merita di essere sanzionato con una pronuncia di inammissibilità, negli altri casi dovendo la Corte affrontare la questione nel merito. Questo è l'atteggiamento attuale del giudice delle leggi, che più avanti ripercorrerò. Che poi questa sia "la casa" dell'interpretazione conforme è altra questione, che per essere affrontata richiede di essere inquadrata alla luce delle ancora attuali riflessioni degli studiosi che si occuparono dei temi della giustizia costituzionale all'indomani dell'entrata in funzione

---

[2] M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'«interpretazione conforme a»,* in *federalismi.it,* www.federalismi.it, 8 agosto 2007, 7. La posizione di Luciani è ora più compiutamente esposta nella sua ricca e già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, 391 ss. (per il profilo qui trattato v. 472 s.).

[3] M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme*), in CORTE COSTITUZIONALE, *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, 2019, 36.

[4] Come giustamente indicato da G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 323.

[5] M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit. , 36.

della Corte[6]. Insuperabili mi sembrano, in particolare, le riflessioni di Vezio Crisafulli, che considererò come l'architetto della possibile, almeno ideale, casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Prima di addentrarmi sui fronti dell'evoluzione giurisprudenziale e della ricostruzione della tesi di una dottrina così autorevole, vorrei, però, ancora spendere una considerazione sulle posizioni attuali prima riferite. Non vorrei, infatti, sembrare ingenuo o almeno incapace di cogliere cosa quelle due tesi sottendano.

La prima tesi si rivela, nelle sue intenzioni e nei suoi sviluppi[7], fautrice di una strategia che vuole la "lettera" prevalere sempre e comunque, contenendo significativamente (in modo antistorico) il potere interpretativo dei giudici. Si afferma esplicitamente la contrarietà nei confronti delle «derive pangiurisdizionaliste che oggi dominano il dibattito scientifico e cominciano a percorrere il concreto funzionamento delle istituzioni»[8] , le quali mirerebbero a sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico[9]. Emerge, sia pure implicitamente, una forte diffidenza nei confronti dei giudici, mettendo al fondo in dubbio la loro cultura costituzionale. L'insistenza sul primato del testo potrebbe essere infatti letta come un invito per i giudici comuni (e per l'amministrazione) a tenere un atteggiamento supino rispetto al dato letterale della legge, particolarmente gradito peraltro da molti operatori in quanto senz'altro deresponsabilizzante. Ma quanti arretramenti potremmo registrare specie sul piano della tutela dei diritti fondamentali se questo atteggiamento dovesse riprendere piede! Non credo sia da auspicare il ritorno a un'amministrazione ottusa, né a una giurisdizione chiusa rispetto alle possibilità date dall'interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione).

La seconda tesi, invece, ha un retroterra pangiurisdizionalista e in nome della «diffusività della Costituzione»[10] si traduce in un invito al giudice a fare il più possibile da sé. Qui la cultura costituzionale dei magistrati è data per scontata e piena è la fiducia nei loro confronti circa la capacità di assicurare, tramite l'interpretazione, un sistema normativo più conforme (o meno disforme) a Costituzione. Volendo estremizzare: l'opera del legislatore ben può essere sviluppata e completata dai giudici, che possono sempre contribuire, attraverso l'interpretazione, a razionalizzarla decisamente in una direzione conforme a Costituzione, anche integrando le lacune del dettato normativo.

Nella loro, per quanto implicita, radicalità sono posizioni che non mi soddisfano. Il legislatore deve rimanere il principale attore nello svolgimento e nell'attuazione della Costituzione. A imporlo sono le regole base della democrazia. Ma il giudice non può essere passivo spettatore, mera bocca della legge, secondo l'antica immagine; deve poter ricavare norme conformi a Costituzione fin dove l'orizzonte di senso del testo soggetto al processo di interpretazione/applicazione lo consenta. Non può sostituirsi al legislatore, ma, presumendo la legittimità costituzionale della scelta politica, può dare un apporto decisivo per far sì che la stessa esprima virtualità normative conformi a Costituzione. Banalmente: il giudice non è strumento dichiarativo della volontà del legislatore, ma nemmeno può essere soggetto capace di stravolgere il voluto che si manifesta attraverso la disposizione. È una questione di misura, è un problema di confini, che, come più volte ho sostenuto, devono essere ricercati negando radicalmente che l'interpretazione possa trasmodare in disapplicazione dei testi le-

[6] Il riferimento è, in particolare, ai lavori di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito e di Carlo Lavagna, nonché di Giovanni Grottanelli e di Alessandro Pace, le cui posizioni in argomento ho cercato di ricostruire nel mio *Interpretare*, cit., 37 ss.
[7] Mi riferisco alla già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione* di Massimo Luciani.
[8] M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 422.
[9] M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 393.
[10] M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., 31.

gislativi[11].

Se si vuole, quella che qui si esprimerà potrà essere considerata come una posizione mediana, che condivide lo scetticismo nei confronti della pangiurisdizionalizzazione del reale, ma non fino al punto da tollerare, in nome di una cieca prevalenza della preminenza della legge, il realizzarsi e il protrarsi di situazioni normative contrarie alla Costituzione, spesso peraltro determinate da omissioni che il legislatore non appare disponibile a colmare nonostante moniti formulati in tale direzione dagli organi di garanzia, in particolare dalla Corte costituzionale, ma anche, come vedremo, dal Presidente della Repubblica. In presenza degli stessi è difficile negare che il giudice abbia maggiori spazi di intervento, anche per colmare lacune che riscontri nel sistema, se non altro perché il monito o il suggerimento interpretativo dell'organo di garanzia può contribuire a definire il "principio generale" dal quale ricavare la regola per l'integrazione dell'ordinamento ove debba fare ricorso all'*analogia iuris*[12].

Si potrebbe però obiettare che la tesi che propugna il radicale contenimento dell'interpretazione conforme a Costituzione non conduca a determinare i rischi appena accennati. Dove il dettato legislativo è di dubbia costituzionalità o dove sia presente un'omissione che si presume incostituzionale, il giudice solleverà la relativa questione e la Corte potrà accoglierla. Per coerenza si dovrebbe tuttavia ritenere che ciò debba accadere ogni qual volta sia possibile anche una sola interpretazione incostituzionale[13], con la conseguenza che il procedimento davanti al giudice dovrà essere sospeso e la Corte dovrà scegliere l'alternativa accoglimento/rigetto. Bianco o nero. Purtroppo o per fortuna non è così, perché i testi (la maggior parte degli enunciati) sono per loro natura ambigui, suscettibili di diverse interpretazioni, sicché l'attività ermeneutica si rivela ineludibile strumento in vista dell'applicazione. Senza dimenticare che il conseguimento di un risultato conforme a Costituzione, realizzato direttamente dal giudice, consente di rispondere immediatamente alla domanda di giustizia che è sottesa a qualunque procedimento giurisdizionale. Il che non è secondario in un Paese che detiene primati per la lunghezza dei processi.

Ma vediamo finalmente, sia pure per grandi linee, come si è orientata sul tema la giurisprudenza costituzionale e se sia possibile ritenere che i più recenti approdi l'abbiano condotta nella casa che il grande Vezio Crisafulli aveva disegnato per l'interpretazione conforme a Costituzione.

2. *Rapido* **excursus** *sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione conforme a Costituzione è stata ricostruita in diversi lavori[14]. Credo sia inutile ripercorrerne analiticamente le tappe, essendo piuttosto preferibile indicare quali siano stati i più rilevanti precedenti rispetto a quello che appare essere l'attuale indirizzo.

[11] Piena consonanza sul punto con V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé*, in *Diritto e Società*, 2018, 649.

[12] Va ricordato che le lacune possono essere colmate con il ricorso ai principi costituzionali ai quali «spetta in ogni caso – anche ai fini delle "preleggi" – la priorità nei confronti dei principi generali di derivazione legislativa ordinaria» (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109).

[13] È quanto sostenuto da A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1073.

[14] Da ultimo, in modo particolarmente ordinato, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

Che la Corte costituzionale abbia il potere di interpretare la disposizione legislativa censurata in modo diverso dal rimettente al fine di assicurarne la compatibilità a Costituzione è consapevolezza antica, espressa già nella sent. n. 3 del 1956. Così come antica è l'acquisizione circa la possibilità del ricorso a decisioni interpretative, tra le quali sono da annoverare le pronunce di infondatezza, che appunto respingono la questione di legittimità costituzionale in quanto al testo può essere data un'interpretazione conforme a Costituzione (in tal caso, sarebbe sempre opportuno che la Corte indichi nel dispositivo che l'infondatezza è "nei sensi di cui in motivazione", come accaduto, non senza qualche oscillazione nella seguente storia giurisprudenziale, a partire dalla sent. n. 1 del 1957). Tuttavia, la pronuncia interpretativa, se e proprio in quanto di infondatezza, non vincola, com'è noto, i giudici, i quali ben potrebbero ricavare dal testo una norma diversa da quella individuata dalla Corte costituzionale. È questa la ragione per cui il "seguito" di pronunce di tal fatta dipende in larga misura dalla volontà "collaborativa" dei giudici, in particolare dei "vertici" della magistratura, che altrimenti potrebbero "reagire", come accaduto, in verità raramente, nella storia repubblicana[15]. Proprio alla luce di quelle reazioni – penso in particolare a quella verificatasi negli anni Sessanta del secolo scorso[16] – la Corte cominciò negli anni Settanta a diversamente valutare il c.d. diritto vivente, considerandolo limite alla propria libertà interpretativa (v., ad es., sent. n. 276 del 1974), nel senso che, ove da esso intenda discostarsi, la strada maestra diviene quella dell'accoglimento della questione.

Ma l'"apertura" nei confronti dei giudici diviene gradualmente più significativa e si traduce nell'invito agli stessi a procedere ad «una esegesi adeguatrice» del dato normativo prima di sollevare la questione di costituzionalità (v., ad es., sent. n. 443 del 1994), potendo l'antinomia risultare apparente qualora il presunto conflitto tra testi sia risolvibile mediante la relativa interpretazione che renda le norme da essi ricavate non incompatibili tra loro. Ciò sarà puntualizzato nel noto passo per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (sent. n. 356 del 1996). Il «risvolto processuale»[17] di questa affermazione sarà l'adozione della pronuncia di inammissibilità non solo ogni qual volta il giudice abbia omesso di cercare la soluzione conforme a Costituzione, ma anche quando non abbia adeguatamente dimostrato la "impossibilità" di seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta. Diminuiscono le sentenze interpretative di rigetto (delle quali costituiscono parziale surrogato le decisioni definite di "rigetto con interpretazione", non caratterizzate dalla formula "nei sensi di cui in motivazione"), crescono le decisioni di inammissibilità fondate sulla possibilità di ricavare dal testo un'interpretazione conforme a Costituzione, ancorché difficile o improbabile. In particolare, l'eventuale resistenza opposta dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale della disposizione è ritenuta in molte occasioni superabile, in quanto uniformarsi al diritto vivente è considerata "facoltà" e non "obbligo" per il giudice *a quo* (v. ad es. sent. n. 350 del 1997).

[15] A sottolineare il proficuo rapporto Corte costituzionale-giudici si è parlato di "sindacato accentrato-collaborativo" nel volume di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

[16] La c.d. guerra tra Corti nacque a seguito di tre pronunce della Corte costituzionale (sentt. n. 11 e 52 del 1965, n. 127 del 1966), in tema di garanzie difensive nell'istruzione sommaria, le quali avevano disatteso il consolidato orientamento in materia della giurisprudenza di legittimità. La vicenda, che aveva visto l'impiego da parte della Corte di pronunce "interpretative" (di rigetto e di accoglimento), si concluse con un'ulteriore pronuncia di rigetto (sent. n. 49 del 1970) che ha finito per "dare ragione" alla Cassazione, in quanto il problema ad essa sottesa è finalmente considerato come questione meramente interpretativa la cui soluzione è riserva alla giurisprudenza comune.

[17] V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 77.

È il preludio a una nuova stagione di conflitto con la Cassazione, espressa in occasione di una vicenda riguardante il calcolo dei termini di fase della custodia cautelare in carcere. La Cassazione non si uniforma al suggerimento interpretativo della Corte costituzionale, espresso nella sentenza interpretativa di rigetto n. 232 del 1998, e il giudice delle leggi, di nuovo chiamato a pronunciarsi, ricorre a diverse decisioni di inammissibilità o di manifesta infondatezza, rivendicando a sé il potere di interpretare le disposizioni in modo conforme a Costituzione. La vicenda si conclude alcuni anni dopo con la presa d'atto del maturare di un diverso indirizzo giurisprudenziale, suffragato da una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, al quale non è più possibile controbattere con una decisione meramente interpretativa. La Corte ricorre pertanto ad una sentenza additiva (n. 299 del 2005) resa necessaria dal formarsi di un diritto vivente ritenuto incostituzionale. Si pongono le basi per una nuova e positiva stagione di "collaborazione" con la magistratura, che tra l'altro si traduce nella conferma degli ampi poteri interpretativi della stessa al fine di addivenire a soluzioni normative conformi a Costituzione, accompagnato dall'attenuazione del vincolo motivazionale nella proposizione di questione di costituzionalità[18], tanto da leggere l'onere di interpretazione conforme non più come "obbligo di risultato" ma come "obbligo di mezzi"[19] o, ancora meglio, "*obbligo di diligenza*": «la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*»[20]. Se un giudice, utilizzando gli ordinari poteri ermeneutici, ritiene che la soluzione conforme a Costituzione non sia praticabile, o meglio sia difficile o improbabile a causa della resistenza del testo o del diritto vivente formatosi su di esso, ciò basta ai fini della corretta introduzione del giudizio di costituzionalità. La risposta della Corte, insomma, non potrà essere l'inammissibilità della questione[21], ma al limite il rigetto interpretativo (sent. n. 221 del 2015), ove la stessa ritenga che la soluzione ermeneutica scartata dal giudice sia possibile, ancorché difficile o improbabile (sent. n. 42 del 2017).

Si tratta di un epilogo che pare a chi scrive in grado di assicurare una soluzione di equilibrio, rispettosa del ruolo della magistratura e in grado di assicurare un migliore ascolto e seguito delle pronunce della Corte. Il suo "risvolto processuale" è il rinnovato *favor* per l'impiego della pronuncia interpretativa di rigetto ogni qual volta sia possibile l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. Vi è, dunque, anche un innegabile miglioramento della segnaletica giurisprudenziale[22], che è fattore non secondario per far maturare e consolidare un rapporto positivo di collaborazione con la magistratura.

È questo un ritorno a casa dell'interpretazione conforme a Costituzione?

3. *La casa dell'interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli*

Credo che le principali domande sottese alla rapida analisi giurisprudenziale prima proposta possano riassumersi in due interrogativi: perché mai un giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità se attraverso l'interpretazione è possibile ricavare un significato del testo conforme a

[18] Cfr. C. TOMBA, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2063 ss.
[19] G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, 141.
[20] F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., 541.
[21] «Se l'interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola persuasiva, è profilo che esula dall'ammissibilità e attiene, per contro, al merito, che è ora possibile scrutinare»: v. tra le altre sentt. nn. 221, 262 del 2015, 45, 95, 204 del 2016.
[22] Autorevolmente auspicato da L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3690.

Costituzione? E, sul versante del giudizio di costituzionalità: perché mai la Corte dovrebbe dichiarare illegittimo un testo normativo se da esso può ricavarsi un significato conforme a Costituzione? Al riguardo si contrappongono due diverse esigenze: da un lato quella di privilegiare ad ogni costo la certezza del diritto (se vi è anche una sola possibilità di ricavare dall'enunciato una norma incostituzionale, la Corte avrebbe il dovere di espungere quella norma dall'ordinamento); dall'altro lato quella di favorire la collaborazione tra istituzioni, peraltro garantendo una tutela immediata del diritto controverso[23] (offerta direttamente dal giudice comune, senza attendere il giudizio della Corte). Nel contemperamento tra le due esigenze, la seconda sembra ricevere maggiore spazio, al punto che la dichiarazione di incostituzionalità è ormai riguardata quale *extrema ratio*, quale esito del fallimento dell'interpretazione[24].

Entro queste coordinate credo possano essere inquadrate le evoluzioni e le implicazioni dell'interpretazione conforme, traendo dalla dottrina che per prima si è occupata del tema importanti, se non decisive, indicazioni.

Nel 1956 Vezio Crisafulli già scriveva che la Corte può ben ricorrere ad una pronuncia di rigetto quando dalla disposizione impugnata possa ricavarsi una norma conforme a Costituzione, diversa da quella individuata dal giudice *a quo*[25], precisando cinque anni dopo che la sentenza non avrebbe potuto essere che di incostituzionalità ove la *formulazione* della disposizione offrisse una *resistenza insuperabile* ad essere interpretata in modo conforme a Costituzione ovvero allorché si fossero *consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali*, dovendosi in tale ultimo caso dichiarare l'illegittimità della norma "vivente"[26]. Il tenore letterale o il diritto vivente erano dunque già riguardati come principali ostacoli alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione. Non sarebbe stato poi così difficile cogliere i "risvolti processuali" di questa affermazione. La stessa Corte costituzionale non potrebbe rinunciare all'accoglimento della questione ove realmente la lettera o il diritto vivente costituiscano "ostacolo insuperabile" a una soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme. Ove il giudice ritenga l'ostacolo "insuperabile", ma la Corte lo valuti invece "superabile", non condividendo la lettura del rimettente, la soluzione ben potrà essere la sentenza interpretativa di rigetto. Viceversa, ove il giudice ritenga non sussistente l'ostacolo, sarà direttamente lui ad offrire la soluzione costituzionalmente conforme, senza coinvolgere la Corte. Il problema principale sta nell'ipotesi in cui la Corte abbia ritenuto possibile un'interpretazione alternativa, in quanto non implausibile, rispetto a quella indicata dal giudice *a quo*, ma gli altri giudici non intendano uniformarsi ad essa. È un'ipotesi possibile, come abbiamo già detto, connaturata alla non vincolatività della decisione interpretativa di rigetto, suscettibile di sfociare persino, come accaduto, in un conflitto tra Corti. Anche al riguardo, Vezio Crisafulli ci forniva già la risposta: nonostante l'efficacia "morale" altissima delle decisioni della Corte, non possono escludersi – scriveva Crisafulli nel 1958 – "casi di ribellione" dei giudici, specie di quelli diversi dal rimettente ("gli altri giudici") e soprattutto a distanza di tempo dalla sentenza costituzionale[27]. L'unica via per stroncare quella ribellione

[23] Come rileva G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, p. 20.
[24] G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257.
[25] V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 939.
[26] V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, 1961, p. 895.
[27] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 290 s.

sarà il successivo accoglimento della questione, proprio per «impedire l'affermarsi di interpretazioni incostituzionali»[28].

È un sistema che, com'è noto, presuppone la possibilità della doppia pronuncia diacronica, ma che richiede, per avere un senso, che la decisione interpretativa di rigetto sia tendenzialmente rispettata, seguita, che cioè vi sia propensione alla "collaborazione" da parte dei giudici[29]. Ed è una situazione che tendenzialmente si è verificata nella storia dei rapporti tra la Corte costituzionale e gli altri giudici, diversamente da quanto accaduto nei rapporti tra giudice delle leggi e Parlamento, essendo troppo spesso i moniti del primo inascoltati dal secondo[30].

Il mantenimento di questo rapporto collaborativo passa anche, se non soprattutto, per il rispetto da parte della Corte della c.d. dottrina del diritto vivente e delle sue immediate implicazioni. Non si può infatti negare, dal lato del giudice comune, che "costringerlo" a percorrere una soluzione ermeneutica diversa da quella "dominante", specie se espressa dal giudice di legittimità, significherebbe indurlo a un'interpretazione probabilmente «suicida» («in quanto quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori»)[31] e che, dal lato della Corte costituzionale, optare per una decisione di rigetto o addirittura di inammissibilità per indicare una soluzione conforme a Costituzione diversa da quella espressa dalla Cassazione potrebbe «porre in discussione» o persino «delegittimare» la funzione nomofilattica di quest'ultima[32]. La decisione interpretativa di rigetto dovrebbe in tali casi essere privilegiata quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente[33], non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata, in ragione del fatto che quest'ultima è contraria a Costituzione. Né potrebbe, per eludere il limite che essa stessa si è data, ricorrere allo stratagemma dell'interpretazione conforme a Costituzione del diritto vivente all'apparenza incostituzionale. La Corte non potrebbe, infatti, dire che il diritto vivente «non è incostituzionale se reinterpretato», come pure ha fatto, perché tale affermazione se può valere con ri-

[28] V. CRISAFULLI, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 11 s.

[29] Sul "seguito" delle decisioni interpretative v. G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, pp. 769 ss., nonché la ricerca del Servizio studi della Corte costituzionale dal titolo *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso l'autorità giudiziaria – anni 2000-2005*, pubblicata nella sezione "Studi e ricerche" del sito della Corte costituzionale (**www.cortecostituzionale.it**).

[30] Si veda sul punto la riflessione di P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, 4, relativa al «perfezionarsi di un modello "collaborativo" di giustizia costituzionale (terzo rispetto ai ben noti due grandi modelli "accentrato" di derivazione austriaca e "diffuso" di origine statunitense), per il cui assestamento si è rivelata (e permane) decisiva la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, anche in modo arditamente innovativo, ha assecondato le propensioni, diffuse nel sistema, di arricchire la gamma dei moduli della ridetta collaborazione». Dello stesso Autore, per quanto riguarda il versante dei rapporti Corte-legislatore e le implicazioni del perdurante stato di inerzia a seguito dei moniti del giudice delle leggi, si veda *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo di insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, specie paragrafi 6 e 7.

[31] R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 111. Il rilievo del «diritto vivente» è tale che la mancata presa in considerazione di soluzioni ermeneutiche alternative ad esso, «eccentriche rispetto al modo in cui le disposizioni vivono», non può ritenersi condizione di inammissibilità della questione (sent. n. 141 del 2019).

[32] Così, ancora, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 112.

[33] Come sostenuto da tempo in dottrina. Cfr., almeno: G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 101; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 154.

guardo a un testo (sempre nei limiti del suo orizzonte di senso), «ove riferita ad un'interpretazione lascia disorientati»[34].

Credo che, riguardata in questi termini, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, pur con le oscillazioni rilevate, abbia riportato l'interpretazione conforme a Costituzione nella casa che la migliore dottrina sembrava aver costruito proprio al fine di contenerne gli eccessi.

4. *Oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri "conformanti")*

Fuori dal perimetro di questo mio intervento è volutamente rimasto il tema dell'interpretazione conforme al diritto europeo e al diritto internazionale, nella condivisa consapevolezza della sua specificità e dunque diversità. Come è stato mirabilmente scritto da un noto magistrato, «la nozione di interpretazione conforme esprime essenzialmente un concetto di relazione logica, tra un conformante e un conformato» e il «"conformante" – vale a dire ciò che attrae nella sua orbita ermeneutica ed assiologica l'altro termine della relazione – è modello composito e variegato», al punto che la diversità di «presupposti, di regole (anche non scritte), di prassi, di limiti e di risultati», dimostra «quasi la velleità di ogni approccio olistico a tale concetto»[35].

Se la oggettiva diversità dei "conformanti" mi induce a non approfondire il tema, non posso però qui non rilevare, in quanto utile per completezza della trattazione, la recente tendenza al "riaccentramento" del giudizio di costituzionalità, più propriamente a riportare in tale sede il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto "di impronta tipicamente costituzionale" e incidano su diritti fondamentali della persona. Se questo è in qualche modo naturale per il rapporto con il diritto convenzionale (si pensi alla giurisprudenza riguardante la CEDU, a partire dalle sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007), appare meno scontato nel rapporto con il diritto comunitario o eurounitario. Esemplare di questa tendenza è la sent. n. 269 del 2017, riguardante il sindacato sulle norme interne che si pongano in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo quando confermato anche nella successiva sent. n. 20 del 2019, la Corte ritiene che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto "parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale"». Quando una legge che incide sui diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua

[34] Così, con riferimento alla sent. n. 3 del 2015, M. CAREDDA, *Quando "reinterpretare" dovrebbe equivalere ad accogliere*, in *Giur. Cost.*, 2015, 35, la quale aggiunge: «reinterpretare una 'norma' significa, infatti, sostituire un'interpretazione a un'altra, perché la seconda e non la prima è conforme a Costituzione. Ma se la prima è "diritto vivente" non si può rinunciare a dichiararla incostituzionale, salvo a voler sacrificare del tutto le esigenze della certezza del diritto in nome della ricerca a tutti i costi della soluzione conforme a Costituzione». Mi pare un buon modo di sviluppare l'intuizione crisafulliana per cui anche il diritto vivente può costituire "resistenza insuperabile" per addivenire a una soluzione conforme a Costituzione. Proprio V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2*, cit., 897, richiamato puntualmente nelle conclusioni della nota di Marta Caredda, affermava, infatti, che «il solo mezzo di cui disponga la Corte per stroncare indirizzi giurisprudenziali incostituzionali consiste nel dichiarare formalmente, in dispositivo, la invalidità della "norma vivente", anche se, a suo giudizio, fondata sopra una erronea interpretazione».

[35] P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 3. Tra le variabili indicate da Gaeta assume qui particolare rilievo quella del «*contesto*», atteggiandosi diversamente l'«ermeneutica conformante» ove rapportata a un "sistema" nazionale o sovranazionale.

compatibilità con la CDFUE – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea – «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (*ex* artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato». Come ulteriormente precisato nella sent. n. 63 del 2019, laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»[36]. Anche se non può probabilmente affermarsi in tali casi una priorità assoluta per l'incidente di costituzionalità (potendo il giudice, a sua discrezione, ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea), come si evince pure dalla successiva ord. n. 117 del 2019, la precisazione della Corte costituzionale può essere considerata come espressione della precisa volontà di quest'ultima di rimanere il primo riferimento in materia di garanzia dei diritti umani. Insomma, si potrebbe ritenere, riprendendo il filo del discorso che interessa l'interpretazione conforme a Costituzione, che la Corte stia cercando di contenere gli spazi di diffusione del giudizio di costituzionalità, pur non disconoscendo ai giudici poteri rilevanti, nonché ovviamente il persistente potere/dovere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario direttamente applicabile.

Il fenomeno è particolarmente interessante se si riflette sul fatto che all'origine della dilatazione dei poteri interpretativi dei giudici comuni vi è, in buona parte, il mutamento del modo di concepire la stessa funzione giurisdizionale nel sistema italiano conseguente alla sentenza *Simmenthal* della Corte di giustizia del 1978 (e alla successiva sent. n. 170 del 1984 della Corte costituzionale). Il riconoscimento al giudice comune del potere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto comunitario (ora euro-unitario) direttamente applicabile non poteva non avere conseguenze ulteriori, che non si sono infatti limitate al pure rilevante ambito della "diffusione" del controllo in questo campo, ma hanno segnato l'ampliamento dei suoi poteri interpretativi in vista della conformazione del diritto interno al diritto europeo. Il che non poteva non avere riflessi anche sul rafforzamento degli stessi poteri per rispondere all'esigenza di conformazione dei testi normativi a Costituzione. Più prosaicamente: se il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo per prevenire l'antinomia con il diritto comunitario e dunque evitare la formale disapplicazione, per quale ragione non potrebbe fare altrettanto per assicurare un'immediata conformità a Costituzione di una disposizione evitando di sollevare questione di costituzionalità? Si potrebbe rispondere perché a tale fine c'è sempre la possibilità di adire la Corte

[36] Secondo una certa lettura, in conseguenza della sent. n. 269 del 2017 gli spazi di intervento "diretto" del giudice comune sarebbero ormai irrimediabilmente ridotti quando a venire in gioco siano le violazioni dei diritti della persona: così G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p. 220; in senso analogo, tra gli altri, R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 28 dicembre 2017, nonché L. S. ROSSI, *La sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in ***federalismi.it***, 31 gennaio 2018.

costituzionale. Il che è senz'altro vero e infatti non è questo che si vuole negare. Ma è indiscutibile che a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, una volta riconosciuto al giudice il potere di addirittura disapplicare la legge (sia pure solo per l'ipotesi di contrasto con il diritto comunitario direttamente applicabile), la percezione del suo ruolo sia radicalmente mutata, anche rispetto all'esercizio degli ordinari poteri di interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione). Come a dire – sotto il profilo anche psicologico – che il giudice ben può essersi da allora sentito autorizzato a "spingersi in avanti" nel suo già riconosciuto compito di tentare in ogni modo di ricavare dai testi soluzioni conformi a Costituzione.

5. *Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione "proposta" dal Presidente della Repubblica*

Qualche riflessione conclusiva vorrei dedicare al possibile impiego dell'interpretazione conforme a Costituzione nell'esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica in sede di esame delle leggi e degli atti aventi forza di legge finalizzato alla relativa promulgazione o emanazione. Com'è noto, a partire dalla Presidenza Ciampi, si è in tal ambito introdotta la prassi delle motivazioni "con riserva", nel convincimento che l'esercizio del potere di rinvio o il successivo rifiuto di promulgazione o emanazione possa avvenire solo in caso di palese contrasto con la Costituzione dell'atto sottoposto al vaglio presidenziale. Ma questa prassi sembra aver subito un'interessante evoluzione per il nostro tema nel corso della Presidenza Mattarella.

Vorrei in particolare ricordare le lettere inviate dal Presidente Mattarella in occasione della emanazione del c.d. decreto sicurezza[37] e della promulgazione della legge di conversione del c.d. decreto sicurezza *bis*[38].

Nella lettera del 4 ottobre 2018, indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, il Prof. Mattarella ha avvertito «l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano "fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»[39]. Mi è sembrato un chiaro invito – se si vuole un suggerimento interpretativo – a guardare alle disposizioni del decreto-legge come non preclusive di una lettura giurisprudenziale che ammetta, in particolare, forme di protezione umanitaria non previste espressamente, in quanto l'art. 10, terzo comma, Cost. ha carattere precettivo ed è immediatamente operativo, delineando con sufficiente chiarezza la fattispecie che fa sorgere il diritto d'asilo.

Nella seconda occasione, la lettera è stata inviata anche ai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati, in quanto adottata in sede di promulgazione della legge di conversione di un decreto-legge (c.d. decreto sicurezza-*bis*) [40]. In questo caso i rilievi sono stati più articolati e hanno riguardato la sproporzione delle sanzioni amministrative previste per i salvataggi in mare, con seri

[37] Si tratta del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, poi convertito nella legge 1° dicembre 2018, n. 132, intitolato «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*».

[38] Si tratta della legge 8 agosto 2019, n. 77, «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*».

[39] La lettera è reperibile sul sito www.quirinale.it

[40] La lettera dell'8 agosto 2019 è reperibile sul sito www.quirinale.it

dubbi sulla loro ragionevolezza e conformità agli obblighi internazionali, nonché la previsione che mira a rendere inapplicabile la causa di non punibilità per la "particolare tenuità del fatto" alle ipotesi di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale e oltraggio a pubblico ufficiale "quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni". Nei rilievi può sicuramente cogliersi uno stringente monito rivolto a Parlamento e Governo affinché intervengano sulla disciplina in questione, ma anche, probabilmente, una sollecitazione ai giudici affinché sollevino questioni di costituzionalità, anche per ripristinare – con riguardo al primo dei due aspetti trattati – «la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti» (significativa al riguardo la menzione della sent. n. 112 del 2019 della Corte costituzionale).

Si potrebbe dire che, diversamente dalla prima vicenda, in quest'ultimo caso il testo normativo esaminato presenti una resistenza insuperabile a essere letto in modo conforme a Costituzione, con la conseguente scelta di indirizzare un puntuale monito a Parlamento e Governo affinché esercitino la funzione legislativa nella direzione della rimozione dei potenziali, puntualmente individuati, effetti incostituzionali della nuova normativa, senza che ciò escluda, come già scritto, la possibilità di un intervento "sostitutivo" della Corte costituzionale all'uopo sollecitata da un giudice. Nel primo caso, viceversa, il Presidente della Repubblica pare muoversi proprio nella logica dell'interpretazione conforme a Costituzione, ritenendo che il testo normativo esaminato debba essere letto sistematicamente e che il mancato richiamo agli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato non osti alla loro piena operatività, la quale dovrà essere presumibilmente assicurata dai giudici senza necessità di coinvolgere al riguardo la Corte costituzionale. Il che non vuol dire – per riprendere le considerazioni iniziali – che il giudice debba in tal caso necessariamente "fare da sé", potendo nella specie ritenere l'interpretazione conforme non praticabile, ravvisando motivati ostacoli al raggiungimento di un esito ermeneutico costituzionalmente compatibile[41]. E la risposta della Corte – alla luce del descritto nuovo corso giurisprudenziale – dovrebbe essere espressa nel merito, ben potendo assumere la forma di una sentenza interpretativa di rigetto che confermi il suggerimento interpretativo del Presidente della Repubblica, ove appunto ritenga praticabile la soluzione scartata dal giudice, in virtù di una lettura sistematica e conforme a Costituzione della nuova disciplina.

In questo senso e in questi limiti mi sembra che anche il Presidente della Repubblica possa partecipare proficuamente a quel processo di elaborazione di soluzioni ermeneutiche conformi a Costituzione, che dovrebbe guidare il giudice nella delicata fase della decisione ossia dell'interpretazione dei testi normativi in funzione della loro applicazione.

[41] La stessa Corte costituzionale ha di recente affermato, in occasione di una questione introdotta in via principale, che «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili» (sent. n. 194 del 2019). Insomma, come sembra desumersi dalla "lettera" del Presidente della Repubblica, puntualmente citata dalla Corte, gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati, potrebbero indurre a un'interpretazione e applicazione conforme a Costituzione della nuova disciplina. Ove questa soluzione ermeneutica apparisse al giudice difficile o improbabile, la Corte potrebbe essere adita in via incidentale, «restando impregiudicata – all'esito della pronuncia n. 194 del 2019 – ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale della disciplina specificamente censurata.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA:
"PARTITI POLITICI E DINAMICHE DELLA FORMA DI GOVERNO"
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "FEDERICO II" DI NAPOLI
14-15 GIUGNO 2019

LA SELEZIONE DELLE CANDIDATURE*

UMBERTO RONGA**

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. – 2. Elezioni primarie e sistema elettorale. – 3. L'esperienza italiana. – 3.1 I fattori di interesse. – 3.2 La prassi. – 3.3 Vecchie e nuove sperimentazioni. – 4. La difficile regolazione di partiti e movimenti politici e la prospettiva del «metodo democratico». – 4.1 Le proposte di legge nella XVII e nella XVIII legislatura. – 5. "Autonomia della politica" ed esigenza di una cornice regolativa. Considerazioni conclusive.

1. *Delimitazione del tema*

Il tema della selezione delle candidature può essere considerato da angoli di osservazione differenti e mediante l'impiego di discipline diverse. Esso si colloca, infatti, su un crinale complesso, e coinvolge in particolare la riflessione costituzionalistica e politologica[1]. In questa sede chiaramente lo si osserva da un punto di vista meramente giuridico, pur senza rinunciare alle risultanze di ricerche svolte in ambito sociale e politico, nonché alla documentazione prodotta in sedi istituzionali.

Seguendo questo approccio, si collocherà il tema nel contesto ordinamentale italiano e indagheranno i profili di principale interesse costituzionalistico, a cominciare dal rapporto che esso alterna con il sistema elettorale. Dunque, si tenterà di ricostruire le principali tendenze dei modelli di selezione delle candidature rinvenibili nella prassi, al fine di isolare i fattori di maggiore interesse. In tal senso, per esigenze di delimitazione dell'oggetto della ricerca (il tema della selezione delle candidature, infatti, dovrebbe indurre a considerare tutte le innumerevoli modalità, politiche, statutarie e organizzative interne, "istituzionali", attraverso le quali, da sempre e nelle diverse forme

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
** Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.
[1] «Per quanto concerne i profili metodologici [si è consapevoli della] difficoltà di operare delle partizioni cartesiane fra ciò che appartiene al diritto costituzionale e ciò che appartiene alla scienza politica», così L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 14-15.

possibili, le forze politiche si sono selezionate), l'analisi sarà circoscritta alle elezioni *primarie* e alle declinazioni che esse hanno assunto nella vicenda italiana quale strumento di selezione delle candidature. Senza la pretesa di compiere una rassegna cronachistica delle innumerevoli sperimentazioni compiute, si procederà ponendo riguardo a quelle di maggior rilievo ai fini della ricerca: ciò potrà consentire di tracciare un quadro ricostruttivo, almeno minimo, delle soluzioni messe in campo dalle forze politiche in più di vent'anni – risale al 1998, come si vedrà, il primo caso di elezione primaria – di sperimentazioni.

Si potrà pertanto notare come nella prassi – complici l'assenza di una disciplina giuridica dei sistemi di selezione e l'insopprimibile "autonomia della politica"– siano andati consolidandosi modelli fortemente disomogenei, talvolta disfunzionali, variamente differenziati persino negli obiettivi perseguiti, volta per volta, dalle organizzazioni politiche. Da un canto, verranno in rilievo modelli definibili più che altro come *fittizi*, perché tesi a costruire processi partecipativi *indotti* o *etero-diretti*, pressoché strumentali alle strategie di talune dirigenze; dall'altro, emergeranno i fattori virtuosi di tali meccanismi, tra cui il legame che essi sviluppano con il tema della partecipazione *nei* partiti e *nei* movimenti politici, anche in prospettiva attuativa del «metodo democratico» sancito nell'articolo 49 della Costituzione[2].

In questo contesto, viene preliminarmente in rilievo un profilo problematico, di carattere teorico, relativo a uno specifico versante. Esso ha a che fare con una certa difficoltà nell'apprestare una definizione del *concetto* di *primarie* – quale strumento di selezione delle candidature – che non si esponga a equivoci, approssimazioni, riduzioni semplificatrici[3]. E ciò, da una parte, si ascrive all'incerta trasposizione, nel dibattito politico italiano, di un lemma mutuato da ordinamenti assai diversi, a partire da quello americano[4]; e, dall'altra, all'eterogeneità delle esperienze, che hanno condotto allo sviluppo di modelli estemporanei, transitori, difficili da inquadrare sistematicamente e in via definitiva.

Quale concetto minimo, il meccanismo dell'elezione primaria richiama la proposizione di sistemi e modelli di voto attraverso cui individuare, generalmente nel quadro organizzativo di una o più forze politiche e mediante elezioni di primo livello, candidati destinati – almeno tendenzialmente – a ricoprire, in elezioni di secondo livello, cariche politico-istituzionali[5].

Benché le posizioni della dottrina, come si vedrà, siano variamente articolate sull'argomento, sembra permanere, quale dato prevalente, il convincimento che tali modalità di selezione possano

---

[2] La delimitazione dell'indagine è data anche in considerazione del contesto tematico in cui si colloca il contributo, per favorire linee di coerenza argomentativa complessiva, riducendo le sovrapposizioni, in questa sede, con le altre relazioni.

[3] «Il termine primarie è usato in maniera volutamente non appropriata dagli attori politici, come strategia di comunicazione politica: nell'opinione pubblica, quel *nomen* viene immediatamente legato ad alcune esperienze di successo in termini di partecipazione e il suo utilizzo ha inteso rievocarle», così L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, cit., 158.

[4] Per l'esperienza americana, si v. S. FABBRINI, Che *cosa sono le primarie americane?*, in *Italianieuropei*, 5, 2002; O. MASSARI, *Le primarie nelle democrazie occidentali*, in *Italianieuropei*, 2, 2005; S. GAMBINO (a cura di), *Elezioni primarie e rappresentanza politica: il dibattito in Italia e l'esperienza degli Stati*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995.

[5] Per una definizione: «quei procedimenti finalizzati a influenzare e/o a determinare la selezione dei candidati a successive elezioni, ai quali in via di principio partecipi, ancorché con alcune limitazioni e ad alcune condizioni, lo stesso corpo elettorale di queste ultime, e che siano promossi da quanti (partiti e c.d. gruppi elettorali, da soli o in associazione [leggi anche: in coalizione] fra loro) intendano appunto presentare candidati per l'elezione di cariche esecutive monocratiche ovvero per l'elezione a cariche rappresentative in assemblee, a qualsiasi livello di governo», C. FUSARO, *Elezioni primarie: prime esperienze e profili costituzionali, in Quaderni dell'osservatorio elettorale-Regione Toscana*, 55, 2006, 41. Oggi il tema investe partiti e movimenti politici: un tentativo di equiparazione tra questi – senza considerare la disciplina parlamentare – viene in rilievo già nel contesto di un recente intervento legislativo, assai complesso sul punto, con l'approvazione della legge 9 gennaio 2019, n. 3. Al riguardo, sia consentito rinviare a U. RONGA, *Tentativi di prevenzione della corruzione politica. Utilità e profili critici della legge 9 gennaio 2019, n. 3*, in *federalismi.it*, 9, 2019.

rappresentare, almeno in parte, l'occasione per incentivare il processo politico-partecipativo nelle organizzazioni politiche[6].

È questa la prospettiva assunta da questa argomentazione: essa sembra trovare conferme, peraltro, anche nelle trasformazioni in atto nel sistema politico, che, com'è noto, è oramai segnato da una complessiva destrutturazione delle sue forme tradizionali (dunque dall'esigenza di costruire occasioni nuove di partecipazione interna), nonché dall'accentuazione di dimensioni politiche segnate dal tratto personalistico, a forte concentrazione in *leadership* legittimate o in cerca di legittimazione (anche attraverso meccanismi di selezione come quelli in discorso). E trova altresì – il tema di indagine – occasioni di correlazione con le dinamiche della rappresentanza politica: nelle fratture che in essa si producono sorgono le domande di ulteriore partecipazione cui le tecniche di selezione possono restituire qualche risposta[7]. È noto, peraltro, che la «crisi di rappresentatività»[8] dei partiti si riverbera anche in fenomeni di malcostume e illegalità, cui è possibile porre qualche ulteriore argine, specie nel quadro delle strategie di contrasto alla corruzione politica[9], anche indebolendo i centri di potere consolidati, e favorendo alternanza – dal basso – alla guida delle classi dirigenti[10].

In tal senso, la scelta di selezionare le candidature destinate a determinate cariche istituzionali attraverso meccanismi (autenticamente) partecipativi può rappresentare – senza enfasi, ma nei limiti delle condizioni che si prospetteranno – un'occasione per tentare di ridurre il *deficit* di legittimazione di partiti e movimenti politici e allargare il processo partecipativo al loro interno[11].

In ciò, peraltro, risiede una delle ragioni di maggior successo del ricorso alle primarie quale meccanismo di selezione delle candidature. Nonostante le distorsioni e le contraddizioni di cui si dirà, esso ha avuto un incremento senza pari nella prassi politica: ciò forse deve offrire indicazioni per comprendere le potenzialità – oltre che verificarne i limiti – di questi modelli come soluzioni per *aprire* maggiormente i partiti verso la società[12]. Se subordinati a una cornice regolativa – pur difficile

---

[6] Il tema, com'è noto, è stato diffusamente indagato. Per citare soltanto alcuni studi: C. ESPOSITO, *I partiti politici nella Costituzione italiana*, in ID., La *Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; E. CHELI, *Intorno alla regolazione dei partiti politici*, in *Studi senesi*, 1958, 242 s.; A. PREDIERI, *I partiti politici*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, Firenze, Barbera, I, 1950, 171 s.; T. MARTINES, *Partiti, sistema dei partiti e pluralismo, in Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1979, 12 s.

[7] Sulle questioni teoriche ancora aperte in tema di rappresentanza e sulla difficoltà del sistema politico di intercettare la domanda di partecipazione dei cittadini, si v. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001; S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, spec. 10 s.; F. LANCHESTER, *Teoria e prassi della rappresentanza politica nel ventesimo secolo*, in S. ROGARI (a cura di), *Rappresentanza e governo alla svolta del nuovo secolo*, Firenze, University Press, 2006; A. BARBERA,*La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost*., 4, 2008; G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *www.costituzionalismo.it*, 24 maggio 2005; ID., *La mutazione del regime politico italiano*, in *www.costituzionalismo.it*, 15 ottobre 2008; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione. L'equilibrio costituzionale e a sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012.

[8] Cfr. A. POGGI, *La crisi di rappresentatività dei partiti politici*, in *www.settimanesociali.it*, in cui il tema della delegittimazione del partito è posto in correlazione all'altro versante, in questo lavoro pure considerato, della legge elettorale. Sul costo politico delle «colpe» dei partiti, si v. L. ELIA intervento al III Convegno nazionale di studio della Democrazia cristiana, San pellegrino terme, 13-16 settembre 1966: «le sue colpe il partito le paga in termini di depoliticizzazione con la disaffezione degli iscritti, degli elettori, dei lettori della sua stampa e di quella da esso ispirata».

[9] Cfr. G. AZZARITI, *I rischi dell'"antipolitica" tra legge elettorale e referendum*, in *www.costituzionalismo.it*, 5 settembre 2017.

[10] Cfr. per una riflessione recente sulle classi dirigenti, si v. G. MELIS, *Come nasce una classe dirigente*, in Il Mulino, 1, 2019; sul tema delle primarie in relazione alle dinamiche della rappresentanza politica, si v. S. GAMBINO, *Elezioni primarie e rappresentanza politica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995; ID., *Elezioni primarie e rappresentanza politica: alcune osservazioni introduttive*, in ID. (a cura di), *Elezioni primarie*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995.

[11] Sulla sorte dei partiti, cfr. A. BARBERA, *La democrazia "dei" e "nei" partiti, tra rappresentanza e governabilità*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008.

[12] «Le primarie sono piuttosto espressione di partecipazione solidaristica alla vita politica in democrazia, non foss'altro che per il motivo di permettere l'espressione di un voto individuale da contare insieme ad altri voti [mentre non sono]

da costruire – essi possono rappresentare occasioni per ravvivare o almeno tentare di ravvivare la partecipazione politica.

2. *Elezioni primarie e sistema elettorale*

È necessario, in primo luogo, collegare lo studio del tema della selezione delle candidature a quello della legge elettorale. Pur facendo attenzione a non debordare nell'analisi (il tema della legge elettorale, come noto, ha diffusamente intrattenuto la dottrina, specie in relazione alle sue vicende più recenti[13]) appare, tuttavia, indispensabile riflettere su di esso perché si pone in una relazione dinamica, di reciproco e costante condizionamento, con quello della selezione delle candidature.

Intorno ai due ambiti tematici, infatti, vengono in rilievo elementi di omogeneità e di differenziazione.

Sul primo profilo: entrambi sono correlati all'esercizio di un voto per la scelta di un candidato (cambiano, come si vedrà, i sistemi di voto, le sedi, gli elettori, le fasi, etc.). Sul secondo: gli strumenti operano in momenti differenti, benché reciprocamente collegati; in ispecie, l'uno diviene – *rectius*: può divenire – propedeutico all'altro.

Questo rapporto si declina su due principali versanti: dapprima, in vista di un'elezione di primo livello, nell'ambito di tecniche di selezione dell'offerta politica *interne* alla dimensione partitica (qui è richiamata la dinamica cittadino-elettore/potenziale candidato o *leader*); poi, in vista di una elezione di secondo livello – cioè nel quadro di regole *esterne* al partito o al movimento politico – è richiamata la dinamica cittadino-elettore/candidato alla carica politico-istituzionale. Questa dimensione *esterna,* in particolare, deve tener conto delle modalità di scelta dei candidati selezionati, e può assumere maggiore o minore coerenza – nella definizione del proprio modello – in considerazione del sistema elettorale di riferimento.

Le proiezioni, *interna* ed *esterna*, interagiscono; definiscono gli obiettivi della regolazione *nel* partito e *fuori* di esso; modellano le ipotesi di selezione. Tuttavia, se gli obiettivi dei meccanismi di selezione vengono a definirsi in questa relazione dinamica, oggetto e destinatari degli stessi restano differenti.

Quanto all'*oggetto*: la dimensione interna del meccanismo di selezione riguarda, com'è noto, la scelta di soggetti interessati a ricoprire determinate cariche istituzionali. Il risultato si produce, in

espressione di democrazia diretta, perché non modificano immediatamente la realtà giuridica […] e solo molto indirettamente lo sono di democrazia rappresentativa, perché nessuno sarà eletto in base a quei voti», P. MARSOCCI, *Le "primarie": i partiti italiani alle prese con il metodo democratico*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2, 2011, 1-2. Specialmente sulle distorsioni e sulle pratiche a esso connesse di questi modelli, R. CALVANO, *Le primarie e altri falsi antidoti alla crisi dei partiti italiani*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017.

[13]«Le due sentenze con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità parziale delle leggi elettorali in vigore sono ben note e hanno suscitato un dibattito enorme. Inevitabilmente, dato che le decisioni della Corte sono intervenute sulla materia più delicata e "politica", con conseguenze enormi sul piano istituzionale», R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 giugno 2017, 1. Sulla vicenda del giudizio: Cfr. S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC*, 2, 2014; G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale,* ivi*;* B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in *federalismi.it,* 2,2014; A. VUOLO*, La legge elettorale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, Franco Angeli, 2014; S. LIETO, *Giudizio incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018. Anche in relazione all'incidenza della vicenda sulle leggi elettorali regionali si v. R. BIFULCO, *Brevissime considerazioni sul rapporto tra la sentenza della Corte costituzionale 1/2014 e le legislazioni elettorali regionali*, in *Nomos*, 3, 2013.

questa fase, nel quadro dell'organizzazione partitica, per proiettarsi oltre soltanto successivamente, in vista dell'appuntamento elettorale.

Quanto ai *destinatari*: la dimensione interna, lo si vedrà, non obbedisce a un paradigma omogeneo o statico. Al contrario, le opzioni in campo sono molte, e nell'esperienza i modelli sono stati variamente differenziati a seconda del tipo di meccanismo di selezione[14] e delle categorie di soggetti chiamati a partecipare alla stessa.

In considerazione del tipo di modello di selezione – *aperto*, *chiuso*, *semi-chiuso* oppure *chiuso ad apertura eventuale* – cambiano i destinatari del modello regolativo, le tecniche di scelta, le finalità stesse di selezione.

Sono due i fattori, almeno quelli principali, che incidono maggiormente su questo piano: il primo riguarda il carattere, selettivo o proiettivo, del sistema elettorale, nonché la carica politica da selezionare (specialmente in riferimento al carattere monocratico o meno). Il secondo concerne le modalità di scelta dei candidati (specialmente se vi è il voto di preferenza o meno).

Sul primo fattore occorre precisare, in primo luogo, che è nel quadro dei sistemi elettorali maggioritari che trova campo la selezione interna delle candidature attraverso il metodo primarie. In particolare, se il sistema elettorale regola l'elezione di una carica monocratica, il meccanismo interno di selezione delle candidature, se coerente, dovrebbe poggiare su un modello costruito per selezionare un "vincitore". Viceversa, se il sistema elettorale riguarda l'elezione a una carica diversa, allora il meccanismo di selezione può aprire a ipotesi differenti, articolabili in schemi diversi, come nei fatti è accaduto (non senza incorrere in soluzioni tecnicamente schizofreniche, in qualche caso prive di alcuna ragionevolezza sistematica, orientate principalmente a soddisfare esigenze di comunicazione politica).

Sul secondo fattore: diviene dirimente la modalità di scelta dei candidati opzionata nel modello elettorale. Se il sistema di voto consente al cittadino-elettore di scegliere i candidati (es. attraverso il voto di preferenza, ecc.), allora il ricorso al meccanismo di selezione interna assume un peso minore o irrilevante. Al contrario: quanto più il sistema elettorale restringe il campo della scelta diretta dell'elettore (legge senza voto di preferenza; liste bloccate lunghe, senza possibilità di scelta dell'ordine dei candidati in lista, ecc.), allora il ricorso alla selezione interna può assumere una funzione di maggior peso, in qualche caso *suppletiva*, per allargare gli spazi di incidenza nel voto del cittadino-elettore.

Di questa relazione è dato conto nell'esperienza, in alcuni casi in modo evidente. Più avanti, per esempio, si dirà del caso toscano, in questo senso emblematico: alla modifica della legge elettorale regionale con l'eliminazione del voto di preferenza, seguirà, quasi con una funzione *compensativa*, l'introduzione delle primarie, e viceversa: in una relazione, per l'appunto, bidirezionale[15] .

Un ragionamento non dissimile riguarda, sul piano nazionale, la legge 21 dicembre 2005, n. 270[16]: caratterizzata, come noto, dall'assenza del voto di preferenza e, soprattutto, da un sistema a liste bloccate lunghe, essa ha indotto le forze politiche ad avviare processi di selezione interna di vario genere, con l'obiettivo di ridurre la distanza tra elettori ed eletti che quella legge produceva.

[14] Ad esempio, come si vedrà, se si tratta del meccanismo delle primarie, qualora siano *aperte*, *chiuse*, *semi-chiuse*, *chiuse ad apertura eventuale*, etc. Lo stesso ragionamento può valere per il meccanismo della consultazione interna alle piattaforme telematiche.

[15] Ovvero prevedendo la reintroduzione delle preferenze con l'eliminazione della legge sulle primarie. Cfr. il caso Toscana.

[16] Riflette su questa correlazione, M. CERMEL, *Dalle primarie alle liste bloccate (e ritorno?). riflessioni sulla nuova legge elettorale e sulle elezioni primarie*, in *Teoria politica*, 1, 2017.

Al di là degli esiti prodotti da questi tentativi – in alcuni casi risibili – pare trovi conferma, dal punto di vista teorico, il fatto che il ricorso alla selezione tenti di supplire alla riduzione degli spazi di partecipazione elettorale nonché a confermare quanto la correlazione tra i due elementi resti costante, e imprescindibile, nello studio del tema[17].

3. *L'esperienza italiana*

3.1 *I fattori di interesse*

L'esperienza italiana offre una vastissima casistica di modelli di selezione delle candidature attuati, in prevalenza, in una prima fase, nel tipo delle elezioni *primarie*[18]; successivamente, specie nell'esperienza più recente, in quello delle *parlamentarie* (il ricorso a tali tentativi definitori, lo si ripete, si assume per facilità espositiva, pur nella consapevolezza dell'imprecisione degli stessi).

Alcuni studi, anche recenti[19], hanno documentato analiticamente le sperimentazioni attuate in Italia. Qui, pertanto, si è scelto di non riproporne un'elencazione sistematica – peraltro impossibile in questa sede e, forse, in assoluto – ma piuttosto di considerarne le principali: ciò allo scopo di evidenziare i *fattori* di maggiore interesse e provare a compiere qualche categorizzazione, pur minima, circa i modelli rinvenibili nell'esperienza.

Primo fattore: i livelli di governo coinvolti. L'attività di selezione interna delle candidature messa in campo dalle forze politiche, oramai in più di vent'anni dalla prima sperimentazione, ha investito ogni livello politico-istituzionale: locale, regionale, nazionale, europeo; per la scelta di candidati a cariche monocratiche: Sindaco, Presidente della Giunta regionale, Presidente del Consiglio dei ministri; nonché per la selezione di candidati per la composizione di liste per i Consigli comunali e regionali e per la carica di deputato o senatore.

In questo contesto si può altresì collocare la scelta di alcune forze politiche di adottare il metodo delle «elezioni primarie» – pur con i distinguo, di cui si dirà, quanto all'impiego del *nomen* – per la scelta del proprio segretario. Il piano coinvolto riguarda tuttavia esclusivamente quello del partito o del movimento politico, e la dinamica che al loro interno si sviluppa. A differenza dei casi precedenti, infatti, questo modello risulta formalmente svincolato, almeno al momento dell'elezione primaria, da una successiva candidatura, cioè da un'elezione secondaria a una carica istituzionale.

Secondo fattore: l'elettorato attivo e passivo[20]. Sul primo tipo, la scienza politica ha coniato un *nomen* specifico per identificare l'ambito soggettivo dei votanti, cioè per indicare l'elettorato attivo

[17] Nel paragrafo che segue si darà conto anche di questa relazione. Ricostruisce il caso toscano, A. FLORIDA, *Le primarie in Toscana: la nuova legge, la prima sperimentazione*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale-Regione Toscana*, 2006, 55, 93.

[18] Ricostruisce il tema e ne definisce profili di maggiore interesse, P. MARSOCCI, *La selezione delle élite politiche: partiti, metodo democratico e "primarie"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; ne segnala i limiti, A. LUCARELLI, L*e primarie: quale incidenza della selezione della classe dirigente e sulla effettiva partecipazione politica?*, in *Il filangieri*, 2, 2005; analizzano i profili problematici e le dinamiche politiche connesse al tema delle primarie, G. PASQUINO, *Primaries, parties, people*, in *Contemporary Italian Politics*, 8, 2016; M. CROCE, *Le regole del gioco, ovvero il gioco delle regole*, in AA.VV., *Forza Doria. Divertissements seri sulle elezioni primarie*, Novi Ligure, Epokè, 2013; M. A. GLIATTA, *Le elezioni primarie in Itala: leader, iscritti ed elettori*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica forma di governo,network analysis,* Napoli, Jovene, 2014.

[19] Ci si riferisce, da ultimo, all'interessante lavoro di L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, cit.; e, sul versante del partito politico in relazione alle soluzioni adottate in tema di democrazia interna, si v. M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto,* Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

[20] Lo studio di questo *primo fattore* si correla in modo molto stretto a quello che segue, il *secondo fattore,* relativo ai tipi di modelli sperimentati, cui si rinvia.

delle primarie: il *selettorato*[21]. Sul piano teorico, la trasposizione concettuale di questo lemma ambirebbe a rappresentare, più o meno contestualmente, quelle di *selezione* e di *elezione* – invero, non senza rischi di imprecisione o di enfatizzazione. Il *selettorato*, inoltre, può essere *potenziale*, se indica la platea di elettori che, nel quadro delle fonti che regolano l'elezione primaria, godano in astratto del diritto di voto; o *reale*, quando identifica, in concreto, il numero di coloro i quali abbiano effettivamente partecipato al voto.

Quanto all'elettorato passivo, vi sono due casi principali da tenere in considerazione. Il primo riguarda l'ipotesi in cui vi sia coincidenza tra elettorato attivo e passivo. Il secondo, contemplando l'ipotesi di differenti platee di elettori, riguarda l'individuazione di criteri per la selezione dei candidabili al voto delle primarie.

Ora, il novero dei criteri utilizzabili è ampio, e dipende dal modello prescelto e dal suo sistema di "regole". Chiaramente, vi è un primo criterio oggettivo, imposto dalle regole dell'elezione secondaria: è pacifico che possa candidarsi all'elezione primaria chi abbia (o avrà, quando necessario) i requisiti di eleggibilità per l'elezione secondaria, pena lo svuotamento della primaria (es. requisito anagrafico, ecc.). Vi sono, poi, criteri ulteriori, rimessi alla specifica disciplina delle primarie; al modello regolativo dell'organizzazione partitica (ove esistente, e nei limiti dello stesso); all'autonomia delle valutazioni politiche (e, in ispecie, alla discrezionalità delle classi dirigenti)[22].

È questo un profilo particolarmente delicato: in base alla definizione dei criteri è infatti possibile indagare gli obiettivi perseguiti dalle forze politiche attraverso il modello di selezione, nonché valutare in concreto il grado di apertura effettivamente garantito al processo partecipativo. Le due ipotesi considerate, infatti, hanno a che fare con due obiettivi divergenti: il primo tenta di promuovere, almeno formalmente, candidature anche spontanee; il secondo, invece, può celare – dietro il "paravento" di un meccanismo aperto ma in realtà regolato da criteri "ritagliati" dalle dirigenze – l'intendimento di selezionare candidature funzionali a un determinato centro decisionale interno alla forza politica.

Terzo fattore: i modelli. I meccanismi di selezione interna delle candidature messi in campo dalle forze politiche non obbediscono a un modello unitario e, tanto meno, predeterminato. La circostanza dell'assenza di una cornice regolativa ha favorito sperimentazioni autonome, disomogenee, talora disfunzionali, in molti casi rafforzando – più che limitando, come si dovrebbe attendere dall'attivazione di processi partecipativi – la personalizzazione della dinamica partitica. In questo complesso laboratorio di sperimentazioni, si è tentato di isolare alcune categorie di modelli, adoperando quale criterio[23] il grado di apertura alla partecipazione che essi si presume possano garantire.

Pertanto, è possibile individuare tre principali categorie di modelli di selezione: *aperto*, *chiuso*, *semi-chiuso* o anche *chiuso ad apertura eventuale*[24].

Le elezioni primarie si possono definire *aperte* quando sono ammessi a partecipare al voto tutti i soggetti interessati, senza alcuna limitazione (ovvero anche in assenza di un rapporto giuridico tra

[21]Quanto alla nozione, P. PENNINGS, R.Y. HAZAN, *Democratizing Candidate Selection: Causes and Consequences*, in *Party Politics*, 3, 2001, 267 s.; A. GLIATTA, *Le elezioni primarie in Itala: leader, iscritti ed elettori*, cit., 91.

[22] Alcune curiosità: cfr. *infra* i criteri adottati dal MoVimento 5 stelle: l'anzianità; il non aver svolto incarichi politici precedenti; l'essere stato candidato e non eletto a livello amministrativo; etc. Ancora: alcuni criteri adottati dal PD, circa la norma "anti-Sgarbi" per coloro i quali avessero svolto attività a sostegno del centro-destra, etc.

[23] Per esigenze di razionalizzazione si opta per questa scelta. Tuttavia i criteri cui guardare potrebbero essere anche ulteriori: tra questi, per esempio, la carica cui è destinata la candidatura, soprattutto se monocratica o meno.

[24] Cfr. R. Y. HAZAN, *Metodi di selezione dei candidati: le conseguenze delle elezioni interne ai partiti*, in L. BARDI (a cura di), *Partiti e sistema di partito*, Bologna, Il Mulino, 2006, 174 s.

l'organizzazione partitica e il singolo elettore). In questo modello – si badi – l'elettorato attivo non solo può coincidere con il corpo elettorale nella sua interezza, ma può essere anche più esteso: ciò può accadere, per esempio, quando sono ammessi al voto anche gli *elettori potenziali*, cioè coloro i quali, pur non avendo il requisito anagrafico per voltare alle secondarie, nel momento in cui si svolgono le primarie, lo avranno acquisito alla data delle secondarie[25].

Il modello si può invece definire *chiuso* quando l'elettorato attivo è circoscritto a una parte qualificata del corpo elettorale: ciò, tendenzialmente, in considerazione di una legittimazione "giuridica" vantata dall'elettorato. Generalmente, si tratta degli iscritti al partito, oppure di simpatizzanti variamente registrati, di cui, cioè, sia accertabile (*rectius*: l'organizzazione politica possa accertare) lo *status* di elettori di quella determinata forza: ciò, chiaramente, in base alle regole statutarie e alle altre fonti che ne regolano la vita interna, con tutti i problemi correlati alla corretta attuazione di questi meccanismi[26]. La relazione che in questo caso si pretende tra elettore e partito è dunque rintracciabile in un rapporto di rilievo giuridico tra il singolo elettore e l'organizzazione politica: la costituzione di un rapporto associativo; l'iscrizione in registri o in albi, etc.

Per alcune esperienze [27] un criterio di qualificazione, per così dire "ulteriore", è anche quello dell'anzianità nella partecipazione attiva alla vita politica di una determinata forza. La cd. *membership*, dunque, rileva al punto di divenire, da una parte, elemento qualificante di un determinato *status* dell'elettore e, dunque, in grado di abilitare all'esercizio del voto; dall'altra, quale criterio dirimente per limitare il *selettorato* attivo, negandolo, ad esempio, agli aderenti alla forza politica registrati nelle strutture preposte dopo una certa data[28].

In buona sostanza, quando il modello è chiuso, l'organizzazione politica deve potere disporre – prima dell'appuntamento elettorale – di un elenco definito di partecipanti al voto; circostanza, questa, che non si dà nei modelli aperti.

È possibile, infine, isolare modelli di primarie *semi-chiuse*, oppure, se si vuole, *chiusi ad apertura eventuale* per soggetti determinati. L'apertura eventuale dipende da un interesse qualificato al voto: la domanda di elettori interessati a partecipare; la prova di avere compiuto determinati adempimenti ritenuti necessari a legittimare la volontà di esercizio del voto (oneri di iscrizione, comunicazione, certificazione). La distinzione di fondo, rispetto al modello di primaria chiusa, risiede, pertanto, nella possibilità di verificare una circostanza che attesti la manifestazione di volontà di votare. Tale circostanza si può palesare prima o contestualmente rispetto al voto. Il modello *chiuso* predetermina l'elenco: è dunque dato, e non è integrabile. Il modello *semi-chiuso* accerta l'elenco sulla base di quanto ora indicato[29].

[25] Come si dirà per il modello *chiuso* o *semi-chiuso*, anche in questo caso un onere c'è, ed è di tipo economico (ma l'onere può essere anche di diverso tipo; esso comunque non configura una ipotesi tale da non rendere aperto il modello).

[26] Su alcuni di questi profili, si rinvia all'indagine svolta, in questo convegno, da N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale*. Cfr. G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Politica del diritto*, 4, 2010, 664.

[27] Cfr. il caso delle *parlamentarie* del MoVimento 5 stelle.

[28] Il discrimine politico, cioè la valutazione della data individuata per stabilire il confine tra elettori e non elettori, è rimessa alla piena autonomia della forza politica. Criterio, questo, sottoposto a critica da C. FUSARO, *Elezioni primarie: prime esperienze e profili costituzionali,* cit., 55, 2006, 43.

[29] È il caso della primaria municipale di Napoli del 2016, ove si prevedeva la possibilità di partecipazione al voto, per i cittadini EU e per i sedicenni, previa registrazione, una settimana prima: questo elemento definisce l'onere e dunque consente l'apertura del modello chiuso, rendendolo, appunto, semi-chiuso.

3.2 *La prassi*

Non casualmente, specie se si pone riguardo a quanto più sopra considerato circa il rapporto tra primarie e legge elettorale, i primi livelli di governo coinvolti sono stati quelli locali, nel contesto della torsione monocratica che la forma di governo ha conosciuto, agli inizi degli anni Novanta, a partire dalla dimensione politica comunale[30].

Non vi è dubbio, infatti, che il modello di funzionamento lì sperimentato, con l'elezione diretta del vertice di governo, abbia favorito l'attuazione di processi di selezione dei candidati alla carica monocratica[31].

Il primo caso di selezione delle candidature ha investito proprio la dimensione locale, e provinciale in ispecie. Nel 1998, in occasione delle elezioni provinciali romane, il partito «Alleanza nazionale» decise di ricorrere alle primarie. Si trattò di un modello ancora in fase di primissima sperimentazione, teso a definire l'elenco delle candidature al Consiglio provinciale. Non si stabilì anche un meccanismo di candidatura alla presidenza della provincia, perché, in quella circostanza, fu determinata da un accordo fondamentalmente politico, maturato in seno alla coalizione.

Nello stesso anno, a Bologna, sul versante politico opposto, anche la coalizione l'«Ulivo»[32] mise in campo delle elezioni primarie nel contesto della coalizione per scegliere il candidato alla carica monocratica di sindaco[33].

I primi due modelli, pur entrambi relativi a elezioni locali, mostravano già evidenti elementi di differenziazione, a partire, evidentemente, dal livello interessato: la Provincia, nel caso di Roma; il Comune, nel caso di Bologna. E poi quanto all'oggetto della selezione: le candidature al Consiglio, nel primo caso; il candidato alla carica di sindaco, nel secondo.

Si dovrà attendere un periodo di sei anni, il 2004, per assistere a nuove elezioni primarie: questa volta, però, non a livello comunale o provinciale, bensì regionale: le elezioni della Calabria del 2005[34].

Permane, quale elemento di stabilizzazione, il dato di un modello di selezione delle candidature collocato in un quadro politico diverso da quello nazionale. Dato a cui si aggiunge, quale elemento di continuità con il caso bolognese, il fatto che l'obiettivo della selezione riguardasse l'individuazione di un candidato a una carica monocratica: il Presidente della Giunta regionale, da selezionare nell'ambito della coalizione di centro-sinistra. Quale elemento di differenziazione, invece, viene in rilievo il meccanismo adoperato per restringere la platea dei destinatari: essi sono stati individuati nel quadro di accordi politici – la cd. *Convention* – nell'ambito degli eletti nelle fila del centrosinistra calabrese e delle realtà dell'associazionismo. Ne residua un modello disomogeneo: esso isola, quanto

[30] Cfr., tra le prime ricostruzioni, M. SCUDIERO, *L'elezione diretta del Sindaco tra riforme istituzionali e trasformazioni del sistema politico*, in *Le Regioni*, 1993, 636; L. VANDELLI, *Sindaci e miti*, Bologna, Il Mulino, 1997. Nonché, su versanti ulteriori, relativi alla dimensione politica in senso più ampio, si v. A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale,* Napoli, Jovene, 2010 e ai livelli istituzionali G. FERRAIUOLO, *Poteri e livelli di governo statale e regionale*, in *Rivista telematica del Gruppo di Pisa*, 2014, spec. 18 s.; F. PASTORE (a cura di), *I sistemi elettorali regionali tra complessità delle fonti, forma di governo e dinamiche partitiche*, Torino, Giappichelli, 2014.

[31] Cfr. S. STAIANO, F. PINTO, *Il nuovo sindaco. Riflessioni dopo la riforma*, Torino, Giappichelli, 1998.

[32] Cfr. A. BARBERA, S. CECCANTI, *Primarie per l'Ulivo (e non solo), in Italianieuropei*, 5, 2002.

[33] Si tratta di un meccanismo considerato di «primaria aperta», così E. ROSSI, L. GORI, Le *«primarie» in Italia: dalla prassi alle regole*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 624.

[34] Cfr. A. SPADARO, *Elezioni primarie in Calabria: la Regione, re melius perpensa, riconosce l'errore, in forum dei quaderni costituzionali*, 26 ottobre 2009; R. DE MARTINO, *La selezione delle candidature attraverso il metodo delle primarie. Partecipazione politica e rappresentatività dei partiti*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, spec. 12 s.

ai destinatari, determinati soggetti – opzionati, invero, con una certa discrezionalità politica. Si conferma la circostanza del punto di congiunzione tra dato elettorale e meccanismo di selezione.

Le sperimentazioni compiute sino a questo momento rilevano, anche ai fini della prospettiva cui tende questa analisi, perché non obbediscono a modelli regolativi. Circostanza, questa, che segnerà una inversione di passo, l'anno successivo, in occasione dell'esperienza pugliese – caso interessante, sia per la rispettiva vicenda politica, sia per la dinamica istituzionale relativa al modello di selezione messo in campo. Per la prima volta nel contesto di una elezione primaria, infatti, viene adottato un regolamento, recante, tuttavia, uno schema ibrido: da una parte, è costruito per favorire la più ampia partecipazione degli elettori; dall'altra, non reca meccanismi di controllo[35]. Quanto ai soggetti della consultazione, infatti, esso fissava un modello di tipo *aperto*: erano coinvolti tutti gli elettori, a seguito di sottoscrizione del programma elettorale e del versamento di un euro. In tale circostanza si produsse una percentuale di partecipanti al voto altissima[36].

Nello stesso anno – 2005 – si colloca l'esperienza, prima accennata, della regione Toscana[37]. Questa assume rilievo in ordine a due fattori: il primo riguarda il collegamento con la legge elettorale, di cui si è detto; il secondo concerne la soluzione regolativa adottata, questa volta per via legislativa.

Sul primo fattore, ci troviamo innanzi a un caso in cui, in considerazione dell'abolizione delle preferenze nella legge elettorale per il Consiglio regionale, si favorì, anche per la difficoltà di controllare la competizione interna ai partiti, l'adozione di una legge sul meccanismo di selezione delle candidature[38]. L'utilizzo delle primarie, attraverso questo caso, pare assumere molteplici valenze: introdurre un meccanismo istituzionale, per così dire *compensativo*, rispetto alla legge elettorale (al venir meno della preferenza nel momento elettorale, si introduce un meccanismo di scelta nel momento pre-elettorale); incoraggiare un meccanismo politico-persuasivo utile a dirimere i conflitti interni alla dimensione politico-partitica (conflitti verosimilmente sottratti alla disponibilità dell'accordo politico); riportare l'assorbimento del conflitto nelle mani degli elettori, all'esterno della dimensione partitica.

Quest'ultima prospettiva induce a riflettere ulteriormente – lo si vedrà, più avanti, quando si tratterà delle soluzioni normative – sui rischi di strumentalizzazioni cui si prestano i meccanismi di selezione considerati.

In merito al secondo fattore, si va affermando, pur gradualmente e tra proposte disomogenee, l'idea di una positivizzazione del meccanismo di selezione: dal regolamento per le primarie (nel caso pugliese) alla legge regionale (nel caso toscano)[39]. La scelta adottata dal legislatore toscano presenta le seguenti caratteristiche: è definibile come *pubblica*, perché gestita e regolata dall'amministrazione regionale; *parzialmente-aperta*, in quanto allarga la partecipazione (elemento di apertura), ma prevede quella di elettori inclusi in albi o elenchi elettorali (elemento di chiusura); contempla l'ipotesi di *primarie diverse di selezione*, cioè vagliate da una Commissione di garanzia.

---

[35] Regolamento varato dal Coordinamento regionale del centrosinistra.

[36] Gli elettori alle primarie – che videro la partecipazione di iscritti, società civile, associazioni, etc. – del 16 gennaio 2005 furono 79.296: risultò vincitore Nichi Vendola, con il 50,8% dei voti. Ma emersero problemi considerevoli in ordine alle procedure attuate al punto da indurre la mancata accettazione dei risultati nel competitore (tema, questo, che conduce anche a riflettere sul profilo problematico della vincolatività o meno di questi sistemi).

[37] Cfr. C. FUSARO, *Elezioni primarie: prime esperienze e profili costituzionali,* cit.; ID., *La legge regionale toscana sulle primarie*, in *Le Regioni*, 3, 2005, 441-458; M. RUBECHI, *Considerazioni a prima lettura sulla L. R. Toscana n. 270 del 2004 che disciplina l'istituto delle elezioni primarie*, in *www.forumcostituzionale.it*. Si tratta della legge regionale 27 gennaio 2005, n. 16, recante modifiche alla legge regionale 17 dicembre 2004, n. 70, *Norme per la selezione dei candidati e delle candidate alle elezioni per il Consiglio regionale e alla carica di Presidente della Giunta regionale*.

[38] Tale circostanza condusse all'approvazione della legge toscana 5 dicembre 2004,n. 70.

[39] Cfr. S. CECCANTI, *Primarie: le ragioni italiane (e non solo), in Percorsi costituzionali*, 1, 2017.

La vicenda toscana, inoltre, si pone su un crinale a cavallo tra dimensione politica regionale e nazionale.

Infatti, a partire dal 2005[40], l'ipotesi della selezione delle candidature viene in rilievo sul piano politico nazionale, con la vicenda della scelta del candidato *premier* di coalizione nel centrosinistra per la carica, per la prima volta, di Presidente del Consiglio dei ministri (la vicenda che condusse alla scelta di Romano Prodi). Anche in questa circostanza, la soluzione adottata per disciplinare il modello di selezione fu, come per il caso pugliese, quella di un r*egolamento quadro per le primarie*[41].

Il modello, che appare come una sorta di ibridazione delle soluzioni sperimentate sino a quel momento, ha le seguenti caratteristiche: il ricorso alle primarie per la scelta del *leader* della coalizione (ovvero del *leader* da destinare alla candidatura a Presidente del Consiglio dei ministri)[42]. Da una parte resta un modello *aperto*, quanto alla definizione dei destinatari chiamati al voto; contestualmente, però, è *chiuso,* quanto al perimetro della coalizione, quella di centro-sinistra, nell'ambito della quale è circoscritta la scelta[43].

L'adozione di un *Regolamento quadro per le primarie*[44] assume interesse perché rappresenta un elemento di continuità rispetto ai primi tentativi di regolamentazione, e perché conduce a riflettere su un ulteriore profilo, che pone in correlazione il meccanismo partecipativo delle primarie con le prerogative costituzionali che investono il ruolo del Presidente della Repubblica. Questo si connette alle difficoltà di regolazione della vita politica più sotto indagate: in questo caso, in ordine al fatto che nel nostro ordinamento non si possa prevedere, per via legislativa, una candidatura ufficiale, di carattere vincolante, alla Presidenza del Consiglio, pena, come noto, la violazione dell'articolo 92 della Costituzione[45].

Un altro profilo di interesse riguarda l'elettorato attivo e il tentativo di inclusione dei cd. *elettori potenziali*. Infatti, oltre ad ammettere al voto tutti i cittadini elettori della Camera dei deputati (anche in questo caso, previa sottoscrizione del progetto e del versamento di un contributo economico), la soluzione prevedeva l'estensione dell'elettorato attivo anche agli *immigrati* regolarmente residenti da

---

[40] Il 2005 segna in questo senso una svolta: si sposta l'asse della selezione e gli obiettivi mutano parzialmente: in questo caso, per scelta *leader*-candidato *premier* di coalizione (per la prima volta, con il caso Prodi, nella prospettiva della Presidenza del Consiglio dei ministri.

[41]Cfr. https://www.partitodemocratico.it/partito/regolamento-quadro-per-la-selezione-delle-candidature-alle-cariche-istituzionali/. Anche in questo caso il numero dei partecipanti alle primarie è stato elevatissimo, pari a 4.311.149 elettori, con una percentuale di voti altissima per il candidato *premier*, Romano Prodi (superiore al 70% dei voti). Critico su tali strumenti, S. CASSESE, *La debolezza delle primarie*, in *Corriere della Sera*, 5 settembre 2005.

[42] Cfr., per una disamina del modello, M. RUBECHI, Le *primarie dell'Unione: spunti di riflessione*, in *federalismi.it*, 19, 2005, spec. 2-3. ID., *"Primaria 2005": la struttura e le regole di svolgimento*, in *www.forumcostituzionale.it,* 15 settembre 2005; F. VENTURINO, *Le primarie nazionali dell'Unione: un'analisi della partecipazione con dati aggregati,* in *Rivista italiana di scienza politica*, 3, 2007, spec. 440 s.

[43] Si confrontavano: Romano Prodi e i quattro *leader* della coalizione di centro-sinistra: Clemente Mastella (UDEUR), Fusto Bertinotti (Rifondazione comunista), Alfonso Pecoraro Scanio (Verdi), Antonio Di Pietro (Italia dei Valori); a essi occorre aggiungere altri due candidati minori.

[44] Cfr. regolamento http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Elez/Elezioni-primarie-16_10_05__Regolame.pdf.

[45]D'altronde, ciò era già recato nella disciplina elettorale (l. 270/2005 e l. 52/2015), laddove, nel prevedere le ipotesi di indicazione del capo della lista o della coalizione, era fatta espressa (benché superflua) salvezza delle prerogative del Capo dello Stato in materia. Sul punto, si v., nella XVI legislatura, il disegno di legge n. 2689, recante *Norme sulla democrazia interna dei partiti e sulla disciplina delle elezioni primarie*, ove, all'art. 4, co. 1, rubricato *Elezioni primarie*, si esplicita questa ipotesi. In dottrina, specie con riferimento alla correlazione tra *leadership* e proiezione alla carica di Presidente del Consiglio, si v. F. MUSELLA, P. WEBB, *The revolution of personal leaders, in Rivista italiana di scienza politica*, 45, 2015, 223 s.; e, altresì, E. ROSSI, L. GORI, Le *«primarie» in Italia: dalla prassi alle regole*, cit., 631; da un punto di vista ulteriore ma coerente con la prospettiva argomentativa, correlato alle vicende della formazione del governo, S. STAIANO, *L'incertezza (anche) delle regole sull'incarico*, in *federalismi.it*, 4, 2018.

almeno tre anni, nonché agli *elettori potenziali*, ovvero coloro che avrebbero compiuto diciotto anni prima della scadenza naturale della legislatura. L'apertura del modello è dunque assai marcata su questo piano, mentre resta la delimitazione quanto alla scelta delle candidature nel contesto di una determinata coalizione.

Come si dirà, un fattore di permanente debolezza in queste modalità di selezione risiede nella difficile capacità di controllo delle vicende del voto, nonché di una centralizzazione della competizione elettorale nella dimensione partitica segnata da unidimensionalità del potere e personalizzazione[46]. Merita considerare che in questo caso una garanzia, pur minima, di controllo era data dal regime di pubblicità cui era sottoposta la procedura, finalizzata soprattutto a evitare la partecipazione al voto agli elettori di altri schieramenti politici. Il fattore di deterrenza era nella richiesta di assenso all'elettore di pubblicare il suo nominativo, una volta esercitato il voto, in un elenco consultabile: una sorta di sanzione di tipo reputazionale[47].

Un ulteriore modello – se ne indicava in premessa il profilo problematico anche di carattere definitorio – muove dalla trasposizione, nella vicenda italiana, del concetto di primarie maturato in alcune esperienze comparate: esso riguarda, in ispecie, la scelta del candidato, nel contesto di un partito o di una coalizione, ai fini della selezione del *leader*.

Si pensi al citato caso della vicenda del 2005[48]; oppure a quello del 2007[49], allorché il *nomen* di primarie veniva impiegato per indicare la selezione di un *leader* (segretario) all'interno di un partito e dei componenti della dirigenza[50].

In questo caso, si distinguono due principali categorie di elezione: le primarie di partito o di coalizione.

Quelle di partito sono state sperimentate in Italia principalmente dal PD, nel 2007, nel 2009, nel 2013, nel 2017 per l'elezione del segretario[51] e dell'assemblea nazionale. Esse sono state strumento di legittimazione di una *leadership*[52].

In forma differente, ma sempre per la scelta del *leader* politico (*rectius*: «segretario federale»), anche la Lega Nord ha tenuto elezioni primarie nel 2013 e nel 2017 (casi che condurranno, in entrambe le circostanze, all'investitura di Matteo Salvini). Il modello prescelto è stato *chiuso*, perché limitato agli iscritti al partito, a partire da una determinata data: un anno per l'elettorato attivo; dieci

---

[46] Ragionano in questo senso, S. BOGHERINI, F. MUSELLA, *Le primarie in Italia: ancora e soltanto personalizzazione della politica*, in *Quaderni dell'osservatorio elettorale*, 1, 2006, 219 s.

[47]Citando i casi principali: nel 2005, in Sicilia, Rita Borsellino; nel 2007, il PD, ma principalmente per la scelta della *leadership* che per una candidatura istituzionale.

[48] Ovvero, come visto, le primarie della coalizione Ulivo.

[49] Trattasi delle primarie di partito del PD.

[50] Anche denominate, con qualche intento denigratorio, come elezioni *segretarie*. Sul tema, per spiegarne le ragioni, S. CECCANTI, *Primarie: le ragioni italiane (e non solo), in Percorsi costituzionali*, 1, 2017, 155. Di segno diverso, perché sottolineano le contraddizioni di un modello costruito per selezionare un *leader*, che non è ancora candidato a una carica istituzionale, attraverso una elezione aperta a tutti gli elettori e diretta, L. FASANO, A. SEDDONE, *Selecting the leader, Italian style*, in *Contemporary Italian Politics*, 8, 2016, 85 s.

[51] Cfr. G. PASQUINO, *Il Partito democratico. Elezione del segretario, organizzazione, potere,* Bologna, Bononia University Press, 2009; F. LANCHESTER, *Il partito democratico e l'apparente "americanizzazione" della politica italiana*, in *federalismi.it*, 20, 2007; B. DE MARIA, *Elezioni del segretario del PD e discussione sulle primarie: profili connessi con l'evoluzione della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2017.

[52] Le definisce, pertanto, *interne*, nonostante siano *aperte*, perché l'obiettivo è la costruzione della *leadership* e non la scelta, almeno al momento della primaria, della carica istituzionale, A. FLORIDIA, *"Scendere in campo": l'accesso alla competizione elettorale tra barriere formali ed incentivi politici*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2008, 103; sulla vicenda Renzi, si v. G. PASQUINO, F. VENTURINO, *Il partito democratico secondo Matteo*, Bologna, Bononia University Press, 2014; S. VASSALLO, *Il Governo di partito in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994.

anni per quello passivo, con la necessità, in questo caso, di supportare la candidatura con le sottoscrizioni di almeno mille iscritti.

Di segno diverso, parzialmente assimilabile alle sperimentazioni del PD ma con alcuni elementi innovativi, è stata la vicenda di Fratelli d'Italia (caso che condurrà all'elezione di Giorgia Meloni): nel 2014, il partito ha scelto un modello *aperto,* rivolto a tutti gli elettori, e ibrido, perché ha diffuso i seggi sia nelle sedi sia *on-line*. Il modello era teso ad eleggere il *leader* politico (*rectius*: il presidente nazionale) e i *grandi elettori*[53], nonché a scegliere il simbolo del partito (così attribuendo alla consultazione un carattere ancora ulteriore, di tipo fondativo).

Merita ricordare, inoltre, anche l'esperienza di *Italia dei Valori* (che condurrà all'elezione di Ignazio Messina, a seguito dell'abbandono del partito da parte di Antonio Di Pietro): nel 2013, il modello, costruito per la scelta del *leader* politico (*rectius*: segretario del partito), ha elementi di affinità con l'esperienza di Fratelli d'Italia perché suddivide le modalità di voto nei seggi e nella modalità telematica.

Profili ancor più innovativi, e di incerta collocazione nel quadro concettuale ricostruito, sono rintracciabili nella vicenda che ha condotto all'elezione/legittimazione del capo del MoVimento 5 Stelle.

Si è trattato di una sorta di pluri-candidatura – alla carica di Presidente del Consiglio dei ministri e alla *leadership* del movimento politico[54] – annunciata dal *leader* politico-fondatore Beppe Grillo, e regolata fondamentalmente sulla base delle volontà da egli pubblicamente espressa[55]. Il modello è ancora una volta *chiuso*: l'elettorato attivo è attribuito agli iscritti, maggiori di età, «certificati» a una determinata data[56], che abbiano ricevuto l'abilitazione – si badi bene la portata di questa innovazione – a intervenire sulla piattaforma *Rousseau,* il «sistema operativo» del MoVimento[57]. Un elemento di discontinuità nella prassi di questa organizzazione politica è rinvenibile nella scelta dell'elettorato passivo, teso ad allargare la platea dei soggetti candidabili, valorizzando – in netto contrasto con la scelta che poi sarà adottata – candidati di esperienza politica.

La discrezionalità nella scelta di forme, modalità e criteri è assai ampia e, in questo ultimo caso, lo è forse ancor più. Approfittando del vantaggio che risiede nelle valutazioni che si possono compiere *ex post*, sembrerebbe davvero che si sia trattato, in questo come in almeno qualche altro caso, di modelli costruiti per propiziare determinati vincitori; nonché, allo stesso tempo, per costruire narrazioni utili ad alimentare il circuito di una *partecipazione* in fondo *indotta* o *etero-diretta* (all'interno dell'organizzazione politica) e a rinnovare l'attenzione mediatica (fuori di essa).

[53] Ovvero l'assemblea nazionale del partito, composta da tremila componenti, selezionati su base provinciale.
[54] Si dichiarò la volontà di scegliere il «candidato *Premier*» e «designando Capo della forza politica che depositerà il programma elettorale sotto il simbolo del MoVimento 5 stelle».
[55] Dichiarazioni compiute a partire dal mese di settembre del 2017e rinvenibili nei comunicati stampa pubblicati in www.beppegrillo.it
[56] Al primo gennaio 2017.
[57] Cfr. https://rousseau.movimento5stelle.it/main.php.

3.3 *Vecchie e nuove sperimentazioni*

Nel quadro delle trasformazioni in atto nel sistema dei partiti e delle differenti modalità di costruzione del consenso politico[58] è rintracciabile un modello ulteriore di selezione, nel quadro di quelle in discorso, noto come *parlamentarie*[59].

Esso mostra considerevoli elementi di novità.

In primo luogo, quanto all'*oggett*o del meccanismo di selezione: non si tratta più della scelta di un candidato a una carica monocratica o a una posizione di *leadership*, bensì di consultazioni tese a selezionare l'offerta politica per la formazione di elenchi di candidati al Parlamento[60]: dunque, per la scelta dei futuri candidati nelle liste.

In questi termini – cioè per la selezione dei candidati al Parlamento – la soluzione è stata sperimentata per la prima volta dal MoVimento 5 stelle, a seguito di un annuncio del suo *leader*[61]; subito dopo, dal Pd e da Sel, in una linea di tendenziale continuità con le soluzioni adottate sino a quel momento[62].

In secondo luogo, quanto al metodo di selezione: il processo, per l'esperienza del MoVimento, è stato spostato completamente sul *web*, rendendo la rete quale unica sede, benché virtuale, di partecipazione[63]. *Internet* diveniva, pertanto, strumento e luogo deputato alle procedure per la candidatura e per il voto, per tutti i posti a disposizione nell'ambito delle circoscrizioni elettorali. Ciascun elettore registrato poteva votare, esprimendo fino a tre preferenze, per i candidati della circoscrizione in cui era residente e per quelli della circoscrizione estero[64].

La dinamica del *web* assume interesse sia in ordine al contesto in cui si colloca, sia in ordine alla capacità di partecipazione e incidenza che essa è in grado di garantire ai cittadini nel processo di selezione[65]. Il profilo della capacità di incidenza del modello telematico va confrontato con la esigenza di controllo del processo di selezione delle candidature, anche alla luce della trasparenza delle modalità di consultazione e attuazione delle stesse[66]. Quali forme di trasparenza assistono queste

---

[58] Cfr. P. MARSOCCI, *Lo spazio di internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011; G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.

[59] Pare superfluo ribadire, anche in questo caso, quanto diffusamente considerato circa l'impiego di questi lemmi.

[60] Questa modalità è stata intrapresa, successivamente, da PD e SEL.

[61] Ovvero, come noto, il *leader* politico Beppe Grillo.

[62] Si trattò, in questo caso, delle elezioni primarie del centro-sinistra, da cui risultò vincitore Pierluigi Bersani. La tendenziale omogeneità del modello, però, incontra, quale principale fattore di differenziazione, la scelta del voto, che non è predisposto in forma telematica.

[63] Per riflessioni di più ampio respiro sul voto elettronico, L. TRUCCO, *Il voto elettronico nella prospettiva italiana e comparata*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, vol. 27, 1, 2011, 47 s. Anche in chiave comparata, si v. L. CUOCOLO, *Voto elettronico e post democrazia nel diritto costituzionale comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2008.

[64] L'esercizio del voto era assicurato dal 3 al 6 dicembre di quell'anno, avendo a disposizione quattro giorni .

[65] È il tema di un rapporto, pressoché divaricato, tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, che tende a neutralizzare ipotesi intermedie, coerenti con il modello rappresentativo, come quelle della democrazia partecipativa. Sul punto, si v. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret pùblic*, 37, 2008.

[66] Restano aperti alcuni interrogativi soprattutto sul controllo di questi strumenti, cfr A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No TAV*, Napoli, Jovene, 2011, 99 s. Si tratta di un tema centrale – quello della democrazia diretta – per determinate forze politiche, divenuto oggetto anche di iniziativa parlamentare: infatti è stato adottato, in un ramo del Parlamento, in prima lettura, un disegno di legge costituzionale per la modifica del *quorum* del *referendum* abrogativo e l'introduzione di un'ipotesi di iniziativa di legge popolare "rafforzata" dalla possibilità di procedere ad un *referendum* c.d. *propositivo*; cfr. AS 1089 – XVIII Legislatura – anche sul sito istituzionale del Senato della Repubblica, si v., tra gli altri, i contributi degli auditi M. Luciani e A. Morrone.

modalità di consultazione? Quali sono i criteri attraverso cui sono individuati i soggetti chiamati a partecipare e quali garanzie sono assicurate alla segretezza, alla tutela dei dati personali, alla piena libertà di voto?

Sono domande cui si è tentato di fornire qualche risposta, pur destinata a essere parziale, e su cui, da ultimo, anche il Garante per la protezione dei dati personali è intervenuto[67].

Terzo elemento: viene a cadere la intermediazione tra dimensione partitica e territorio.

Recuperando le categorie sopra utilizzate, si è trattato di primarie *chiuse*, in quanto limitate alla partecipazione degli iscritti[68] alla piattaforma telematica – quella del MoVimento 5 stelle[69] – alla data del 30 settembre 2012[70]. I candidati potevano corrispondere agli attivisti del M5s, iscritti regolarmente, i quali fossero stati inseriti nelle liste certificate dal capo politico del movimento nelle precedenti elezioni amministrative, a livello regionale e comunale.

Il meccanismo non appare agevolmente inquadrabile nel contesto dei modelli prima considerati[71]. In considerazione dei criteri di certificazione degli iscritti alla piattaforma "ad una certa data", si produceva peraltro una restrizione considerevole del campo dei destinatari ammessi.

Un ulteriore elemento di novità riguarda l'elettorato passivo: riservato soltanto a coloro che fossero già stati candidati, senza risultare eletti, alle precedenti elezioni comunali o regionali con il MoVimento. È certamente, questo, un aspetto quantomeno originale del modello sperimentato, la cui *ratio* appare difficile da ricostruire. Consentire la candidatura al Parlamento soltanto di quei candidati non eletti alle precedenti tornate amministrative rappresenta, secondo alcuni, un modo per consolidare un gruppo di consenso interno collegato alla dirigenza, neutralizzando forme alternative alla

[67] Si tratta del recente provvedimento su *data breach* del 4 aprile 2019 - registro dei provvedimenti n. 83 del 4 aprile 2019, consultabile anche in https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9101974. In particolare, al numero 3.4, rubricato *Riservatezza delle operazioni di voto elettronico (par. 8.2 del provvedimento)* si legge: «A ciò si aggiunge che la rilevata assenza di adeguate procedure di auditing informatico, escludendo la possibilità di verifica ex post delle attività compiute, non consente di garantire l'integrità, l'autenticità e la segretezza delle espressioni di voto, caratteristiche fondamentali di una piattaforma di *e-voting* (almeno sulla base degli standard internazionali comunemente accettati) […]In questo senso, la piattaforma Rousseau non gode delle proprietà richieste a un sistema di *e-voting,* come descritte, per esempio, nel documento "*E-voting handbook – Keysteps in the implementation of e-enable delections*" pubblicato dal Consiglio d'Europa a novembre 2010 e nel documento "*Recommendation CM/Rec (2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting*" adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 14 luglio 2017, che prevedono la protezione delle schede elettroniche e l'anonimato dei votanti in tutte le fasi del procedimento elettorale elettronico. La stessa, infatti, non appare in grado, tra l'altro, né di prevenire gli eventuali abusi commessi da addetti interni, non essendo stati in essa previsti accorgimenti per partizionare il loro dominio d'azione (in particolare, degli amministratori di sistema e dei DBA – *data base administrators*), né di consentire l'accertamento a posteriori dei comportamenti da questi tenuti, stante la limitata efficacia degli strumenti di tracciamento delle attività». Su ulteriori versanti, ma sempre attinenti al controllo, si v. M. BASILE, *Il "Movimento 5 stelle" al vaglio dei giudici civili*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2, 2017.

[68] Si riferisce a quanti avessero perfezionato l'iscrizione, inviando copia del proprio documento di identità.

[69] La piattaforma coinvolta era quella ufficiale del M5s di cui all'indirizzo www.beppegrillo.it.

[70] Si escludevano, in questo modo, le iscrizioni successive dalla possibilità di partecipare al voto. Stando ai dati diffusi dal *blog* di Beppe Grillo: le elezioni primarie per la scelta degli aspiranti alla carica di parlamentare avevano visto una partecipazione di 20.252 iscritti su 31.612 aventi diritto, pari al 64,1%. Agli elettori erano consentite fino a tre preferenze per il candidato della propria circoscrizione elettorale.

[71] È certamente definibile come c*hiuso,* per le ragioni dette e non si sottrae a profili problematici, che interrogano, in ordine alla scelta di alcuni criteri, specie con riguardo alla definizione dell'elettorato passivo. Secondo alcuni, il modello aprirebbe a due ipotesi diverse ma coerenti: prendendo a prestito il binomio «inclusività/esclusività, ad un estremo, quello della massima inclusività, c'è la regola secondo cui ciascun elettore del partito può anche candidarsi; all'altro estremo – quello della esclusività – si possono incontrare una serie di condizioni restrittive, come in questo caso, dove le restrizioni applicate ai potenziali candidati [circa] il requisito di una precedente candidatura nelle liste locali [e] il non essere stati mai eletti a nessun livello», così, M. E. LANZONE, *Le "Parlamentarie dell'M5s: un nuovo metodo di selezione? Uno studio empirico su (s)elettori e candidati*, in *paper XXVII Convegno SISP*, Firenze 12-14 settembre 2013.

leadership del MoVimento[72]. Certamente, la circostanza della rapidissima ascesa politica del movimento in quella fase storica ha condizionato questo processo, considerato che i candidati, secondo lo schema di riferimento, dovevano appartenere a coloro i quali avessero compiuto un percorso interno, dai *meet-up* fino alla candidatura politica nazionale[73]. Comunque si intenda considerare questo profilo, resta il dato di una significativa limitazione della platea dei potenziali candidati, con due conseguenze: una relativa al percorso politico degli stessi (dovendosi trattare di persone non elette nelle precedenti tornate amministrative, è chiaro che si sia trattato di candidati alle prime esperienze politiche); un'altra, relativa al livello di controllo della dimensione organizzativa nazionale del MoVimento rispetto a quella locale (che centralizza la dinamica politica e produce una dispersione del voto, dacché la legittimazione dei già pochi candidati è derivata da un ridotto numero di elettori).

Il procedimento elettorale appare difficile da indagare nelle sue dinamiche di svolgimento, così come i risultati delle *parlamentarie*, resi noto in modo formale soltanto ai partecipanti al voto (dunque, come detto, ad una parte degli iscritti). All'esterno, dunque anche nell'ambito del MoVimento, le uniche informazioni ufficiali sono state rese per il tramite del *blog* della organizzazione, ove, peraltro, sono stati comunicati agli interessati solo i candidati selezionati per ciascuna circoscrizione, senza indicazione dei voti di preferenza ottenuti.

L'unico caso di elezioni primarie per la selezione di candidati al Parlamento europeo (per le elezioni del 2014 e, da ultimo, del 2019) è stato quello del MoVimento 5 stelle.

Anche in questo caso, il *leader* ha annunciato questo tipo di votazione e ne ha definito le modalità. Il modello attuato, coerentemente con le prime sperimentazioni, è stato completamente telematico, di tipo *chiuso* e, unico elemento di differenziazione, si è svolto in un solo giorno (e non in quattro come nella precedente occasione).

Un altro elemento di novità riguarda l'elettorato, soprattutto quello passivo. L'elettorato attivo è stato esteso a tutti gli iscritti al MoVimento al 30 giugno 2013; mentre quello passivo è stato riconosciuto agli iscritti al 31 dicembre 2012, di età superiore ai 25 anni, privi di cariche elettive e, diversamente da quanto previsto alle politiche del 2013, non candidati in precedenza a livello amministrativo.

La procedura è stata a doppio turno. Al primo turno, su base regionale, ciascun elettore disponeva di tre preferenze: il candidato risultato più votato a livello regionale conquistava la candidatura nelle liste del MoVimento. Al secondo turno accedeva una parte dei candidati al primo turno, in numero differente per ogni circoscrizione. Anche al secondo turno le preferenze erano tre, su base circoscrizionale, e le liste erano composte dai candidati vincitori al primo turno e da ulteriori candidati utili a comporre le liste.

Tra alcuni profili critici, occorre segnalare l'ampiezza delle circoscrizioni e la difficoltà di selezionare candidati privi di adeguata visibilità: di qui alcune ragioni della bassa affluenza al voto.

---

[72] Su questa posizione, S. CECCANTI, S. CURRERI, *I partiti antisistema nell'esperienza italiana: il MoVimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2015, 818; C. FUSARO, *Elezioni primarie: prime esperienze e profili costituzionali,* cit., 43, ove spiega come tale modello induca una delimitazione del corpo elettorale utile, dunque, in chiave di controllo centralizzato.

[73] Cfr. M. E. LANZONE, *Dai Meetup al Parlamento: candidati ed eletti del Movimento 5 stelle,* in *Il Mulino,* 4, 2013, spec. 733 s. ID., *Le "Parlamentarie dell'M5s: un nuovo metodo di selezione? Uno studio empirico su (s)elettori e candidati,* cit., ove si valorizza l'esperienza: «Si è trattato del primo caso di elezioni primarie per la scelta dei candidati al Parlamento della XVII legislatura selezionati sulla base di un meccanismo interamente gestito in rete. In questa occasione, circa il 43% dei candidati era iscritto alla piattaforma e il 41% ricopriva un ruolo – quale *organizer*, *co-organizer*, *assistant-organizer* – all'interno della struttura».

Al primo turno gli elettori sono stati 51.188, che hanno espresso 92.877 preferenze.

Ciò ha condotto a oscillazioni molto ampie di voto: i selezionati sono stati votati in forbice compresa tra i 55 e i 556 voti. Al secondo turno hanno partecipato 33.300 elettori, che hanno espresso 91.245 preferenze. I candidati scelti hanno riportato tra 634 e 1759 voti[74].

Da ultimo, in vista delle elezioni europee del 2019, il MoVimento ha nuovamente messo in campo le elezioni *parlamentarie*, con un modello complessivamente simile a quello descritto ma diversificato in alcuni aspetti correlati alla selezione della platea degli elettori e alle modalità di voto[75].

4. *La difficile regolazione di partiti e movimenti politici e la prospettiva del «metodo democratico»*

La vicenda dei modelli di selezione delle candidature continua a interrogare, oltre che su un piano squisitamente teorico, anche su quello meramente applicativo. Sono molteplici, infatti, i temi che vengono qui in rilievo, specie alla luce di così tante e diversificate sperimentazioni, segnate, come abbiamo visto, da disomogeneità tecnica nei modelli e discrezionalità politica negli obiettivi perseguiti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai seguenti profili: le tecniche di voto; la scelta delle sedi, fisiche o telematiche; la *ratio* nella delimitazione di elettorato attivo e passivo; il controllo del processo di voto; la trasparenza delle e nelle procedure di selezione; la protezione della segretezza del voto[76]. Sono tutti aspetti – e l'elenco potrebbe continuare – meritevoli di attenzione non soltanto in sede scientifica, ma anche politico-legislativa[77].

---

[74] I dati richiamati sono contenuti in così L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale,* cit. 157.

[75] Cfr F. STEFANONI, *Europee, le nuove regole per candidarsi con M5S: ora pesano dottorato e lingua inglese*, in *Il corriere della sera*, 13 febbraio 2019, https://www.corriere.it/elezioni-2019/notizie/europee-regole-candidarsi-m5s-meglio-se-attivisti-titolo-studio-sciolti-inglese-23774cae-2f78-11e9-9db5-c6e1c6b28b3d.shtml.

[76] Sulle regole: L. ELIA, *A quando una legge sui partiti politici?*, in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze, Passigli, 2009; P. MARSOCCI, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017; G. DEMURO, *Il dibattito sui partiti: per un diritto individuale di partecipazione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2008; F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1998; F. CLEMENTI, *Le regole per le primarie*, in *Questioni primarie*, 1, 2012; G. GUZZETTA, *La rivincita dell'art. 49. Partiti e democrazia interna a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012; E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30 ottobre 2017. Sulle regole nella dimensione regionale, S. PARISI, *Cinque pezzi (per niente) facili in tema di competenza delle Regioni a disciplinare l'organizzazione interna dei partiti politici*, in *Le Regioni*, 3, 2014.

[77] Cfr. sull'argomento, A. BARBERA, *La regolamentazione dei partiti: un tema da riprendere*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2006, 323 s.; T. E. FROSINI, *È giunta l'ora di una legge sui partiti politici?*, in *Diritto e Storia*, http://www.dirittoestoria.it/, 2, 2003, par. 2 e ID.*Sulla disciplina giuridica dei partiti politici,* in T.E. FROSINI, *Forme di governo e partecipazione popolare,* Torino, Giappichelli, III edizione, 2008, pp. 363-372; A. POGGI, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, in *www.federalismi.it*, 24, 2014, p. 8; A. RUGGERI, *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 1, 2010; S. MANGIAMELI, *Disciplina elettorale, sistema dei partiti, forma di governo: vecchie e nuove problematiche*, in *Diritti fondamentali.it*, 1, 2018. Sul punto, inoltre, si v. F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati,* in ID., *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio,* Bulzoni, Roma, 1989, G. PASQUINO, *Commento all'art. 49 Cost*., in G. PINELLI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1992; L. ELIA, *Per una legge sui partiti*, in *Studi in memoria di F. Piga*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1992; C. PINELLI, *Disciplina dei controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, Cedam1984; G. CERRINA FERONI, *Democrazia nei partiti e pari opportunità. Una rassegna comparata,* in *Diritto e società,* 1, 2009, 147-189; G.U. RESCIGNO, *Nuovi e vecchi partiti e articolo 49 della Costituzione*, in *Accademia dei Lincei*, *Lo Stato delle Istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1994, 177 s.

Il tema che viene qui chiamato in causa, infatti, riguarda l'articolato e complesso dibattito sulla disciplina giuridica dei partiti politici e sulle modalità di attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Si tratta, com'è noto, di questioni che, in Italia, risalgono al dibattito in Assemblea Costituente, allorché venne attribuita rilevanza costituzionale ai partiti politici – pur senza disciplinarne, in Costituzione, l'attribuzione di compiti di carattere costituzionale.

Ora, benché non fu oggetto di adeguata discussione, in quella sede già si prospettò una prima ipotesi di regolamentazione giuridica dei partiti, nonché di pubblicità delle fonti di finanziamento degli stessi, attraverso la proposta di inserimento di uno specifico comma in quello che sarebbe poi divenuto l'articolo 49 della Costituzione[78]. Sul punto, come noto, si espresse Costantino Mortati, il quale affermò che una previsione di questo tipo sarebbe stata senz'altro «consona a tutto lo spirito della Costituzione»[79], e che il «metodo democratico [riguarda, tra l'altro,] l'assicurazione delle condizioni cui rimane legata l'alternativa al potere delle forze politiche»[80]. Non disciplinando la dimensione interna del partito, la disposizione costituzionale assumeva, quale funzione prevalente, quella di limitare le pretese antidemocratiche e l'impiego strumentale, in chiave anti-pluralista, della dimensione politica, a svantaggio dei partiti di opposizione[81].

L'intuizione di Mortati, e, più in generale, l'idea che la dinamica partitica dovesse essere sottoposta a qualche forma di vincolo giuridico, fu sostenuta anche da altri, in Assemblea Costituente, specialmente da Aldo Moro, nelle fila dei democristiani, e da Ruggiero Grieco, in quella dei socialisti. Essa, tuttavia, non fu adeguatamente discussa, e anzi contrastata, soprattutto innanzi al timore che una soluzione di quel tipo avrebbe potuto alimentare potenziali corto-circuiti con la Magistratura e il Governo[82], comprimendo la libertà e l'autonomia dei partiti. Pertanto, il «metodo democratico» è stato in prevalenza interpretato come fattore di limitazione dall'azione dei partiti – ma degli uni nei confronti degli altri – al fine di non comprimere il pluralismo politico.

L'altra tesi, ovvero che si trattasse anche di un obbligo – per il partito – di dotarsi di un'organizzazione democratica al proprio interno, restava così in secondo piano. Colpisce, in questo quadro, soprattutto per la straordinaria attualità, anche un'altra intuizione di Mortati, conseguente a quella sua tesi: l'idea che il partito dovesse essere sottoposto a forme di controllo giurisdizionale. In particolare, egli aveva presentato un emendamento in cui prevedeva che, in considerazione di tale controllo, da parte di un organo di giurisdizione, i partiti avrebbero potuto vantare prerogative circa

[78] La tesi prevalente in Assemblea costituente, infatti, è che l'articolo 49 «non tutela un semplice diritto di associazione in partiti politici, ma afferma il diritto dei cittadini di concorrere, mediante una pluralità di partiti, alla determinazione della politica nazionale», così L. BASSO, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in *Indagine sul partito politico*, ISLE, Milano, Giuffrè, 1966, 140.

[79] Cfr. C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici*, in *Quaderni di Ricerca, rivista della Federazione Universitaria Cattolica Italiana*, 1949, ora in *Nomos*, 2, 2015; *Ivi,* F. LANCHESTER, *Nota introduttiva,* a pag. 3, spiega le ragioni di attualità della riflessione di Mortati: «in un simile contesto, il contributo di Mortati conferma l'essenzialità di valutare, in maniera unitaria e complessiva, parti sottovalutate della normativa di settore che attengono: 1. alla individuazione dei candidati; 2. alla presentazione delle liste; 3. al finanziamento dei partiti ed al rimborso delle spese elettorali», tutti profili, come si dirà, variamente interessati dai disegni di legge in materia.

[80] Cfr. C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, vol. II, Padova, Cedam, 1957, 141; ID. *Disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 2, 1950, ora in *Raccolta di scritti*, vol. III (Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana), Milano, Giuffrè, 1972, 41-51.

[81] Cfr. C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, 239.

[82] Considera questi temi, nel dibattito attuale, e con riferimento a vari livelli e profili, S. STAIANO, *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *federalismi.it*, 11, 2013, spec. 12, ove si interroga sul «dato sistemico» di queste dinamiche.

le elezioni o altre funzioni di interesse pubblico[83]. Inoltre, aveva sostenuto un progetto di disciplina delle procedure di selezione dei candidati nella elezione dei deputati per la Costituente[84].

Ai nostri fini, se si intende considerare – nella prospettiva di questo lavoro – il meccanismo di selezione delle candidature come un'occasione per favorire l'attuazione di metodi democratici interni ai partiti politici, allora si renderà necessaria la costruzione di un modello di regolazione capace di disegnare un quadro, benché minimo, entro cui le forze politiche devono operare.

Qui vengono in rilievo due profili: uno rimesso all'autonomia della politica; l'altro, all'esigenza regolativa. Dietro di essi vi sono due concezioni differenti sulle ipotesi di regolamentazione: di natura privatistica, la prima; pubblicistica, la seconda[85].

Sul primo profilo: alcune forze politiche, nel quadro della propria autonomia organizzativa, hanno tentato di dotarsi di alcune forme di regolamentazione (statuti di partito; atti interni, di partito o di coalizione, etc.). È chiaro che i partiti sono ben liberi di disporre, nel quadro delle proprie fonti di organizzazione interna, di strumenti utili in questa direzione; e ciò riflette la scelta del modello cui si guarda: tra primarie aperte o chiuse (quelle chiuse tutelano maggiormente gli iscritti).

C'è l'altro profilo, che incontra maggiore adesione, anche da parte di chi scrive. Com'è stato notato da tempo in dottrina, il rapporto tra regolazione del partito politico e definizione di regole di selezione interna è stato al centro dell'attenzione del legislatore, talvolta in maniera episodica, talvolta nel quadro di proposte di maggiore respiro tese a regolare la vita interna dei partiti.

4.1 *Le proposte di legge sui partiti nella XVII e nella XVIII legislatura*

Lo studio della documentazione parlamentare, soprattutto delle ultime due legislature, restituisce interessanti conferme in questa direzione, rappresentando un interesse ragguardevole, e politicamente trasversale, del legislatore. Il tema della disciplina dei partiti politici, infatti, è stato, più o meno costantemente, al centro di attenzione politica in sede parlamentare[86].

Questa tendenza segna una discontinuità con le precedenti legislature[87].

Prendendo in considerazione le ultime due, si registra una considerevole quantità di proposte di legge sul tema, specialmente nella XVII legislatura; dato, questo, che diminuisce drasticamente, e cambia altresì nella prospettiva regolativa, in quella in corso.

Qualche dato.

---

[83] Cfr. La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, vol. III, 1881.

[84] Cfr. M. D'ANTONIO, G. NEGRI, *Il partito politico di fronte allo Stato di fronte a se stesso*, Milano, Giuffrè,1983, 609-613.

[85] Cfr. C. FUSARO, *Elezioni primarie, problemi di una disciplina pubblicistica, in Quaderni costituzionali*, 1, 2005, 140 s.

[86] Cfr. F. SCUTO, *Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica*, in *federalismi.it*, 1, 2017, spec. 9 e s., ove si riflette intorno ai recenti interventi legislativi in tema di attuazione del metodo democratico; G. MELONI, P. GAMBALE, *La regolamentazione dei partiti e la loro democrazia interna in Italia: dal regime di applicazione convenzionale alla prima legge di attuazione dell'art. 49 Cost.?*, in *Amministrazione in cammino*, 27 settembre 2017, spec. 5-6.

[87] Come nota, S. BONFIGLIO, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?*, in *Nomos*, 2, 2017, dove, tra l'altro, si riflette intorno alla legge n. 13/2014, recante la conversione del decreto legge n. 149/2013, circa l'introduzione di «una cornice normativa minima per la democrazia infrapartitica (Capo II, Democrazia interna, trasparenza e controlli, artt. 2-9)», 6.

Nella XVII legislatura, i disegni di legge presentati alla Camera o al Senato, recanti proposte per una disciplina dei partiti politici, sono oltre sessanta: un numero elevatissimo, tanto più se collocato in una stessa legislatura.

Di questi disegni di legge presentati in Parlamento: alcuni, benché in minima parte, non sono stati neppure assegnati in commissione; altri, in numero ragguardevole, sono stati assegnati alle commissioni competenti ma non è mai stata avviata la discussione sugli stessi; altri ancora, in numero altrettanto ragguardevole, sono stati approvati in un testo unificato; altri, pochi, sono stati assorbiti; uno è stato approvato[88].

Dall'analisi dei disegni di legge emerge come il tema della disciplina dei partiti politici sia in realtà declinato, anche in sede di proposta legislativa, in maniera disomogenea e diversamente orientata negli obiettivi.

Sin dalla denominazione dei progetti di legge è possibile distinguere il differente orientamento delle proposte, alcune delle quali – e qui appare di primario interesse – recano esplicitamente tre obiettivi politico-legislativi: l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione; la valorizzazione della democrazia nei partiti; la regolazione di modelli di selezione delle candidature, con esplicito riferimento alle primarie.

Venti di questi disegni di legge, in particolare, recano un richiamo alle primarie[89].

---

[88] Si tratta del seguente disegno di legge: C.2096 - 17ª Leg., *Governo Letta-I* Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, recante abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore.

[89] Cfr. C. 3790 - 17ª Leg. *On. Dore Misuraca (AP (NCD-UDC)* Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, in materia di trasparenza e democraticità dei partiti e movimenti politici, nonché disciplina delle elezioni primarie. C.3740 - 17ª Leg. *On. Pierpaolo Vargiu (SCpI) e altri* Modifiche al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, in materia di personalità giuridica e statuto dei partiti politici, e deleghe al Governo per la disciplina dello svolgimento delle elezioni primarie e per la redazione di un testo unico delle disposizioni riguardanti i partiti politici. C.3735 - 17ª Leg. *On. Mara Mucci (Misto) e altri* Disposizioni concernenti la personalità giuridica e lo statuto dei partiti politici, in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione, nonché modifica al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, in materia di selezione delle candidature attraverso elezioni primarie e delega al Governo per la disciplina del loro svolgimento. C.3709 - 17ª Leg. *On. Dario Parrini (PD) e altri* Disciplina delle elezioni primarie per la selezione dei candidati per l'elezione a cariche monocratiche. C. 3663 - 17ª Leg. *On. Eugenia Maria Roccella (Misto, USEI (Unione Sudamericana Emigrati Italiani)) e altri* Disposizioni in materia di elezioni primarie e disciplina dei partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. C.3610 - 17ª Leg. *On. Gianpiero D'Alia (AP (NCD-UDC)* Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione in materia di democrazia interna e trasparenza dei partiti politici, nonché deleghe al Governo per la disciplina delle elezioni primarie e per l'adozione di un testo unico delle disposizioni legislative riguardanti i partiti politici. C.3494 - 17ª Leg. *On. Sandra Zampa (PD)* Disposizioni in materia di personalità giuridica e statuto dei partiti politici, modifica al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e delega al Governo per la disciplina dello svolgimento delle elezioni primarie per la designazione dei candidati nei collegi plurinominali. S.2307 - 17ª Leg. *Sen. Andrea Marcucci (PD) e altri* Disciplina delle elezioni primarie per la selezione dei candidati alle elezioni inerenti cariche monocratiche. S.2286 - 17ª Leg. *Sen. Alessandra Bencini (Misto, Italia dei valori) e altri* Introduzione delle elezioni primarie per la scelta dei candidati a cariche pubbliche elettive. S.2117 - 17ª Leg. *Sen. Gaetano Quagliariello (AP (NCD-UDC)* Disposizioni in materia di elezioni primarie e disciplina dei partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. C.3172 - 17ª Leg. *On. Rocco Palese (FI-PdL)*Disciplina delle elezioni primarie per la selezione dei candidati alle elezioni politiche, regionali e comunali. C.3006 - 17ª Leg. *On. Aniello Formisano (Misto)* Introduzione delle elezioni primarie per la scelta dei candidati a cariche pubbliche elettive. C.2839 - 17ª Leg. *On. Marco Meloni (PD) e altri* Disciplina delle elezioni primarie per la selezione dei candidati alle elezioni politiche, regionali e comunali. S.1980 - 17ª Leg. *Sen. Renato Schifani (AP (NCD-UDC)) e altri* Disposizioni in materia di disciplina dei partiti politici, in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione, in ordine alle elezioni primarie, alla trasparenza nella selezione delle candidature e alle garanzie negli accordi elettorali tra partiti. S.1702 - 17ª Leg. *Sen. Francesco Campanella (Misto, Italia Lavori in Corso) e altri* Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati con reintroduzione del voto di preferenza distinto per genere e garanzia di governabilità e rappresentatività. Introduzione dell'obbligo di elezioni primarie. C.1514 - 17ª

Nella XVIII legislatura, i disegni di legge in tema sono, per ora, almeno sette. Di questi, quattro si occupano dei partiti politici in relazione alle esigenze di trasparenza ed equiparazione a fondazioni e associazioni, ovvero dei temi del finanziamento[90].

Tre, invece, si occupano più specificatamente del tema in commento; di questi: due sono stati assegnati, ma non è stato ancora avviato l'esame; uno non è stato ancora assegnato[91].

Nel merito, le proposte presentano elementi di tendenziale omogeneità. Pur se parzialmente diversificate in alcune specifiche soluzioni, mostrano alcuni punti in comune, a partire dalle relazioni illustrative.

Emerge, tendenzialmente in tutte le proposte, la consapevolezza delle trasformazioni del sistema dei partiti e la ricerca di soluzioni utili a rigenerare la dimensione politica a partire da una diversa regolazione della vita interna dei partiti.

Specifica attenzione è rivolta ai temi del finanziamento e della trasparenza, nonché alla definizione di criteri omogenei nell'esercizio dei meccanismi di selezione delle candidature con riguardo, principalmente, allo strumento delle primarie[92]. Disposizioni ulteriori sono recate in ordine al rispetto delle fonti interne dei partiti, specie circa il la necessità di assicurare il rispetto delle previsioni statutarie e delle previsioni organizzative lì disposte.

Un fattore comune a molte iniziative riguarda il rinvio – mediante delegazione legislativa – al Governo circa le soluzioni tecniche da adottare in attuazione delle proposte di legge. Ciò conferma, oltre le difficoltà teoriche e organizzative considerate, la complessità tecnica della materia, di cui il medesimo legislatore sembra consapevole[93].

Leg. *On. Pierpaolo Vargiu (SCpI)* Abrogazione della legge 21 dicembre 2005, n. 270, recante modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, e ripristino dell'efficacia delle disposizioni preesistenti, nonché norme e deleghe al Governo in materia di disciplina delle elezioni primarie per la designazione dei candidati a cariche pubbliche elettive. C.1513 - 17ª Leg. *On. Pierpaolo Vargiu (SCpI)* Modifica dell'articolo 49 della Costituzione, concernente la disciplina dei partiti politici e la partecipazione dei cittadini alla vita politica anche mediante la selezione dei candidati a cariche elettive attraverso elezioni primarie. C.998 - 17ª Leg. *On. Giorgia Meloni (FdI) e altri* Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché disposizioni concernenti l'espressione dei voti di preferenza e lo svolgimento di elezioni primarie. C.747 - 17ª Leg. *On. Sandra Zampa (PD) e altri* Abrogazione della legge 21 dicembre 2005, n. 270, recante modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, e delega al Governo per la disciplina dello svolgimento di elezioni primarie per la designazione dei candidati nei collegi uninominali. C.255 - 17ª Leg. *On. Aniello Formisano (Misto) e altri* Norme in materia di finanziamento dei partiti, movimenti e associazioni con finalità politiche e per l'introduzione delle elezioni primarie per la scelta dei candidati a cariche pubbliche elettive.

[90]Roger De Menech (PD), AC n. 558: Modifiche al decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, per l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione in materia di democrazia interna dei partiti. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle norme riguardanti la disciplina dei partiti; Marco Richetti (PD), AS n. 422: Disposizioni in materia di partiti politici in attuazione dell'articolo 49 della Costituzione. Norme per favorire la trasparenza e la partecipazione democratica; Fabio Rampelli (FDI), AC n. 325: Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici; Stefano Bertacco (FDI), AS n. 359: Norme in materia di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento dei partiti politici, nonché delega al Governo per l'emanazione di un testo unico delle leggi concernenti i partiti politici.

[91] Cfr. S.324 - 18ª Leg. *Sen. Stefano Bertacco (FdI) e altri* Disciplina delle elezioni primarie per la selezione dei candidati a cariche pubbliche elettive. C.327 - 18ª Leg. *On. Fabio Rampelli (FDI) e altri* Disciplina delle elezioni primarie per la elezione dei candidati a cariche pubbliche elettive. C.297 - 18ª Leg. *On. Giorgia Meloni (FDI)* Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, in materia di elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, in materia di elezione del Senato della Repubblica, nonché disposizioni concernenti l'espressione dei voti di preferenza e lo svolgimento di lezioni primarie.

[92] Cfr. A. LANZAFAME, *Sui livelli essenziali di democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, 1, 2017.

[93] Per il punto di vista, qui non indagato, della giurisprudenza costituzionale su tema, si v. al riguardo, R. BALDUZZI, *Corte, partiti politici, art. 49*, in R. BIN, C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza*

5. *"Autonomia della politica" ed esigenza di una cornice regolativa. Considerazioni conclusive*

Lo studio condotto consente di svolgere qualche prima considerazione conclusiva, almeno in ordine ai principali profili problematici emersi nella ricerca.

Il primo riguarda il difficile inquadramento del tema: non è parso agevole, infatti, apprestare una ricostruzione univoca, nel quadro degli strumenti di selezione delle candidature, del concetto di *primarie*; una ricostruzione, anche definitoria, che non si esponesse, in qualche modo, al rischio di imprecisioni, approssimazioni o distorsioni. La traslazione, nel sistema politico italiano, di esperienze maturate in ordinamenti diversi – connotati da assetti istituzionali, sistemi partitici e, dato non trascurabile, culture politiche differenti – ha incentivato un impiego talvolta improprio, nel dibattito pubblico, di alcuni lemmi (come, soprattutto in alcuni casi, quello di «primarie») –, contribuendo a limitare la capacità del sistema politico di elaborare modelli di selezione omogenei.

Nella prassi, infatti, ne sono rinvenibili in numero straordinario, difficile persino da quantizzare e sistematizzare, contraddistinti da alta complessità (se non farraginosità) nelle modalità organizzative, spiccata eterogeneità nelle scelte regolative (ove esistenti), incertezza e contraddittorietà nelle finalità perseguite dalle forze politiche. In un questo quadro problematico e scivoloso, resistente a qualsiasi tentativo di riordino definitivo, è possibile isolare un unico dato, che è certamente inconfutabile: il costante aumento delle ipotesi di selezione delle candidature (*rectius*: primarie) messo in campo, per qualsiasi livello di governo e, con i distinguo compiuti, pressoché per qualsiasi carica politico-istituzionale dalle forze politiche nel corso degli ultimi vent'anni.

Della difficoltà di progettazione di modelli omogenei, si sono resi complici alcuni fattori – istituzionali, politici, sociali, culturali – che hanno variamente incentivato schemi regolativi e attuativi diversificati, in alcuni casi divaricati persino nel perseguimento degli obiettivi istituzionali e politici.

Per citarne soltanto i principali: le regole elettorali, le rispettive proiezioni, i meccanismi di votazione dei candidati in esse stabiliti; il sistema partitico, le rispettive dinamiche organizzative e regolative, private e pubbliche; la forma di governo, con riguardo ai diversi livelli interessati dalla selezione; il contesto territoriale e la qualità del rispettivo tessuto civico.

In questo quadro, il rapporto che il tema di indagine assume con le regole elettorali ha rappresentato una vera e propria costante. In ragione dei molteplici punti di intersezione che le leggi elettorali sviluppano con i modelli di selezione delle candidature, nell'ambito dei diversi livelli in cui si collocano le elezioni, esse rappresentano un elemento centrale dal punto di vista sia teorico che pratico. Sul primo piano, soprattutto in funzione dell'esigenza di costruzione di modelli di selezione coerenti con la ricaduta – selettiva o proiettiva – della formula elettorale di riferimento (è nei sistemi maggioritari che trovano campo privilegiato tali strumenti di selezione interna e, soprattutto, in funzione della elezione di cariche monocratiche). Sul secondo, in particolare per garantire e, possibilmente, rafforzare l'utilità del ricorso alla selezione delle candidature in funzione del modello di scelta dei candidati stabilito nella legge elettorale. A rilevare particolarmente, in questo quadro, è stata la presenza o meno nei sistemi elettorali del voto di preferenza, rispetto a cui l'elezione primaria ha svolto un ruolo quasi suppletivo: come visto, per richiamare solo un esempio, nel caso della Toscana, circa la sperimentazione delle primarie alla luce della cancellazione del voto di preferenza dalla legge elettorale regionale (e viceversa); o, pur con i distinguo segnalati, nel caso della legge 270

costituzionale, Torino, Giappichelli, 1996, 17 s.; G. RIVOSECCHI, *I partiti politici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016.

del 2005, circa il ricorso a modelli di selezione tesi ad attenuare la divaricazione prodotta, tra elettori e candidati, dall'introduzione delle liste bloccate e lunghe.

In questo quadro, inoltre, sono venute il rilievo le dinamiche della forma di governo e le loro differenti declinazioni a seconda degli assetti istituzionali in cui si sono prodotte. Ciò soprattutto in considerazione – ancora – dei rispettivi modelli elettorali, nonché dei diversi sistemi politici, rintracciabili alla luce delle trasformazioni del sistema partitico, specialmente a partire dalla dimensione locale – che, come noto, ha conosciuto per prima il processo di mutamento nel funzionamento della forma di governo. Non casualmente, è proprio nella torsione monocratica della forma di governo locale che hanno trovato campo le prime sperimentazioni delle elezioni primarie.

Le modifiche elettorali lì intervenute (a partire dall'elezione diretta del vertice dell'Esecutivo) e le dinamiche partitiche che vi hanno preso forma (segnate dalla sempre maggiore personalizzazione[94]) hanno contribuito alla costruzione di meccanismi di selezione delle candidature soprattutto per l'elezione di cariche monocratiche. In questo quadro è venuta in rilievo una forte saldatura tra dimensioni politica e istituzionale: la prima, contraddistinta dall'affermazione di modelli di partito personale, anche regionale, connotati dal dato della territorialità e dalla proposta politica identitaria, con margini di autonomia organizzativa anche rispetto all'omologo partito nazionale; la seconda, contraddistinta dalla citata relazione tra modello elettorale e meccanismo di selezione, unitamente all'esigenza di elezione di cariche monocratiche. Di questo legame – partito/legge elettorale/meccanismo di selezione – è possibile trovare diffusamente conferma nell'esperienza.

Di segno diverso, invece, sono apparse tutte quelle esperienze in cui non è stata posta in gioco la selezione di un candidato in vista di una carica politico-istituzionale di secondo livello, ma soltanto la scelta del *leader*, di una coalizione o di un partito. Qui è venuto maggiormente in rilievo – e lo si è detto – quell'impiego improprio del *nomen* primaria: pur conseguendo l'obiettivo di allargare la partecipazione dei cittadini (i casi considerati ne sono la dimostrazione) hanno prodotto – con la complicità delle suggestioni della comunicazione politica – non poche distorsioni circa l'esatta percezione e collocazione sistematica di strumenti e istituti impiegati[95].

A questa prassi, poi, se ne è affiancata un'altra, del tutto funzionale al tatticismo delle organizzazioni politiche, in cui i meccanismi di selezione sono apparsi più che altro *fittizi*: essi non sono stati messi in campo per incentivare realmente la partecipazione dei cittadini, ma esclusivamente per legittimare o rafforzare determinate *leadership,* comprimendo o allargando – a seconda delle esigenze del caso – la platea del *selettorato* e dell'elettorato passivo. Attesa la libertà delle forme, l'espediente utilizzato è stato quello della scelta di "criteri" e "regole" estemporanei, strumentali ai posizionamenti delle dirigenze, nell'esperienza più recente catapultati anche tramite modalità telematiche, spesso impermeabili al controllo delle procedure, come notato, da ultimo, dal citato intervento del Garante per la protezione dei dati personali.

[94] Cfr. S. STAIANO, *Forma di governo e sistema dei partiti*, in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti*, cit., spec. XV; M. CALISE, *Il partito personale*, Roma-Bari, Laterza, 2000; L. MORLINO, *Le tre fasi dei partiti italiani*, in L. MORLINO, M. TARCHI, *Partiti e caso italiano*, Bologna, Il Mulino, 2006, 105 s.; G. PASQUINO, *Partiti, personalizzazione, primarie*, in *Comunicazione politica*, 1, 2009, spec. 21-22; F, MUSELLA, *Le primarie in Italia, ancora e soltanto personalizzazione della politica?*, in *Quaderni dell'Osservatorio elettorale-Regione Toscana*, 2006, 237.

[95] Sull'incidenza della comunicazione politica in queste dinamiche, si v. P. COSTANZO, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove tecnologie comunicative in Italia*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2011.; S. BENTIVEGNA (a cura di), *La politica in 140 caratteri. Twitter e spazio pubblico*, Milano, Franco Angeli, 2014; E. GABARDI (a cura di), *Comunicazione politica: le primarie del 2005 e le politiche del 2006: sette casi di comunicazione e marketing elettorale*, Milano, Franco Angeli, 2008.

Anche questo profilo – quello delle consultazioni/elezioni via *internet* – viene in rilievo in questa ricerca, offrendo numerosi e importanti spunti di riflessione, a partire dalle potenzialità (la rapidità delle procedure, la capacità di condivisione delle valutazioni etc.) ma anche dai limiti (specie in ordine alla trasparenza e al controllo) di queste modalità: profili, questi, di più ampia portata, destinati a interrogare ulteriormente il dibattito pubblico, scientifico e legislativo.

La varietà delle sperimentazioni ha, infine, posto al centro della riflessione il problema della regolazione dei modelli e, in questo quadro, delle organizzazioni nell'ambito delle quali essi sono stati costruiti: i partiti e movimenti politici. L'assenza di una cornice regolativa ha senza dubbio contribuito alla disomogeneità delle prassi e, in considerazione dei molteplici profili che vengono in rilievo – tra cui, per esempio, l'esigenza di tutela della segretezza del voto e di rispetto delle regole statutarie – si è spostata l'attenzione sul tema della regolazione del partito politico.

L'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione, al centro di questa prospettiva regolativa, deve oggi confrontarsi anche con gli interventi più recenti relativi all'abolizione del finanziamento pubblico, oltre che con i profili tradizionalmente interessati dal tema[96].

In tal senso, l'esperienza delle ultime legislature – e della XVII in particolare – appare significativa, almeno sul piano quantitativo: numerose – oltre sessanta – le proposte di legge presentate in tema di regolazione del partito politico, con almeno un terzo di queste che reca, nel quadro delle proposte, indicazioni circa il tema della selezione delle candidature nel modello delle primarie. Da queste emerge – quale elemento di omogeneità – la consapevolezza dell'urgenza di un intervento sull'argomento (le relazioni illustrative sono emblematiche in questo senso); le proposte restano però troppo differenziate e spesso indebolite dalla complessità, anche tecnica, della materia (come, in effetti, è ragionevole che sia, in considerazione degli svariati livelli sui cui occorre che siffatte proposte intervengano), tant'è che appare spesso il ricorso allo strumento della delegazione legislativa per potenziali aggiustamenti successivi (di qui il rischio di proposte "manifesto" ma svuotate di concreta capacità conformativa).

La prospettiva regolativa, nonostante le segnalate difficoltà, appare tuttavia indispensabile. Benché – occorre ribadirlo – non si ritiene che possa risolvere adeguatamente i molteplici problemi venuti in rilievo nell'esperienza sin qui individuata, essa può cristallizzare una cornice regolativa utile a suggerire prassi virtuose e indurre soluzioni operative meno disomogenee o arbitrarie (nei limiti della vincolatività o meno delle soluzioni adottabili e dei rispettivi regimi sanzionatori).

Insomma, la diversificazione dei modelli suggerirebbe una regolazione a maglie larghe, benché ferma nei tratti di fondo, capace di garantire l'autonomia della politica dentro un perimetro di salvaguardia di tipo legislativo. Qui il tema trova punti di congiunzione assai rilevanti con le problematiche legate alle ipotesi di una legge sui partiti, nella prospettiva attuativa dell'articolo 49 della Costituzione.

Resta questa, in conclusione, la strada da percorrere, pur con la cautela che la complessità dell'oggetto (in questo forse più che in altri casi) impone. Ma la sfida, specie per il legislatore, merita certamente di essere accolta.

[96] Si rinvia, al riguardo, ad alcuni dei rilievi compiuti in U. RONGA, *Tentativi di prevenzione della corruzione politica. Utilità e profili critici della legge 9 gennaio 2019,* cit., spec. 3 s.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

OTTAVO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
19 SETTEMBRE 2019

LA TECNOCRAZIA IN LUOGO DELLA POLITICA: PROCEDURA PER SQUILIBRI MACROECONOMICI E RIFORME NEGLI STATI MEMBRI, SPUNTI DI COMPARAZIONE*

RICCARDO CABAZZI**

SOMMARIO: 1. La rilevanza degli squilibri macroeconomici intra-europei nell'attuale crisi. – 2. La "tendenziosità" degli indicatori e le criticità della Procedura. – 3. MIP e riforme nazionali nei Paesi GIPSI: un "cortocircuito" della rappresentanza politico democratica?

1. *La rilevanza degli squilibri macroeconomici intra-europei nell'attuale crisi*

In questa sezione si cercherà di dimostrare il ruolo di primo piano assunto, nel corso della crisi economica iniziata nel 2010, dagli squilibri macroeconomici all'interno dell'eurozona. Invero, a partire dall'introduzione della moneta unica, si sono registrate sempre maggiori divergenze nelle bilance commerciali degli Stati membri. In particolare, gli Stati *core* – Germania su tutti – avrebbero realizzato surplus commerciali sempre maggiori (e spesso eccessivi), mentre i Paesi periferici, c.d. GIPSI, all'opposto, avrebbero visto continuamente accrescere i propri deficit[1].

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Università di Ferrara.

[1] In questo senso, l'auspicata convergenza delle *performance* economiche degli Stati membri, a seguito dell'introduzione della moneta unica, si sarebbe invece concretizzata nel realizzarsi di una progressiva divergenza di queste. Su questi temi vi è un'ampia letteratura. Si rimanda, in particolare, a: S. CESARATTO, *Sei Lezioni di economia*, Reggio Emilia 2016; G. MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis. Has Integration Gone Too Far?*, Cambridge 2014; A. BAGNAI, *Il tramonto dell'euro. Come e perché la fine della moneta unica salverebbe democrazia e benessere in Europa*, Reggio Emilia 2012. Secondo A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *Ger. Law. J.*, n. 5/2013, 454 «the European Union bears responsibility for the crises. The European Union is not only experiencing these crises, but is significantly responsible for the crises in the first place. The transformation of the institutional structure of the Union and the substantive policy choices made in the last three decades have fostered the very structural weaknesses that were turned into crises by the subprime crisis. In particular, it seems to me that the self-standing and disembedded understanding of economic freedoms, as expressions of the right to individualistic private autonomy and the creation of an asymmetric economic and monetary union, played a major role in destabilizing the Un-

L'introduzione dell'euro ha infatti privato gli Stati con economie più deboli della possibilità di porre in essere svalutazioni competitive, al fine di incentivare le proprie esportazioni, così finendo per avvantaggiare quelli con una valuta più forte sul mercato (quale era, in particolare, il marco[2]). Precedentemente, infatti, il tasso di cambio, venuto meno nell'era post euro, permetteva di riequilibrare "fisiologicamente" gli squilibri commerciali intraeuropei tra Paesi in surplus e Paesi in deficit. Più nel dettaglio, quando uno Stato importava più di quanto riusciva ad esportare, la moneta di questo subiva una svalutazione che ne rendeva le relative merci più appetibili, in termini di prezzo, nei mercati internazionali. In maniera esattamente simmetrica, ove invece uno Stato esportava più di quanto importava, questo vedeva accrescere il valore della propria moneta e, conseguentemente, subiva una perdita di competitività – in termini di prezzo – dei propri prodotti. Diversamente, una volta introdotta la valuta unica all'interno dell'UEM, si è di fatto impedito che fosse la legge della domanda e dell'offerta a determinare il tasso di cambio, il valore di ciascuna moneta nazionale, come succede per qualsiasi altro prezzo. Ne è quindi conseguito che gli Stati in surplus commerciale, a seguito dell'introduzione dell'euro, non sono stati più corretti dalla rivalutazione "naturale" della propria moneta[3]. Al contempo, quelli esposti a rischio di deficit commerciali non hanno più potuto beneficiare né del tasso di cambio, né della leva della politica monetaria[4]. Pertanto, in assenza dell'aggiustamento del tasso di cambio, residua principalmente a questi ultimi, al fine di rilanciare la propria competitività, lo strumento della deflazione interna. Questa consiste invero nell'abbattimento dei salari combinato con l'indebolimento dei diritti dei lavoratori ed è anche fina-

---

ion». Quanto alla letteratura economica sul punto vedasi, in particolare, A. VERDE, *E' l'UEM un'area valutaria ottimale? Riflessioni e spunti per un approccio alternativo alle unioni monetarie*, in *Riv. econ. Mezzogiorno* , n. 3/2003, 375 ss. Secondo tale Autore, l'UEM non costituirebbe un'area valutaria ottimale in quanto: 1) una politica fiscale non è attuabile nell'UEM poiché non esiste un bilancio federale di adeguate dimensioni; 2) nell'ambito dell'UEM si possono individuare un centro ed una periferia, nel senso che gli *shocks* che colpiscono il *core* dell'Unione (Germania, Austria, Francia, Danimarca, Belgio…) sono altamente correlati, mentre la correlazione di quelli che colpiscono la periferia (Italia, Spagna, Portogallo, Irlanda, Grecia) è molto bassa; 3) nell'UEM la mobilità del fattore lavoro è molto bassa rispetto a quanto si riscontra negli USA.

[2] Esprime questo orientamento, tra gli altri, W. STREECK, *L'egemonia tedesca che la Germania non vuole*, in *Il Mulino*, 2015, 601 ss. Tale Autore sostiene che l'egemonia economica tedesca costituisca inevitabile esito della struttura dell'UEM, in combinazione con la *governance* della crisi economico finanziaria del 2008.

[3] Al riguardo, interessanti sono le storiche osservazioni di A. GRAZIANI, *La moneta al governo*, in *La Rivista del Manifesto*, luglio-agosto 2002. Tale Autore sottolinea come, in precedenza all'introduzione dell'euro, la Germania accettò, più di una volta, di rivalutare il marco rispetto alle altre valute europee. Tuttavia, le successive rivalutazioni del marco furono sempre minori di quanto il differenziale di inflazione avrebbe richiesto per ripristinare il cambio reale precedente. Invero, poiché per molti anni la Germania godette di una sostanziale stabilità dei prezzi, mentre gli altri Stati europei non potevano evitare una lenta ma continua inflazione, il risultato fu che il marco tedesco, sebbene ufficialmente rivalutato in termini monetari, in realtà si andava svalutando in termini reali. La situazione non pare quindi essere mutata a seguito dell'introduzione dell'euro. Invero, da quando le valute europee sono fuse in una moneta unica, il marco non può più rivalutarsi sui mercati; conseguentemente, poiché il tasso di inflazione tedesco è inferiore rispetto a quello degli altri Paesi europei, le esportazioni tedesche si avvantaggiano di una competitività crescente, come se il marco continuasse a venire svalutato. Ne consegue quindi che i tassi di cambio iniziali fissati all'avvento dell'euro divengono sempre meno realistici.

[4] Sul punto si rimanda a: P. DE GRAUWE, *A Fragile Eurozone in Search of a Better Governance*, in *The Economic and Social Review*, Vol. 43, n.1/2012, 1 ss. secondo cui: «When entering a monetary union, member-countries change the nature of their sovereign debt in a fundamental way, i.e. they cease to have control over the currency in which their debt is issued. As a result, financial markets can force these countries' sovereigns into default. In this sense member countries of a monetary union are downgraded to the status of emerging economies» e a: O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Napoli 2016*,* 423. Tale Autore mette invero in evidenza come la perdita della leva della politica monetaria privi gli Stati membri di un importante strumento per incidere su diverse grandezze macroeconomiche. Sul tema si rinvia altresì a: L. FANTACCI, A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della Governance europea di fronte alla crisi,* in *www.costituzionalismi.it,* n. 2/2013. Secondo tali Autori, da quando è entrato in vigore l'Euro si è avuto un aumento di competitività della Germania e degli altri Paesi del Nord Europa, il quale non ha tuttavia potuto essere compensato da un aggiustamento del cambio nominale, proprio a causa della moneta unica.

lizzata, secondo taluni Autori, a deprimere i consumi interni per riequilibrare la bilancia dei pagamenti dal lato delle importazioni[5].

L'UEM sembra quindi caratterizzata da dinamiche strutturalmente competitive, tali per cui gli Stati membri devono puntare, al fine di poter posizionarsi con successo sul relativo mercato intra-europeo, su di una politica mercantilista, fondata sull'abbattimento dei costi interni al fine di accrescere la competitività delle proprie merci, così finendo con il "mimare" l'economia tedesca, da sempre *export oriented*. In particolare, quest'ultima, anziché puntare sul sostegno alla domanda interna attraverso aumenti di salari (in relazione alla produttività) e su investimenti infrastrutturali, attua politiche di stimolo all'offerta esterna con l'obiettivo di esportare le proprie merci in mercati altri da quello domestico, posto che quest'ultimo non sarebbe in grado di "assorbirne" l'eccesso di produzione[6].

A tal riguardo, una prima osservazione critica attiene al fatto che il c.d. mercantilismo sfrutta evidentemente le politiche keynesiane altrui. Invero, le esportazioni di uno Stato mercantilista trovano sbocco in mercati diversi da quello interno grazie allo stimolo della domanda interna attuata dai governi di altri Paesi. Alla carenza di adeguate politiche propulsive, sul lato della domanda, nello Stato esportatore, supplisce pertanto la crescita di investimenti e l'aumento dei salari negli altri mercati esteri verso cui le merci sono indirizzate. Ciò premesso, ove tutti gli Stati dell'UEM si orientino nel senso di attuare politiche commerciali *export oriented*, si pone inevitabilmente un primo quesito: verso quale mercato potranno trovare sbocco le merci prodotte in un contesto dove tutti attuano politiche deflattive interne? In altri termini, se non vi è un adeguato sostegno ai redditi – bensì un generale abbattimento di questi – e, parallelamente, si assiste ad una decrescita degli investimenti in ricerca, innovazione, infrastrutture, come sarà possibile collocare le merci prodotte? L'abbandono, da parte di tutti gli Stati membri, di politiche di stampo keynesiano non potrà che comportare una generale recessione, posto che si verificherà, verosimilmente, un eccesso di produzione, non compensato da un'adeguata crescita della domanda in grado di assorbire tale eccesso. Ad ogni modo, ignorando tale aspetto problematico, la nascita dell'UEM sembra aver decisamente favorito – come dimostrato nel presente lavoro – l'adozione di politiche neoliberiste (*rectius*: neomercantiliste), finendo con l'accentuare (ulteriormente) la competizione economica interstatale intra-europea, a discapito dei sistemi sociali degli Stati dell'UEM più deboli su tale versante[7].

Con l'introduzione dell'euro, si diffuse altresì nei mercati la convinzione che i debiti c.d. sovrani[8] dei Paesi dell'UEM, una volta tradotti nella medesima valuta, fossero egualmente garantiti.

---

[5] In tal senso vedasi: E. BRANCACCIO, M. PASSARELLA, *L'austerità è di destra. E sta distruggendo l'Europa*, Milano 2012.

[6] Vedasi, al riguardo, A. BOLAFFI, P. CIOCCA, *Germania/Europa. Due punti di vista sulle opportunità e i rischi dell'egemonia tedesca*, Roma 2017. Secondo tali Autori nel dopoguerra il perseguimento di un avanzo nella bilancia delle partite correnti con l'estero avrebbe costituito uno degli obiettivi centrali della politica economica tedesca, con forti motivazioni geopolitiche, basate sull'assunto che una forte posizione creditoria avrebbe garantito l'indipendenza economica e sostenuto l'influenza internazionale della Germania. Al fine di raggiungere tale obiettivo la società tedesca sarebbe quindi disposta a sacrificare, in modo incomprensibile alla stretta logica economica, investimenti, consumi interni, infrastrutture, spesa sociale.

[7] In questo senso si rimanda, in particolare, a: A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano 2016. Secondo quest'ultimo Autore, invero, le rigidità e le incongruenze dell'euro avrebbero innescato il peggio che l'Europa potesse augurarsi: anziché un conflitto sociale (politicamente gestibile) tra chi nella crisi prospera e chi dalla crisi è schiacciato, un pericoloso conflitto tra nazioni dai toni quasi etnici. Da ultimo vedasi, quanto alla mutazione del rapporto tra democrazia e capitalismo, il contributo di W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano 2013.

[8] Autorevole dottrina parla, al riguardo, di una vera e propria transizione dalla crisi dell'indebitamento privato a quella dei debiti sovrani. In particolare, sul punto vedasi: G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi, politiche pubbliche e trasfor-*

Proprio in corrispondenza di tale convinzione si assisté quindi ad un generale abbassamento dei relativi tassi di interesse a beneficio, in particolare, degli Stati che, in precedenza, emettevano monete più deboli sul mercato valutario. Due sono quindi state le principali conseguenze del descritto fenomeno. In primo luogo, vi fu un maggior incentivo dei cittadini residenti negli Stati membri ad indebitarsi ad un costo ben più basso che in precedenza; in secondo, sul versante macroeconomico, si registrò un afflusso di risorse dai Paesi centrali a quelli periferici attraverso prestiti che sarebbero dovuti essere funzionali ad un ammodernamento delle economie di questi ultimi. Invero i capitali tedeschi, scarsamente richiesti nel mercato interno – in quanto sovrabbondanti e poco remunerativi – affluirono in altre piazze finanziarie europee, ove la loro richiesta era maggiore. Tale drenaggio di risorse finì quindi con il favorire il consumo e l'indebitamento dei cittadini degli Stati importatori, a vantaggio degli Stati esportatori (Germania su tutti), i quali riuscirono così a piazzare ivi sia le proprie merci che i propri capitali.

Più nel dettaglio, Paesi periferici come Portogallo, Grecia e Spagna mostrarono, fin dai primi anni seguenti l'introduzione dell'euro, elevati deficit commerciali, con un'esplosione delle importazioni e una riduzione delle esportazioni, seguiti con percentuali più contenute da Irlanda, Italia e Francia. In chiara controtendenza, la Germania ha invece sempre mostrato un surplus della bilancia commerciale, il quale è cresciuto stabilmente fino a superare il 6% del PIL dal 2005 in poi.

Pertanto, in presenza dei descritti squilibri delle partite correnti intraeuropee, si sarebbe dovuta verificare – in coincidenza con l'avvento della valuta unica – una forte crescita delle attività Target 2 della Germania e un contestuale incremento delle passività Target 2 dei Paesi periferici dell'Eurozona, così da mettere in risalto una crisi della bilancia dei pagamenti in senso all'UEM. Questa è invece venuta alla luce solo seguitamente alla crisi economica, scaturita nel 2008. Infatti, benché la Germania cumulasse rilevanti crediti verso i Paesi del sud Europa, questi furono compensati da un aumento dei crediti concessi principalmente dalle banche tedesche a questi ultimi. Le eccedenze tedesche delle partite correnti dei pagamenti furono quindi "appianate" da deflussi di capitale di eguale grandezza. Simmetricamente, le crescenti importazioni dei Paesi periferici europei, i quali davano luogo a passività Target 2, furono compensati da flussi di capitale dagli Stati *core*. In tal modo quindi il "sistema" si mantenne in equilibrio. Pertanto, in sintesi estrema, la piattaforma dei pagamenti Target 2, funzionale al mercato unico, oltre ad aver facilitato gli squilibri nell'eurozona, ne ha occultato la portata, almeno sino allo scoppio della crisi. I saldi Target 2, prossimi allo zero, celarono quindi il progressivo processo di divergenza nella competitività tra Paesi in surplus e Paesi in deficit all'interno dell'UEM, creando l'illusione che non vi fosse nessun rischio con riguardo alla tenuta del sistema interbancario dei pagamenti[9].

Tale panorama mutò radicalmente nel 2008 quando, a seguito dello scoppio della crisi, si ruppe il mercato interbancario. In tale contesto di profonda recessione, gli Stati creditori cominciarono infatti a temere che i Paesi periferici dell'eurozona non sarebbero più riusciti a ripagare i propri de-

---

mazioni istituzionali, Bologna 2012. Per una più dettagliata analisi dei dati relativi all' "impennata" dei debiti pubblici a seguito dei salvataggi bancari operati dagli esecutivi degli Stati membri, in particolare di quello spagnolo e irlandese vedasi: L. GALLINO, *Il colpo di Stato di banche e governi*, Torino 2013.

[9] Sul punto vedasi: P. DE GRAUWE, *TARGET2 è il capro espiatorio degli errori tedeschi*, in *www.vocidallestero.blogspot.com*, novembre 2012.Interessanti, al riguardo, sono le osservazioni di: B. LUCARELLI, *Intra-eurozone Payments Imbalances: Implications for the TARGET2 Payments System*, in *Review of Radical political economics*, n.3/2017, 343 ss., secondo cui: «in the wake of the recent European debt crisis, there have emerged serious payments imbalances between the core/surplus countries and the peripheral/deficit countries, which threaten the internal cohesion of the eurozone. In the absence of political union or fiscal federalism, these centrifugal dynamics appear to be irreversible».

biti, denominati in euro. Ne conseguì quindi che non solo le banche dei Paesi *core* adottarono una forte stretta sui prestiti accordati ai cittadini dei Paesi periferici, bensì queste non rinnovarono nemmeno i prestiti in scadenza. Si verificò quindi il c.d. *sudden stop*, ossia una fuga di depositi dalla periferia dell'eurozona in direzione degli Stati *core*. In altri termini, all'iniziale afflusso di capitali dal centro verso gli Stati GIPSI, seguì un successivo ed eguale deflusso, il quale mise in luce il differenziale di competitività dei Paesi dell'eurozona, oltre a determinare – forse più significativamente – la crisi dello stesso sistema bancario[10] degli Stati più esposti alla crisi[11]. Ed invero, l'emersa divergenza dei saldi Target 2 sembra essere il sintomo più evidente del fatto che la crisi europea è dovuta a squilibri della bilancia dei pagamenti. In particolare, i continui (ed eccessivi) surplus dell'economia tedesca sembrano causare profonde instabilità nelle bilance commerciali degli altri Stati membri, finendo quindi per divenire fonte di importanti squilibri macroeconomici all'interno della stessa eurozona. Questo a dimostrazione di come la crisi degli Stati c.d. GIPSI si manifestò non tanto – come sostenuto dalla corrente di pensiero *mainstream* – in un eccesso debito pubblico in sé, quanto più in uno *stock* elevato di debito estero[12].

Alla luce di quanto suesposto, sembra pertanto potersi affermare come l'esplosione dei debiti pubblici – la quale ha costretto gli Stati membri ad un intervento a sostegno – è profondamente legata alla crisi bancaria e agli squilibri macroeconomici cha hanno afflitto l'eurozona. Invero, la crisi delle banche all'interno della zona euro spinse taluni governi degli Stati membri periferici alla decisione di sostenere i bilanci dei diversi istituti bancari nazionali, sull'orlo del *default*, attraverso estesi salvataggi a spese dei contribuenti. Ciò determinò quindi una decisa impennata dei debiti pubblici di tali Stati, nonché degli *spread*. Emblematici, al riguardo, i casi di Spagna ed Irlanda le quali, fino allo scoppio della crisi, avevano registrato disavanzi di bilancio contenuti. Le finanze pubbliche dei suddetti Stati sono infatti uscite dalla norma solo dopo lo scoppio della bolla immobiliare, con effetti devastanti sia sul sistema bancario che sull'economia reale. Altrimenti detto, gli interventi messi in campo dagli Stati per salvare le banche e le compagnie di assicurazioni e stimolare la ripresa economica hanno comportato l'aumento del deficit di bilancio degli Stati e la contrazione di debito pubblico in misura sempre maggiore, dando luogo ad una vera e propria crisi del debito sovrano con talora il rischio di insolvenza degli Stati. In tal modo, quindi, i debiti del settore privato si sono trasformati in debiti c.d. sovrani. Alla luce del descritto fenomeno è quindi possibile osservare come vi sia una pericolosa commistione tra crisi bancarie private e salvataggi pubblici. Questi ultimi sono

[10] È bene tuttavia precisare che a rischio erano anche le banche tedesche, francesi e – in parte minore – olandesi. Queste avevano infatti concesso crediti irresponsabilmente e acquistato altresì una grande quantità di titoli derivati. Paradigmatico, a tal riguardo, è il fatto che il sistema bancario tedesco sia risultato uno dei più fragili. Invero questo è stato costantemente "puntellato" dalla mano pubblica che ha sorretto le proprie banche, dall'avvio della crisi nel 2008, con la bellezza di 197 miliardi di denaro pubblico, tra aumenti di capitale e titoli tossici rilevati dallo Stato federale o dai vari Land. Una cifra che, secondo i dati della Commissione, vale oltre il 7% del PIL tedesco. Se poi alle iniezioni di denaro pubblico si aggiungono le garanzie statali e le linee di liquidità offerte la cifra balza addirittura a 465 miliardi, corrispondente al 17% della ricchezza annua prodotta. Un'enormità che disvela la particolare struttura del sistema creditizio teutonico. Cfr. F. PAVESI*, Salvare le banche tedesche è costato il 7% del Pil*, gennaio 2016, in *www.ilsole24ore.com*.

[11] Una sintetica ed efficace ricostruzione delle dinamiche della crisi è operata da: A.J. MENÉNDEZ, *The structural crisis of european law as a means of social integration, from the democratic rule of law to authoritarian governance*, Arena Working paper, n. 5/2016.

[12] Sottolinea a tale riguardo O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2016, 455 ss. che «la crisi della finanza pubblica è sempre stata rappresentata come l'effetto di uno Stato sociale eccessivamente generoso e di una politica democratica che, eccedendo nel *deficit spending*, avrebbe fatto lievitare il debito pubblico […] Tuttavia c'è ormai consapevolezza che, a volte, la crisi della finanza pubblica può originare da una crisi della finanza privata, ossia dall'insostenibilità dell'indebitamento privato. [Pertanto è errata] la narrazione della crisi che fa risalire la causa esclusiva di tutti i mali ai *deficit* di bilancio e all'elevato debito pubblico di alcuni Paesi, specialmente i PIIGS».

invero forieri di un'esplosione del debito pubblico che, a sua volta, aggravando il c.d. «rischio sovrano», retroagisce su quello bancario, in funzione della dimensione del portafoglio di titoli pubblici in mano alle banche[13].

In esito a quanto esposto sembra quindi da salutarsi positivamente il fatto che, con l'introduzione della Procedura per squilibri macroeconomici, le istituzioni europee abbiano quantomeno iniziato a considerare che il mero rispetto dei paramenti sul debito pubblico e sul deficit (i noti parametri di Maastricht) non è di per sé sufficienti a garantire all'UEM una piena "protezione" da possibili shock economici[14]. Al riguardo, la prima naturale osservazione attiene invero al fatto che sia quantomeno opportuno monitorare, al fine di prevenire l'insorgere di profonde e gravi crisi (macro)economiche, anche l'andamento di alcuni indicatori (quali, ad esempio, l'indebitamento estero) afferenti al settore privato.

2. *La "tendenziosità" degli indicatori e le criticità della Procedura*

Benché la procedura per squilibri macroeconomici nasca[15] con il corretto fine di monitorare (anche) gli squilibri in senso all'Unione afferenti al settore privato, essa presenta delle criticità tali da "neutralizzare" l'obiettivo per il quale la procedura è stata introdotta. Già da un primo sguardo al relativo *scoreboard*[16] sembra infatti emergere come questa poggi sull'assunto che solo taluni Stati – evidentemente quelli c.d. GIPSI – debbano riformare i propri ordinamenti interni al fine di partecipare al processo di riequilibrio macroeconomico dell'Unione[17]. Altrimenti detto, idea di fondo degli indicatori della MIP pare essere quella per cui non tutti gli Stati membri sono tenuti, in egual manie-

[13] Si noti, a tal riguardo, che la descritta interrelazione non si presenterebbe ove l'UEM fosse coadiuvata da un'Unione bancaria, in quanto cesserebbe la correlazione tra crisi dei debiti sovrani e crisi delle banche. Invero, i sistemi bancari non sarebbero più garantiti dagli Stati membri, bensì congiuntamente a livello federale. Cfr. L. D'ALESSANDRO, A. MONTANARI, *Disuguaglianze e crisi della fiducia. Diritto, economia, politica nella società contemporanea*, Milano, 2018, 250. Sul tema dell'Unione bancaria a livello europeo si rimanda altresì a: R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino 2017.

[14] Al riguardo, osserva C. OFFE, *Europe Entrapped. Does the EU have the political capacity to overcome its current crisis?*, in *ELJ,* n. 5/2013, 595 ss. come, secondo i suoi ideatori, nell'UEM, caratterizzata dal principio concorrenziale, dall'indipendenza della banca centrale e dalla regola di un limitato disavanzo di bilancio, non si sarebbe mai potuta produrre una crisi come quella tutt'ora in corso, né è dato sapersi se questa potrà essere superata.

[15] Questa è invero disciplinata dai Regolamenti n. 1176/2011 e n. 1174/2011.

[16] In sintesi, tale *scoreboard* si presenta come una sorta di "pagella" atta a verificare se i dati (macro)economici degli Stati membri rientrino o meno entro i parametri dei vari indicatori della Procedura. Tali indicatori vanno quindi a comporre un quadro di valutazione della situazione macroeconomica di ciascuno degli Stati membri. Questi possono invero essere formalmente ricondotti a tre diverse categorie: (i) squilibri esterni e competitività, (ii) squilibri interni, (iii) nuovi indicatori di occupazione. Nella prima rientrano il saldo delle partite correnti e la posizione patrimoniale netta su estero (entrambe in termini percentuali rispetto al PIL), il tasso di cambio effettivo reale, la quota di mercato delle esportazioni e, infine, il costo nominale del lavoro per unità di prodotto. Quanto alla seconda categoria, si annoverano: la variazione percentuale annua reale dei prezzi delle abitazioni, il credito al settore privato, il debito privato e pubblico (in termini di PIL) e, da ultimi, il tasso di disoccupazione (annuale e triennale) e le passività del settore finanziario. Venendo alla terza categoria relativa all'occupazione, sono ivi considerati il tasso di attività economica, quello di disoccupazione giovanile e di disoccupazione di lunga durata, tutti in termini percentuali, il primo rispetto alla popolazione totale compresa tra i 15 e i 64 anni, il secondo rispetto alla popolazione di età compresa tra i 15 ed i 24 anni ed il terzo rispetto a quella compresa tra i 15 e i 74.

[17] A tal riguardo, è bene precisare che la procedura riguarda tutti gli Stati membri dell'Unione ed, in particolare, quelli facenti parte dell'UEM. Invero, secondo quanto previsto dal Regolamento 1176/2011 (Punto 17 del Preambolo): «nel valutare gli squilibri macroeconomici, è opportuno considerare la loro gravità e le loro potenziali conseguenze negative, sul piano economico e finanziario, che accrescono la vulnerabilità dell'economia dell'Unione e costituiscono una minaccia per il buon funzionamento dell'unione economica e monetaria. È necessario intervenire in tutti gli Stati membri per sanare gli squilibri macroeconomici e le divergenze in materia di competitività, in particolare nella zona euro».

ra, a partecipare al processo di correzione macroeconomica necessaria per garantire una maggiore stabilità all'UE. Diversamente, tale processo graverebbe solo su quelli con un alto costo del lavoro, con un debito pubblico elevato, in deficit, nonché in posizione debitoria verso l'estero: in pratica – metaforicamente – gli "ultimi della classe". All'opposto, gli indicatori della procedura, per come ideati dalla Commissione, sembrano eccessivamente "lassisti" nel richiedere ai Paesi in surplus di adottare riforme che, andando in senso opposto alle politiche sin d'ora adottate (il riferimento è, in particolare, alla Germania) beneficino l'Unione di maggiore stabilità.

Costituisce emblema di quanto affermato l'indicatore sul costo per un'unità del lavoro, secondo cui è considerato fattore di possibile criticità una variazione di questo – per gli Stati UEM – uguale o maggiore al 9% nell'arco di un triennio. Tale indicatore prevede infatti una unica soglia "verso l'alto" nel solo caso di incremento salariale, mancando quindi di considerare i possibili effetti negativi connessi ad una costante diminuzione delle retribuzioni ai prestatori di lavoro[18]. Invero, secondo la logica mercantilista, il controllo sull'innalzamento dei salari e/o il mantenimento di questi al livello della produttività è da intendersi quale servente ad un contesto economico espansionistico e finalizzato ad un generale aumento delle esportazioni. Tuttavia tale indicatore sembra ignorare che, ove vi sia un costante decremento dei salari, ciò può comportare una contrazione della domanda interna e, conseguentemente, l'insorgere di una crisi deflattiva, così come sembra nei fatti essersi inverato, negli anni peggiori della crisi, nei Paesi periferici dell'eurozona[19].

Ancora, mentre il debito privato ha una soglia critica del 133%, per il debito pubblico è fissato un tetto massimo del 60%[20]. Le ragioni di tali limiti quantitativi "asimmetrici", calcolati in termini di PIL, sembrano quindi da ricercarsi in una discrezionalità politica della Commissione, la quale, evidentemente, giudica (ancora) l'indebitamento pubblico come più dannoso, per la stabilità dell'Eurozona, rispetto all'indebitamento privato, la cui soglia sembra peraltro fissata ad un livello eccessivamente alto. Tale tesi sembra altresì trovare ulteriore conforto nel fatto che, quanto al saldo delle partite correnti – calcolato come media mobile sui valori di un triennio ed espresso in termini percentuali rispetto al PIL – si rinviene un'ulteriore asimmetria: mentre la soglia per i *surplus* è fissata al 6%, quella per i *deficit* è al 4% del PIL, a riprova del diverso trattamento riservato dalla Commissione agli Stati "creditori" rispetto a quelli "debitori". Più nel dettaglio, sul punto, i deficit, come risulta da tali indicatori scelti dalla Commissione, sarebbero ritenuti più pericolosi dei surplus per la stabilità dell'UEM. Tale l'impostazione della Commissione sembra quindi derivare, ancora

[18] Critico rispetto a tale impostazione: C. KAUPA, *The Pluralist character of the European Economic Constitution*, Londra 2016, 315 secondo cui: «it is curious that the nominal unit labour costs are set with an upward threshold only, implying that a significant drop in wages would not constitute a source of instability, whereas a wage increase would. Such a view is hardly shared across the board, with many economists assuming that the demand – which largely depends on wages – is a key factor in the economic growth».

[19] La stessa Commissione ha invero ammesso, al riguardo, in un suo report Risultati degli esami approfonditi ai sensi del regolamento (UE) n. 1176/2011 sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, Bruxelles, 5.3.2014 COM(2014) 150 final che: «nonostante l'aggiustamento in corso dei salari reali, l'aggiustamento del mercato del lavoro si è finora prevalentemente tradotto in termini di perdita di posti di lavoro e indici di avviamento al lavoro molto bassi. Ne sono conseguiti un drastico aumento della disoccupazione e periodi di disoccupazione più lunghi, con ricadute sociali e implicazioni per la crescita potenziale che devono essere tenute in debita considerazione nell'elaborazione delle risposte politiche».

[20] Secondo M DEL MONACO, *Sud colonia tedesca*, *la questione meridionale oggi*, Roma 2017, spec. 15, l'asimmetria tra la soglia del debito pubblico, fissata al 60%, e quella del debito privato, fissata al 133%, avrebbe lo scopo di bloccare il potere di intervento pubblico degli Stati con un alto rapporto debito/PIL e, nel contempo, di consentire (tramite un alto tetto di debito privato) le importazioni a credito dei prodotti dall'estero, avvantaggiando così i Paesi c.d. *vendor financing* (ed, in particolare, la Germania). Secondo A. BAGNAI, *Il tramonto dell'Euro*, *op.cit*., 233-234, la procedura per squilibri macroeconomici presterebbe un'attenzione tardiva ai saldi esteri, conservando comunque un'impostazione sostanzialmente mercantilista.

una volta, dall'incapacità di avere un approccio simmetrico tra gli Stati capace di riconoscere la cooperazione tra debitori e creditori quale precondizione necessaria al benessere dell'Unione[21]. Da ultimo, in linea con quanto affermato, mentre costituisce indice di criticità una posizione patrimoniale netta su estero pari o maggiore al 35% rispetto al PIL, la procedura non prevede alcuna soglia critica per l'accumulo di crediti netti su estero, ad (ulteriore) riprova di come le istituzioni europee tendano a non considerare in maniera simmetrica debiti e crediti, così finendo con l'addossare i maggiori "aggiustamenti" macroeconomici necessari in capo agli Stati in deficit delle partite correnti.

Proprio per le suddette ragioni la MIP, per come è oggi costruita, non sembra, quanto al processo di aggiustamento macroeconomico all'interno dell'UEM, rispettare il principio della parità tra Stati membri, come sancito ex art. 4 TUE, secondo cui: "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati". Tale principio è peraltro inscritto anche nell'art. 11 della nostra Carta costituzionale, il quale ammette le limitazioni di sovranità, ponendo tuttavia una condizione tassativa: che la rinuncia avvenga con caratteri di parità con ogni Stato membro coinvolto[22]. La norma costituzionale è stata quindi interpretata nel senso che lo Stato italiano potrebbe consentire a un indebolimento della sovranità – conseguente alla parziale cessione a un soggetto sovranazionale, nell'ambito di un patto tra più Stati – solo se anche tutti gli altri Stati partecipanti accettano un eguale indebolimento, a seguito della cessione di una identica quota della propria sovranità[23]. Tuttavia, nell'ambito della governance economica europea della crisi, così come anche nella procedura, la condizione di parità tra gli Stati in surplus quelli in deficit sembra non riscontrarsi[24]. Invero i secondi, essendo assoggettati a limiti più rigorosi, sono maggiormente condizionati nell'esercizio della propria sovranità (quantomeno nell'ambito della politica economica).

Tuttavia i limiti della procedura non sono solamente relativi alla sua ontologica struttura, in quanto, da un'attenta osservazione, se ne possono rinvenire ben altri, comunque parimenti significativi. Anzitutto, si deve osservare come la MIP, valutando solamente i singoli contesti macroeconomici nazionali, rischi di perdere di vista la logica aggregata e, più specificamente, il reale e diverso impatto che ogni squilibrio individuato ha rispetto al complessivo assetto dell'Unione. Per fare un

[21] Cfr. L. FANTACCI, A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa*, *op.cit*., 12.

[22] Cfr. G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. Cost.*, n. 1/1992, 55. Tale Autore, già in tempi remoti, aveva intuito come, nella fase di sviluppo delle istituzioni comunitarie, stesse maturando una situazione non conforme con la disposizione di cui all'art. 11 Cost. A tal riguardo evidenziava infatti due principiali profili di criticità. Il primo si incentra sulla non parità di tutti i Paesi membri nel rapporto Sato-mercato. Il secondo riguarda invece il fatto che i Paesi più forti, nel prendere alcune decisioni con maggiore autonomia, condizionerebbero le condotte dei Paesi più deboli. In tal modo, una parte della quota di sovranità, rinunciata da questi ultimi in favore del mercato, sarebbe trasferita ai Paesi membri più forti. Dello stesso orientamento è anche G. COCCO *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. Dir.*, n. 1/2000, 84 ss. Secondo tale Autore, (84) «le cessioni di sovranità perpetrate a favore delle istituzioni comunitarie non vengono recuperate in termini di esercizio della sovranità a livello europeo, ma restano ad appannaggio di istituzioni che rispondono ad una sorta di *remote control* dei soggetti più forti. In parole povere: non risponde al vero che la sovranità attraverso il meccanismo della sua cessione ad un organo intergovernativo di indirizzo politico a livello europeo resti ancora sostanzialmente nelle mani di tutti i governi nazionali. Essa, in termini effettivi, si depaupera per i Paesi che contano di meno e si incrementa per quelli che pesano di più». Da ultimo, per maggiori approfondimenti sull'interpretazione che la dottrina italiana ha fornito sulla disposizione di cui all'art. 11 Cost., vedasi, in particolare: M. MAZZIOTI, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova 2005, 537ss.

[23] Cfr. M. VILLONE, *L'Europa: terra di diritti, crisi, diseguaglianze*, in *Diritto pubblico europeo, Rassegna online*, giugno 2015.

[24] In questo senso vedasi: A. J. MENÉNDEZ, *The European Crises and the Undoing of the Social and Democratic Rechtsstaa*t, in AA.VV. *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, a cura di J. E. Fossum, A. J. Menendez, Arena Report, n. 2/14, Oslo 2014, 455 e F. BILANCIA *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2012.

esempio, si pensi a come possa influire diversamente, sulla stabilità macroeconomica dell'UE, il costante surplus tedesco (di dimensioni assai ragguardevoli[25]), rispetto al (decisamente più modesto) deficit spagnolo (pari al 4,3% del PIL e, da anni, in costante diminuzione). Tuttavia, nonostante i due dati abbiano una rilevanza assai diversa, in termini quantitativi, la Commissione sembra valutarli alla stessa stregua rispetto alla tenuta del sistema macroeconomica europeo, non riconoscendo quindi alcuna priorità alla correzione degli squilibri più rilevanti per l'equilibrio dell'UE. Ancora, "tendenziosa" sembra essere la scelta di parametrare il rischio di squilibri sull'andamento, in termini percentuali sul PIL, dei singoli Paesi (le cui dimensioni economiche possono essere incommensurabili) anziché in termini di valori cumulati, cosa che impedisce di apprezzare la pericolosità degli andamenti complessivi dell'Eurozona, come se l'enorme valore dei surplus accumulati dalla Germania negli anni avesse la stessa rilevanza dello sforamento della soglia del 6% del PIL che, per caso, potesse prodursi a Malta[26].

Inoltre, altro ravvisabile profilo di criticità della Procedura attiene al fatto che le rilevazioni numeriche estrapolate dagli stessi indicatori dello *scoreboard* vengono ad assumere lo stesso rilievo e significato, benché questi siano calati in ordinamenti diversi, secondo la logica "*one size (can) fit all*". Se quindi tali indicatori garantiscono un certo grado di oggettività, dall'altro non sembrano tuttavia consentire di valorizzare le peculiarità delle diverse realtà ordinamentali. In particolare, ciò che la Procedura sembra inadeguata a riconoscere è la differente portata che determinati valori e rilevazioni numeriche possono assumere nei diversi contesti di riferimento[27]. Da qui il problema dell'acontestualità dello *scoreboard* della MIP. Ad esempio, alti livelli di spesa pubblica possono rivelare una crescita fuori controllo degli apparati statali (come avvenuto in Grecia) ma, al contempo, potrebbero anche riflettere, in chiave positiva, la disponibilità dei cittadini ad essere sottoposti ad un elevato livello di imposizione fiscale, a fronte dell'erogazione, da parte dello Stato di appartenenza, di efficienti servizi pubblici (su tutti, i Paesi Scandinavi[28]).

Ancora, il Regolamento 1176/2011 prevede (punto n. 14 del preambolo) che "il superamento di una o più soglie indicative non è necessariamente sintomo di imminenti squilibri macroeconomi-

[25] Nel 2018, il surplus commerciale della Germania è stato il più grande del mondo, per il terzo anno consecutivo, raggiungendo la cifra record di 294 miliardi di dollari.

[26] Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Quanto è pluralista la costituzione economica europea? Si prega di riformulare la domanda*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2018.

[27] Vedasi, sul punto, A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto Comp*arato, 2012, 34 - 38 il quale afferma che: «gli indicatori economici in senso lato presentano due caratteristiche comuni: sono tutti esprimibili in misura quantitativa (e da ciò deriva la loro popolarità mass mediale) e sono tutti enigmatici dal punto di vista dell'informazione veicolata, (almeno) sino a quando non siano contestualizzati con precisione sotto il profilo della loro origine, del loro margine di approssimazione e della loro finalità comunicativa [...] Non si può quindi pretendere che questi misurino ciò che non è adatto a misurare, ovvero la qualità di un'intera tradizione giuridica, o, anche semplicemente le *performances* economiche di un sistema Paese». Secondo tale Autore, infatti, obiettivo dei grafici e degli indicatori numerici è quello di trasformare in dati quantitativi, facilmente comparabili, contesti nazionali regolamentari diversi, i quali vengono appunto ordinati e classificati secondo la loro capacità di attrazione per gli investimenti globali.

[28] La Svezia è invero al primo posto in Europa con una pressione fiscale effettiva che sfiora il 55%. Non è da meno la Danimarca, con una pressione fiscale pari al 50% ed anche la Finlandia che a tale livello si avvicina. Nondimeno non sono all'orizzonte, in questi Stati, proteste fiscali o scioperi anti tasse in quanto principio ivi consolidato è quello per cui, l'alto livello di imposte serve a finanziare i costi dei servizi e del *welfare*. Vedasi, a questo proposito, D. PESOLE, *Ridurre le tasse si può? Perché Svezia e Francia stanno peggio di noi ma in pochi protestano*, in *www.ilsole24ore.com*, gennaio 2013. Secondo D. NATALI, *Il modello sociale europeo è morto? Politiche sociali e relazioni industriali tra austerità e integrazione europea*, in *Rassegna italiana di sociologia*, n. 2/2013, 247 vi sarebbe una divaricazione in atto tra i diversi Paesi dell'Eurozona. Mentre invero i Paesi dell'Europa continentale e del Nord, pur avendo introdotto misure di contenimento della spesa sociale, non avrebbero intaccato le istituzioni di *welfare* e del dialogo sociale ereditate dalla situazione pre-crisi, i Paesi del sue Europa, al contrario, apparirebbero maggiormente sottoposti a tagli della spesa pubblica e all'erosione delle politiche del passato.

ci [pertanto] non è opportuno trarre conclusioni da una lettura automatica del quadro di valutazione: l'analisi economica dovrebbe garantire che tutte le informazioni, indipendentemente dal fatto che provengano dal quadro di valutazione o meno, siano valutate in prospettiva e diventino parte di un'analisi globale." Tale previsione appare quindi piuttosto lasca, tanto più se si evidenzia come a nessun indicatore è attribuito un peso specifico. Pertanto alla Commissione sembra essere riservata una discrezionalità piuttosto ampia che, in assenza di più dettagliati dettami normativi, non può che tramutarsi in un giudizio di opportunità politica. E come sarà possibile quindi, alla luce di quanto esposto nel presente lavoro, che la Commissione, privata di una più "rigida" guida normativa, sia in grado di minacciare in modo credibile la Germania – che infatti continua a registrare di anno in anno surplus sempre maggiori – posta la sua indiscussa egemonia politica nell'ambito dell'Unione?[29]

L'ampia discrezionalità di cui gode la Commissione si può altresì ben scorgere anche nell'*enforcement* della procedura. Invero, come visto, nell'ipotesi in cui questa riscontri degli squilibri macroeconomici eccessivi in un Paese, non è comunque in alcun modo vincolata a richiedere l'avvio della procedura per squilibri eccessivi[30]. Trattasi infatti di una scelta la quale è rimessa alla scelta insindacabile della Commissione, senza che alcun parametro giuridico possa effettivamente fungere da vincolo a tale determinazione. In particolare, al riguardo, si noti che il Regolamento 1174/2011 ha dotato le istituzioni europee, nell'ambito della Procedura, del potere di adottare rilevanti sanzioni economiche (deposito fruttifero e ammenda) per i Paesi che non correggono gli squilibri macroeconomici eccessivi nell'ambito della medesima procedura per squilibri eccessivi, introducendo altresì il sistema del *reverse qualified majority voting* in seno al Consiglio[31]. Tuttavia tale apparato sanzionatorio non è stato, ad oggi, ancora attivato, probabilmente anche perché l'applicazione di rilevanti sanzioni pecuniarie potrebbe innescare delle reazioni ostili da parte dei

[29] Si veda, in questo senso, *ex multis*, F. SCHARPF, *Political Legitimacy in a Non-Optimal Currency Area*, in AA.VV., *Democratic Politics in a European Union under Stress*, a cura di O. CRAMME, S. B. HOBOLT, Oxford 2015, 28, per il quale la natura stessa degli indicatori è tale da implicare un'ampia discrezionalità della Commissione nell'interpretazione dei dati macroeconomici sui singoli Paesi membri, concludendo che la procedura sugli squilibri macroeconomici non può essere basata su regole, costituendo invece una «*legally and politically uncostrained expertocracy*» e M.W. BAUER, S. BECKER, *The Unexpected Winner of the Crisis: The European Commission's Strengthened Role in Economic Governance*, in *Journal european integ*ration, 2014, 213 ss.

[30] Ove la Commissione ritenga che uno Stato membro presenti squilibri eccessivi, il Consiglio può adottare una raccomandazione – la normativa MIP (vedasi art. 7, comma 2 Regolamento 1176/2011) richiama, per tale ipotesi, l'art. 121 comma 4 – che ne stabilisca l'esistenza, specificandone natura ed implicazioni e dando al governo in questione indirizzi su strategie da seguire, indicandogli, infine, l'adozione di misure correttive. In quest'ultimo caso, si apre quindi la procedura per squilibri eccessivi (*excessive imbalance procedur*e) la quale – finora mai attivata – comporterebbe un evidente assoggettamento dello Stato membro in questione ad una più stretta vigilanza sulle sue politiche economiche e sociali. Invero, il Paese nei confronti del quale fosse avviata una procedura per squilibri eccessivi sarebbe tenuto a presentare alla Commissione e al Consiglio un piano di azione correttivo (*corrective action plan*), entro un termine individuato dalla raccomandazione del Consiglio stesso, corredato dall'indicazione delle misure specifiche che questo ha attuato o intende attuare, con tanto di calendario per la prevista esecuzione di queste ultime. Tale piano deve quindi essere valutato dal Consiglio, entro due mesi dalla sua presentazione, sulla base di una relazione della Commissione (vedasi art. 8 Regolamento 1176/2011).

[31] Art. 3 comma 3 Regolamento 1174/2011. Trattasi di un sistema di voto, introdotto con l'obiettivo di rendere più effettivo ed automatico il meccanismo di *enforcement* delle sanzioni, che considera adottata una decisione, a meno che il Consiglio non respinga la raccomandazione della Commissione, deliberando a maggioranza qualificata, entro 10 giorni dall'adozione di quest'ultima. Secondo taluni Autori, l'introduzione del voto a maggioranza qualificata inversa avrebbe reso il Consiglio quasi "inerme" rispetto alle raccomandazioni proposte dalla Commissione, la quale sembra invero assumere una vera e propria *leadership* decisoria, solo formalmente riservata al primo, nell'ambito della sorveglianza multilaterale ex art. 121 TFUE. Vedasi, in particolare, R. PALMSTORFER, *The reverse majority voting under the 'Six Pack': a bad turn for Union?*, in *ELJ*, 2014, 186 ss. Sul tema si rimanda anche a: R. BARATTA*, La maggioranza qualificata inversa nella recente prassi dell'Unione europea*, in AA.VV. *Scritti in onore di Laura Forlati Picchio*, a cura di B. CORTESE, Torino 2014, 267 ss.

cittadini dello Stato verso cui queste sono dirette. Pertanto, alla luce del paradosso per cui al rafforzamento (formale) dei poteri sanzionatori della Commissione, nell'ambito della MIP, è seguita una sostanziale ineffettività di questi, pare legittimo chiedersi se questa si presenti non tanto come mezzo di coercizione giuridica, quanto più quale strumento di pressione politica nelle mani della Commissione.

3. *MIP e riforme nazionali nei Paesi GIPSI: un "cortocircuito" della rappresentanza politico democratica?*

Nonostante i descritti limiti intrinseci alla procedura, le relative raccomandazioni sembrano aver trovato pronto riscontro nei Piani di riforma nazionali post 2011, almeno con riguardo ai Paesi c.d. GIPSI. Limitando la prospettiva di analisi al settore giuslavoristico, si può notare come la Commissione abbia più volte affermato, nell'ambito della MIP, che per far fronte alle conseguenze sociali della crisi e ai crescenti livelli di disoccupazione, fosse necessario mettere in atto riforme volte: (i) ad una riduzione del costo del lavoro per unità di prodotto nei diversi Stati membri maggiormente colpiti dalla perdita di competitività e dalla disoccupazione; (ii) a fissare i salari in funzione dell'andamento della produttività; (iii) ad aumentare la flessibilità del mercato del lavoro; (iv) ad una modernizzare dei relativi sistemi previdenziali nazionali[32].

In linea con tali raccomandazioni si può invero osservare come i succedutisi governi italiani abbiano adottato delle rilevanti riforme nell'ambito del diritto del lavoro; in particolare, il riferimento è alla L. 92/2012[33] e al Jobs Act (D.lgs. 23/2015)[34], i cui contenuti sono noti. Nella riforma del lavoro del governo Renzi, come del resto nella precedente riforma a opera del ministro Fornero, la principale innovazione all'ordinamento è invero rappresentata dalla sostanziale abolizione del reintegro a seguito del licenziamento per motivi economici, posto che la strategia politica dei due esecutivi sembra essere stata la medesima[35]. Entrambi i suddetti interventi normativi hanno infatti seguito

[32] Vedasi, in particolare, Commissione europea, Semestre europeo 2015: valutazione delle sfide per la crescita, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011, Bruxelles, 26.2.2015 COM(2015) 85 final.

[33] La L. n. 92/2012 ha, in particolare, modificato l'art. 18 comma 7 della L. 300/1970, sostituendo la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro con il mero risarcimento. In tal modo ha così reso più debole la tutela nella predetta ipotesi di licenziamento motivato da infondate ragioni economiche (salvo il caso in il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustifico motivo oggettivo. In tale ipotesi questi può infatti continuare ad applicare la tutela speciale della reintegrazione). Vedasi, art. 1, comma 42, lettera b), della predetta legge.

[34] Il *Jobs Act*, tra le altre previsioni, ha sostanzialmente azzerato la tutela ripristinatoria, fatti salvi i casi del licenziamento discriminatorio o nullo per espressa previsione legislativa, a favore di una tutela indennitaria predeterminata e "crescente" in ragione dell'anzianità. Invero, il D.lgs. 23/2015 ha fortemente limitato la tutela reintegratoria nel posto di lavoro, rendendo di fatto efficace il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo o di giustificato motivo soggettivo o di giusta causa. Il licenziamento in parola estingue, infatti, il rapporto di lavoro e innesca la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità" (art. 3, co. 1, D.lgs. 23/2015).

[35] P. CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia, 28 maggio 2015, Milano 2016, 89 osserva sul punto che: «le precise caratteristiche strutturali e funzionali delle riforme del mercato del lavoro orientate verso la flessicurezza sono il frutto di una strategia dettata dai sistemi economici e sociali più "forti" in Europa, in grado di proporsi e di assurgere a "modello" da esportare in quelli con un mercato del lavoro fiacco e duale (come il nostro), posto che il passaggio della tutela del lavoratore dal contratto al mercato rende più facili i progressivi adeguamenti degli equilibri di scambio dentro l'impresa e, quindi, più fluidi gli aggiustamenti macroeco-

le stesse finalità, venendo così a costituire indispensabili riforme strutturali chieste dall'Europa per rendere più flessibile il mercato del lavoro in Italia[36].

Peraltro, con riguardo ad entrambi i suddetti interventi normativi le procedure parlamentari sono state accelerate e distorte al fine di consentire ai rispettivi governi Monti e Renzi di presentarsi ai vertici dei capi di governo dell'UE con le riforme del mercato del lavoro approvate il prima possibile[37]. La MIP, in questo senso, sembra quindi diventare emblema di come la *governanc*e economica europea si mostri, specie nel caso del Jobs Act, quale fonte di legittimazione dell'azione di governo compensativa del carente consenso democratico-parlamentare e, al tempo stesso, quale leva per svilire le procedure parlamentari interne, anche in nome di una non procrastinabile risposta alla perdurante crisi economico finanziaria[38]. Si pensi, al riguardo, alla celebre commozione del ministro Fornero nel corso della presentazione della riforma del sistema previdenziale, ad opera del D.L. 214/2011: trattasi di un gesto emblematico del trasferimento di responsabilità dalle istituzioni nazionali a quelle europee quanto all'adozione di determinate misure "lacrime e sangue".

In linea con quanto avvenuto in Italia, anche in Spagna – altro Paese periferico dell'eurozona, il quale necessitava, secondo la Commissione[39], di importanti riforme strutturali al fine del rilancio

---

nomici, peraltro espressamente perseguiti (anche nel mercato del lavoro) dagli orientamenti integrati e dal Patto euro plus».

[36] A tale riguardo, secondo A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati*, Torino 2017, 84 ci si troverebbe dinnanzi ad un nuovo modello di divisione dei poteri permeato dall'influenza di strutture sovranazionali e tecnocratiche e ad una sovranità condizionata come nuovo paradigma dell'organizzazione del potere. Vedasi anche, sul tema: F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato*, Torino 2016. Da ultimo, osserva M. FERRERA, *Rotta di collisione, euro contro welfare*, Roma – Bari 2016, 65, 66 come «bisogna tenere conto della crescente influenza, all'interno delle istituzioni europee, di un ceto di tecnocrati con *background* economico di stampo rigorosamente ortodosso […] Nel corso degli anni duemila il ceto di tecnocrati ha gradualmente egemonizzato il *policy making* UE. Sulla scia della crisi l'Unione europea si è trasformata in una vera e propria *econocrazia*, le cui diagnosi e prescrizioni sono diventate una sorta di pensiero unico».

[37] Al riguardo, osserva A. GUAZZAROTTI, *La fiducia sulla legge delega "in bianco" del Jobs Act: il diritto del lavoro emigra verso logiche tecnocratiche?*, in *www.forumcostituzionale.it*, ottobre 2014, che «la riforma Monti Fornero fu approvata a tappe forzate, attraverso una compressione delle procedure palesatasi già nella fase governativa della deliberazione del disegno di legge (che non era iscritto all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri e che fu approvato "salvo intese"). Nella fase parlamentare, il disegno di legge fu fatto approvare alle Camere in meno di tre mesi, ricorrendo a ben otto voti di fiducia con relativi maxiemendamenti (che hanno ridotto a quattro un testo di settantasette articoli). Unico, dichiarato, fine di tanta urgenza era quello di permettere al governo "tecnico" di presentarsi al Consiglio europeo del 28 giugno 2012 con l'ambita "riforma" del mercato del lavoro approvata». Una compressione del ruolo del Parlamento sembra, alla pari, essere avvenuta con riguardo alla legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (cd. *Jobs Act*), approvata con una navetta aggiuntiva tra Camera e Senato e due voti di fiducia. In particolare, al Senato, è stato approvato il maxi-emendamento in data 8 ottobre 2014, con voto di fiducia al Governo. Invero, con 165 voti favorevoli, 111 contrari e due astensioni l'aula di Palazzo Madama si è espressa in favore dell'emendamento governativo, interamente sostitutivo del disegno di legge di delega sul lavoro, sul quale il Governo aveva posto la questione di fiducia. Il Governo Renzi ha così potuto presentarsi con un'importante riforma in cantiere al Vertice europeo sull'occupazione del 9 ottobre 2014 tenutosi a Milano, ricevendo il plauso generale dei leader europei. In particolare, per il Cancelliere tedesco Angela Merkel l'Italia «stava facendo un passo importante da questo punto di vista», perché era ormai necessario «eliminare le barriere» presenti nel mercato del lavoro; per il presidente della Commissione Europea, José Manuel Barroso tale misura «poteva avere grande impatto sulla competitività dell'economia italiana. Secondo quest'ultimo, per avere più crescita e maggiore occupazione era necessario andare avanti con le riforme». Anche Herman Van Rompuy, presidente del Consiglio Ue ha quindi lodato la manovra. Vedasi, al riguardo, *Renzi: «Terremo il deficit al 2,9%» Merkel: «Jobs Act passo importante»*, in *www.corriere.it*, ottobre 2014.

[38] Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2014.

[39] La Spagna è stata infatti destinataria, dal 2012, di un novero piuttosto ampio e dettagliato di raccomandazioni nell'ambito della MIP. La Commissione chiedeva, in particolare, che l'esecutivo iberico ponesse in essere degli ambiziosi programmi di riforma, in particolare nel settore finanziario, in quello del mercato del lavoro, oltre ad un'attenzione al risanamento e alla sostenibilità delle finanze pubbliche. Vedasi, al riguardo, il documento: Commissione europea, Occasional paper 103, luglio 2012, disponibile all'indirizzo web: https://publications.europa.eu.

della propria competitività esterna[40] – rilevanti riforme nel settore giuslavoristico sono state adottate. Le innovazioni introdotte in Spagna dal 2010 al 2012 hanno infatti previsto diverse misure all'insegna della flessibilità e della riduzione dei costi di fine rapporto lavorativo del prestatore. In particolare, con il real decreto ley 3/2012, approvato dal governo a maggioranza del partito popolare, sono state adottate modifiche in materia di: contratto di lavoro, collocamento, formazione professionale, assunzioni, flessibilità interna, licenziamenti, contrattazione collettiva. Gli effetti perseguiti dalla suddetta riforma sono stati quindi: facilitazione dei licenziamenti, promozione di un lavoro più flessibile e conseguente sbilanciamento degli equilibri di potere a favore del datore di lavoro[41]. Al riguardo, parte della dottrina ha accolto il real decreto ley 3/2012 come un testo legislativo che introduce numerosi elementi emblematici della deregolamentazione delle relazioni industriali. Il real decreto ley 3/2012 avrebbe infatti modificato in modo sostanziale l'architettura degli equilibri che caratterizzano la relazione tra capitale e lavoro, tra libera impresa e diritto al lavoro, contrassegnandosi infine per uno svilimento delle procedure democratiche[42]. Tale legge implicherebbe quindi un generale ridimensionamento della valenza "lavoristica" del diritto al lavoro, così come riconosciuto a livello costituzionale.

Si può pertanto concludere come l'esperienza riformatrice dell'ordinamento spagnolo e di quello italiano post 2011, nell'ambito del mercato del lavoro, sia comunemente ispirata all'orientamento generale sulla *flexicurity*, così come raccomandato dalla Commissione nell'ambito della MIP[43]. In particolare, la legislazione lavoristica sembra essere stata considerata dalle istituzioni europee e, di riflesso, dai vari esecutivi nazionali succedutisi, come un vero e proprio strumento macroeconomico attraverso il quale rilanciare la competitività sul mercato intra europeo dei due

[40] Osserva al riguardo, M. ZENEZINI, *Riforme economiche e crescita: una discussione critica, in Quaderni del Dipartimento di economia politica e statistica dell'Università di Siena, n. 626, aprile* 2014, 109 come «ci troviamo dunque di fronte ad una concezione di riformismo competitivo che pretende di descrivere le azioni riformatrici (le riforme dei mercati del lavoro, dei sistemi di welfare, delle professioni e dei mercati dei beni) come "pacchetti" di misure in grado di produrre un "massimo" di efficienza in termini di performance economica, per cui, così come esistono le *best practices* nelle tecnologie e nelle organizzazioni (se siamo disposti a crederci), esisterebbero anche le *best practices* negli ordinamenti istituzionali-regolativi. Si tratta semplicemente di trovarle e di farle digerire ai diversi sistemi economici […] Insomma: le riforme come una gara sportiva. Per quanto un po' caricaturale, questo approccio mette in luce l'implicazione più radicale del riformismo competitivo che iscrive le riforme in un quadro di riferimento tendenzialmente uniforme e non controverso che prima "mette in fila" i diversi paesi in base agli indicatori di regolamentazione e poi li premia o punisce nella gara delle riforme in base al grado di avanzamento nelle scale della (de)regolamentazione».

[41] Vedasi, al riguardo, S. FRANCO TOMAS*, La ultima reforma laboral en Espana: comentario de urgencia al real decreto ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, in *Dir. mec. lav.*, n. 1-2/2012, 7 ss.

[42] Quanto all'ultimo punto evidenziato il real decreto ley 3-2012 non avrebbe rispettato il diritto di previa informazione e consultazione dei sindacati rappresentativi che in materia di politica sociale svolgono un compito di garanzia, sia nel nostro ordinamento sia in quello europeo. Non avrebbe altresì rispettato i requisiti di necessità ed urgenza che la Costituzione esige affinché il Governo possa legiferare attraverso questo canale, ed infine si presenterebbe come un testo chiuso, la cui principale caratteristica risiede nell'ostilità verso l'azione sindacale e le condizioni occupazionali e di lavoro. Cfr. A. BAYLOS*, Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro in crisi: la riforma del lavoro spagnola nel 2012*, in *DLRI*, n. 2/2012, 353 ss. Per un raffronto tra Italia e Spagna in materia di riforme giuslavoristiche post crisi si rimanda altresì a: T. TREU, *Le riforme del lavoro: Spagna e Italia*, in *DLRI*, n. 3/2015, 601 ss.

[43] Secondo il report della Commissione, 2016 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation (EU) No 1176/2011, Brussels, 7.4.2016 COM(2016) 95 final/2, 10 «in the 2016 Annual Growth Survey, the Commission placed emphasis on effective coordination between Member States, aiming at higher productivity and upward convergence; the need to balance flexibility and security in labour market policies; and the need for more integrated and competitive product and services markets».

Stati in esame (e, più in generale, di tutti quelli periferici dell'eurozona)[44].

La figura del lavoratore sembra quindi aver subito una forte svalutazione, divenendo un mero "input" o, ancora più significativamente, un costo da abbattere al fine di rendere maggiormente competitivo il sistema produttivo, con un evidente "tramonto" del valore e della centralità che il lavoro assume (ancora oggi) nella Costituzione italiana[45].

Emblematica di questa "torsione" del principio democratico della dignità del lavoratore la (esigua) monetizzazione, in luogo alla reintegrazione – che il legislatore italiano ha previsto nel 2012 e successivamente esteso con il Jobs Act nel 2015 – in caso di licenziamento illegittimo. Alla luce di quanto suesposto, non deve quindi stupire la recente presa di posizione critica della Corte costituzionale sul punto. Il giudice delle leggi ha invero affermato al riguardo che poiché l'art. 3, comma 1, del D.lgs. n. 23 del 2015, prevede una tutela economica che non costituisce né un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, risulta evidente che una siffatta tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro non può ritenersi rispettosa degli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma della Costituzione che tale interesse, appunto, proteggono. In particolare, mutuando le parole della Corte, «l'irragionevolezza del rimedio previsto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 assume, in realtà, un rilievo ancor maggiore alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana[46]».

Da uno sguardo sulle recenti riforme lavoristiche dei Paesi c.d. GIPSI emerge quindi che l'indirizzo politico degli esecutivi nazionali di tali Stati è generalmente orientato sulle stesse posizioni delle raccomandazioni nell'ambito della procedura per squilibri macroeconomici. Altrimenti detto, sembra esservi un generale allineamento tra i Piani nazionali di riforma dei Paesi periferici dell'eurozona e le "richieste" di riforma promanate dalle istituzioni dell'Unione, in particolare dalla Commissione, la quale non manca di fornire altresì un giudizio critico sulle innovazioni apportate nei vari ordinamenti in esame[47]. Non si può quindi astenersi dal considerare, a tale riguardo, come

---

[44] In particolare, V. SPEZIALE, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, n. 4/2016, 719 ss. il diritto del lavoro sarebbe divenuto uno strumento per garantire la competitività economica di uno Stato e l'efficienza delle imprese, perdendo tuttavia il suo stato epistemologico, consistente nella difesa dei diritti dei lavoratori.

[45] Secondo alcuni Autori il lavoro sarebbe divenuto, progressivamente, a livello europeo, sempre più simile ad una merce e quindi standardizzato e slegato da ogni considerazione sociologica circa la funzione che esso svolge, non solo quanto alla valorizzazione dell'individuo ma, più in generale, in termini di progressione materiale e spirituale della società. Vedasi, al riguardo, di R. BIN, *Lavoro e Costituzione: le radici comuni di una crisi?* in AA.VV, *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di G.G. BALANDI, A. CAZZETTA, Milano 2009, 280 ss. e L. GALLINO, *Il Lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Bari 2007, 3 ss. In particolare, è stato osservato sul punto che all'interno della descritta dogmatica è infatti la concorrenza ad essere divenuta lo scopo, mentre gli uomini un semplice mezzo per raggiungere tale obiettivo. In questo senso: A. SUPIOT, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in *Lav. dir*., n. 3/2011, 506.

[46] Corte Cost., sentenza 14 novembre 2018, n. 194.

[47] A riscontro di quanto affermato, lo stesso report *in depth reviews* 2016 relativo all'Italia – ma lo stesso si potrebbe affermare con riguardo alla Spagna negli anni post 2012 – ha significativamente evidenziato, *inter alia*, come: «il Jobs Act ha profondamente riformato le istituzioni italiane del mercato del lavoro. In linea con le raccomandazioni 2016 del Consiglio per la zona euro, la riforma affronta i principali punti deboli del mercato italiano del lavoro, quali il dualismo, l'incertezza giuridica nei rapporti di lavoro e le carenze per quanto riguarda l'elaborazione delle politiche attive e passive del mercato del lavoro. In linea con le raccomandazioni 2016 del Consiglio per la zona euro, la riforma affronta i principali punti deboli del mercato italiano del lavoro, quali il dualismo, l'incertezza giuridica nei rapporti di lavoro e le carenze per quanto riguarda l'elaborazione delle politiche attive e passive del mercato del lavoro, le loro interconnessioni e il loro ruolo […] La revisione delle norme che disciplinano il licenziamento senza giusta causa aumenta la flessibilità all'uscita e migliora notevolmente la certezza giuridica». Commissione europea, Relazione per paese relativa all'Italia 2016 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, Bruxelles, 26.2.2016 SWD(2016) 81 final, 40.

la descritta "interferenza" delle istituzioni europee sulle riforme nazionali dei Paesi GIPSI comporti un ampliamento surrettizio delle competenze dell'Unione, posto che le raccomandazioni della MIP vanno ad incidere su materie che ex art. 5 TUE sarebbero riservate alla competenza esclusiva dei singoli Stati membri.

Ad esempio, quanto alla disciplina riguardante i licenziamenti individuali, tale materia afferisce alla legislazione esclusiva dei governi nazionali, posto che l'Unione, ex art. 153 TFUE, dovrebbe limitarsi ad un mero sostegno e completamento dell'azione degli Stati membri. Diversamente, invece, le raccomandazioni MIP vertono, con un deciso potere di influenza, su settori ed ambiti nazionali quali (oltre al già menzionato mercato del lavoro): pubblica amministrazione, ricerca e sviluppo, previdenza, fisco, sanità, politiche sociali, fino a spingersi addirittura a sviluppare un giudizio con riguardo alle riforme costituzionali. Con riguardo a queste ultime, la Commissione non ha invero mancato di esprimere un giudizio positivo sul d.d.l. costituzionale Renzi Boschi[48] che, secondo il parere di tale istituzione, avrebbe reso più efficiente il nostro sistema istituzionale, rendendo più agevole e spedito il processo legislativo, maggiormente accentrato nelle mani dell'esecutivo[49]. Trattasi di un'evidente invasione di campo da parte delle istituzioni dell'Unione che, anche grazie alla MIP, sembrano condizionare le scelte di riforma nazionali, quantomeno con riguardo agli ordinamenti dei Paesi periferici dell'eurozona.

Dalle suddette considerazioni si evince allora la ragione del titolo del presente Lavoro: "la tecnocrazia in luogo alla politica". Ciò che si è cercato di dimostrare, guardando in particolare alle raccomandazioni della MIP, è che le scelte dei governi dei Paesi GIPSI in tempi di crisi sembrano porsi in linea più con gli indirizzi promanati dalle istituzioni europee che non con le istanze politico democratiche nazionali[50].

A riprova di quanto affermato – si fa riferimento, per ragioni di brevità, al solo caso italiano – si può notare come i partiti di governo cui afferisce la responsabilità delle riforme tanto richieste

---

[48] Come noto, il governo Renzi ha tentato, nel corso degli anni 2015 e del 2016, di adottare un importante piano di riforme istituzionali, incentrato, in particolare, sul superamento del bicameralismo perfetto, per mezzo del proposto d.d.l. cost. 1429-B (Renzi-Boschi). Tale progetto di revisione costituzionale, unitamente alla nuova legge elettorale 6 maggio 2015 n.52, avrebbe dovuto determinare un deciso rafforzamento del governo, a scapito di un indebolimento delle istituzioni parlamentari.

[49] Più in dettaglio, la Commissione evidenziava come: «la nuova legge elettorale mirasse a produrre maggioranze più stabili in Parlamento, con l'obiettivo ultimo di consentire al governo di attuare un programma quinquennale di riforme. La legge costituzionale mirava a ridurre il potere legislativo del Senato rivedendo l'attuale sistema bicamerale perfetto. L'iter legislativo sarebbe stato più rapido e semplificato. Inoltre, in linea con la riforma della pubblica amministrazione, sarebbe stata chiarita la ripartizione delle competenze tra il centro e le regioni e sarebbe stato gradualmente soppresso il livello provinciale. Pertanto, tenuto conto della riforma della pubblica amministrazione, della nuova legge elettorale e del disegno di legge costituzionale, dall'agosto 2016 l'Italia avrebbe dovuto avere un assetto istituzionale completamente nuovo». Vedasi Relazione per paese relativa all'Italia 2016 comprensiva dell'esame approfondito sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, SWD(2016) 81 final, 75.

[50] A tal riguardo S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?,* in *www.astrid-online.it*, n. 5/2015 parla di «derive tecnocratiche del sistema costituzionale dell'Unione» che rendono tale sistema poco idoneo ad ampliare gli orizzonti della democrazia, in un contesto dove il costituzionalismo europeo tende ad assorbire con gradualità crescente i poteri e le competenze degli Stati nazionali. Vedasi anche, sul punto, F. BALAGUER CALLEJON, *Crisis economica y crisis constitucional en europa*, in *Revista española de derecho constitucional*, n. 98/2013, 102, 103, 104 secondo cui vi sarebbe stata un'imposizione (europea) incondizionata di una determinata corrente politica, volta (i) a limitare l'ambito del pluralismo costituzionale e (ii) alla impopolare realizzazione di misure restrittive dei diritti sociali. Altrimenti detto, le istituzioni europee avrebbero adottato delle decisioni, esorbitanti dal quadro istituzionale dell'Unione, le quali sarebbero state imposte ai governi nazionali degli Stati GIPSI, senza che questi potessero, in alcuna maniera, partecipare concretamente alla loro formazione. Pertanto, le istituzioni europee avrebbero interferito in spazi di decisione al di fuori delle proprie competenze tracciate nell'ambito dei Trattati, con un conseguente impoverimento del potere statale, ivi ricompreso quello dei relativi organi costituzionali

dalla Commissione europea nell'ambito del suo scrutinio sugli squilibri macroeconomici abbiano perso significativamente consenso. Il Governo Monti, ad esempio, all'inizio del suo mandato godeva di una fiducia pressoché unanime da parte dell'opinione pubblica. Tuttavia, dopo poco più di un anno alla guida del Paese, e nonostante il plauso europeo per le riforme adottate, ha visto un tracollo del suo consenso che, in termini elettorali, si è tradotto in appena il 10,56% delle preferenze alla Camera (9,13% al Senato) per la Lista (Scelta civica più altri alleati) che si poneva in continuità con l'azione del precedente esecutivo in carica. Parimenti, il governo Renzi – fautore del Jobs Act – che alle elezioni europee del 2014 aveva raccolto ben il 40,81% dei consensi tra il corpo elettorale, ha visto alle politiche del 2018, in costanza di leadership politica, più che dimezzati i voti ottenuti (18,76% delle preferenze alla Camera, 19,14% al Senato)[51].

Sembra pertanto potersi affermare che le più rilevanti azioni riformatrici adottate dei recenti esecutivi degli Stati GIPSI non hanno riflettuto tanto i *desiderata* degli elettori, bensì si sono collocate nel diverso solco delle raccomandazioni MIP – oltre che nel più generale quadro della *governance* economica europea della crisi – trattandosi per lo più di scelte provenienti da istituzioni tecnocratiche, del tutto estranee al circuito politico democratico.

Paradigmatica, in tal senso, con riguardo all'ordinamento spagnolo, appare la genesi e il procedimento di riforma dell'art. 135 della Costituzione. Quanto alla prima, la BCE, nell'estate 2011, avvertì il governo di Zapatero che qualora non fosse stato introdotto il principio di *estabilidad presupuestaria* non avrebbe più rifinanziato i titoli di debito pubblico spagnolo, con un *modus agendi* che appare costituire una significativa interferenza di un'istituzione tecnocratica rispetto a scelte che dovrebbero essere riservate al più ampio dibattito politico democratico nazionale. Non stupisce pertanto che il primo ministro socialista giustificò la suddetta riforma costituzionale proprio con l'esigenza di salvaguardare la Spagna dal possibile rischio di default e, al contempo, di dare un segnale forte di fiducia ai mercati internazionali. Ne deriva, necessariamente, che la suddetta riforma costituzionale non fu affatto frutto di alcuna istanza politica interna, quanto piuttosto costituì l'esito di considerevoli "pressioni esterne", in grado di incidere sulla sovranità nazionale. Quanto quindi al procedimento, la riforma dell'art. 135 Cost. fu approvata dal Parlamento spagnolo grazie ad una procedura parlamentare accelerata[52] in un lasso di tempo decisamente ristretto, pari a mesi di un mese. Il dibattito parlamentare fu pertanto quasi del tutto assente, nonostante la forte portata innovatrice della riforma, visto che la discussione durò appena 2 ore e 40 minuti. Le principali forze politiche di minoranza non ebbero infatti voce, posto che la proposta di modifica costituzionale fu "blindata" dall'accordo tra i vertici dell'allora principale partito di governo, quello socialista, e il primo partito di opposizione, quello popolare[53]. La più volte richiamata urgenza derivante da una situazione di profonda recessione economica finanziaria funse pertanto da catalizzatore per uno svilimento del confronto tra le forze politiche e dello stesso dibattuto parlamentare[54].

---

[51] I dati sono ricavati dal sito del Ministero dell'interno, all'indrizzo web: https://elezionistorico.interno.gov.it

[52] Tale procedura è prevista dall'art. 150 del Regolamento della Camera e dall'art. 129 del Senato spagnoli.

[53] I due maggiori partiti erano infatti in grado, da soli, di raggiungere in Parlamento la maggioranza dei 3/5 necessaria all'approvazione della riforma, secondo quanto previsto dall'art. 167 Cost.

[54] Molti autori hanno sollevato critiche circa il procedimento con cui è stata attuata la suddetta revisione costituzionale. In particolare, vedasi: P. GARCIA ESCUDERO MARQUEZ, *La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, 165 ss. e a F. LOPEZ AGUILAR, *De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «exprés»*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, 199 ss., J. LUIZ REY PEREZ, *La reforma del articulo 135: una alteracion del titulo preliminar (estado social) por la puerta de atras*, in *RJUAM*, n. 24/2011, 231, J. RIDAURA MARTINEZ, *La reforma del articulo 135 de la constitucion española: pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, n. 29/2012, 237 ss.

Alla pari di quanto avvenuto per la riforma dell'art. 81 Cost. in Italia[55], si può quindi osservare come vi sia stato un forte impatto della crisi economico finanziaria in atto, nonché della relativa *governance* economica europea, sull'indirizzo e sul contenuto delle riforme (anche costituzionali) di uno Stato membro debitore quale la Spagna.

Diversamente, invece, la procedura per squilibri macroeconomici non sembra aver "impattato" sulle recenti scelte di riforma dei Paesi creditori, ovvero gli Stati core – Germania su tutti, per almeno tre ordini di ragioni: (i) il peso politico di tali Stati, quasi egemonico nel caso tedesco; (ii) la tendenziosità degli indicatori dello *scoreboard* che sembrano attribuire l'onere degli aggiustamenti macroeconomici all'interno dell'eurozona prevalentemente ai Paesi debitori; (iii) la (eccessiva) discrezionalità politica della Commissione nell'*enforcement* delle sanzioni MIP.

Del resto, anche da un più generale sguardo sulle reazioni dei singoli Paesi europei all'insieme di atti e misure in cui si è sostanziata la risposta dell'Unione europea e dell'UEM alla c.d. crisi dei debiti sovrani, si può notare come queste non possono che essere diverse. Ciò sia per via dell'ineguale impatto nel breve periodo delle regole europee su finanza pubblica e politica economica nazionali, legato all'andamento delle *performances* dei singoli sistemi economici, sia per la maggiore o minore affinità della cultura politica e costituzionale domestica al punto di vista sotteso alla costituzione finanziaria dell'UEM[56].

L'esito di tutto questo? La Germania pare poter detenere la forza politica per continuare ad ignorare la richiesta della Commissione europea (tra le varie) di maggiori investimenti e di sostegno

[55] La revisione subita dalla disciplina posta dalla nostra Carta costituzionale in materia di finanza pubblica rappresenta uno degli esiti più tangibili di quell'ampio processo di riforma che, nel pieno della crisi economico - finanziaria dei primi anni duemila, ha indotto le istituzioni sovranazionali (internazionali ed europee) e, di riflesso, le autorità nazionali ad introdurre discipline più stringenti in ordine alla tenuta delle finanze pubbliche, attraverso meccanismi di contenimento della spesa e di sua più trasparente gestione. Cfr. A. ANTONELLI, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in *www.federalismi.it*., n. 26/2016. Invero, a seguito dell'accordo occorso tra i Paesi che adottano l'euro nel 2012, il legislatore italiano ha provveduto a conformarsi all'indicazione di recepire nel testo costituzionale le nuove regole sancite dal Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria (il riferimento è all'art. 3 comma 2 di tale Trattato): è quindi intervenuto sulla disposizione costituzionale che dà fondamento alla decisione di bilancio, l'art. 81 Cost., fissando il rapporto che deve intercorrere tra entrate e spese e dettando un'espressa disciplina in relazione al ricorso all'indebitamento. In base alla riformata disposizione normativa, lo Stato è quindi ora tenuto ad assicurare "l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico". A questo obiettivo di "pareggio" in senso tecnico, si deve arrivare senza risorse da prestiti concessi allo Stato attraverso il mercato finanziario. Ricorrere all'indebitamento, infatti, da decisione sostanzialmente libera (una regola di fatto, specie nel contesto politico italiano) diventa un'eccezione costituzionalmente condizionata: è consentito "solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali". Si individuano così due ipotesi distinte (anche morfologicamente): solo la seconda, per le possibili "rotture" di ogni argine, richiede una specifica autorizzazione del Parlamento a favore del governo. La letteratura con riguardo alla riforma dell'art. 81 Cost. è sterminata. Per ragioni di brevità ci si limita a richiamare, al riguardo, F. LOSURDO, *La (ir)resistibile ascesa del principio del pareggio di bilancio,* in AA.VV. *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, a cura di B. ANDO', F. VECCHIO, Padova 2012; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.federalismi.it*, n. 4/2012; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, relazione conclusiva al LVIII Convegno di studi amministrativi "Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità", Varenna, 20-22 settembre 2012, in *www.astrid-online.it*, 1 ss.; R. BIFULCO, O. ROSSELLI, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino 2013; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2014 e I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma 2012.

[56] Cfr. E. MOSTACCI*, La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, *op. cit*., 530.

alla domanda interna[57], mancando così di contribuire efficacemente alla risoluzione degli squilibri nell'Unione, obiettivo per il quale la MIP è sorta ma, sino ad oggi, invano.

Solo quindi un intervento correttivo sugli individuati "nodi" critici della procedura, a partire dalla tendenziosità degli indicatori dello *scoreboard*, fino ad arrivare ad un maggiore condizionamento di questa anche nei riguardi delle scelte politiche degli esecutivi degli Stati in surplus potrà invero permettere un maggiore equilibrio macroeconomico e una più forte stabilità dell'Unione, così contribuendo all'edificazione di un'area in grado di fare fronte, in modo migliore, ad eventuali ed ulteriori crisi sistemiche globali e a futuri *schock* asimmetrici[58].

[57] La Commissione ha invero recentemente rilevato Country Report Germany 2018 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances, Brussels, 7.3.2018 SWD(2018) 204 final, 1 come: «limited progress has been made towards achieving a sustainable upward trend in public investment, including public spending on education, research and innovation».

[58] Secondo il pensiero di J.M KEYNES, *Proposal for an International Currency Union*, 1941, *passim*, «un Paese che si trovi in posizione di creditore netto rispetto al resto del mondo dovrebbe assumersi l'obbligo di disfarsi di questo credito e non dovrebbe permettere che esso eserciti nel frattempo una pressione contrattiva sull'economia mondiale e di rimando, sull'economia dello stesso paese creditore. Questi sono i grandi benefici che esso riceverebbe, insieme a tutti gli altri, da un sistema di clearing multilaterale. Non si tratta di uno schema umanitario filantropico e crocerossino, attraverso il quale i paesi ricchi vengono in soccorso ai poveri. Si tratta, piuttosto, di un meccanismo economico altamente necessario, che è utile al creditore tanto quanto al debitore».

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

OTTAVO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
19 SETTEMBRE 2019

I CONFINI MOBILI DELLA FUNZIONE DI GARANZIA COSTITUZIONALE: L'INCIDENZA DEL FATTORE TEMPORALE SULLA SCELTA DELLA TECNICA DECISORIA NELLE PIÙ RECENTI PRONUNCE DEL GIUDICE DELLE LEGGI*

ANDREA GIUBILEI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Corte costituzionale e legislatore: dall'originario superamento delle "ideologie del Costituente" all'insuccesso delle tecniche decisorie coniate nel tentativo di rispettare la discrezionalità legislativa. – 3. Il peso dello scorrere del tempo nelle pronunce della Corte costituzionale. – 4. Rivoluzioni di metrica: verso l'abbandono delle "rime obbligate". – 5. Brevi considerazioni conclusive, alla luce delle potenzialità insite nell'ordinanza n. 207 del 2018 sul c.d. "caso Cappato".

1. *Premessa*

Tentare di individuare i confini della funzione di garanzia costituzionale e, più in particolare, i limiti che la Corte costituzionale sarebbe tenuta a non valicare per non invadere l'area della *discrezionalità legislativa*, oltre che un'impresa ardua, rappresenta senz'altro una delle questioni più dibattute dalla dottrina costituzionalistica. Tuttavia, a conferma della sua costante centralità nello studio sul controllo di legittimità delle leggi, nella giurisprudenza costituzionale più recente può riscontrarsi un netto cambio di passo nel modo in cui la Corte si relaziona con la discrezionalità del legislatore. Un mutamento che sembrerebbe conferire alla questione in esame una rinnovata attualità.

Volendo premettere – ma solo per sommi capi – alcune considerazioni sulla relazione che intercorre tra la funzione di garanzia costituzionale e quella legislativa, può rilevarsi che sin dagli albori del sindacato di costituzionalità vi è stata la preoccupazione di individuare i confini operativi per l'organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi. Un timore forse comprensibile se si considera che l'affermarsi della rigidità costituzionale nel sistema delle fonti ha rivoluzionato in maniera radicale gli equilibri istituzionali vigenti in precedenza, richiedendo la predisposizione di

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

una funzione che veniva considerata potenzialmente antagonistica rispetto a quella legislativa[1]. D'altronde, com'è noto, con l'abbandono delle costituzioni flessibili sono venuti meno i miti liberali dell'onnipotenza parlamentare e della supremazia della legge ordinaria che, da atto detentore del monopolio nella produzione giuridica, diviene atto subordinato, tenuto al rispetto di un parametro superiore in grado di condizionarne la validità[2]. Tale superiorità si esprime non solo nella solidità e nella primarietà dei valori racchiusi all'interno della Costituzione, ma anche e soprattutto negli strumenti di garanzia per arginare la possibilità di una sua compromissione da parte del legislatore futuro: da una parte, tramite la predisposizione di un procedimento aggravato per la revisione costituzionale (quale garanzia di *conservazione*), dall'altra, con l'introduzione di un controllo sulla conformità dell'attività normativa ordinaria a quanto previsto dalle disposizioni costituzionali (quale garanzia di *osservanza*)[3].

Alla luce di tale connotazione, soprattutto considerando il secondo dei due ordini di garanzia sopra menzionati, la fonte superiore possiede inevitabilmente la valenza di *limite* per l'attività del legislatore, nel duplice senso di «limite da non oltrepassare» e di «limite da raggiungere»[4].

Questa funzione limitativa e teleologica della Costituzione ben si concilia con la natura della

---

[1] Sul punto, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, 8 ss. Come nota l'Autore, tuttavia, anche in epoca precedente all'entrata in vigore della Costituzione non sono mancati opinioni favorevoli all'applicazione di un sindacato di legittimità delle leggi, come quella espressa da S. PANUNZIO, *Rivoluzione e Costituzione*, Milano, 1933, 206 ss., secondo cui «la stessa differenziazione giuridica fra leggi costituzionali e leggi ordinarie porta con sé e di per sé la necessità di un giudizio e di un organo di giudizio per "accertare" se vi sono nella materia gli estremi o no della legge costituzionale». Individuava, così, nel Consiglio di Stato – da riformare assieme al Consiglio delle Corporazioni – il possibile organo deputato al controllo di costituzionalità. Un sintomo del parallelismo tra diritto costituzionale e diritto amministrativo particolarmente in voga negli anni successivi all'approvazione della Costituzione. Quando si iniziò a delineare la natura dell'illegittimità costituzionale della legge, che rappresentava un'assoluta novità sullo scenario giuridico italiano, la soluzione più naturale fu quella di attingere dagli altri rami del diritto, in particolare dal diritto amministrativo. Una corrispondenza che si concretizzò anzitutto nel frequente parallelismo tra i vizi dell'atto amministrativo e i vizi della legge e che, proprio sulla possibilità di sindacare le soluzioni rientranti nella *discrezionalità* del legislatore, porterà la dottrina ad elaborare la figura del c.d. "eccesso di potere legislativo". Sul punto, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 165 ss. e 183 ss. e, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, ID., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 41 ss.; si vedano anche C. MORTATI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, 457 ss. e, più recentemente, G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387 ss.

[2] Ben presto, infatti, la legge si rivelò non più idonea a funzionare esclusivamente come strumento attivo di regolazione, necessitando di essere essa stessa disciplinata da una fonte superiore. Un'esigenza sentita ancor più fortemente nell'Europa che si affacciava al secondo Novecento, ove vi era bisogno di abbandonare i legami con il costituzionalismo del passato e con il sopracitato mito dell'onnipotenza parlamentare, che si esprimeva nella finzione di ritenere che «ogni imposizione legislativa si presentasse agli individui sotto l'aspetto dell'autoimposizione, ogni limite apportato per legge alla libertà e alla proprietà si risolvesse in un autolimitazione». La «sventurata "parentesi" totalitaria», infatti, palesò quanto fosse ingannevole tale ricostruzione, giacché l'onnipotenza parlamentare e la sovranità della legge non valsero certo a garantire le libertà». Una costituzione rigida si presentava, allora, non solo come il mezzo per rispondere all'esigenza di indirizzare coerentemente le scelte normative – per loro natura molteplici e complesse – ma anche come la soluzione in grado di porre un limite alle possibili derive della stessa legge ordinaria. Cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, cit., 138 ss., di cui sono i passaggi citati. Sul punto, si veda anche R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, 20 ss.

[3] Per tale ricostruzione, cfr. C. LAVAGNA, *Le costituzioni rigide*, Roma, 1964, 64 ss. Secondo l'Autore, le garanzie "di conservazione" «tendono a cristallizzare determinati principi e rappresentano quindi un aspetto statico della costituzione»; si tratta quindi di quelle disposizioni volte a vietare alcune modifiche del testo costituzionale o a regolare la forma del procedimento di revisione. Le garanzie "di osservanza" della Costituzione, invece, rispondono «ad un principio dinamico, tendendo a far sì che ogni attività sia svolta conformemente a quei principi»; in particolare, trattasi sia dei mezzi volti ad assicurare l'*attuazione* delle norme costituzionali (nei casi in cui è richiesto), sia delle garanzie di *applicazione*, che consistono in quelle norme rivolte ad evitare la violazione della costituzione (come quelle sul sindacato delle leggi).

[4] Come evidenziato da F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 1000.

discrezionalità legislativa. Tradizionalmente, infatti, si ritiene che «la discrezionalità [sia] una sfera di agire libero limitata positivamente»[5]. Per cui, nell'attività discrezionale – quantomeno in quella dell'autorità pubblica – *libertà* e *limiti* coesistono, quali facce di un'unica medaglia[6].

Ebbene, ciò sembrerebbe valere anche nell'esercizio della funzione legislativa. Infatti, per riprendere la definizione appena citata, essa presenta senz'altro una "sfera di agire libero": trattasi degli apprezzamenti, dettati da ragioni di opportunità, che ogni singolo legislatore pone in essere nel perseguimento del proprio indirizzo politico e che possono riguardare l'*an*, il *quando* e il *quomodo* dell'intervento normativo. Allo stesso tempo, però, tale agire risulta "limitato positivamente" dalla Costituzione. Non vi è dubbio, infatti, che essa fissi dei fini e dei principi volti, non solo a limitare, ma anche a orientare la funzione legislativa: se questo vale, forse in maniera più evidente, per le cosiddette norme costituzionali "programmatiche"[7], deve valere altresì per la Costituzione complessivamente considerata[8].

Difatti, la forza cogente della Costituzione si esprime, oltre che con limiti di contenuto per la legge, anche tramite l'imposizione di vincoli di scopo per la funzione legislativa, vale a dire tramite la previsione di fini alla cui realizzazione il legislatore – nella realizzazione del suo programma politico – deve necessariamente tendere per non incorrere nell'incostituzionalità[9]. Così, come sostenuto da autorevole dottrina, si ritiene insostenibile che «la legge o l'atto dotato di valore legislativo, originario o derivato che sia, possano concepirsi come altrettante espressioni di attività libere nel fine, mentre appaiono piuttosto espressioni di una vera e propria *funzione*, come tale

[5] Secondo la definizione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 164.

[6] Sul punto cfr. C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1960, V, 1102, che evidenzia come l'esercizio di un potere discrezionale sia, per sua natura, *ibrido* e caratterizzato «dalla commistione dell'elemento del vincolo derivante dalla funzione, con quello della libertà nella ricerca dei mezzi attraverso cui essa deve trovare soddisfazione». La differenza con l'attività vincolata consiste nel fatto che, a differenza di quest'ultima, i limiti positivi posti all'attività discrezionale sono necessariamente *indeterminati*. Ciò consente di indirizzare le operazioni poste in essere nell'esercizio della funzione in maniera da non pregiudicare il conseguimento del fine per cui essa è prevista. In tali operazioni, secondo l'Autore, si esprime «il momento intellettivo del potere» ed esse devono svolgersi «secondo una linea di razionalità […] per consentire al successivo momento della scelta le condizioni necessarie (se pure non anche sufficienti) a realizzare effettivamente il risultato vantaggioso che è da attendere dall'esercizio del potere». Sulla "doppiezza" del concetto di discrezionalità si vedano, più recentemente, S. STAIANO, *Introduzione*, in M. SCUDIERO – S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, XIII ss. e P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2017, 362 ss.

[7] Cfr. P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 49 ss., secondo cui, «per vedere se una legge sia viziata da illegittimità costituzionale il raffronto si dovrà fare assai spesso, più che con una norma costituzionale precettiva, con una norma programmatica; più che colla lettera di una precisa disposizione della Costituzione, collo spirito di riforma di cui essa è carica». Per l'Autore, quindi, è la natura stessa della Costituzione – che definisce come una Costituzione "non conservatrice" – che richiede alla Corte costituzionale di svolgere un ruolo diverso da quello semplicemente *negativo* originariamente assegnatole. Questo lo porta a criticare chi ritiene che il controllo di costituzionalità debba ritenersi «nettamente giurisdizionale», limitato ad un ragionamento di pura logica giuridica, basato sul mero raffronto tra Costituzione e legge ordinaria nella ricerca di un possibile vizio di legittimità, non potendosi escludere, in un giudizio come quello della Corte, valutazioni di tipo politico.

[8] Sul punto si vedano, *ex multis*, C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1100 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 71 ss.; G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 391 ss.

[9] Cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, II, 343 ss. Sul punto si veda anche G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, 395, secondo cui, invece, potrebbe parlarsi di una censura di eccesso solo nei casi in cui la Costituzione «pone un indirizzo positivo che si traduce in vincolo contenutistico per la legislazione attuativa, non anche quando la finalità additata dalla Carta si atteggia piuttosto a limite esterno, così da escludere solo determinati sviluppi della legislazione, senza imporne specificatamente alcuno».

discrezionale, quale deve ritenersi la funzione legislativa»[10]. Una funzione che, da un punto di vista generale, consiste nel «perseguimento del fine specifico di sviluppare, svolgere e realizzare i principi, i programmi e i fini disposti dalla costituzione» e nel garantire, così, il suo costante svolgimento[11]: pur volendo escludere le poche previsioni che possono considerarsi direttamente precettive, le restanti disposizioni costituzionali rimarrebbero lettera morta se non si prevedesse una funzione volta ad assicurarne la concreta attuazione, nel continuo evolversi delle dinamiche e delle esigenze sociali.

2. *Corte costituzionale e legislatore: dall'originario superamento delle "ideologie del Costituente" all'insuccesso delle tecniche decisorie coniate nel tentativo di rispettare la discrezionalità legislativa*

La capacità condizionante della Carta fondamentale, di cui si è fino ad ora dato sommariamente conto, non può che riflettersi sulla pervasività del controllo svolto dal Giudice delle leggi. Se è pur vero che chi esercita un potere discrezionale è senza dubbio *libero* di scegliere le modalità più opportune tramite cui perseguire la finalità per cui esso è stato istituito, allo stesso tempo questa libertà non può equivalere ad arbitrio, poiché l'esercizio di tale potere (*rectius*: l'atto che ne è espressione) deve essere necessariamente *conforme* ai fini al cui perseguimento esso è deputato. Allora, anche nel caso della funzione legislativa, un'implicazione logica, prima che giuridica, di riconoscere la natura limitata e condizionata della legge è la necessaria previsione di un sistema di controllo sul rispetto del limite posto alla funzione *de qua*, che si manifesti nella possibilità di sindacare e sanzionare una previsione legislativa in caso di mancato o incongruo perseguimento di quei fini di cui la Costituzione impone la realizzazione.

L'avvento della funzione di garanzia costituzionale, quindi, ha aperto una breccia nel muro dell'insindacabilità delle scelte legislative, a cui inizialmente era correlato il timore che la centralità istituzionale del Parlamento potesse essere compromessa. Per tale ragione, quando i costituenti dovettero delineare i tratti principali di tale inedita funzione, tentarono di salvaguardare la discrezionalità del legislatore dalla possibilità di indebiti sconfinamenti da parte dell'organo che avrebbe giudicato sulla legittimità delle leggi.

Anzitutto, alla luce di una concezione "gerarchica" della separazione dei poteri, tale esigenza spinse a scartare l'idea di attribuire diffusamente alla magistratura il compito di poter annullare gli atti del potere legislativo, facendo così prevalere la posizione di quanti vedevano nell'istituzione di un organo speciale di garanzia costituzionale la soluzione migliore per salvaguardare la

[10] Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 345 (corsivi aggiunti). Considerata da quest'ultimo punto di vista, la discrezionalità può ritenersi espressione del carattere *funzionale* del potere, da cui deriva «l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione»; così C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 1100.

[11] F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 344. Secondo l'Autore, infatti, la legislazione rappresenta il contenuto necessario e imprescindibile della Costituzione, identificandone il nucleo sostanziale o materiale. Poiché, se è vero che la Costituzione può ritenersi una forma di normazione istantanea, puntuale, irripetibile o difficilmente ripetibile, essa richiede necessariamente un elemento che ne garantisca la prosecuzione, l'estensione o, in altri termini, una «manifestazione continuativa»; così ID., *L'invalidità della legge. Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, I, 158 ss. Risulta necessario, quindi, «prevedere una forma ordinaria di mantenimento e sviluppo della costituzione […]. In tal senso, nonostante l'apparente paradosso, può dirsi che sia piuttosto la legislazione ordinaria *ut sic*, che non la legislazione costituzionale, a costituire prosecuzione della volontà costituente» (*ivi*, 159 s.). Sul punto, si veda più recentemente ID., *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, 3 ss., spec. 6-9.

discrezionalità del legislatore[12]. Il modello diffuso rischiava di minare uno dei principi cardine del precedente regime liberale che non si voleva compromettere, vale a dire il principio della *certezza del diritto*: la forza centrifuga connaturata al modello diffuso rischiava di dar vita ad una "polverizzazione" del dettato legislativo, che sarebbe diventato vulnerabile all'instaurazione di ogni giudizio[13].

In secondo luogo, i costituenti agirono cercando di limitare e predeterminare gli *effetti delle pronunce* della nascitura Corte costituzionale per arginare quel potenziale creativo che si intuiva avrebbe manifestato, in futuro, il giudizio di legittimità. Com'è noto, infatti, questo nuovo giudizio venne immaginato secondo uno schema logico di tipo "causa-effetto", come un'operazione quasi meccanica di compatibilità, di raffronto tra un parametro superiore (la Costituzione) e uno inferiore (la legge)[14], che prevede, quale epilogo, un'unica alternativa: l'accoglimento o il rigetto della questione di legittimità costituzionale. Così, stando a quanto astrattamente previsto dall'art. 136 Cost., la Corte costituzionale non avrebbe altra possibilità oltre alla dichiarazione d'incostituzionalità, poiché «non le attribuisce il potere né di determinare l'interpretazione dell'ordinamento, quale risulta dall'eliminazione della legge incostituzionale, né di elaborare le linee di una eventuale nuova disciplina della materia conforme alla Costituzione che si renda necessaria al posto di quella dichiarata incostituzionale»[15].

Entrambi gli elementi sopra brevemente illustrati delinearono un modello estremamente rigido per garantire al legislatore il "privilegio" di vedere assicurate la *certezza* e la *stabilità* delle proprie statuizioni, al riparo da indebiti sconfinamenti da parte del nuovo organo chiamato a giudicare sulla legittimità delle leggi.

Successivamente lo stesso legislatore ordinario ha tentato di salvaguardare la propria sfera di discrezionalità con la formulazione dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui «il

---

[12] Vi era la consapevolezza che se, al contrario, si fosse attribuito al giudice ordinario il potere di annullare le leggi, ciò «avrebbe comportato l'"esplosione" della forza normativa della Costituzione, applicabile direttamente ai rapporti giuridici, senza necessità di alcuna mediazione legislativa»; così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, II, 88 s. Sul punto si veda altresì E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 8 ss., che evidenzia come, all'interno dell'Assemblea costituente, non furono convincenti neanche le voci isolate di chi guardava con positività all'esempio degli Stati Uniti d'America – come quella di Luigi Einaudi – tanto era radicato il timore di un possibile *governo dei giudici* in grado di compromettere l'attività normativa del Parlamento; un timore diffuso principalmente a causa delle opinioni dottrinarie formatesi a cavallo tra il XIX e il XX secolo nell'Europa continentale, la cui spinta principale venne da E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Parigi, 1921, edizione italiana a cura di R. D'ORAZIO, Milano, 1996, *passim*, spec. 13-16.

[13] Per tale ragione, durante la fase costituente, negli ordinamenti europei era radicato il convincimento secondo cui il giudice non potesse giudicare *de legibus*, ma solo *secundum leges*, come evidenziato da V.E. ORLANDO, *Principi di Diritto costituzionale*, Firenze, 1912, 257 ss., secondo cui poteva ammettersi solo un controllo sulla presenza dei requisiti *formali* della legge, idonei a conferirle costituzionalmente esistenza: «se il magistrato ha l'obbligo di applicare la legge, ha altresì l'obbligo di accertare che *una legge vi sia*; e, se mancano le forme costituzionali, non si può dire che vi sia legge» (*ivi*, 260). Sulla necessità di un controllo esclusivamente formale, specie sul fronte della regolarità della procedura di promulgazione, si veda altresì O. RANELLETTI, *Istituzioni di Diritto pubblico. Il nuovo Diritto pubblico italiano*, Padova, 1931, 292 ss.

[14] Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, Napoli, 2013, 36 ss.

[15] Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 260, che evidenzia altresì come, poiché il modello astratto prevede un giudizio di natura meramente eliminativa, «la Corte costituzionale tramite le sue decisioni d'incostituzionalità, di solito […] non chiude il problema costituzionale, ma lo apre». Per questo, sempre rimanendo a quanto previsto astrattamente, tali pronunce dovrebbero rappresentare l'impulso per consentire, poi, al legislatore e alla magistratura di risolvere in maniera compiuta la questione di costituzionalità: il primo ponendo leggi, il secondo interpretandole adeguatamente. Scenario che, notoriamente, solo di rado ha trovato una piena realizzazione. Ragion per cui è stata la Corte stessa a dover svolgere, in autonomia, compiti di «integrazione normativa» o di «ricomposizione interpretativa».

controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». A prima vista, tale disposizione rappresenta il tentativo di circoscrivere l'ampiezza e la pervasività del controllo di costituzionalità, escludendo che il Giudice delle leggi possa dichiarare l'illegittimità di una previsione legislativa sulle base delle valutazioni di opportunità che hanno portato il legislatore alla sua approvazione. Tuttavia, sebbene il fine emerga chiaramente, dalla formulazione dell'art. 28 non si evince in alcun modo quale sia l'*estensione* delle limitazioni che la Corte incontrerebbe nello svolgere il suo controllo[16]. Quindi, in un certo senso, si tratta di una disposizione che sembra più presupporre il problema, anziché offrire gli strumenti per risolverlo; circostanza che non l'ha risparmiata dalle critiche dei suoi commentatori[17], che generalmente convergono nel considerare l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 come il divieto, per la Corte costituzionale, di sindacare il *merito* della legge[18].

Nonostante simili previsioni, com'è noto, già con le prime decisioni vi fu un allontanamento dal modello astratto e la Corte iniziò a svincolarsi dalla possibilità di intervenire sull'oggetto del suo giudizio esclusivamente con decisioni di segno negativo[19], elaborando, in maniera graduale ma costante, nuove e diverse tecniche decisorie in grado di incidere in maniera *pro-positiva* sull'ordinamento, riuscendo così a far prevalere il principio di legittimità costituzionale, anche a fronte dell'immobilismo dei suoi due principali interlocutori: il legislatore e, quantomeno in una fase iniziale, la magistratura.

Pur non potendo approfondire adeguatamente, in questa sede, l'evolversi di tali pronunce e le sue ragioni, può constatarsi che il collaudo di ognuna di tali tecniche sia stato svolto alla luce di una particolare esigenza: quella di non rinunciare al pieno e corretto esercizio della funzione di garanzia

---

[16] Sul punto, cfr. P. BIANCHI, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 641 ss., spec. 667 ss. L'Autore mette in luce come dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 emerga chiaramente l'intenzione «di separare lo spazio della politica da quello del diritto», pur testimoniando – per l'appunto – come vi sia una «seria difficoltà di rinvenire una linea di confine» tra di essi.

[17] Tra i primissimi commenti, quando ancora la previsione *de qua* era allo stadio di disegno di legge, vi è quello di G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381-382, spec. nota n. 3. In particolare, egli già riteneva criticabile la disposizione in corso di approvazione (il cui testo poi è coinciso con quello attualmente in vigore), ritenuta «inopportuna e incostituzionale». Da un lato, perché da essa emergerebbe la natura della legge quale atto *discrezionale*, in quanto tale vincolato nel fine; e, ad avviso dell'Autore, una legge ordinaria (quale la futura legge n. 87 del 1953) non avrebbe la competenza di determinare se le leggi sono atti politici o discrezionali. Dall'altro, perché, se pure si aderisse alla tesi che le leggi sono atti discrezionali, non si potrebbe escludere il controllo della Corte sull'eccesso di potere, dal momento che «il vizio che si produce per l'inosservanza nell'atto del fine cui esso era vincolato è vizio *non di merito ma di legittimità*» (*ivi*, 382, nota n. 3; corsivi aggiunti) e l'art. 134 Cost. stabilisce che la Corte è competente a sindacare qualsiasi vizio di legittimità della legge, non solo alcuni. Sul punto, v. anche P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 51-53.

[18] Si vedano, fra tutti, V. CRISAFULLI, *Appunti di Diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Roma, 1967, 108 ss.; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 223 ss.; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, III, 561 ss., spec. 562. Il controllo sul merito è escluso, altresì, da L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1045 s. che, tra l'altro, vede nel divieto di un sindacato sul merito della legge l'unico residuo contenutistico dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953. Una considerazione che, tuttavia, ad avviso dell'Autore, non esclude comunque l'inutilità di tale disposizione, dal momento che tale divieto potrebbe comunque ricavarsi dalla Costituzione (in particolare dall'art. 134 Cost.). Non solo. Pur a voler interpretare tale disposizione come il tentativo di escludere un sindacato sul merito, una sua interpretazione letterale porterebbe ad escludere il controllo sul rapporto tra norme ordinarie di attuazione e alcune delle norme costituzionali programmatiche. Un'eventualità che, secondo l'Autore, determinerebbe l'incostituzionalità dell'art. 28 della legge n. 87 del 1953.

[19] Come invece prospettava, fra tutti, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, 1928, edizione italiana a cura di C. GERACI, Milano, 1981, 173 s.

costituzionale, anche qualora ciò avesse comportato un (almeno) apparente sconfinamento verso le prerogative del giudiziario e del legislativo. È quanto avvenuto, nel primo caso, con l'*interpretazione* e, nel secondo, con la *manipolazione* della disciplina legislativa. Ed è stato proprio l'avvento delle decisioni di natura manipolativa a destare le reazioni più perplesse della dottrina e dello stesso legislatore, giacché, con esse, la Corte costituzionale ha iniziato a sindacare non solo ciò che la legge prevede, ma anche ciò che la legge *dovrebbe prevedere*, con una conseguente alterazione degli enunciati normativi[20].

Tuttavia, il consolidamento nel tempo di tali tecniche decisorie ha mostrato quanto esse rappresentino un elemento *fisiologico* della funzione di garanzia costituzionale, sebbene le ragioni e gli esiti che hanno accompagnato il loro utilizzo siano stati differenti nel corso degli ultimi decenni. Può rilevarsi, comunque, la presenza di alcune costanti. Tra le "ragioni" (*rectius*: le giustificazioni) vi è anzitutto quella secondo cui l'intervento della Corte altro non sarebbe che il frutto dell'esplicitazione di quanto già virtualmente presente nel sistema costituzionale, per cui l'opera di manipolazione in realtà non è libera, non è creazione, ma rappresenta una soluzione "*a rime obbligate*"[21]. In altri termini, il dispositivo manipolativo sarebbe consentito solamente quando vi è un'unica possibile soluzione normativa per fronteggiare l'incostituzionalità; altrimenti, nell'alternativa, la scelta deve spettare al legislatore. Tra gli "esiti" (*rectius*: i vantaggi) ottenuti con le decisioni manipolative vi è senz'altro quello di rendere il testo legislativo conforme a Costituzione operando solo sulle parti che lo rendono costituzionalmente illegittimo; in questo modo, la Corte riesce ad evitare la creazione di pericolosi vuoti normativi che conseguirebbero all'adozione di un dispositivo di accoglimento semplice e che rischierebbero di dar vita a situazioni di maggiore incostituzionalità[22].

---

[20] Si tratta di quei tipi di decisione – ormai storicamente consolidati all'interno della giurisprudenza del Giudice delle leggi – con cui, una volta «accertata la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, la Corte *dichiara l'illegittimità della legge* ridefinendone in vario modo la portata normativa. […] Formalmente la pronuncia cade sul testo, ma non con scopi distruttivi e nemmeno interpretativi, bensì con scopi […] ricostruttivi»; così G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 230. Per gli Autori oggi sarebbe più appropriato parlare per l'appunto di "ricostruzione" anziché di "manipolazione". Quest'ultima definizione avrebbe infatti un'accezione negativa; il che, se pur poteva giustificarsi nei tempi in cui tale tecnica si diffuse (considerate le perplessità che agli inizi suscitò l'adozione di pronunce di natura manipolativa), sembrerebbe oggi inappropriata, soprattutto considerando che tale definizione è affiancata ad una funzione di giustizia, dove il concetto di manipolazione dovrebbe essere escluso. Per un approfondimento su tali tecniche decisorie, si vedano, *ex multis*, C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, II, 1131 ss.; L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 – luglio '85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 302 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, *passim*; C. COLAPIETRO, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1990, *passim*; V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000, II, 1985 ss.

[21] Secondo la nota immagine proposta da V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, II, 402 ss., spec. 407 s. e ID., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 84-85.

[22] Cfr. R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 106-109. Sulla necessità che la Corte valuti le ripercussioni delle proprie decisioni, in particolare qualora l'annullamento della disciplina legislativa incostituzionale possa determinare una situazione normativa di maggiore incostituzionalità, cfr. F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 114 ss. Sul punto, v. anche A. RUGGERI, *Corte costituzionale e parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro it.*, 2000, V, 21, secondo cui «queste pronunzie, a tutta prima dotate di una formidabile capacità innovativa, in realtà costituiscono piuttosto strumenti di (parziale) "conservazione", a fronte dell'alternativa, francamente odiosa ed insopportabile, della caducazione pura e semplice di una legge comunque non in tutto compatibile con la Costituzione».

Come anticipato, quindi, l'utilizzo di tecniche decisorie di stampo manipolativo si è rivelato un elemento fisiologico del corretto esercizio del controllo di costituzionalità. Ad essere *patologica*, invece, in quello che dovrebbe essere il regolare svolgimento del circuito che si crea tra funzione legislativa e funzione di garanzia costituzionale, è la perdurante inerzia del legislatore a fronte dell'elaborazione, da parte della Corte, di nuovi tipi di decisione volti a sollecitare un suo intervento per fronteggiare un *vulnus* costituzionale; soprattutto ove si consideri che il chiaro intento di tali pronunce è proprio quello di rispettare – quantomeno in prima battuta – la discrezionalità dello stesso legislatore.

Ciò vale senz'altro, su un piano più generale, per le pronunce di natura monitoria, costantemente presenti nella giurisprudenza costituzionale. La loro finalità consiste proprio nel garantire il *principio di leale cooperazione* tra Corte e legislatore, poiché consentono di indicare a quest'ultimo la strada da seguire per evitare l'incostituzionalità, pur nell'assoluto rispetto delle prerogative del potere legislativo. I moniti, infatti, rimangono «sul terreno della proposta, del programma, dell'indirizzo, non mai su quello propriamente operativo e realizzativo»[23].

Discorso analogo – nonostante la maggiore incisività – vale per le sentenze additive di principio, una tecnica decisoria che continua a destare interesse poiché la sua ragion d'essere risiede proprio nel tentare di preservare la discrezionalità legislativa, nell'ottica di un giusto compromesso tra la manipolazione e il rispetto degli equilibri istituzionali. Difatti, è vero che anche in questo caso, come nelle additive "semplici", la Corte dichiara l'incostituzionalità di un'omissione legislativa; tuttavia, per farvi fronte, la Corte non individua – e quindi non aggiunge – una regola determinata, vale a dire una norma considerata come l'unica in grado di colmare immediatamente ed autonomamente la lacuna, ma immette nell'ordinamento un più ampio *principio*. A ben vedere, il fondamento di tali decisioni risiede proprio nelle citate "rime obbligate", o meglio nella loro assenza[24], perché «mentre le additive tradizionali si basano sulla premessa che l'innesto normativo operato dalla Corte rappresenti l'unica via di superamento dell'incostituzionalità, le pronunce additive caratterizzate da dispositivi generici si basano sulla premessa, esplicita in motivazione, dell'assenza di una soluzione "a rime obbligate" e dell'infungibilità dell'intervento del legislatore»[25]. A quest'ultima tenta di dare rimedio la stessa Corte che, "limitandosi" ad aggiungere un principio generale, anziché una norma puntuale, fornisce ai giudici comuni un punto di riferimento normativo da cui attingere la regola per la soluzione del caso concreto.

---

[23] Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 169 e, in origine, ID., *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1247.

[24] Sul punto, si consideri, tuttavia, anche la ricostruzione di A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 3435 ss., spec. 3444 ss. che – più che sul fronte del necessario rispetto della discrezionalità legislativa – individua il fondamento delle additive di principio sia nella possibilità «di ripartire con i giudici la responsabilità per la "creatività" dei propri interventi additivi» sia nel tentativo «di ridurre l'impatto complessivo di tali interventi». Ad avviso dell'Autore, infatti, le addizioni di principi generali equivalgono a "direttive interpretative" con cui la Corte indirettamente riesce a orientare la successiva attività ermeneutica dei giudici, «per impedire che puntuali norme autoapplicative diano vita, per induzione, a principi in grado di vincolare le future scelte del legislatore (ma anche di scardinare progressivamente interi complessi di scelte già compiute)» (*ivi*, 3450).

[25] Così G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 167. L'Autore sembra riconoscere efficacia vincolante alla sola parte caducatoria della sentenza, il che comporta la permanenza di più soluzioni per eliminare la situazione di incostituzionalità, che delineano il margine di manovra dell'organo che si troverà a dover applicare la decisione. Sul punto, cfr. anche A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, III, 3203 ss., secondo cui in tali casi la portata additiva «non consiste, come nelle additive classiche, nell'introduzione di una regola compiuta immediatamente applicabile […], ma nell'immissione soltanto di *un principio* generalissimo, visto a torto o a ragione – come l'unica indicazione certa e costituzionalmente necessitata che è possibile trarre dal sistema». Sul punto si vedano anche G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 244.

Tale profilo conferisce un certo margine di *autoapplicabilità* al principio aggiunto, a cui per l'appunto i giudici potranno fare riferimento nell'attesa dell'intervento legislativo[26]. Tuttavia, non vi è dubbio che il (mero) principio lasci troppi profili scoperti all'interno della materia sindacata, ove l'assenza di una puntuale disciplina, nella disomogenea e molteplice casistica della vita quotidiana, rischia di lasciare il giudice privo degli strumenti idonei per la soluzione del caso concreto oppure, di riflesso, di ampliare eccessivamente i suoi margini di discrezionalità. Il rischio è che ciascun giudice possa declinare differentemente il principio, adottando soluzioni diverse e dando vita, così, ad orientamenti giurisprudenziali difformi, lesivi dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento dei consociati. Per tale ragione le sentenze additive di principio richiedono *necessariamente* un successivo intervento del legislatore: solo esercitando in concreto la discrezionalità riconosciuta dalla Corte e individuando la disciplina puntuale della materia coperta dal (precario) principio può perseguirsi quell'esigenza di tendenziale *coerenza* dell'ordinamento, che richiede necessariamente unità e omogeneità delle fonti normative.

Eppure, l'assenza di qualsiasi tipo di *vincolatività* per il legislatore ha posto quest'ultimo in una condizione di libertà nella scelta di dare seguito o meno al principio espresso nella *pars construens* di tali pronunce. Come evidenziato dalla dottrina, infatti, «che si voglia definire *politico* l'obbligo di intervento […] o che si voglia definire *giuridico* […], *non esistono strumenti atti a costringere il legislatore ad intervenire*»[27]. È senz'altro vero che il legislatore dovrebbe ritenersi tenuto a seguire il contenuto costituzionalmente necessario che si evince dal principio che la Corte ha inserito nell'ordinamento, giacché in caso di discostamento finirebbe inevitabilmente per violare l'art. 136 Cost. e il precetto dell'efficacia vincolante delle decisioni di accoglimento[28]. Ma è altrettanto vero che tale vincolatività potrebbe riguardare al più il *quomodo* dell'intervento legislativo, non certo l'*an* e tantomeno il *quando*. L'ordinamento positivo, infatti, è evidentemente sprovvisto di strumenti *ad hoc* volti a sanzionare i comportamenti omissivi del legislatore nel dar seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale, anche se dotata dell'incisività – o sarebbe meglio dire: della vincolatività – propria dell'accoglimento.

---

[26] Tale "possibilità" conferirebbe – secondo parte della dottrina – una connotazione "*relativa*" alla natura autoapplicativa del principio aggiunto dalla Corte, come evidenziato da A. GUAZZAROTTI, *op. ult. cit.*, 3436 ss. e 3442 ss. Secondo l'Autore, infatti, in via generale, l'autoapplicabilità di una norma dipende «dalla sua capacità di innestarsi con il tessuto ordinamentale in cui è inserita»; per cui non è predicabile in astratto, ma dipende dal variare «dei materiali normativi con cui è chiamata a interagire». Sul punto si veda altresì E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011, 333 ss., spec. 338 s. che individua un possibile cortocircuito nell'attribuire natura autoapplicativa alle sentenze additive di principio, «giacché se la mancata adozione di una decisione additiva *tout court* è giustificata con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, la possibilità di un'autoapplicazione del principio rischia di configurarsi come una violazione di quella discrezionalità (e perciò dell'intento autolimitativo della stessa Corte)».

[27] Così C. SALAZAR, *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 274 s. Secondo l'Autrice, tuttavia, l'esclusione delle giuridicità del vincolo derivante dalle pronunce della Corte non può valere *a priori*, giacché nel diritto costituzionale la non-coercibilità non può certo tradursi necessariamente in non-giuridicità. Ragionando diversamente, «nessuna decisione della Corte, qualunque cosa dica, potrebbe definirsi giuridicamente vincolante, poiché […] il giudice delle leggi non ha la disponibilità degli effetti delle proprie decisioni, il cui prodursi dipende interamente dall'adesione dei destinatari e, dunque, dal grado di inveramento nel sistema del *principium cooperationis* alimentato dalla lealtà delle istituzioni» (*ivi*, nota n. 33). Analoghe considerazioni sono quelle di R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1990 ss., che difatti evidenzia come il legislatore non possa considerarsi, di fatto, "giuridicamente obbligato" a dar seguito agli inviti della Corte.

[28] Cfr. A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3213 s.

Non a caso, anche con l'avvento di tecniche decisorie più flessibili, tali da non rappresentare un'invasione della sfera di discrezionalità del legislatore, quest'ultimo ha mostrato una particolare «insensibilità»[29] rispetto ai richiami della Corte. Com'è noto, infatti, invece di recepire i moniti e le sollecitazioni del Giudice delle leggi, per collaborare alla realizzazione di una legislazione rispettosa dei principi costituzionali, il legislatore ha dato un seguito «largamente insoddisfacente, comunque frammentario e fin quasi casuale» a tali richiami[30].

3. *Il peso dello scorrere del tempo nelle pronunce della Corte costituzionale*

Nell'ambito del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, il cortocircuito forse più insidioso che si è creato – e continua a crearsi – nell'evolversi del giudizio di legittimità riguarda le decisioni di incostituzionalità *accertata ma non dichiarata*; una tecnica decisoria che – per riprendere le considerazioni svolte in chiusura del precedente paragrafo – presenta numerosi punti di contatto con le additive di principio.

La tecnica ora in esame, infatti, viene frequentemente adoperata in tutti quei casi in cui per la soluzione di una questione di costituzionalità è richiesto un intervento da parte del legislatore. Come anticipato, tale circostanza si riscontra quando le disposizioni impugnate sono evidentemente incostituzionali, ma le soluzioni astrattamente compatibili con la Costituzione sono più di una. In altri termini, quando manca la *crisafulliana* "rima obbligata", da decenni fondamento e giustificazione degli interventi di natura manipolativa. In tal caso, si è sempre ritenuto che la scelta tra le diverse soluzioni possibili rientrasse nell'ambito della discrezionalità legislativa[31].

La conseguenza che spesso si verifica in queste circostanze è che la Corte, pur "*accertando*" in maniera espressa (o quantomeno chiara) una violazione della Costituzione, escluda la possibilità di un mero accoglimento e decida di dichiarare l'inammissibilità della questione *per discrezionalità legislativa*[32], accompagnando la propria decisione con un'esortazione nei confronti del legislatore,

---

[29] G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 498. È proprio questa insensibilità del legislatore nel dar seguito alle pronunce della Corte che, secondo l'Autore, ha consentito a quest'ultima di forgiare «strumenti di intervento non previsti dai testi legislativi e idonei ad evitare la difficoltà nascente dall'intempestiva azione legislativa».

[30] Così A. RUGGERI, *Corte e organi d'indirizzo politico*, in *Foro it.*, 2006, V, 318. Si veda anche E. ROSSI, *op. ult. cit.*, 340 s., secondo cui, per l'appunto, la potenziale disponibilità del legislatore nel dar vita ad un rapporto collaborativo – pur riscontrabile in alcune circostanze – non avrebbe complessivamente sortito gli effetti sperati. Anzi, ad avviso dell'Autore, oggi sembrerebbe potersi registrare un'acuita l'intollerabilità verso le pronunce manipolative della Corte, sempre più considerate come una minaccia all'autonomia politica delle Camere, anziché uno strumento di collaborazione.

[31] Anche la stessa Corte costituzionale ha costantemente escluso la possibilità di un proprio intervento manipolativo in caso di plurime opzioni legislative compatibili con la Costituzione. Difatti, sebbene la necessità di rispettare tale limite si evincesse, in maniera implicita, già da precedenti decisioni (come la sentenza 25 giugno 1981, n. 137 che, come si vedrà, rappresenta una delle prime manifestazioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata), è con la sentenza 22 aprile 1986, n. 109 che la Corte ha affermato, in maniera esplicita, che quando si prospettano «una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (punto n. 3 del *Considerato in diritto*).

[32] Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, un embrionale riferimento alla necessità di non invadere la discrezionalità del legislatore può rinvenirsi già nella sentenza 16 gennaio 1957, n. 3 in cui il Giudice delle leggi, nel delineare quella che poi diverrà l'interpretazione più accurata del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., specifica che la valutazione sulla rilevanza delle circostanze che possono dar luogo a differenze di trattamento legittime (*rectius*: ragionevoli) deve essere riservata alla discrezionalità legislativa. Circostanza che induce la Corte ad escludere la violazione dell'art. 3 Cost. e a dichiarare la questione non fondata. Trascorso il primo decennio di attività della Corte, il richiamo alla discrezionalità legislativa diventa senza dubbio più frequente, ma esso sembrerebbe porsi più che altro come un ostacolo certamente non valicabile, davanti al quale arrestarsi immediatamente, senza approfondire il merito

sollecitando un suo intervento per ripristinare la legittimità costituzionale violata[33]. A ben vedere, tale soluzione risulta particolarmente funzionale in tutti quei casi in cui il mero accoglimento rischi di generare una situazione di maggiore incostituzionalità, specie quando l'annullamento della disposizione sindacata possa dar luogo a una lacuna idonea a compromettere il principio di *continuità* dell'ordinamento normativo[34]. Una potenzialità che ha consentito alla Corte di collaudare ampiamente tale tecnica decisoria negli ultimi decenni.

Tuttavia, nell'ultimo periodo, essa sta manifestando alcune di quelle disfunzioni che portarono la dottrina ad accogliere la sua originaria diffusione con perplessità[35]. Infatti, con tali

---

della questione sulla validità o meno delle previsioni legislative sindacate, che infatti viene "liquidato" in brevi motivazioni che si concludono con una dichiarazione di *infondatezza* (può prendersi come esempio la sentenza 2 luglio 1968, n. 111, il cui *Considerato in diritto* è formato complessivamente da nove righe, se lo si vuole considerare un valido indice quantitativo). Tuttavia, sul finire degli anni '70 la risposta della Corte alla sussistenza del limite della discrezionalità legislativa inizia a mutare. In tutti quei casi in cui l'utilizzo di una pronuncia manipolativa è impedito dalla necessità di una *interpositio legislatoris*, inizia a registrarsi il passaggio dalle dichiarazioni di *non fondatezza* a quelle di *inammissibilità*. Su tale passaggio e, più in particolare, sul sottile confine che separa tali tecniche decisorie in caso di rispetto della discrezionalità legislativa, si vedano A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1219 ss., V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, 194 ss. e, più recentemente, A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 630 ss., secondo cui l'utilizzo di decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa è correlato a «una sorta di *incompetenza* nei confronti di scelte che possono compiersi solo attraverso una valutazione di tipo politico» (corsivo aggiunto). Deve darsi conto del fatto che, tuttavia, ancora oggi, la Corte costituzionale continua in alcuni casi a rispondere al limite della discrezionalità legislativa in caso di mancanza di una soluzione normativa costituzionalmente univoca, non con una pronuncia di inammissibilità, ma con una di non fondatezza. Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 240 s., che evidenziano come ciò accada quando la scelta legislativa censurata è non manifestamente irragionevole. Sebbene anche in tal caso l'esigenza sia quella di preservare la discrezionalità legislativa, l'utilizzo delle due diverse risposte decisionali della Corte dipenderà quindi dalle diverse intensità con cui si palesa l'esigenza dell'intervento.

[33] Quest'ultimo profilo rappresenta una costante della tecnica decisoria in esame e che potrebbe risultare, *all'apparenza*, espressione di una forte incisività monitoria, dal momento che tali pronunce implicano l'evidente esigenza di un intervento del legislatore volto a ripristinare la legalità costituzionale violata. A ben vedere, però, dei moniti tali decisioni posseggono solo la forma, ma esprimono qualcosa in più nella sostanza. Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 310 s., secondo cui tali decisioni prospetterebbero l'eventualità di un futuro accoglimento della questione in caso di inerzia legislativa. Per cui non può trattarsi propriamente di «un mero monito al legislatore, ma di un vero e proprio riconoscimento dell'incostituzionalità, ma con rinvio nel tempo della dichiarazione relativa». In altri termini, accertando (ma non dichiarando) l'incostituzionalità, non vi è l'esigenza di un intervento legislativo per *prevenire* l'incostituzionalità, ma tale intervento è richiesto per superare un'incostituzionalità già esistente ed evitare, così, un futuro accoglimento.

[34] Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 80 ss. Sul punto si veda altresì F. POLITI, *Principio di continuità dell'ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?*, in *Giur. cost.*, 1992, 3175 ss., spec. 3180, che tuttavia mette in luce il segnale di «"debolezza"» offerto da tali tipi di pronunce, che rappresentano sì una manifestazione della paura di creare vuoti normativi, ma che, di riflesso, danno la sensazione di una Corte eccessivamente intimorita nell'esercitare appieno il proprio compito istituzionale, vale a dire quello di eliminare le norme contrarie alla Costituzione.

[35] Come anticipato, l'avvento delle decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa sembrerebbe coincidere con la sentenza 17 luglio 1981, n. 137 che, per l'appunto, ricevette da subito numerose critiche dalla dottrina. Fra tutte, quella di L. CARLASSARRE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1314 ss., secondo cui, «ove veramente la Corte non voglia sostituirsi al legislatore, non è per questo tenuta a dichiarare inammissibile la questione: se l'incostituzionalità sussiste, la via da percorrere è quella dell'*annullamento pure e semplice*». Sul punto, cfr. anche C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 28 ss. Alcune perplessità sulle pronunce che contengono un accertamento sulla sussistenza di profili di incostituzionalità della disciplina sindacata, ma non la annullano, erano già state espresse da V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 944 ss. Sebbene l'Autore si riferisca in particolare a due storiche interpretative di rigetto – vale a dire le sentenze nn. 3 e 8 del 1956 – egli già dava atto del «generico senso di insoddisfazione» generato

pronunce, la Corte accerta in motivazione la fondatezza della questione, ma «rinuncia a pronunziarsi nel merito (decidendo nel senso dell'inammissibilità) per non invadere il potere riservato alla discrezionalità legislativa, con la conseguenza del permanere in vigore di norme non soltanto di dubbia legittimità, ma addirittura *sicuramente* incostituzionali»[36]. In questo modo, la disciplina censurata entra in uno stato di "provvisoria legittimità", come se tali decisioni celassero un implicito termine di scadenza non predeterminato.

Non vi è dubbio, infatti, che l'epilogo della questione sia inevitabilmente preannunciato: o interviene il legislatore, modificando la disciplina per superare l'incostituzionalità, oppure, a causa dell'inerzia legislativa, la questione sarà destinata ad essere sollevata nuovamente dinnanzi alla Corte. In questo caso, però, quest'ultima si ritroverebbe al punto di partenza, avendo davanti a sé il consueto bivio: dichiarare l'incostituzionalità con una sentenza di accoglimento "semplice", con conseguente creazione del vuoto di disciplina e il rischio che si determini una situazione di maggiore incostituzionalità, oppure, proprio per scongiurare tale eventualità, continuare lungo la strada dell'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa. In un simile contesto, infatti, non dovrebbe esservi spazio per una "terza via", ove la Corte stessa provveda a correggere la disciplina incostituzionale con una decisione di stampo manipolativo, essendole precluso dalla perdurante assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata[37]. E così via, lungo una catena potenzialmente infinita, in cui si combinano in maniera fatale il peso dello scorrere del tempo e l'inerzia legislativa.

Così, per spezzare questa catena, si registrano, con frequenza sempre maggiore, decisioni in cui la Corte sceglie di tornare sui propri passi ed accogliere questioni precedentemente rigettate per non invadere la discrezionalità del legislatore, indicando autonomamente la disciplina legittima. In queste circostanze, è come se la discrezionalità del legislatore entrasse nell'opera di bilanciamento svolta dalla Corte: nella prima decisione, essa prevale sugli altri valori coinvolti; mentre, nella seconda, recede. Questo perché, tra una pronuncia e l'altra, lo scorrere del tempo ha appesantito e aggravato, come un interesse che si accumula, il valore che in un primo momento è risultato recessivo, spostando verso quest'ultimo l'ago della bilancia a discapito della discrezionalità legislativa.

Questa considerazione può spiegarsi – e in fin dei conti *giustificarsi* – alla luce della natura dinamica della Costituzione, che si esprime nella sua propensione al futuro e nella capacità di garantire l'evolversi delle priorità sociali. Come tutte le cose, quindi, anche l'incostituzionalità risente dello scorrere del tempo. A ben vedere, infatti, il rapporto di "conformità-disformità" di una legge rispetto alla Costituzione non può essere concepito come un dato certo, rigido e immutabile, ma come una relazione «*graduata e graduabile*»[38], anche nel tempo[39]: la fattispecie che oggi non

---

da quelle pronunce con cui la Corte *non* risolve le questioni sottoposte al proprio giudizio poiché si concludono con una dichiarazione di rigetto nel dispositivo, sebbene l'illegittimità costituzionalità della norma indicata dal giudice *a quo* emerga dalla parte motiva.

[36] Così C. COLAPIETRO, *op. ult. cit.*, 29. Come evidenzia l'Autore, si tratta di «pronunce strutturate tutte con un dispositivo di inammissibilità per discrezionalità legislativa, una motivazione che accerta di fatto la sussistenza della questione, ed il conseguente monito al legislatore perché intervenga sulla normativa in questione».

[37] Questo "trivio" è prospettato da F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 114 s. L'Autore, tuttavia, non manca di sottolineare come la terza via, quella in cui la Corte provvede autonomamente a *correggere* la disciplina in senso conforme (o meno disforme) a Costituzione, sia di per sé la più ragionevole, pur nella consapevolezza che essa presenta l'ostacolo della discrezionalità legislativa.

[38] *Ivi*, 116.

[39] Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 14, secondo cui «è proprio l'incidenza della dimensione temporale che consente, in una prospettiva dialettica, di cogliere l'*anima propria*

può essere dichiarata incostituzionale potrebbe essere dichiarata tale in futuro e non perché cambino i presupposti della questione, ma perché il mancato intervento del legislatore ha reso non più tollerabile l'esistenza della disciplina illegittima. In tali casi, quindi, l'incostituzionalità non è originaria ma «*sopravviene* (può sopravvenire) a seguito di ulteriore inerzia legislativa. […] Ciò costituisce una riprova del fatto che la costituzionalità-incostituzionalità di una legge non è un dato istantaneo e aproblematico, ma è fenomeno di graduale e graduata conformità-disformità della legge alla Costituzione»[40].

Allora, se è vero che l'elemento temporale incide in via generale sulla validità della legge, la peculiarità che si riscontra in questa sorta di *"doppia pronuncia" diacronica*[41] sta nel fatto che l'incostituzionalità è, per così dire, alla seconda potenza. Già è stata rilevata, in un primo momento, dalla Corte, con l'auspicio di un intervento legislativo per ripristinare la legalità costituzionale. Il tempo trascorso nella vana attesa del legislatore ha reso poi *gradualmente* più gravosa l'incostituzionalità, considerato il lasso temporale in cui nell'ordinamento vi è stata la vigenza di una norma sicuramente incostituzionale ma formalmente non dichiarata tale, con inevitabili ripercussioni sulla certezza del diritto e sulla tutela delle posizioni soggettive coinvolte. Due aspetti di cui la Corte difficilmente potrebbe non farsi carico[42].

Per tale ragione, anche se una pronuncia è dotata di una particolare carica manipolativa – astrattamente lesiva della discrezionalità legislativa, e quindi criticabile – non dovrebbe mai essere valutata singolarmente, in maniera slegata dal contesto giurisprudenziale e sociale in cui si inserisce. E questo perché la necessaria prevalenza del principio di legalità costituzionale può rappresentare, in situazioni *estremizzate* dalla reiterata mancata risposta del legislatore, una valida giustificazione per le decisioni più ardite. Anche in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata.

Allora, potrebbe ritenersi vano tentare di individuare dei confini stabili che tengano separate la funzione di garanzia costituzionale dalla funzione legislativa. L'evoluzione della giurisprudenza

---

dell'illegittimità costituzionale, non sempre ricostruibile come dato assoluto (o c'è o non c'è) ma anche graduale, ovvero pure diacronicamente relativo (può esserci, di più o di meno, può non esserci ancora, può esserci se non intervengono mutamenti adeguati)».

[40] Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 159. L'Autore evidenzia altresì che a questa natura *graduale* dell'incostituzionalità può corrispondere, su un piano più strettamente processuale, ad una gradualità nella sua *dichiarazione*. Anche in questo caso, infatti, non si è davanti da un *atto istantaneo*, ma ad un *processo* a sua volta graduabile. Si può dire, quindi, che «alla graduazione del processo (si direbbe: gnoseologico) di *riconoscimento* (dichiarazione) della incostituzionalità corrisponde – non può non corrispondere – una analoga graduazione del processo (si direbbe: ontologico) di costituzionalità» (*ivi*, 150-152).

[41] Il riferimento è alla felice intuizione di V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 948.

[42] Deve evidenziarsi che la Corte costituzionale riesce ad offrire un'embrionale forma di protezione agli interessi sottesi alla questione già con la prima pronuncia. Difatti, a differenza di quanto avveniva con le prime dichiarazioni di *non fondatezza* della questione per discrezionalità legislativa, ove la Corte si arrestava alla presenza della discrezionalità legislativa senza affrontare il merito (su cui ci si è brevemente soffermati *supra*, nota n. 32), con le pronunce di inammissibilità con cui viene accertata ma non dichiarata l'incostituzionalità, spesso il Giudice delle leggi riesce a mettere già in luce i profili di illegittimità, anche se poi essi confluiranno – per l'appunto – in una dichiarazione di inammissibilità. Anzi, parte della dottrina evidenzia come, con pronunce di questo tipo, «trincerandosi dietro il paravento della discrezionalità e perciò trattenendosi dal far luogo ad una pronunzia formalmente manipolativa (e, segnatamente, additiva), la Corte non di rado dà vita ad una incisione ancora più consistente e profonda della discrezionalità stessa, pur battendo una via diversa da quella della riscrittura del testo». In questo modo la Corte riesce a fornire comunque un'interpretazione innovativa della fattispecie che viene presentata come costituzionalmente conforme e che, in realtà, può risultare «distorsiva della sostanza normativa racchiusa nel testo stesso». Per tali considerazioni, si veda A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 2007, 43.

della Corte, infatti, dimostra come tali confini siano *mobili*: non solo – per così dire – in senso *spaziale*, ma anche e soprattutto nel *tempo*.

Per cui, pur nella difficoltà di individuare il giusto contemperamento tra queste due funzioni, si ritiene che le limitazioni sostanziali e processuali che il Giudice delle leggi incontra nell'esercizio del proprio compito di garanzia della Costituzione non valgano a sacrificare il principio di legittimità costituzionale: un «*valore preminente*» che deve governare il bilanciamento tra la funzione legislativa (dotata di legittimazione democratica) e la funzione di garanzia costituzionale (corollario del principio di rigidità costituzionale)[43]. In tale bilanciamento è necessariamente quest'ultima a dover prevalere sulla prima, in un circuito unico rivolto al rispetto e allo sviluppo della Costituzione[44], la cui rigidità garantisce tanto la tutela dei diritti quanto la tenuta del sistema democratico.

4. *Rivoluzioni di metrica: verso l'abbandono delle "rime obbligate"*

Alla luce delle precedenti considerazioni, è necessario capire quale possa essere la tecnica decisoria più congeniale da utilizzare nella seconda pronuncia, quando cioè la Corte è tenuta a tornare nuovamente su una questione già decisa nel senso dell'inammissibilità. Poiché, in questo caso, si ritrova a dover fronteggiare una duplice esigenza. Da una parte, deve superare quanto affermato in precedenza perché, se nella prima decisione la Corte ha espressamente escluso di poter dichiarare l'incostituzionalità – essendole precluso dal necessario rispetto della discrezionalità legislativa – qualora dovesse decidere nuovamente la medesima questione, potrebbe trovarsi nella scomoda condizione di dover sconfessare se stessa. D'altra parte, sarà necessario utilizzare una tecnica che non sia di *rottura* con il legislatore, ma che sia adottata sempre nello spirito di partecipare, assieme a quest'ultimo, al corretto perseguimento dei fini costituzionali.

La soluzione migliore, come spesso avviene quando l'intervento del legislatore risulta infungibile, sembrerebbe allora quella dell'*additiva di principio*[45]. Anzi, come anticipato, l'origine

[43] Sul punto, si veda F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 144 ss.

[44] Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 204. A tal riguardo, può considerarsi quanto già affermava C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 190-191 che, nel commentare l'avvento delle sentenze manipolative, evidenzia come escludere la preminenza dell'intervento della Corte «significherebbe rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivistico, ligio al dogma dell'assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della legittimità costituzionale. La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l'obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali».

[45] Tanto che in dottrina vi è chi non ha tardato a sottolineare una certa *fungibilità* tra le sentenze additive di principio e le dichiarazioni di inammissibilità, specie quando queste ultime sono utilizzate in relazione a questioni che implicano un sindacato sul potere discrezionale del Parlamento; sul punto, cfr. G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, V, 4134 ss. Deve rilevarsi, inoltre, che anche nella fase più recente della giurisprudenza costituzionale si registra, con una certa frequenza, l'utilizzo di additive di principio per superare una precedente decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa. È quanto avvenuto, per fare un esempio, con la sentenza 21 marzo 2018, n. 88, con la quale la Corte è tornata, per la seconda volta, sulla legittimità costituzionale dell'impossibilità di richiedere l'equa riparazione per durata irragionevole del processo anche *lite pendente* (art. 4, legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. "Legge Pinto"). Tale sentenza, infatti, consiste in un'additiva di principio, con cui la Corte ha potuto superare una precedente decisione sulla medesima questione (sentenza 24 febbraio 2014, n. 30), che si era conclusa – per l'appunto – con una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa, adottata per la mancanza di una "rima obbligata". Per alcune considerazioni più approfondite su tale decisione, sia consentito un rinvio a A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in *federalismi.it*, n. 2/2018, 10 ss.

di tale tecnica decisoria è stata segnata proprio dalla necessità di fronteggiare i casi in cui un illegittimo vuoto di disciplina può essere colmato in più e diversi modi per essere compatibile con la Costituzione, nell'ottica di una maggiore collaborazione con il legislatore. Con essa, infatti, invece di continuare a rifugiarsi in una sentenza di inammissibilità o di forzare la propria interpretazione nella ricerca di una "rima obbligata", la Corte può salvaguardare la discrezionalità legislativa limitandosi ad orientare l'ordinamento immettendovi un principio generale[46]. Ad esso potranno fare riferimento i giudici per la soluzione dei casi concreti (sì da limitare, almeno potenzialmente, la perdurante applicazione della norma illegittima e da svolgere *in concreto* la sua funzione di garanzia costituzionale); ad esso dovrà fare riferimento il legislatore quando andrà a disciplinare compiutamente la materia.

Tuttavia, si tratta di una tipologia decisoria che può celare dei risvolti insidiosi. Questo perché la Corte dichiara l'incostituzionalità della legge così per come essa è ed individua il principio generale compatibile con la Costituzione, ma è il legislatore che poi dovrebbe necessariamente dettare la disciplina concreta della materia, nell'esercizio della propria discrezionalità. Come già anticipato, se si omette questo secondo passaggio, se si lascia il solo principio alla mercé di orientamenti giurisprudenziali per loro natura potenzialmente difformi, vi è il rischio di generare «eccessiva incertezza sulla regola applicabile al caso concreto, di volta in volta rimessa alla determinazione del singolo giudice»[47]. In sostanza, con decisioni di questo tipo, l'attuazione del principio di legalità costituzionale rimane *provvisoria*, perché per stabilizzarsi richiede necessariamente un intervento del legislatore che passi dal principio alla regola puntuale. Quindi, ancora una volta, si tratta di una tecnica che si bassa sulla collaborazione da parte del legislatore.

Ebbene, il protrarsi dell'inerzia legislativa, anche a fronte di tecniche di spirito maggiormente collaborativo come l'additiva di principio, ha portato la Corte a fare un ulteriore passo in avanti e a mettere in discussione, nell'ultimo periodo, alcuni dei dogmi su cui è stata elaborata la giurisprudenza costituzionale dalla prima metà degli anni '80 ad oggi.

In particolare, può notarsi come la Corte costituzionale abbia iniziato a prescindere dal fondamento delle "rime obbligate" per poter adottare decisioni di stampo manipolativo. La novità è che non si tratta più di additive di principio, ma di manipolative "classiche", in cui la Corte individua *autonomamente* la regola puntuale che meglio si adatta alla soluzione della questione sollevata e che inevitabilmente rappresenta la scelta di una di quelle opzioni normative astrattamente compatibili con la Costituzione che avrebbe dovuto individuare il legislatore: un mutamento giurisprudenziale di particolare rilevanza, destinato ad avere inevitabili ripercussioni sul rapporto tra quest'ultimo e la Corte costituzionale.

Per cogliere appieno questo radicale cambiamento può prendersi in considerazione quel ramo del diritto in cui i confini della discrezionalità legislativa sono tradizionalmente più difficili da valicare, vale a dire quello penale. Difatti, con la costituzionalizzazione del principio di legalità,

[46] Tanto che, a parere di chi scrive, tale risultato si potrebbe conseguire già con la prima decisione. Difatti, in casi analoghi a quello in esame, in cui la Corte è costretta ad intervenire più volte sulla medesima questione, con l'additiva di principio si potrebbe anticipare un risultato destinato a verificarsi, anziché consentire che permanga l'incertezza di un intervento legislativo che potrebbe essere tardivo o – in astratto – del tutto assente.

[47] Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 645, che evidenzia come sia stata proprio la perdurante inerzia del legislatore nel dar seguito alle sentenze additive di principio a determinare l'insuccesso di tale tecnica decisoria, non a caso sempre meno utilizzata dalla Corte costituzionale.

specie tramite il suo corollario della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.)[48], è stato attributo al legislatore il monopolio dell'individuazione delle fattispecie incriminatrici e delle loro conseguenze sanzionatorie, in virtù delle tipiche garanzie che contraddistinguono il procedimento legislativo-parlamentare[49]. Ciò impone di riconoscere al legislatore la possibilità di muoversi con ampia discrezionalità nelle scelte di politica criminale, il che richiederebbe, di riflesso, un atteggiamento di particolare prudenza da parte della Corte costituzionale nell'esercitare il proprio sindacato, per scongiurare il rischio di sfociare in valutazioni inerenti al merito della legge[50]. Tuttavia, si tratta di un ambito in cui la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare la sua maggiore originalità. Complici le carenze e le sproporzioni del diritto penale contemporaneo[51], il Giudice delle leggi ha recentemente adottato numerose decisioni di estremo interesse e, come si vedrà, in alcuni casi del tutto singolari.

Degno di nota, in tale contesto, è il ricco filone giurisprudenziale sulle anomalie sanzionatorie. Non vi è dubbio, infatti, che le scelte sui minimi e massimi edittali rientrino

---

[48] Com'è noto, la consacrazione del principio di legalità in materia penale nel testo costituzionale ne impone una lettura che non sia meramente formalistica (per cui reato è solo ciò che è previsto dalla legge come tale) né meramente sostanzialistica (per cui reato è solo il fatto antisociale). Difatti, come messo in luce da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 20 s., la superiorità della norma fondamentale – assicurata in primo luogo dalla sua natura rigida – e la preminenza dei valori in essa consacrati impongono di abbandonare le due storiche impostazioni sulla legalità penale e di prediligere la loro sintesi, tale per cui «reato deve essere considerato solo ciò che *è previsto dalla legge* come tale *in conformità alla Costituzione*: non solo per quanto riguarda i *connotati strutturali-formali*, ma anche e ancor prima per quanto concerne i *valori tutelati*». Sul punto, specie per una prima ricostruzione sulla natura della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., si veda anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 229 ss.

[49] Negli ordinamenti liberal-democratici, infatti, si tende a riservare al Parlamento la disciplina di istituti che incidono sulle libertà fondamentali, giacché ciò consente «di tutelare i diritti delle minoranze e delle forze politiche dell'opposizione, le quali sono così poste in condizione di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza»; così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 53, che evidenziano altresì come l'attribuzione di tale compito al potere legislativo consenta di evitare forme di arbitrio dell'esecutivo e del giudiziario, sempre nella prospettiva di garantire al meglio le libertà dei singoli, ricorrendo alla coercizione penale solo per la tutela di interessi ritenuti rilevanti dalla collettività. Sulla capacità del procedimento legislativo di garantire il confronto democratico tra maggioranza e opposizione, si veda anche G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.

[50] Sul punto, cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2019, 785 ss. che individua nell'art. 25, comma 2, Cost. «un generalizzato divieto di transito» che la Corte costituzionale incontrerebbe quando si ritrova al cospetto della discrezionalità legislativa. Un divieto che trova fondamento – in particolare in materia penale – nella priorità della legge, «punto d'arrivo privilegiato del processo di integrazione politica cui partecipano i soggetti della sovranità popolare». Una priorità che, tuttavia, come evidenzia l'Autore, riverbera i propri effetti più sul rapporto tra *organi* che sul rapporto tra *fonti*.

[51] Su cui si vedano F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., L-LII e 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, 8 ss. che individua soprattutto nella mancata riforma del Codice penale del 1930 una delle principali cause dell'attuale crisi della legalità penale: la sua contraddittorietà con la scala di valori espressi nella Costituzione implicherebbe, infatti, una rinuncia *a priori* a dar vita un sistema penale coerente ed organico, richiedendo che *tutte* le norme del Codice vegano interpretate in maniera conforme a Costituzione. Si veda, altresì, D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 39 s. che individua nell'elemento dell'*anacronismo* della norma penale – desunto da dati storici, comparatistici e talvolta sociologici – l'argomento fattuale spesso e sempre più frequentemente utilizzato dalla Corte «per la potatura di rami secchi, o per riequilibrare assetti normativi che nessuno più avrebbe giudicato equilibrati». Si consideri, infine, l'analisi di F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, n. 7/2019, 2398 ss., secondo cui «soprattutto in materia penale, il nostro sistema ha raggiunto un grado intollerabile di caoticità ed ingovernabilità: già da tempo terreno di scorrerie per campagne schizofreniche di repressivismo elettoralistico oppure di ammorbidimenti efficientistici, il sistema sembra ora inclinare verso involuzioni consumate alla duplice insegna di un accanito moralismo punitivo o di obiettivi falsamenti securitari». Secondo l'Autore, tale situazione lacera «i valori contenutistici di riferimento di un diritto penale costituzionalmente orientato» e rende impossibile «mantenere una trama di razionalità e calcolabilità delle soluzioni».

tradizionalmente nella piena discrezionalità del legislatore penale. Anzi, se è più facile dedurre dalla Costituzione quali beni fondamentali il legislatore sia tenuto a tutelare con l'incriminazione, con maggiore difficoltà si può evincere, dalle stesse previsioni costituzionali, quale sia il livello di protezione che deve essere loro riconosciuto, sulla base della loro maggiore o minore rilevanza[52]. In altri termini, risulta senza dubbio più arduo rinvenire in Costituzione il *grado* di "fondamentalità" degli interessi che la norma incriminatrice mira a tutelare e che si esprime nella *quantificazione* della gravità di una loro lesione e, correlativamente, della sanzione. Quindi, su quest'ultimo punto – che non riguarda l'*an*, ma il *quantum* e il *quomodo* della sanzione penale – la discrezionalità del legislatore è inevitabilmente più ampia[53].

Eppure, anche in tale ambito, la Corte costituzionale ha mostrato un interventismo sempre maggiore. Il caso più emblematico – e forse più evidente – è quello della recente sentenza 23 gennaio 2019, n. 40. Con tale decisione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione prevista dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (Testo unico sugli stupefacenti), che puniva con la reclusione da otto a venti anni i casi "non lievi" di coltivazione, fabbricazione, cessione, vendita, illecita detenzione, *etc*., di droghe pesanti. In particolare, la Corte ha ritenuto illegittima la pena minima prevista per tali reati (cioè quella di otto anni di reclusione) e, adottando un dispositivo di natura manipolativa, ha *sostituito* detta pena con quella di sei anni. Ad avviso della Corte, infatti, la pena originaria era manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità delle condotte contemplate dalla norma incriminatrice, soprattutto se raffrontata al massimo edittale del reato che punisce le medesime condotte nei casi di "lieve entità" (art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, che prevede la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni). Un'anomalia sanzionatoria idonea a determinare una violazione degli artt. 3 e 27 Cost. e a porsi in contrasto con il principio di proporzionalità della pena e con la sua funzione rieducativa che da tali articoli si ricavano[54].

Al di là del merito della questione, tale sentenza risulta di particolare interesse poiché rappresenta una delle manifestazioni più compiute delle nuove tendenze sul rispetto della discrezionalità legislativa da parte del Giudice delle leggi.

In primo luogo, la Corte affronta un punto che si rivela centrale nella decisione in esame e che – a parere di chi scrive – può considerarsi la vera forza propulsiva che si cela a fondamento del

[52] Sul punto si vedano A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192 ss. e F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. ita.*, Torino, 1973, 15 ss.

[53] A tal riguardo, cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1998, 350 ss., spec. 371 ss., secondo cui questo «maggiore tasso di discrezionalità legislativa» non dipenderebbe da una competenza più estesa – e tantomeno "esclusiva" – del legislatore nel quantificare il trattamento sanzionatorio. «Dipende piuttosto dalla difficoltà di razionalizzare il passaggio dal piano qualitativo delle valutazioni sull'*an* e sull'ampiezza della tutela al piano quantitativo della misura della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela». E questo perché il giudizio sul *quantum* – evidenzia l'Autore – è «per forza di cose relativo e non assoluto», essendo nella sostanza impossibile instaurare «una corrispondenza biunivocamente necessaria ("giusta", "esatta", "costituzionalmente obbligata") tra un certo fatto criminoso ed una determinata misura di pena».

[54] Con frequenza sempre maggiore, gli artt. 3 e 27 Cost. vengono posti, assieme, a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale relative a un trattamento sanzionatorio in materia penale, specie quando viene contestata la sua *intrinseca* sproporzionalità rispetto alle condotte contemplate dalla norma incriminatrice. Sulla proporzionalità della pena, si veda F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 723 s., secondo cui essa rappresenta un «limite logico all'esercizio del potere punitivo dello Stato di diritto» ed esprime «un'elementare esigenza di giustizia». Quest'ultima trova fondamento costituzionale – e deve quindi essere obbligatoriamente perseguita dal legislatore – proprio negli artt. 3 e 27 Cost.: il principio di eguaglianza implica che situazioni diverse siano trattate in maniera ragionevolmente differenziata, richiedendo quindi che vi siano «vincoli di coerenza punitiva intrasistematica tra i vari tipi di reati»; l'art. 27 Cost., specie nei suoi commi 1 e 3, impone la *giustizia* del trattamento sanzionatorio, «intrinseca al carattere personale della responsabilità e presupposto dell'azione rieducatrice della pena».

mutamento in atto nella giurisprudenza costituzionale sulla discrezionalità del legislatore: quello dello scorrere del tempo nel perdurare dell'inerzia legislativa. Un'inerzia che risulta ancor più colpevole quando l'intervento del legislatore è stato già sollecitato con un monito dello stesso Giudice delle leggi per "correggere", in senso conforme a Costituzione, una disciplina già ritenuta incostituzionale ma non dichiarata tale per mancanza di una rima obbligata. Difatti, la sentenza n. 40 del 2019 si pone in stretta correlazione con una decisione precedente, vale a dire la sentenza 7 giugno 2017, n. 179, sollevata sulla medesima questione. Pur rilevando già in quella sede il *vulnus* costituzionale, il Giudice delle leggi aveva dichiarato la questione inammissibile, proprio perché l'anomalia sanzionatoria era «rimediabile con plurime opzioni legislative»[55]. Mancava, in altri termini, la "rima obbligata". Non è mancato, invece, come di consueto, il monito nei confronti del legislatore, nell'auspicio di un suo rapido intervento per soddisfare il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Dalla lettura della sentenza n. 179 del 2107, tuttavia, emerge chiaramente come si tratti di un richiamo decisamente più stringente di quelli che di consueto si trovano nelle pronunce della Corte, volto ad evidenziare un'evidente intollerabilità di ulteriore inerzia legislativa oltre che a palesare la "minaccia" di una futura dichiarazione di incostituzionalità[56].

Ebbene, lo scorrere del tempo e il mancato ascolto di tale monito hanno inciso anche su tale fattispecie, rendendo non più tollerabile la sussistenza nell'ordinamento di una pena già ritenuta incostituzionale, consentendo di superare i tradizionali vincoli sul rispetto della discrezionalità legislativa[57]. Così, tornata nuovamente sulla questione, a distanza di circa due anni, con la sentenza n. 40 del 2019, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione in questione, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni. Tuttavia, nel farlo, la Corte ha deciso di superare espressamente il vincolo delle "rime obbligate" e della presenza di un'unica soluzione compatibile con la Costituzione ai fini dell'accoglimento, adottando una manipolativa "classica" – una sostitutiva – con cui un certo quantitativo di pena previsto per un reato (otto anni) viene sostituito con un altro (sei anni), puntualmente individuato dalla Corte.

A tal riguardo occorre una breve precisazione. Le decisioni con cui il Giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità di una misura sanzionatoria in materia penale non rappresentano certo una novità nell'ambito della giurisprudenza costituzionale. Anzi, con una certa frequenza la Corte ha sindacato la legittimità delle scelte legislative sulla dosimetria della pena, specie nel caso di contrasto con il principio di proporzionalità (quando non vi è corrispondenza tra la gravità del fatto previsto come reato e la sanzione per esso astrattamente prevista) e di previsioni sanzionatorie

[55] Corte cost., sentenza 7 giugno 2017, n. 179; punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

[56] Sul punto, a commento della successiva sentenza n. 40 del 2019, si veda R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, II, 967 ss. L'Autore evidenzia proprio come il problema di accertare ma non (poter) dichiarare l'incostituzionalità – come avvenuto nella decisione del 2017 – determini un duplice *vulnus*: anzitutto vi è quello specifico e puntuale alla Costituzione, ulteriormente aggravato dalla permanenza della norma illegittima e dalla conseguente *protrazione* della violazione delle disposizioni costituzionali; in secondo luogo, si determina un *vulnus* "di sistema", «consistente nella mancanza di potere da parte della Corte di dichiarare incostituzionali norme che risultano illegittime, determinandosi così i presupposti per una deriva strutturale del nostro ordinamento».

[57] Cfr. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 652 ss., che vede nella sentenza n. 40 del 2019 il "consolidamento" del nuovo orientamento giurisprudenziale, inaugurato con la sentenza n. 222 del 2018, alla luce del quale è proprio il mancato ascolto di un precedente monito della Corte a rappresentare la causa di una *attenuazione* del limite della discrezionalità legislativa (come si vedrà più approfonditamente *infra*).

differenziate tra fattispecie omogenee[58]; ipotesi in cui veniva contestato un uso distorto della discrezionalità del legislatore, concretizzatosi in scelte sanzionatorie palesemente arbitrarie o ingiustificate[59].

Tuttavia, in particolare a partire dalla sentenza 10 novembre 2016, n. 236 – sulla legittimità costituzionale del quadro edittale previsto per il reato di alterazione dello stato civile del neonato (art. 567, secondo comma, c.p.) – la Corte costituzionale ha cominciato a dichiarare l'illegittimità costituzionale di un trattamento sanzionatorio in materia penale alla luce della sua *irragionevolezza intrinseca*, sulla base di «un *rapporto "interno" di proporzione*, che prescinde dalla ricerca di un *tertium comparationis*»[60]. In tale occasione, però, la nuova sanzione individuata dalla Corte viene

[58] Tale impostazione può farsi risalire alla sentenza 5 maggio 1979, n. 26 ove, pur ribadendosi che le valutazioni sulla congruenza fra reati e pene appartengono alla politica legislativa, si evidenzia che non può escludersi «il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumono una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate» (punto n. 1 del *Considerato in diritto*). Più di recente, tale orientamento è stato ribadito espressamente, tra le altre, dalle sentenze n. 394 del 2006 e n. 81 del 2014, quest'ultima con commento di N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, 55 ss.; o anche dalle ordinanze n. 71 del 2007 e 169 del 2006 che, invece, si concludono nel senso dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore proprio perché non riscontrabile un uso arbitrario o distorto di tale discrezionalità in merito al trattamento sanzionatorio delle fattispecie censurate e, quindi, per la mancata violazione del principio di ragionevolezza.

[59] Cfr. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 374, che evidenzia come inevitabilmente il controllo di costituzionalità sulla pena – rispetto a quello sul contenuto della norma incriminatrice – abbia una sua peculiare natura, «tale da giustificare in effetti quell'apparente *fin de non recevoir* opposta a lungo dalla Corte e, comunque, il rigore (almeno apparente) di quella condizione del sindacato individuata nella manifesta, abnorme, crassa irragionevolezza della previsione sanzionatoria». Sul punto, possono riprendersi anche le considerazioni di P. CARNEVALE, *Il controllo di costituzionalità limitato alla evidenza del vizio ovvero del come la Corte può aggredire spazi politicamente sensibili senza fare politica*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 53 ss. secondo cui, per attenuare la portata politica di quelle pronunce della Corte costituzionale che incidono in ambiti astrattamente propri *della politica*, il Giudice delle leggi potrebbe limitarsi, in tali casi, a sindacare «l'invalidità *evidente*, la *macroscopica* violazione, l'incompatibilità *manifesta*, cioè a dire quelle situazioni di viziosità "estrema" della norma in cui il carattere di eccezionalità non sta tanto ad indicare la gravità della difformità alla Costituzione, ma la soglia di sanzionabilità di quella difformità». Ad avviso dell'Autore, tale impostazione – al di là di quanto potrebbe risultare *prima facie* – non crea una distinzione tra diverse aree di illegittimità sanzionabile e non sanzionabile, né riduce la sfera del controllo di legittimità costituzionale, ma consente un opportuno «riposizionamento del confine tra legittimità e merito», facendo sì che il *vizio evidente* resti l'unica forma di illegittimità conoscibile.

[60] Così E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, IV, 1956 ss., spec. 1959, a commento della sentenza in esame. Su tale decisione – per quanto attiene in particolare l'importanza dell'aver iniziato a sindacare un trattamento sanzionatorio perché "intrinsecamente irragionevole" – si veda F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2017, 61 ss., spec. 62. L'Autore evidenzia infatti come, proprio con la sentenza n. 236 del 2016, la Corte costituzionale abbia iniziato a strutturare le proprie motivazioni «non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell'esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importanza del fine perseguito attraverso l'incriminazione». Sul punto, si veda anche V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, VI, 2105 ss., che mette in luce come l'irragionevolezza riscontrata nella sentenza n. 236 del 206 non si radica, per l'appunto, in un'asimmetria sistematica, «ma è tutta interna al giudizio di meritevolezza di pena, ed alla sua dosimetria legislativa segnata dal *quantum* della sanzione». Delle criticità rispetto a questo possibile epilogo del giudizio di costituzionalità sulla pena sono state precedentemente evidenziate da F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit. 368 ss. Secondo l'Autore, infatti, la possibilità di valutare la proporzionalità del *quantum* di pena, alla luce della relazione tra disvalore del bene e del fatto e la conseguente entità della risposta sanzionatoria, si caratterizza per una evidente «eterogeneità delle grandezze a confronto». Una caratteristica che rende «pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l'uso del *tertium comparationis*». Difatti, per cogliere la correttezza nella corrispondenza tra un fatto criminoso e una

ancora ritenuta «l'unica soluzione praticabile»[61] per determinare il nuovo quadro sanzionatorio, vale a dire l'unica a rime obbligate.

Un primo segnale di cedimento di tale "baluardo" della discrezionalità legislativa si è avuto, invece, con la sentenza 25 settembre 2018, n. 222. Con tale decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. Legge fallimentare) nella parte in cui prevedeva la necessaria comminazione di pene accessorie di durata fissa decennale per coloro che venivano condannati per bancarotta fraudolenta, anziché prevedere la possibilità, per i giudici, di determinare discrezionalmente la durata di tali pene. Nel dichiarare l'incostituzionalità il Giudice delle leggi, non solo ha deciso di prescindere dalla sussistenza di un *tertium comparationis* su cui parametrare l'illegittimità della disposizione sindacata, ma ha anche ritenuto di poter superare il limite delle rime obbligate, utilizzando una pronuncia manipolativa a prescindere dalla sussistenza di un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima[62]. Un epilogo reso possibile, ancora una volta, a causa della mancata risposta del legislatore rispetto al precedente monito della Corte sulla medesima questione (che in precedenza, con la sentenza 21 maggio 2012, n. 134, era stata risolta con una dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa)[63].

A ben vedere, anche la sentenza n. 40 del 2019 si inserisce all'interno di tale orientamento. Con essa il Giudice delle leggi è riuscito a farsi spazio nel terreno della discrezionalità legislativa come mai avvenuto prima, passando attraverso la breccia aperta con la possibilità di sindacare la manifesta irragionevolezza intrinseca di un trattamento sanzionatorio e il correlato abbandono del *tertium comparationis* (sentenza n. 236 del 2016), poi ampliata notevolmente con la possibilità di uno scardinamento tra interventi di natura manipolativa e fondamento delle rime obbligate (sentenza n. 222 del 2018). Tuttavia, la sentenza n. 40 del 2019 sembrerebbe caratterizzarsi per un tentativo maggiormente scrupoloso di individuare la legittimazione di tale sconfinamento, con

---

determinata misura di pena, deve verificarsi «se quel rapporto reato/pena sia proporzionato non in sé ma alla stregua, a confronto di un altro rapporto reato/pena che (implicitamente) si assume invece come proporzionato ("giusto", "esatto")».

[61] Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

[62] Cfr. Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto*. Parte della dottrina ha accolto con scetticismo lo scardinamento dal fondamento delle rime obbligate operato con la sentenza in esame. Fra tutti, si veda A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss., spec. 264 ss., che individua la causa di detto scardinamento in un utilizzo ormai degenerato del principio di ragionevolezza, la cui assenza di limiti renderebbe il controllo di costituzionalità un giudizio sempre più *libero*. Della sentenza n. 222 del 2018 vengono criticati in particolare i «salti logico-argomentativi», funzionali essenzialmente a far ottenere alla Corte il risultato voluto, vale a dire la pena ritenuta proporzionata e personalizzata, benché «priva di un referente oggettivo e *omogeneo*» (*ivi*, 265). Ad avviso dell'Autore, questa nuova connotazione della ragionevolezza, che viene ridotta a «*proporzionalità a rime libere*», minerebbe in radice la legittimazione di una Corte costituzionale che sempre più si sostituisce al legislatore, stabilendo «il disvalore sociale di una condotta individuale» e prescrivendo «la relativa sanzione» (*ivi*, 268). Alla sentenza in esame è anche dedicato un passaggio della *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, Roma, 21 marzo 2019, 17, reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, *www.cortecostituzionale.it*, ove il Presidente Lattanzi chiarisce che, nonostante con la decisione in esame lo spazio di azione della Corte risulti più ampio rispetto al passato, «la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso *a scegliere* una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» (corsivi aggiunti).

[63] Parte della dottrina ritiene correttamente che siano stati proprio il protrarsi dell'inerzia legislativa e il mancato ascolto di un precedente monito della Corte ad aver fondato e giustificato la possibilità, per quest'ultima, di superare la necessaria sussistenza di una soluzione a "rime obbligate" quale originario limite per adottare pronunce di natura manipolativa. Si veda, in particolare, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 648 ss.

argomenti che non sono solo strettamente giuridici o comunque riferibili alla questione sindacata ma, se così si può dire, anche di natura istituzionale. Ne è emersa, in maniera nitida, l'esigenza di dover raggiungere zone d'ombra nel giudizio di costituzionalità che l'inerzia del legislatore ha impedito, per troppo tempo, di mettere in luce.

Così, a fondamento della decisione, nella sentenza si legge che la nuova misura sanzionatoria individuata dalla stessa Corte, «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificatamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»[64]. In questo modo, facendo proprie le indicazioni provenienti dal giudice remittente, la Corte ha ritenuto tale soluzione *costituzionalmente adeguata, benché non obbligata*. Il tempo trascorso dal monito inascoltato ha logorato i confini della discrezionalità legislativa, rendendoli più facilmente valicabili; l'incostituzionalità è divenuta non più tollerabile e, di conseguenza, i limiti dell'intervento manipolativo si sono affievoliti, dando vita ad una sorta di rivoluzione di metrica: parafrasando la sentenza n. 40 del 2019, sembrerebbe che ci si possa ormai accontentare di "rime adeguate", anziché pretendere la sussistenza di "rime obbligate".

In particolare, nella motivazione, viene chiarito come il protrarsi dell'inerzia legislativa abbia reso non ulteriormente differibile l'accoglimento della questione. Passaggio che evidenzia come «la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite "relativo" per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato "seguito" all'invito ad esercitarla in concreto»[65]. Quindi, a ben vedere, l'inerzia legislativa (o meglio: il suo protrarsi) svolge un ruolo decisivo al fine, non della determinazione dell'incostituzionalità – che è stata già rilevata – ma dell'accoglimento della questione[66]. Un accoglimento che diviene inevitabile anche a fronte di situazioni potenzialmente coperte dal limite della discrezionalità del legislatore. Perché delle due l'una: o il legislatore, con la sua inattività, mostra di voler mantenere la legge (incostituzionale) come regola stabile[67], oppure non ha avuto la

[64] Corte cost., sentenza n. 40 del 2019, punto n. 5.3 del *Considerato in diritto*. In particolare, per determinare la nuova "cifra" da attribuire al minimo edittale, in sostituzione di quella illegittima, il Giudice delle leggi decide di fare propria l'indicazione proveniente dal remittente e, dopo una rigorosa opera di ricostruzione dei trattamenti sanzionatori in materia di stupefacenti (alla luce sia di quanto previsto per le fattispecie affini sia dell'evoluzione normativa), individua in sei anni di reclusione la nuova misura "più conforme" a Costituzione.

[65] Così M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 650. Ciò non vuol dire – prosegue poi l'Autore – che la discrezionalità legislativa non rappresenti un "limite" per la Corte nell'ambito del giudizio di costituzionalità, ma che ad esso non può riconoscersi una valenza *assoluta*. Se fosse diversamente, se cioè esso valesse come limite invalicabile da parte della Corte, «vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione), almeno laddove non sia possibile un'integrazione giurisprudenziale dell'enunciato che possa dirsi, in senso stretto, a "rime obbligate"» (*ivi*, 664). Un'eventualità che – secondo l'Autore – si porrebbe in contrasto con la stessa ragion d'essere della Corte costituzionale, vale a dire quella di assicurare la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi.

[66] Un riflesso della natura *graduale* dell'incostituzionalità – che si è tentato di mettere in luce nel precedente paragrafo – consiste proprio nella possibilità di scindere il momento del suo accertamento da quello della sua dichiarazione (sul punto, si veda *supra*, nota n. 40). Difatti, come evidenzia F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 150-152, anche per quanto riguarda il *riconoscimento* (dichiarazione) si è davanti ad un *processo* che, proprio in quanto graduato, può subire degli "arresti" per rendere possibile, promuovere o consentire un intervento volto a ripristinare la legalità costituzionale violata. E dal momento che questo è un compito che compete naturalmente e istituzionalmente in primo luogo al legislatore, la Corte costituzionale ben «potrà graduare il riconoscimento dell'incostituzionalità *rinviando la dichiarazione* nella sua forma compiuta dell'annullamento».

[67] Come già prospettava G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 311.

prontezza o la forza politica di esercitare tempestivamente tale discrezionalità in concreto, come richiesto nella pronuncia dalla Corte[68].

Ecco, allora, che il mancato intervento del legislatore nel tempo può far raggiungere alla disciplina già ritenuta illegittima un "grado" di incostituzionalità tale da *non essere più tollerabile*. Il nuovo bilanciamento operato dal Giudice delle leggi porterà allora ad esiti opposti rispetto a quello precedente: la discrezionalità legislativa non potrà più prevalere su una dichiarazione di incostituzionalità rinviata troppo a lungo e l'unica via percorribile sarà quella dell'accoglimento, dell'«estrema *ratio*»[69].

5. *Brevi considerazioni conclusive, alla luce delle potenzialità insite nell'ordinanza n. 207 del 2018 sul c.d. "caso Cappato"*

Non vi è dubbio che decisioni come quella sopra richiamata, pur trovando una valida giustificazione, rischino di esercitare un'eccessiva pressione sugli equilibri istituzionali. La drasticità e la consapevolezza con cui la Corte ha mostrato di poter superare il fondamento delle rime obbligate, che da decenni conforta(va) la dottrina costituzionalistica anche a fronte delle decisioni più ardite della giurisprudenza costituzionale, rischiano di lasciare un retrogusto amaro o quantomeno alcune perplessità anche in chi – come chi scrive – confida nella necessaria preminenza del principio di legittimità costituzionale, pur nella consapevolezza che esso debba poter valere anche sull'esercizio di una discrezionalità legislativa colpevolmente inerte. Tuttavia, non può negarsi che esse rispondano a un'esigenza concreta: quella, già anticipata, di evitare che si creino zone d'ombra su cui la Corte costituzionale difficilmente riuscirebbe ad arrivare ogni volta che dovesse trovarsi davanti al muro dell'inerzia legislativa. Un muro che diventa non più tollerabile quando sono in gioco diritti fondamentali (come nel caso della sentenza n. 40 del 2019) o valori che destano l'attenzione della società civile[70]. Di certo l'auspicio rimane sempre lo stesso, vale a dire quello che il legislatore possa dare maggiore seguito ai richiami della Corte costituzionale, nell'ottica di una collaborazione volta al rispetto del principio di legalità costituzionale.

Tuttavia, non si può nascondere che tra Corte e legislatore sia stata la prima a sforzarsi maggiormente per rendere fruttuoso il rapporto. Tra le righe delle sue pronunce, infatti, si nota costantemente la ricerca di un dialogo con il legislatore, nella perdurante preoccupazione di non ledere la sua sfera di discrezionalità, pur nella consapevolezza di non poter rinunciare al corretto

---

[68] Sul punto, si veda F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1650 ss., spec. 1651, le cui considerazioni, senza dubbio alquanto risalenti rispetto al periodo preso in esame, mantengono ad oggi tutta la loro attualità. In particolare, l'Autore già metteva in luce come il timore della Corte di non produrre vuoti nell'ordinamento fosse acuito dall'effettiva inerzia del legislatore, il quale – ed è questo il punto – «il più delle volte, ha non soltanto tollerato, ma anche favorito l'opera di "supplenza" della Corte. Il dato di fatto concreto è, dunque, quello di una sostanziale adesione del legislatore all'opera della Corte». Tale situazione genera inevitabilmente una «responsabilità storica» degli organi legislativi, a cui spetta il compito di dare attuazione ai principi e ai programmi consacrati in Costituzione. Una valutazione che, a ben vedere, come anticipato, trova fondamento ancora oggi.

[69] Così F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., 151.

[70] Attenzione nei confronti della quale la Corte sembra, negli ultimi anni, essere particolarmente sensibile, come dimostra l'inedito utilizzo dei comunicati stampa, anticipatori rispetto alla pubblicazione delle decisioni. Sul tema, cfr. D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. soc.*, n. 2/2018, 255 ss., spec. 274 ss. e, sul comunicato stampa quale strumento del potere di esternazione presidenziale, cfr. C. TOMBA, *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017, 251 s.

esercizio della propria funzione di garanzia costituzionale. Non vi è dubbio, allora, che la graduale "sperimentazione" delle tecniche decisorie «possa essere letta come espressiva di una precisa volontà non solo e non tanto di evitare la creazione di vuoti normativi ma di non sconfinare nell'ambito proprio della politica»[71].

Sotto tale profilo, non si può trascurare l'ordinanza n. 207 del 2018, sul noto "caso Cappato", che rappresenta un vero e proprio *unicum* negli oltre sessant'anni di attività della Corte costituzionale[72]. Si tratta, infatti, di un'inedita tecnica decisoria – che può definirsi "ordinanza di incostituzionalità prospettata"[73] – tra le cui ragioni d'essere vi è anche quella di collaudare uno strumento che consenta di prevenire eventuali frizioni con il legislatore, soprattutto considerando la delicatezza delle questioni sottese.

Nell'ordinanza in esame, a fronte di alcuni profili di illegittimità nella disciplina del reato di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p.[74], la Corte si mostra lucidamente consapevole dell'insuccesso che, negli anni, hanno mostrato quelle tecniche decisorie di consueto utilizzate in casi analoghi e che richiederebbero una pronta risposta da parte del legislatore. Anche in questo caso, il mero accoglimento è stato escluso – almeno nella prima fase del giudizio – data la sussistenza di plurime soluzioni differentemente declinabili sulla base di scelte discrezionali, rispetto alle quali l'intervento del legislatore risulta ancor più doveroso, alla luce della natura eticamente sensibile dei profili coinvolti. Ma viene esclusa anche la possibilità di ricorrere alla dichiarazione di inammissibilità per discrezionalità legislativa – così come, sebbene non espressamente, ad un'additiva di principio – poiché la delicatezza della questione e l'importanza dei valori ad essa sottesi rendono impraticabile la via di soluzioni che tengano la disciplina incostituzionale in vita, nell'attesa di un incerto intervento normativo.

Così, facendo leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»[75], la Corte decide di "combinare" una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata con un *contingentamento dei tempi* a disposizione del legislatore. A tal fine, viene disposto il *rinvio* della trattazione delle questioni ad una data fissa, in modo da lasciare ad esso circa un anno per superare l'incostituzionalità, seguendo le indicazioni della Corte.

---

[71] Così M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 96 s.

[72] Si tratta di una decisione che offre numerosissimi spunti di riflessione e pone numerosi interrogativi, sia sul piano del diritto sostanziale, sia su quello del diritto processuale costituzionale e che, per tale ragione, non può essere approfondita adeguatamente in questa sede. Tra i numerosi commenti, si veda, almeno, AA. VV., *Il forum sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019, 155 ss., in cui si propongono risposte ai diversi interrogativi sollevati dalla pronuncia *de qua*.

[73] Secondo la definizione presente nella già citata *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 12.

[74] Con l'ordinanza in esame la Corte si è pronunciata, in via interlocutoria, sulla legittimità costituzionale della disciplina prevista dal Codice penale per il reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). In particolare, pur riconoscendo la compatibilità con la Costituzione della disciplina censurata, la Corte ha rilevato dei profili di incostituzionalità nella previsione del divieto di aiuto al suicidio espresso in termini *assoluti*, che si manifesta in un vuoto di tutela per quei soggetti le cui condizioni cliniche impediscono di usufruire delle garanzie che l'ordinamento predispone per tutelare il principio di autodeterminazione nelle scelte di fine vita. Tale situazione è riscontrabile in tutti quei casi in cui una persona sia «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli» (Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto n. 8 del *Considerato in diritto*). Per quanto riguarda le ragioni che hanno spinto la Corte d'Assise di Milano a sollevare la questione di legittimità costituzionale, si veda S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *federalsimi.it*, n. 10/2018, 1 ss.

[75] Corte cost., ord. n. 207 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

Un termine che, ancora una volta, è scaduto infruttuosamente. Difatti, alla data di rinvio prevista dall'ordinanza (24 settembre 2019), la Corte è nuovamente intervenuta sulla questione – con una decisione il cui contenuto è stato sommariamente anticipato dal *Comunicato del 25 settembre 2019*, rilasciato dall'Ufficio Stampa della Corte costituzionale[76] – dovendo constatare l'evidente mancato intervento del legislatore nel dar seguito ai richiami contenuti nell'ordinanza n. 207 del 2018. Dato il tenore di tale comunicato, al momento non sembrerebbe possibile svolgere delle fondate considerazioni in merito alla pronuncia adottata e si dovrà quindi attendere il deposito per cogliere la portata del dispositivo e delle relative motivazioni. Può solo anticiparsi che il Giudice delle leggi ha inevitabilmente deciso di "tenere il punto", affermando che si possa escludere la punibilità di chi agevola l'esecuzione di un proposito suicida, purché ciò avvenga nel rispetto di determinate e limitate condizioni[77].

Tuttavia, pur nella consapevolezza che l'ordinanza n. 207 del 2018 non abbia rappresentato per il legislatore uno strumento stimolante al punto da assicurarne l'intervento, a parere di chi scrive la nuova tecnica decisoria cela delle potenzialità tali da non rappresentare un insuccesso, anche a fronte del mancato seguito legislativo[78]. Al di là della soluzione che la Corte deciderà di adottare – visto che, allo stato, si prospettano diverse strade percorribili per superare l'incostituzionalità – l'intento lodevole perseguito con tale pronuncia è quello di aver arginato i tempi dell'incertezza, di aver puntualmente indicato un termine oltre il quale l'incostituzionalità non è più tollerabile.

Con alcune rilevanti ripercussioni dal punto di vista giuridico. In primo luogo, il rinvio della trattazione non pregiudica la posizione giuridica soggettiva del giudizio *a quo*, che ovviamente rimane sospeso. In secondo luogo, la motivazione dell'ordinanza di rinvio rende – almeno in termini probabilistici – non manifestamente infondate questioni analoghe; per cui, di riflesso, tale ordinanza dà copertura anche a situazioni soggettive simili a quella del giudizio *a quo*. Infine, come anticipato, la Corte ha inaugurato la possibilità di dettare "il calendario dei lavori", di anticipare

[76] Il testo completo del comunicato, dal titolo «*In attesa del Parlamento la Consulta si pronuncia sul fine vita*», è reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, *www.cortecostituzionale.it.*

[77] Alcune delle quali emergono già dallo stesso comunicato. Per quanto riguarda le situazioni soggettive coinvolte, sembrerebbe che l'agevolazione debba necessariamente riguardare il proposito suicida di chi si trovi nelle condizioni cliniche già prospettate dall'ord. n. 207 del 2018 (per le quali si veda *supra*, nota n. 74). A ciò aggiunge che la non punibilità è subordinata, da un lato, alla necessità di rispettare le modalità previse dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017); dall'altro lato, dalla preventiva verifica delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica facente parte del Servizio Sanitario Nazionale, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

[78] Va da sé che, se invece all'ordinanza n. 207 del 2018 il legislatore avesse dato seguito, la Corte avrebbe potuto registrare un risultato ancor più importante. Non a caso è quanto si auspicava nella più volte citata *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 9, ove si ammette che tale decisione rappresenta «una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade». Questa (ormai vana) speranza esprime in realtà la summenzionata esigenza di una collaborazione istituzionale tra Corte e Parlamento la cui realizzazione – si aggiunge – avrebbe portato anche a superare alcune di quelle perplessità con cui è stata accolta l'ordinanza sul caso Cappato. Proprio perché, a ben vedere, la maggior parte delle critiche sono mosse all'inventiva della Corte in sé più che al singolo strumento decisorio, un eventuale "successo" in termini di seguito legislativo avrebbe consentito al Giudice delle leggi di consolidare il suo utilizzo, dando vita ad un rapporto potenzialmente fruttuoso. Sul punto si veda 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*, n. 2/2019, 57 ss., che individua il problema dell'abuso del diritto processuale costituzionale, non tanto nella possibilità di escogitare soluzioni creative, anche sul piano delle tecniche decisorie, quanto nell'uso «aleatorio e, dunque, imprevedibile» delle stesse norme processuali. E questo perché il rischio che si cela dietro la mancata stabilizzazione di inedite tipologie di decisioni è quello di dar vita a «prodotti "usa e getta" – cioè casi isolati e, in quanto tali, anomali – ovvero a uso occasionale, con buona pace dei principi di certezza del diritto e di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge».

l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa, senza che sia costretta ad attendere un'eventuale e temporalmente incerta sollevazione della medesima questione di legittimità.

Il vantaggio che si cela nell'utilizzo di una tecnica di questo tipo è che, rispetto a decisioni che si concludono con una semplice esortazione dell'intervento legislativo, il rinvio della trattazione a termine fisso sottintende un giudizio di tollerabilità – e di conseguenza di *intollerabilità* – della presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale. Anche se non può trascurarsi che l'individuazione di questo termine è inevitabilmente caratterizzata dalla sensibilità – e quindi in buona misura dalla discrezionalità – del collegio.

Le tecniche analizzate nei paragrafi precedenti, anch'esse mosse dall'esigenza di contemperare la funzione di garanzia costituzionale con il rispetto della discrezionalità legislativa, finiscono per far prevalere quest'ultima fino ad un punto di rottura, che si raggiunge nel momento in cui la presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale risulti non più tollerabile. Invece, una decisione come l'ordinanza n. 207 del 2018 consente di individuare *a priori* un termine ragionevole, per contemperare due diverse esigenze: da un lato, lasciare al legislatore il tempo necessario per dettare la disciplina della materia affetta da incostituzionalità, nel rispetto delle sue valutazioni discrezionali; dall'altro, contingentare temporalmente tale intervento, lasciando aperta la porta di una (eventuale) incostituzionalità, a cui il legislatore è già stato preparato e su cui, di conseguenza, ricadrà la responsabilità del mancato intervento.

Può apprezzarsi, quindi, il tentativo di coniare un nuovo e ulteriore strumento di dialogo con il legislatore, mosso da «uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»[79] che, tuttavia, provi a limitare le disfunzioni che l'inerzia legislativa da sempre porta con sé, a beneficio della certezza del diritto e della tutela delle situazioni giuridiche coinvolte.

[79] Come afferma la stessa Corte, in chiusura del punto n. 11 del *Considerato in diritto*, dell'ord. n. 207 del 2018.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA "ACCENTRATO" DI COSTITUZIONALITÀ

UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

LA CEDU COME PARAMETRO, TRA CORTE COSTITUZIONALE E GIUDICI COMUNI*

ELENA MALFATTI

SOMMARIO: 1. Premesse sull'impostazione del lavoro. – 2. L'approccio "originario" alla Convenzione europea da parte della Corte costituzionale. – 2.1. (*segue*): il peso dell'art. 6 CEDU, nell'economia del giudizio della Corte di Strasburgo, e i riflessi sul sistema italiano. – 3. Un caso di utilizzo più pregnante degli insegnamenti di Strasburgo, e le aspettative da esso ingenerate. – 4. Una tecnica di sostanziale neutralizzazione della CEDU: l'"assorbimento" del parametro interposto. – 4.1. (*segue*): i significati del richiamo alla Carta sociale europea: tutti i trattati internazionali sono eguali? – 5. Verso un utilizzo, finalmente, "a viso aperto" della Convenzione… – 5.1. (*segue*): tra incertezze perduranti e approdi recenti. – 6. Venendo ai giudici comuni (non solo "in controluce"): la percezione del parametro CEDU attraverso la lettura di alcune vicende esemplari. – 7. La richiesta di parere consultivo ai sensi del Protocollo 16: canale effettivo di comunicazione tra giudici o "dono avvelenato" per la Corte di Strasburgo? (cenni). – 8. Per (non) concludere.

1. *Premesse sull'impostazione del lavoro*

Il tema che mi è stato assegnato risulta in apparenza settoriale, e mi consente, intanto per questo, di esprimere preliminarmente un apprezzamento per l'impostazione del Seminario di quest'anno del Gruppo di Pisa; credo infatti che per tutte le relazioni – nonostante l'ampiezza del titolo che si è voluto dare alla giornata del 25 ottobre, e della stessa prospettiva della sessione pomeridiana - si dovesse comunque considerare sottesa la volontà del Direttivo uscente che le ha ideate di evitare genericismi, quali quelli connessi ad espressioni ormai abusate (i rapporti tra le

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
Il presente lavoro è dedicato al Prof. Antonio Ruggeri, e segue la destinazione negli *Scritti in Suo onore* (in corso di pubblicazione) di una versione ridotta, che ha costituito il nucleo originario e parziale di queste riflessioni.

Carte sui diritti, il dialogo tra i giudici, o tra le Corti, costituzionale e sovranazionali, etc.) - che in altri frangenti storici probabilmente erano invece accettabili, ed anzi verosimilmente opportune[1], ma che lo stadio attuale di sviluppo della giustizia costituzionale italiana, nel suo volgere lo sguardo anche all'attività delle Corti europee, impone viceversa oggi di accantonare - a vantaggio di un discorso possibilmente mirato a focalizzare alcuni elementi precisi, sintomatici, capaci di restituirci il "termometro", lo stato di salute del sistema con il quale andiamo confrontandoci. Anzi, almeno dal mio punto di vista, quello odierno è un momento adatto per tentare un bilancio oculato, trascorsi dodici anni ormai dalle c.d. sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 (per brevità, d'ora in poi, sentenze gemelle) - che segnano, bene o male, un punto di non ritorno rispetto al passato, e ancora offrono un riferimento essenziale, ai giorni nostri, per decifrare la giurisprudenza italiana rispetto alla CEDU - essendo stato possibile reperire diversi indicatori sui quali imbastire un ragionamento; di più, la complessità delle singole questioni sulle quali giudici comuni, Corte costituzionale, Corte europea quasi quotidianamente intervengono mi ha imposto di dare almeno 'un occhio' alla prospettiva propria dei colleghi di altri settori disciplinari (civilisti, penalisti o processualisti), senza pretesa di esaustività, ma per avere un qualche riscontro sui significati da assegnare ad alcune vicende che mi sono apparse emblematiche.

Sempre in premessa, credo di poter evidenziare come il tema assegnato in realtà fosse anche insidioso, per via di una possibile disarmonia tra il titolo della relazione (che pure mi è stato cortesemente proposto e che ho liberamente confermato) e il titolo del seminario, evocativo di un 'accentramento' dalle caratteristiche almeno in certa misura differenti dal passato, più o meno recente, dunque di un 'nuovo accentramento': in altri termini, il tema specifico del 'parametro CEDU' – pur di per sé enucleatosi in tempi assai prossimi a quelli odierni, proprio in conseguenza delle sentenze gemelle[2] - non mi è parso così semplice da collegare al macrotema suddetto, se è vero che [pur volendoci collocare nell'ottica suggestiva e per certi versi inedita di una *composita* Costituzione europea[3], o nell'altra altrettanto intrigante delle 'Corti della giurisdizione'[4] che

[1] Ad esempio lo stesso Convegno del Gruppo di Pisa tenutosi a Catanzaro nell'anno 2002, e dedicato al tema *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, i cui atti sono pubblicati nel volume menzionato alla nota 3, forse peccava un po' sotto questo profilo; anche se si può osservare che esso testimonia di un'altra 'epoca', quasi inevitabilmente direi, nella quale il tema della tutela sovranazionale, connesso al ruolo della giustizia costituzionale interna, risultava quasi embrionale; mentre già nel 2008 a Milano, veniva non causalmente scelto un tema più selettivo (cfr. M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009), al cospetto del quale due relazioni di base erano dedicate a profili coinvolgenti la CEDU.

[2] E' interessante notare che nessun contributo specifico, se non quello di un collega spagnolo, veniva offerto al tema nel convegno che il Gruppo di Pisa aveva dedicato nel 1998 "a tutto tondo" al tema del parametro del giudizio sulle leggi: cfr. G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000; lo stesso dicasi, qualche anno più tardi, ad esempio per il volume di S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.

[3] L'espressione è ripresa da N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in www.federalismi.it, fasc. n. 13/2019, 4 e poi 25-26, per alludere al fatto che quella Costituzione è frutto di autolimitazioni e riconoscimenti reciproci, e non di un ordinamento che si impone sull'altro; rinverdendo, in tal modo, il concetto già elaborato in dottrina di una giustizia costituzionale "reticolare", nella sua dimensione europea, e reso efficacemente - mi piace ricordarlo qui - da P. CARROZZA, *Tradizioni costituzionali comuni, margine di apprezzamento e rapporti tra Corte di giustizia delle comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo. Quale Europa dei diritti?*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 574-575. Ma v. anche F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (Fron judge-made law to judge-made Europe)*, in www.federalismi.it, fasc. n. 15/2019, 9, che riprende a sua volta altri lavori di S. CASSESE, tra i quali *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 2017, 303.

contribuiscono a inverare una prospettiva forse non brutalmente antagonistica ma nemmeno idilliaca di integrazione delle tutele (sent. n. 317/2009, secondo un criterio il quale, vedremo, ha ripreso vigore di recente) che le stesse possono offrire] sul piano dei significati in generale e del valore da attribuire alla CEDU, per come li ha sviscerati la Corte costituzionale, la riflessione sembrerebbe ormai, per così dire, *âgée*: non a un ipotetico, *nuovo* accentramento, cioè, dovremmo pensare, ma ad un accentramento ovvio, consolidato, se è vero che da ben 12 anni - in un contesto nel quale, come noto, la nostra Corte ancora faceva fatica a entrare attivamente, quale protagonista, nell'ottica del rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo - essa è venuta ad affermare invece chiaramente (semplifico al massimo) che le questioni di costituzionalità le quali implichino una considerazione della CEDU, e delle interpretazioni che essa riceve dalla Corte di Strasburgo, ma che mettono a repentaglio altri principi (e altri diritti) costituzionali devono arrivare a Roma; voglio dire, in altri termini, che nel 2007 si sono scritte senz'altro due motivazioni gravide di significati (che oggi a ben guardare non chiameremmo nemmeno probabilmente più "gemelle"), che hanno meritato lunghe digressioni e dibattiti, ma che indubbiamente, oltre a valorizzare il ruolo del giudice comune nel tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme, hanno riservato e senza incertezze un ruolo di primissimo piano alla stessa Corte costituzionale.

Dunque – questo almeno mi sembrerebbe il punto di partenza, la superficie del discorso dal quale muovere – le sentenze gemelle hanno disegnato un giudizio di costituzionalità che sotto questo profilo sarebbe dovuto rimanere saldamente 'accentrato', nonostante linee di tendenza differenti, che fino a qualche anno addietro erano percepibili e che (immagino le altre relazioni in questo Seminario lo ricorderanno ampiamente), avevano fatto a più riprese ipotizzare una 'diffusione' (non tanto del giudizio in sé, quanto) dell'utilizzo della Carta fondamentale. In realtà il quadro della giurisprudenza costituzionale e comune di questi anni, che ho cercato di rivalutare criticamente ai fini di questa relazione, è più fluido (e pertanto complesso) di quello che potrebbe sembrare, e lo è per diversi ordini di ragioni: per l'uso effettivo e per certi versi singolare – perlomeno a me è parso – che la Corte è venuta facendo del parametro CEDU (l'esame di questo profilo potenzialmente si potrebbe operare "a tappeto", anche se ho cercato di non imbastire il discorso su troppe pronunce, per non essere asfittica e tutto sommato anche, realisticamente, poco efficace); inoltre in virtù di quanto, dei problemi di raccordo tra ordinamento interno e Convenzione, comunque non arriva alla Corte costituzionale, ma resta assorbito - appunto - dalla prospettiva dell'interpretazione convenzionalmente conforme nella quale sono stati chiamati a calarsi e a cimentarsi i giudici comuni (qui il mio esame risulterà giocoforza parziale, centrato su alcuni orientamenti della Corte di cassazione per un verso, e su determinate vicende salienti implicanti alcuni diritti fondamentali di natura sostanziale e processuale particolarmente

[4] Ricorre a questa immagine G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il* multilevel*: delusioni e speranze*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 2/2019, 160, per spiegare incisivamente come le Corti costituzionali e sovranazionali abbiano progressivamente ridotto il proprio ruolo di Giudici dei principi, che conformano cioè l'ordinamento *pro-futuro*, a vantaggio di un'attività di valutazione del caso singolo e concreto; e tuttavia, si fa notare, quando si appalta alla giurisdizione la "gestione" dei diritti fondamentali, poi non si può limitare tale delicato compito solo al livello superiore. Entrano in gioco tutte le giurisdizioni, di tutti i Paesi membri, con il rischio di una sorta di "colonialismo giurisdizionale", inteso nel senso che la giurisdizione "politicamente" più forte orienta, e per certi aspetti impone la propria Weltanschauung. Dunque, ecco l'elemento problematico, solo con uno sforzo di fantasia si potrebbe affermare che la dialettica tra le Corti sui diritti fondamentali sia immune oggi da frizioni, incomprensioni, gelosie di ordinamento; che l'integrazione, a lungo inseguita – e tuttora lungi dall'essere realizzata – in sede politica, trovi la strada spianata dall'apparentemente armonico e quasi idilliaco rapporto tra giurisdizioni.

controversi, per un altro). Una prospettiva che potrebbe paradossalmente essere stata alimentata – anticipo sommariamente quanto cercherò di spiegare - dalla ritrosia della stessa Corte costituzionale a dar spazio concreto alla CEDU (una ritrosia forse non più così evidente, vedremo, o comunque meno forte, da ultimo), esaltando in pratica i parametri interni del proprio giudizio.

Aprendo qui una breve parentesi, tornerò poi più dettagliatamente sul punto (par. 6), mi preme osservare fin da subito anche che i giudici comuni sono forse più inclini a tener conto del parametro (sia pur interposto[5]) offerto dalla CEDU, o comunque appaiono meno timorosi[6] delle 'contaminazioni' che possano venire, rispetto ad elaborazioni anche consolidate delle norme di diritto interno, dalla Corte di Strasburgo; una Corte, quest'ultima, che rimane per certi versi un 'soggetto misterioso', per la stessa dottrina, quantomeno pubblicistica, essendo mancata un'adeguata riflessione dottrinale sul ruolo complessivo che essa è chiamata a svolgere, rispetto agli ordinamenti nazionali dei Paesi membri del sistema convenzionale e anche all'Europa dell'Unione. Non voglio dire che ci si limita sin troppo frequentemente a sottolineare che è una Corte, quella della CEDU, la quale affronta e risolve casi, perché sarei sicuramente ingenerosa verso studi più approfonditi che pure esistono, nelle file della nostra disciplina[7]; ma senz'altro una maggiore

[5] *Infra*, par. 2, nota 20.

[6] Qui basti ricordare come, per bocca dei Presidenti *pro-tempore* di Corte di cassazione e Consiglio di Stato, si sia sottolineato, per un verso, il ruolo del giudice di ricercare l'interpretazione della legge nazionale quanto più vicina ai principi della Convenzione, ove manchino appositi strumenti legislativi per l'attuazione diretta e immediata dei principi enunziati dalla Corte europea nell'ambito dell'ordinamento nazionale: «il dialogo tra le Corti in questo caso si muove, dunque, sul piano dei principi e largo spazio incontra la creazione di un vero e proprio diritto giurisprudenziale» [G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*, in www.cortedicassazione.it, 26 gennaio 2018, 6); l'anno successivo lo stesso Presidente Mammone, nella relazione relativa al 2018 svolta il 25 gennaio 2019 e reperibile nella medesima fonte *on line*, predilige un profilo più "operativo", sottolineando i vantaggi derivanti dal Protocollo d'intesa siglato a Strasburgo l'11 dicembre 2015 ed in particolare la possibilità di conoscere più da vicino (e poi di applicare) la giurisprudenza della Corte europea tramite una piattaforma virtuale che implementa pure legislazione e giurisprudenza di altri Paesi]. Per un altro verso, pur prendendo spunto dalle problematiche connesse all'immigrazione, il ruolo di cooperazione e integrazione reciproca delle Corti nazionali ed europee, veri e propri coprotagonisti dello stesso processo, piuttosto che dialoganti, che muovono dalle proprie particolari prospettive cercando una difficile intesa, nello sforzo di raggiungere una tutela integrata ed effettiva delle situazioni soggettive di carattere fondamentale (A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti. Diritti fondamentali e immigrazione*, in www.federalismi.it, fasc. n. 21/2017, 12); di una cooperazione che si è realizzata in una logica interattiva e non gerarchica, fatta di apporti reciproci, ragiona - menzionando A. Tizzano - l'attuale Presidente del Consiglio di Stato F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento*, in www.edotto.com, 12 febbraio 2019, 27, non potendo gli ordinamenti nazionali, neppure al più elevato livello normativo, pretendere di continuare a definirsi in modo autoreferenziale, se non in nome di una sorta di nazionalismo costituzionale che contraddirebbe non solo gli obblighi internazionali, ma gli stessi principi costituzionali che esplicitamente legittimano l'apertura dello Stato al processo d'integrazione.

[7] La scarsa attenzione prestata dalla dottrina quantomeno costituzionalistica all'*original intent* degli Stati fondatori il Consiglio d'Europa, come alle successive, irrisolte tensioni tra obiettivi federalisti e geopolitici, si riverbera sulla capacità di comprendere appieno ruolo, legittimazione, significati puntuali degli interventi della Corte di Strasburgo, nella sua doppia 'anima' costituzionale e internazionale, come pure sulla possibilità di intuire quali possano essere le prospettive - oggi - della prima delle due suddette 'anime'; densa e puntuale, tuttavia, in merito, la ricostruzione e l'analisi di A. GUAZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche inarrestabile?*, come interessante è la riflessione di A. PIN, *Il costituzionalismo della Corte Edu e le sue implicazioni per gli Stati: il problema del precedente*, entrambi in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, risp. 15 e 183. Tra gli altri studi, preme segnalare anche quello di G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, che mette in evidenza nella parte seconda del volume il ruolo della Corte europea, ed il metodo da essa utilizzato. E poi ancora, per alcuni cenni, C. CALVIERI, *Il nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, 75; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano,

focalizzazione su quella che fu la genesi della Corte dei diritti umani in Europa, e su quanto poi essa sia riuscita (o non sia riuscita) concretamente a incidere[8], sarebbe utile per decifrare appieno l'"anima' costituzionale di codesta Corte[9], e calibrarne di conseguenza le risorse che può innervare negli ordinamenti nazionali, o le insidie che essa può portare agli stessi e al più consolidato sistema di relazioni tra giudici nazionali [come mi pare si stia invece riuscendo a fare con l'altra Corte (quella del Lussemburgo) da sempre più studiata come centro-motore dell'integrazione fin qui a 28 Paesi, e progressivamente messa a tema nel sistema integrato delle giurisdizioni europee]. Il punto è in sé indubbiamente di spessore, qui anch'io riesco soltanto a sfiorarlo, e imporrebbe tra l'altro di tener conto delle caratteristiche singolari della Corte di Strasburgo, che appare un po' come un Giano bifronte rispetto ai Paesi dell'Ovest e dell'Est nei quali si pongono anche problemi enormemente diversi che non ne agevolano sicuramente l'operato[10]; bisognerebbe decifrare appieno, inoltre, quella che appare una strisciante, ineliminabile forse, componente di antagonismo da parte dei 'giudici unici' Corti costituzionali, avvezze a una certa primazia sul terreno della definizione del perimetro dei diritti fondamentali [a differenza dei giudici comuni, che pure indubbiamente operano sul medesimo terreno, ma sono inseriti da sempre in un circuito che elimina alla radice velleità di disporre dell'"ultima (o come si è affermato di recente, della prima) parola"]. E tale componente si riverbera – presumo - sulla stessa capacità di percezione equilibrata, di "proposta" delle relazioni complessive che una Corte costituzionale possa sviluppare con la Corte EDU, da parte degli studiosi.

2012. Ma la dottrina sembra in generale impegnata a valutare più *cosa fa* la Corte europea, piuttosto che non anzitutto *che cosa essa è*. Forse bisognerebbe coltivare di più il rapporto con gli internazionalisti (per tutti, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2007, che dedica un intero capitolo alla nascita della Corte europea), o tornare a più impegnative riflessioni d'insieme (L. FAVOREAU, *Corti costituzionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. cost*., 2004, 3).

[8] Ricorda come non possano sfuggire le «incidenze costituzionali» di fenomeni che mostrano una progressiva «attenuazione del rapporto costitutivo tra Costituzione e diritti» A. APOSTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali al di là della Costituzione nazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 5; l'Autrice menziona efficacemente A. D'ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 32, il quale a sua volta faceva presente come una tale tendenza non fosse recente ma addirittura affondasse le radici nell'aggiunta, nei classici cataloghi delle libertà della tradizione settecentesca e ottocentesca, del riferimento ai diritti sociali.

[9] La comune percezione della Corte di Strasburgo come una corte internazionale, giudice del comportamento degli Stati considerati nella loro unità - la quale rischia di porre in secondo piano il fatto che, tuttavia, secondo il modello originario degli atti che l'hanno istituita, quella Corte è anche "garante costituzionale di un ordine pubblico europeo" in base alla formula da essa stessa coniata, e di un ordine pubblico "oggettivo" - è ben evidenziata da S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, nel saggio introduttivo dell'omonimo volume curato dallo stesso Autore, *cit.*, 30, che pure ne sottolinea il carattere più "costituzionale" rispetto alla Corte del Lussemburgo, preconizzando le tendenze a un rafforzamento della CEDU nell'ordinamento italiano.

[10] Per menzionare soltanto qualche caso recentissimo, si vedano gli interventi di condanna contro la Russia, in tema di diritti e libertà dei detenuti, del 29 agosto 2019, o contro la Turchia, in tema di libertà di informazione, del 23 luglio 2019 (entrambe riportate in www.dirittifondamentali.it) attraverso decisioni emblematiche della gravità dei *vulnera* al nucleo duro delle libertà, posto a presidio della persona ed a protezione da aggressioni a diritti umani fondamentali; peraltro anche i Paesi occidentali impegnano, e non poco, la Corte di Strasburgo, ponendo sempre diverse, talvolta originali questioni (v. ad es. i casi rispettivamente di cumulo di condanne in Francia e in Spagna, e di invalidità del matrimonio tra persone di sesso diverso in Grecia, affrontati dalla III sezione il 29 agosto e il 5 settembre 2019, e anch'essi disponibili in www.dirittifondamentali.it) o viceversa imponendo alla stessa Corte di misurarsi su questioni "classiche" ma che devono essere calate in uno scenario nuovo (ad es. sul tema epocale dei flussi migratori, in un quadro complicato assai dall'intreccio delle politiche nazionali e dell'Unione europea, si rinviene una giurisprudenza importante, a tratti problematica e che meriterebbe di per sé sola uno studio monografico, da parte di entrambe le Corti europee, come dimostra l'efficace lo studio di E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in www.federalismi.it, focus *Human rights*, 26 dicembre 2018).

Ancora, il quadro con il quale dobbiamo confrontarci è frastagliato per via di un elemento non certo di patologia, ma di fisiologia del sistema: come è noto, infatti, la Corte non entra quasi per definizione nel 'seguito' delle singole condanne a Strasburgo, che vedranno il ricorrente vittorioso confrontarsi con altri giudici, quali quelli dell'esecuzione o eventualmente della revisione (rispetto al cui necessario intervento, una volta aditi, la "coda" di un giudizio di costituzionalità è invece meramente eventuale), o addirittura con i giudici di prima istanza, allorché non si fossero mai tentati di esperire, o non si fossero coltivati fino in fondo, rimedi interni, secondo il rituale canonico che vorrebbe l'intervento della Corte di Strasburgo all'esito della conclusione di un giudizio nazionale; è questo un altro scottante punto, in base al quale non infrequentemente ormai la Corte europea giunge a pronunciarsi ai sensi dell'art. 13 CEDU, per carenza di un ricorso effettivo nell'ordinamento nazionale contro la violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione, e dunque ben dichiara ricevibili, esaminandoli conseguentemente nel merito, ricorsi rivolti in prima battuta alla stessa Corte[11]. Si tratta di un filone non irrilevante della giurisprudenza sovranazionale, a mio avviso ancora non del tutto scandagliato ma che ha visto comporsi a Strasburgo vicende significative per il nostro Paese, che merita dunque approfondimento per il "protagonismo inevitabile", direi, espresso dalla Corte sovranazionale, rispetto al quale la nostra Corte appare irrimediabilmente, almeno nel breve termine, "fuori gioco" (trovo pertanto saggia e appropriata la scelta di intervenire su questo delicato aspetto, da parte di C. Siccardi[12]). Dovrebbe infatti

[11] Così che dall'ultimo *report* stilato dalla Corte di Strasburgo (*The Court's Annual Report* 2018, disponibile in www.echr.coe.int) risultano ufficialmente 94 condanne per l'Italia, ai sensi dell'art. 13 CEDU, nel periodo complessivo di lavoro, prima e dopo la riforma del Protocollo 11, 1959-2018. Si noti altresì che il profilo della mancanza di rimedi interni effettivi emerge anche all'interno di ulteriori pronunce di condanna del nostro Paese, per violazione di parametri differenti della Convenzione, come emerge dalla nota che segue.

[12] Io mi limito a rilevare che la Corte europea supera non infrequentemente l'obiezione, che pure il convenuto prova a porre, di mancato previo esaurimento delle vie di ricorso interne, sulla base della ritenuta inadeguatezza (e pertanto inutilità) degli stessi tentativi di natura processuale allo scopo di rispondere alle doglianze dei ricorrenti, per via delle caratteristiche della disciplina di diritto interno; trovando dunque quale interlocutore ideale non il giudice costituzionale bensì il legislatore e la sua capacità di rispondere, più o meno efficacemente, alle esigenze di dar seguito alle obbligazioni di natura oggettiva che discendono dalla Convenzione, attraverso (quella che dovrebbe essere innanzitutto) una normativa di diritto interno capace di inverare quei diritti e quelle libertà riconosciuti dalla CEDU e dai suoi protocolli addizionali, superando i limiti intrinseci evidenziati a Strasburgo. Gli esempi, che qualche anno addietro potevano essere forse più sporadici, si stanno infittendo; si può qui ricordare l'annosa vicenda dell'insindacabilità parlamentare dei primissimi anni Duemila (un filone culminato in *Onorato c. Italia* del 2011, e nel quale la Corte europea ha ritenuto che i ricorrenti avessero subito un'ingerenza nel proprio diritto di accesso a un tribunale, un diritto che non è assoluto ma le cui restrizioni non possono comprometterlo nella sua stessa sostanza); il tema spinoso e per certi versi ancora aperto dell'autodichia (*Savino e altri c. Italia* del 2009, pronuncia nella quale la Corte europea ha ritenuto che l'inapplicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU, potesse fondarsi soltanto su motivi oggettivi legati all'interesse dello Stato, non rinvenuti nel caso di specie); l'ulteriore *querelle* sull'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie portatrici di malattie genetiche trasmissibili (*Costa e Pavan c. Italia* del 2012, nella quale la Corte afferma che non si può rimproverare validamente ai ricorrenti di non aver presentato una domanda volta ad ottenere una misura che è vietata in maniera assoluta dalla legge); quella ancor più nota sul sovraffollamento carcerario, che ha portato all'utilizzo del meccanismo della sentenza pilota (*Torreggiani e altri c. Italia del 2013*, nella quale si sottolinea come il Governo dello Stato chiamato in giudizio, quando eccepisce il mancato esaurimento, deve convincere la Corte che il ricorso era effettivo e disponibile sia in teoria che in pratica all'epoca dei fatti, vale a dire che era accessibile, in grado di offrire al ricorrente la riparazione delle doglianze e presentava ragionevoli prospettive di successo); ancora, la doglianza relativa al riconoscimento delle coppie dello stesso sesso (*Oliari e altri c. Italia* del 2015, nella quale la Corte stronca il Governo italiano circa il mancato avvalimento dell'ampio ventaglio di mezzi di ricorso disponibili, in quanto esisteva una giurisprudenza consolidata del supremo giudice del Paese che indicava che le istanze non avevano prospettive di successo); e infine, recentemente, la vicenda connessa alla *ex* Ilva di Taranto, che ha dato luogo nel gennaio 2019 a *Cordella e altri c. Italia* (qui la condanna è anche *ex* art. 13 CEDU, rilevando la Corte europea che il risanamento della zona interessata dall'inquinamento dell'azienda siderurgica è obiettivo perseguito da anni dalle autorità competenti, senza successo; che nessun tentativo di natura penale civile o amministrativa può

intervenire il legislatore a risanare il tessuto normativo ritenuto strutturalmente non idoneo a dare risposte, in sede processuale, alle doglianze presentate dal ricorrente; ma può accadere che quest'ultimo, vittorioso a Strasburgo, si presenti di fronte al giudice comune, e che a sua volta esso chiuda la singola vicenda privilegiando una linea di "applicazione diretta" degli enunciati della Corte sovranazionale[13], sia pure tenendo conto della Costituzione; da questo punto di vista potremmo dire che il sistema delle tutele si apre e "l'accentramento" del giudizio costituzionale ne esce inevitabilmente relativizzato.

Infine la Corte costituzionale difficilmente avrà voce in capitolo, se non magari per il tramite di additive di principio[14], nell'ipotesi in cui il *vulnus* al diritto garantito dalla Convenzione non sia generato dalla legge, ma non tanto perché la doglianza del ricorrente si appunta su una cattiva scelta amministrativa o su un presunto errore della giurisdizione, quanto perché, più radicalmente, la scelta ordinamentale è mancata: è questo il tema, altrettanto spinoso, e che talvolta si intreccia nelle indicazioni della Corte europea con quello menzionato al capoverso precedente, dell'omissione legislativa, il quale ben sappiamo ha condotto, in casi anche clamorosi, ad una notevole valorizzazione del ruolo del giudice comune (per tutte, la vicenda di E. Englaro con il notissimo intervento della Corte di cassazione, sez. I, n. 21748/2007, e successivamente dei giudici amministrativi (Tar Lombardia nel 2009 e nel 2016, Consiglio di Stato nel 2014)[15], capace di ricavare dalle norme di principio garanzie dei diritti che prescindono dalla positivizzazione degli stessi in una norma di legge[16] e che diviene estremamente interessante "misurare" al cospetto della Corte di Strasburgo[17]; un altro profilo assai indicato per l'approfondimento da parte dei più giovani studiosi, quindi, anche a partire da vicende assai note e commentate che hanno visto, per l'appunto, prima l'intervento della Corte europea e solo in seguito, grazie anche all'influenza chiara (se pur per niente enfatizzata) di quest'ultima, una presa di posizione da parte della Corte costituzionale, che non può scongiurare tuttavia problematiche nella successiva applicazione giurisprudenziale[18].

---

rispondere a tale obiettivo nel caso di specie; e che per quanto riguarda la possibilità di sollevare doglianze dinnanzi alla Corte costituzionale la stessa Corte europea ha indicato molte volte che la persona sottoposta alla giustizia non gode di un accesso diretto nell'ordinamento giuridico italiano).

[13] Esemplare a tal proposito la conclusione della vicenda di *Costa e Pavan*, che dopo aver visto i ricorrenti vittoriosi a Strasburgo (nota precedente), si è caratterizzata per la richiesta di un intervento, da parte di questi ultimi, al Tribunale di Roma il quale, dopo aver operato con successo un vaglio di conformità all'ordinamento costituzionale italiano del principio applicabile secondo la Corte europea, conclude che alla sentenza di Strasburgo debba essere data immediata esecuzione; cfr. Trib. Roma, 23 settembre 2013, in *Foro it*., 2013, I, 3112, annotata da A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in www.dirittocomparati.it, 8 ottobre 2013.

[14] C. SALAZAR, *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio», quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 253.

[15] La bibliografia è amplissima, mi limito a ricordare S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, vol. II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012; A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012.

[16] Di recente per tutti, sul tema, cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge … in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 169.

[17] Un importante contributo alla riflessione, nella prospettiva dei ritardi e delle omissioni del legislatore e del ruolo strategico dei giudici, fra l'altro con ampio esame comparatistico, viene dal volume recentemente edito di L. CASSETTI, A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino, 2019.

[18] La vicenda dell'accesso alle origini dell'adottato verrà brevemente ripresa sia al par. 4 che al par. 6; altre, come quella ad esempio sull'attribuzione del cognome materno, che hanno portato a significative sequenze nelle pronunce della Corte europea e poi della Corte costituzionale, ho cercato di evidenziarle già in E. MALFATTI, *Decisioni di*

2. *L'approccio "originario" alla Convenzione europea da parte della Corte costituzionale*

Gli elementi di ridimensionamento di un giudizio di costituzionalità saldamente accentrato, rispetto alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, possono dunque essere vari e riposano su piani molteplici. Partendo però da un tentativo di focalizzazione di quali siano i significati peculiari del parametro convenzionale per la Corte costituzionale, a far luogo dalle sentenze gemelle, e tenendo conto di tutto un filone di pronunce ormai stratificato negli anni, si è già accennato del delicato crinale su cui si gioca la sottoposizione di una questione alla Corte, tutte le volte in cui il giudice ritenga di non poter autonomamente risolvere i problemi di lettura del diritto interno alla luce della Convenzione e della Costituzione, armoniosamente intese (su questo versante, per così dire soggettivo-interno, mi soffermerò più oltre, al par. 6). Qui interessa mettere in evidenza l'aspetto soggettivo-esterno ed anche quello oggettivo, ovvero cercare di comprendere il grado di affidamento che ripone la Corte medesima nel parametro convenzionale, una volta ovviamente che la questione le arrivi; intendendo con l'espressione "affidamento" la pregnanza riconosciuta alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, nell'attività da essa incessantemente svolta di ascrizione di significati alla CEDU, e dunque – a rovescio - la capacità effettiva di questa Corte sovranazionale, con la propria giurisprudenza, di "intersecare" (arricchendolo) il parametro adoperato dal nostro Giudice costituzionale; perché, se si ritiene che questa operazione sia riuscita, o stia riuscendo, il parametro in qualche modo risulta "diluito", permeato delle valenze riconosciute in una sede diversa da quella del controllo sulle leggi (e quest'ultimo si può allora dire anche che realmente si "apra" alle influenze esterne); se invece l'operazione fallisce, in tutto o in parte, la Corte rinsalda il perimetro entro il quale esercitare le proprie virtù ermeneutiche, contribuendo in modo decisivo (appunto) all'accentramento inteso anche come elaborazione esclusiva (o quasi) delle fonti del proprio giudizio.

Provo a dipanare queste riflessioni aiutandomi con un'espressione un po' forte, alludendo cioè alle sentenze gemelle – in ordine alle quali sono stati stesi veri e propri fiumi d'inchiostro, per il merito e per il metodo evidenziati dalla Corte – nei termini di un uso "apparente" (o almeno, non così pregnante) della CEDU. In realtà, non intendo certo negare il peso di quella giurisprudenza, della quale circa un anno e mezzo addietro (19 gennaio 2018) si è celebrato il decennale, in un interessante convegno svoltosi presso l'Università di Firenze[19]; ma, piuttosto, valorizzare un dettaglio che mi è utile per immaginare che sarebbe stato con ogni probabilità sufficiente, da parte della Corte, l'esclusivo riferimento al parametro costituzionale per giungere alle dichiarazioni di illegittimità in materia di indennizzi per espropri di immobili all'esito di procedure irregolari o di aree fabbricabili. Nonostante infatti che uno dei frutti più celebri del complesso ragionamento imbastito nelle suddette sentenze sia rappresentato dall'elevazione della Convenzione a parametro dello stesso giudizio di costituzionalità (sia pure, come ben noto, della *species* di norma interposta

accoglimento nel "seguito" giurisprudenziale, in ordine ad alcune questioni (rimaste) controverse, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 533 (v. tuttavia, per un cenno, anche il par. 4).

[19] Il convegno, intitolato *I trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale*, ha proposto una riflessione congiunta di studiosi costituzionalisti e internazionalisti sui problemi più attuali del rapporto tra fonti pattizie e diritto interno, trascorso appunto un decennio dalle celebri "sentenze gemelle" della Corte costituzionale, e alla presenza dei due relatori-redattori delle sentenze medesime, i Proff.ri G. Silvestri e G. Tesauro.

sui generis[20], per cui, nel caso, sarebbe stato violato l'art. 117, comma 1, Cost. in virtù della lesione di diritti garantiti dall'art. 1, Prot. addizionale 1 alla CEDU, creando quest'ultima obblighi di adeguamento dell'ordinamento interno), proprio la circostanza che la Corte abbia sottolineato come ci fosse stata, da parte del legislatore, violazione della Costituzione *e* della Convenzione, essendo viceversa le due Corti "in linea" nella rispettiva, pregressa giurisprudenza (il "ragionevole legame" tra valore venale del bene e indennità di esproprio, predicato a Strasburgo, sarebbe assimilabile secondo la Corte al "serio ristoro" già richiesto da essa stessa in passato al legislatore[21]), dunque il fatto che il legislatore avesse mancato il rispetto di entrambi gli ordini di parametri, per come vivificati nella prassi, mi fa supporre che sarebbe bastato evidenziare la violazione costituzionale, per giungere ad un risultato analogo, nel merito della decisione[22].

Ciò almeno dal punto di vista logico, considerato l'insieme dei parametri che sostenevano le ordinanze di rinvio come integrati dalle memorie delle parti costituite in giudizio, che avrebbero consentito di far leva direttamente sull'art. 42 Cost., posto in stretta relazione con l'art. 2 Cost. (rispetto al quale la Corte è ben attenta a sottolineare il non emergere di profili di incompatibilità con il suddetto art. 1 del Prot. addizionale 1); anche se è sicuramente opportuno, e realistico, tener conto del peso della "spinta" ricevuta dalla Corte "dall'esterno" (da Strasburgo), per effetto delle tante pronunce di condanna ricevute dall'Italia nell'ambito della proprietà immobiliare urbana, oltre che dell'esigenza di comporre, sul piano formale, le relazioni tra ordinamento italiano e convenzioni internazionali, senza scomodare fra l'altro i principi sottesi agli artt. 10 e 11 Cost., per poter valutare appieno l'apertura "storica" della nostra Corte al parametro sovranazionale[23]. E' stato

[20] Evito qui volutamente di appesantire la trattazione con le precisazioni che potrebbero farsi a tale riguardo, sembrandomi ormai in dottrina metabolizzata, per così dire, l'idea della norma interposta *sui generis*, lanciata dalla sent. n. 348/2007, punti 4.5 e 4.7 del *Considerato in diritto*, pur senza dimenticare le lucide notazioni di A. CERRI il quale, in tempi non sospetti (*Sindacato di costituzionalità: I) Ordinamento italiano*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, vol. XXVIII, 10), osservava in generale come l'argomentazione corrente in ordine al rispetto delle c.d. norme interposte provasse troppo, ogni violazione di legge potendo essere configurata come mediata lesione della norma costituzionale che ne impone l'osservanza; e come fosse dunque forse preferibile affermare che la giurisdizione della Corte si radica in relazione al «valore» dell'atto ed include tutti i suoi vizi di legittimità. Tale osservazione fornisce probabilmente un incentivo ai più giovani per meditare ancora sulla riconduzione della CEDU alle norme interposte. C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost*., 2007, 3518, dal canto suo, aveva tempestivamente osservato, a proposito delle sentenze gemelle, come la soluzione rinvenuta dalla Corte fosse incentrata sul trattamento giurisdizionale, là dove essa veniva osservando che, indipendentemente dalla qualifica di «fonti interposte», come vengono designate in dottrina e in giurisprudenza ma non senza dubbi circa la suscettibilità di designare così una categoria unitaria, «le norme di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria» consentono al parametro cui si collegano di «diventare concretamente operativo»: nella specie, le norme della CEDU consentono di determinare quali siano gli «obblighi internazionali» che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni.

[21] In realtà le giurisprudenze dell'una e dell'altra Corte presentano un andamento non lineare, con elementi di contraddizione e incertezza che le rendono anche difficilmente riconducibili ai modelli puri del mercato quale predominante schema regolatore della proprietà, o viceversa della socializzazione della proprietà medesima; cfr. F. MANGANARO, *La tutela multilivello della proprietà privata*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, 44, che evidenzia come entrambe le Corti si siano limitate a sostenere (questo sì) che è illegittimo un eccessivo divario tra l'indennità e il valore venale del bene.

[22] A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti ed uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it, fasc. n. 22/2007, ha osservato come la Corte svolga un ragionamento che garantisce l'introduzione di una novità, nella materia dell'indennità di espropriazione, senza però disconoscere in modo radicale la propria precedente giurisprudenza, consolidatasi nel senso della congruità e non irrisorietà del criterio previsto dall'art. 5 *bis* del d.l. 11 luglio 1992, n. 333.

[23] Che la genesi delle sentenze gemelle fosse legata alla violazione strutturale della CEDU addebitata dalla Corte di Strasburgo al legislatore italiano, essendo altresì pendenti decine di cause seriali che sarebbero state decise in conformità alla nota sentenza *Scordino c. Italia* del 2006, lo ha ricordato il Prof. Silvestri nel convegno fiorentino

autorevolmente osservato che, dovendo le norme costituzionali fungere da "parametro del parametro (interposto della CEDU)", esse appaiano nella ricostruzione della Corte come impermeabili alle modificazioni di significato che l'influenza della CEDU può arrecare, in un tentativo (valutato come) piuttosto retorico di frapporre all'invadenza del "diritto vivente" sovranazionale le difese dei bastioni della nostra Costituzione che la stessa Corte di incarica di presidiare[24]. Che, ad ogni modo, la possibilità di uno sviluppo quantitativo delle situazioni giuridiche soggettive protette e di un rafforzamento qualitativo dei rispettivi livelli di tutela dipendesse dai chiarimenti che la Corte costituzionale sarebbe stata successivamente in grado di dare, rispetto ai dubbi interpretativi sollevati dalle sentenze gemelle e alle indicazioni metodologiche in esse contenute, è stato altresì tempestivamente rilevato in dottrina[25].

L'esame del primo periodo successivo alle sentenze gemelle (invero, condotto con profitto da vari studiosi, *in primis* da Colui che è stato chiamato a presiedere la sessione pomeridiana del Seminario[26]) e che si dipana tra precisazioni, ricalibrature, assestamenti dello schema di giudizio abbracciato dalle pronunce del 2007 (mai smentite frontalmente sotto questo profilo, ma anzi pressoché costantemente richiamate), mi restituisce complessivamente l'impressione che l'uso "apparente" del parametro convenzionale, nei termini dinnanzi precisati, si sia spesso riconfermato nella giurisprudenza costituzionale[27]; tutt'al contrario, partendo dal presupposto che la Corte

---

indicato nella nota 19; mentre il Prof. Tesauro ha, dal canto suo, messo in rilievo che l'integrazione dell'art. 117 Cost. attraverso la CEDU non escludeva affatto il bilanciamento (e dunque, aggiungo io, la prevalenza) di altro principio costituzionale. Che, inoltre, sotto alcuni profili le novità sottese alle sentenze gemelle fossero più apparenti che reali, venne sottolineato tempestivamente da T. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in www.forumcostituzionale.it, 21 dicembre 2007, il quale pure valorizzava le conseguenze più evidenti (e dirompenti) di queste decisioni.

[24] A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla CEDU e proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme*, cit., 198; il dubbio dell'Autore, tutt'al contrario, è che si stesse assistendo invece a una sorta di interpretazione conforme a CEDU dello stesso complesso di parametri costituzionali pertinenti in materia espropriativa.

[25] S. PENASA, *Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future*, in www.forumcostituzionale.it, 21 dicembre 2008.

[26] Non a caso, il Prof. A. Ruggeri viene richiamato per i suoi studi, e a più riprese, nell'efficace scritto di R.G. CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, 165, cui pure credo si possa fare agevolmente riferimento per avere una disamina puntuale del primo quinquennio successivo alle sentenze gemelle.

[27] Preme precisare che suffragano questa impressione tendenziale le "lenti professionali", ovvero quelle che impongono un approccio anche e necessariamente formale agli schemi di giudizio della Corte, nella prospettiva del diritto costituzionale, e del rapporto tra le fonti del diritto in particolare che se ne può trarre; mentre non è affatto da escludersi che nelle pieghe di alcune decisioni, come potranno aver osservato gli specialisti di altre discipline, il peso dell'insegnamento della Corte di Strasburgo si sia rivelato decisivo, ben prima dei tempi più recenti dei quali darò conto nei parr. 5 e 5.1. Un caso che rinsalda l'impressione di chi scrive è ad esempio quello della sent. n. 93/2010, nella quale la Corte, dichiarando incostituzionale l'*iter* applicativo di misure di prevenzione nella parte in cui non contempla l'udienza pubblica, seguendo lo schema di giudizio fissato nelle sentenze gemelle, e anzi suffragando la valenza di parametro interposto della norma convenzionale («va senz'altro escluso che la norma internazionale convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea, contrasti con le conferenti tutele offerte dalla nostra Costituzione», così recita il punto 7 del *Considerato in diritto*, al secondo cpv.), oltreché dissimulando le divergenze di fondo tra l'approccio seguito nel passato da essa stessa e quello imposto dalla CEDU, finisce in realtà per continuare a fondare la pubblicità dei processi sull'art. 101, comma 1, Cost, anziché sul novellato art. 111 Cost., come ha prontamente rilevato A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 16 aprile 2010. Un terzo caso, non semplice da decifrare in realtà, è quello affrontato nella sent. n. 200/2016, in relazione al noto processo Eternit *bis*, nella quale la Corte – pur sottolineando il difetto di una giurisprudenza europea univoca (peraltro non riferita all'Italia) in merito all'intendimento del *ne bis in idem* in relazione al medesimo fatto (storico, piuttosto che giuridico) e riprendendo pure i propri orientamenti in materia (sent. n. 129/2008) - afferma che «Costituzione e CEDU si saldano, dunque, nella garanzia che la persona già giudicata in via

costituzionale avesse invece elaborato una sorta di vincolo interpretativo all'elaborazione propria di Strasburgo, molti studi della dottrina italiana degli anni successivi al 2007 sono stati dedicati alle tecniche di emancipazione da tale supposto vincolo, da parte della giurisprudenza costituzionale[28]. Se, in effetti, si fosse ricavata dalle sentenze gemelle l'idea che la Corte costituzionale avesse voluto attribuire alla Corte europea il ruolo di un interprete non semplicemente eminente, ma realmente esclusivo della Convenzione, sarebbe stato logico temere, conseguentemente, un forte ridimensionamento del ruolo dei giudici nazionali, Corte compresa, al solo ambito applicativo (giudici configurati talvolta nel dibattito, addirittura, alla stregua di "ripetitori" dell'interpretazione che è la Corte europea a dover fornire); e la stessa Corte ha ad onor del vero pure aggiunto qualcosa in questa direzione, precisando (sent. n. 311/2009) di non poter sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella resa dalla Corte di Strasburgo, altrimenti violandosi un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e ratifica, senza l'apposizione di alcuna riserva, della Convenzione.

E' indubitabile, peraltro, che la Corte costituzionale abbia trovato negli anni parecchie occasioni per qualificare la giurisprudenza europea come non del tutto calzante rispetto alla questione pendente nella sua specifica connotazione, e comunque diverse "vie di fuga" per sottrarsi ad indicazioni altrimenti potenzialmente scomode, o comunque "ingombranti", riaffermando la propria centralità nel giudizio sulle leggi: dapprima, con l'elaborazione del criterio composito (e proprio per questo suscettibile di letture plurime), della massima espansione delle garanzie (anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti), della compenetrazione delle tutele offerte dalle norme costituzionali (compreso l'art. 117, comma 1, in relazione all'art. 6 CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo) e – soprattutto direi di sottolineare, almeno per questa fase della giurisprudenza - della possibilità di valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano (sent. n. 317/2009); un criterio che può voler dire molte cose, e che è stato forse troppo frettolosamente, se pur suggestivamente, inquadrato da alcuni nell'ottica c.d. della tutela "più intensa"[29] per i diritti fondamentali, ovvero della valorizzazione della Convenzione laddove

---

definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio»; e conclude nel senso dell'illegittimità costituzionale per la parte il cui il c.p.p. esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussista un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui sia iniziato nuovo procedimento penale. Lo schema di giudizio, che a prima vista ricorda quello delle sentenze gemelle, letto *funditus* svela un contrasto tra "diritti viventi" (della Cassazione e della Corte europea) e un allineamento (se non altro parziale, perché la Corte viene a precisare che alla definizione di fatto storico concorrono la condotta, l'evento e il nesso causale) alla giurisprudenza di Strasburgo (il diritto vivente nazionale avendo «saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di bis in idem»); cfr. A. GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit* bis, e S. ZIRULIA, Ne bis in idem*: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit* bis *prosegue)*, entrambi in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2016 e 24 luglio 2016.

[28] Come ben sintetizzato nell'Editoriale di F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in www.federalismi.it, fasc. n. 7/2016.

[29] A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in www.forumcostituzionale.it, 22 dicembre 2009. Secondo questa lettura, nell'ipotesi in cui si dimostri che la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, in un caso specifico e a proposito di un dato bilanciamento tra diritti entrambi fondamentali, assicuri una protezione ai diritti in questione più intensa rispetto a quella offerta dalla Carta costituzionale, è possibile, ed in un certo senso doveroso, per la Corte costituzionale fare proprio il

questa appaia idonea a colmare strutturali carenze dell'ordinamento interno e, perciò, ad appagare nel modo più esteso possibile le pretese vantate dai soggetti. Un criterio, se così letto (in realtà la Corte pare ragionare tutto attorno all'art. 111 Cost.), messo in crisi dall'obiezione stringente secondo cui i diritti tendono ad essere "a somma zero"[30] e indebolito anche da un rischio di contraddizione con le indicazioni del 2007, nel senso che il bilanciamento tra interessi in gioco non sarebbe più, necessariamente, bidirezionale (con eventuale assoggettamento, quindi, della Convenzione alla Costituzione, ovvero agli ulteriori interessi da quest'ultima tutelati, accanto a quelli relativi ai diritti), ma rischierebbe di divenire "a senso unico", ovvero di favorire sempre e comunque la lettura dei diritti fondamentali operata a Strasburgo, che troverebbe un ingresso "spalancato" sul terreno del diritto interno.

Poi la Corte costituzionale opererà con un abile stratagemma linguistico nel 2011, venendo a coniare l'espressione del "margine di apprezzamento e di adeguamento" (sent. n. 236/2011): essa stessa si ritiene legittimata a valutare come e in misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento interno, apprezzando la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, sì da rispettarne la sostanza (ciò che la Corte, in definitiva, non manca di fare), ma potendo tener conto delle peculiarità del contesto in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi; e così, se non può prescindere dall'interpretazione della Corte europea, la nostra Corte può nondimeno interpretarla a sua volta (sent. n. 303/2011), finendo per smarcarsi da una prospettiva (che sembrava, invero, troppo radicale) di aderenza totale al prodotto ermeneutico proveniente da Strasburgo, ed evitando al contempo l'anomala configurazione di un principio di "soggezione" del giudice a un'interpretazione stringente proveniente da una Corte sovranazionale. Con una specie di gioco di parole, quel criterio ("margine di apprezzamento") che normalmente serve alla Corte di Strasburgo per evitare la condanna di uno Stato (concedendogli, appunto, un margine di errore), diventa elemento decisivo per riconquistare terreno da parte della Corte costituzionale e riprendere conseguentemente autonomia di giudizio da esercitare in concreto.

Ancora, la Corte costituzionale ribadirà più volte la necessità di una verifica, ad essa spettante, della compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione, tornando quindi idealmente e coerentemente all'idea di bilanciamento tra interessi propugnata nelle decisioni del 2007; bilanciamento che tra l'altro, per la prima volta, con la sent. n. 264/2012, vedrà prevalere "interessi antagonisti, di pari rango costituzionale" rispetto a quelli già apprezzati dalla Corte europea nel discusso caso *Maggio e altri c. Italia*, del 2011, sul terreno delle leggi retroattive di interpretazione autentica (*infra*, par. 5.1). Ancora, dello svolgimento di un (proprio) infungibile ruolo, volto ad effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali – in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie esistenti di tutti i diritti e di tutti i principi

---

livello di tutela (appunto, "più intensa") offerto a livello sovranazionale, mirando alla massima espansione delle garanzie ed "accantonando", nella fattispecie, la disposizione costituzionale rilevante.

[30] R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 1/2015, 12, nel senso che l'aumento di tutela assicurato ad un diritto comporta una diminuzione per un altro (lo stesso concetto di "bilanciamento" esprimerebbe questo aspetto della gestione quotidiana dei diritti in cui si adoperano i giudici di tutto il mondo); rappresenterebbe dunque una pietosa menzogna l'affermazione della Corte, riscontrabile nella stessa sent. n. 317/2009, punto 8 del *Considerato in diritto* secondo cui «un incremento di tutela della CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali».

rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca – ragionano un po' enfaticamente ad esempio la sent. n. 202/2013 e altre pronunce del medesimo frangente (sent. n. 191/2014); della necessità di riconoscere che il sistema di garanzia della Convenzione mira a rafforzare la protezione offerta a livello nazionale, senza mai imporle limitazioni – essendo dunque da escludere che disposizioni maggiormente garantiste di diritto interno possano venir ritenute costituzionalmente illegittime, in nome dell'esigenza di rispetto di norme della CEDU, o della loro interpretazione da parte della Corte di Strasburgo – è espressiva l'ord. n. 223/2014. Ma il culmine del percorso di affrancamento da quanto affermato nel 2007 dai Giudici della Consulta (o da quanto si è preteso di ricavare dalle sentenze gemelle) è probabilmente rappresentato dalla sent. n. 49/2015, investita non a caso, anch'essa, da una mole imponente di riflessioni in sede scientifica.

Come si sa, e in estrema sintesi, la Corte in questa occasione ha manifestato una posizione decisamente elaborata, cercando di fornire dei criteri mediante i quali ricavare la portata della giurisprudenza europea, un'operazione che per i giudici diventa preliminare rispetto allo stesso tentativo di interpretazione conforme a Convenzione, nonché prodromica all'eventuale rilevazione di un dubbio di costituzionalità; a tal fine, attinge a categorie proprie dell'esperienza europea, quella di "diritto consolidato" (dell'assenza del quale vengono enucleati indici sintomatici) e l'altra di "sentenze-pilota", applicandone però logiche (tipiche da giudice di *civil law*) e traendone conclusioni (nel senso di un vincolo di recepimento della *norma* individuata a Strasburgo, se essa riflette un orientamento consolidato[31], superabile soltanto per il tramite dell'incidente di costituzionalità, che avrebbe però a questo punto come riferimento la legge n. 848/1955, di ratifica ed esecuzione della Convenzione) le quali hanno immediatamente destato perplessità in dottrina[32]: l'opera che si richiederebbe all'interprete della giurisprudenza della Corte europea appare infatti molto (più) complessa, fra l'altro tale da non condurre a risultati incontrovertibili, se ben si conoscono i meccanismi di funzionamento del sistema Strasburgo, ed ha prodotto in effetti difficoltà non indifferenti nelle applicazioni giurisprudenziali (*infra*, parr. 5.1 e 6, in riferimento alla vicenda de Tommaso) oltre che "puntualizzazioni" da parte della stessa Corte europea[33]. Inoltre è l'idea del predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU[34], parafrasando la Corte la quale richiama le sentenze gemelle senza che, in realtà, l'espressione in queste già comparisse, a non

[31] Altrimenti, in mancanza di diritto consolidato - scrive la Corte al termine del punto 7 del *Considerato in diritto* - il solo dubbio del giudice è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale.

[32] Cfr. le tempestive osservazioni di V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 2/2015.

[33] E' V. SCIARABBA, nella sua recente monografia *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, a rilevare, al cap. VII, come la Corte EDU abbia "risposto" alla Corte italiana il 25 giugno 2018, con la sentenza della Grande Camera *G.I.E.M. e altri c. Italia*, laddove si sottolinea che le sentenze della Corte europea hanno tutte lo stesso valore giuridico, non potendo dipendere il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa dal collegio giudicante che le ha pronunciate.

[34] D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015, sottolinea come venga ricostruito dalla Corte un inedito 'combinato disposto' tra artt. 101, comma 2 e 117 Cost., strumentale ad affermare che corrisponde a una primaria esigenza di diritto costituzionale il fatto che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo, rischiandosi di svilire lo stesso valore *sub*-costituzionale che era stato ricondotto alla CEDU e alla giurisprudenza della sua Corte a partire dalle sentenze gemelle.

convincere appieno, rischiando di svilire quella stessa connotazione positiva della CEDU, che pure non manca nella sent. n. 49/2015, nei termini di strumento preposto a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie e a valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani e salvaguardarne l'effettività[35]; si torna, insomma, al dilemma di fondo, di dar voce o meno agli obiettivi "alti" della CEDU e del contesto nel quale essa è stata scritta (un'unione sempre più stretta attorno a valori comuni) - obiettivi che pure hanno convissuto almeno inizialmente con altri (la stabilizzazione dei regimi, piuttosto che l'integrazione[36]) - ma che richiederebbero una visione certo non piramidale dei rapporti che possono predicarsi con le Costituzioni nazionali ma più flessibile, improntata a un differente paradigma, che quantomeno prenda in considerazione la prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento dei rapporti medesimi[37].

Si assisterà, per vero, più di recente, ad un ridimensionamento, a mio avviso assai opportuno, di queste punte di vanità, mi verrebbe da chiamarle, della nostra Corte, e ad esso mi dedicherò più avanti, nello sviluppo del lavoro; del resto, che la stessa nostra Corte avesse bisogno di un qualche meccanismo, magari enunciato meglio[38], che consentisse di enucleare d

alla giurisprudenza di Strasburgo quelle pronunce soltanto che ne riflettano uno stato consolidato, sì da compiere su quella base l'eventuale controllo di costituzionalità della norma CEDU, è stato pure messo opportunamente in luce[39]. Ciò che però preme adesso sottolineare, nell'ottica di questa relazione, è che – sia accedendo alla ricostruzione che ho cercato di proporre (uso "apparente" del parametro convenzionale), sia preferendo l'impostazione che mi parrebbe accolta dai più (uso "effettivo", potremmo dire, ma temperato dalle varie formule e dai criteri messi in campo a seguire le sentenze gemelle), la Corte tra il 2007 e il 2015 rinsalda l'idea dell'accentramento (per meglio dire, della centralità) del proprio operato a scapito dell'influenza soggettiva-esterna e anche sul piano oggettivo (delle fonti) del giudizio che ha da compiere.

2.1. *(*segue*): il peso dell'art. 6 CEDU, nell'economia del giudizio della Corte di Strasburgo, e i riflessi sul sistema italiano*

Un aspetto di dettaglio sul quale forse vale la pena di riflettere, almeno brevemente, è rappresentato dalla mole di giudizi, e anche di condanne, che sono venuti nel tempo per il nostro

[35] A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 172.
[36] Utilissimo, in tal senso, lo studio di O. POLLICINO, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 31 gennaio 2012.
[37] Che la ricostruzione prediletta dalla nostra Corte, nella sent. n. 49/2015, sia espressiva di un "patriottismo" costituzionale ingenuo e infecondo, è affermato da A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. n. 2/2015; le aporie di costruzione dei rapporti interordinamentali da parte dei Giudici della Consulta con la giurisprudenza europea nel suo complesso sono spesso ben evidenziate nei lavori dell'Autore, ad es. in A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XXI, *studi dell'anno 2017*, Torino, 2018, 285, spec. 400 ss.
[38] Cfr. tuttavia G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost*., 2015, 411, nel senso che la sent. n. 49/2015 non fosse destinata a stravolgere una sistemazione faticosamente acquisita, quanto piuttosto a spiegare efficacia nelle ipotesi (invero residuali) di dissensi interpretativi non componibili perché rivelatori di disaccordi sistemici o strutturali tra Costituzione e CEDU.
[39] M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in www.questionegiustizia.it, 10 luglio 2018, secondo cui il minimo che si deve richiedere prima di provvedere la Corte nel senso della declaratoria di illegittimità costituzionale è la ragionevole certezza che l'orientamento della Corte EDU non muterà.

Paese ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. Apparentemente eccentrico, rispetto alla presente trattazione, mi pare invece che questo profilo offra qualche spunto per considerare le reazioni complessive del giudice italiano, comune e costituzionale, rispetto all'unico canale che il nostro ordinamento contempla per rimettere in discussione "dall'esterno" sia le applicazioni di norme processuali che si siano consolidate attraverso una pronuncia passata in giudicato, sia la stessa mancanza di accesso a un giudice, come ancora i tempi complessivi che sono occorsi per addivenire a una decisione, tutte facce del prisma sintetizzato nella formula del diritto al processo equo che campeggia nella CEDU. Le statistiche ufficiali messe a disposizione dalle strutture di supporto della Corte di Strasburgo, riferite all'arco temporale 1959-2018, mettono in evidenza dati significativi, "pesanti", a scapito del nostro Paese, che se si colloca ai primissimi posti della non esaltante graduatoria degli Stati membri del Consiglio d'Europa che svettano per numero di violazioni conclamate alla Convenzione (valutate nel loro insieme), conquista decisamente la seconda piazza, dietro la Turchia, per i *vulnera* all'art. 6, divenendo vera e propria "maglia nera" in ordine al "*length of proceedings*"[40], davanti a Paesi comunemente annoverati tra i più problematici, dal punto di vista del rispetto dei diritti umani (Russia, Ucraina, Romania); anche se poi il dato si ridimensiona moltissimo venendo all'ultimo periodo messo a fuoco dai *reports*[41].

L'elemento numerico, nella sua brutalità, potrebbe lasciar supporre una qualche suscettibilità, degli operatori di diritto interni, emergente dal 'seguito' ai ricorsi vittoriosi in sede europea. E invece. Alcune vicende relative al mancato rispetto del diritto al contraddittorio (a sua volta molto ampio, e nelle pieghe del quale si apprezzano violazioni varie dell'equo processo) sono talmente note e per così dire emblematiche di una reazione virtuosa del nostro ordinamento, nella sua componente giudiziaria, da meritare l'approfondimento che seguirà al par. 3. Altre vicende, ad esempio quelle relative alle condanne emesse in contumacia, che avevano condotto non tanto a censure in sede europea all'operato del giudice italiano, quanto a rivelare problematiche annodate nella struttura stessa delle norme processuali, hanno portato dapprima a una vivace dialettica a distanza, nel triangolo Corte di cassazione-Corte EDU-Corte costituzionale[42], e poi a modifiche

[40] L'Italia ha infatti inanellato ben 1.495 condanne ai sensi dell'art. 6 CEDU, nell'arco temporale in cui ha operato la Corte europea, prima e dopo la grande riforma del 1998 e fino a tutto il 2018, includendo il "*right to a fair trial*" e il "*non-enforcement*"; di tutte queste condanne, 1.194 riguardano la durata del procedimento. Il dato si apprezza, credo, anche nel confronto con le condanne complessivamente subite dal nostro Paese, nel medesimo arco temporale (1.830), che a loro volta costituiscono oltre il 10% delle pronunce della Corte, rivolte alla generalità dei Paesi, e nelle quali sia stata riscontrata almeno una violazione (18.187).

[41] I dati presenti in *The Court's Annual Report* 2018, infatti, sommano appena 2+1+2 condanne nello spettro dell'art. 6 CEDU, per un totale di 5 su 11 complessive condanne del nostro Paese (a fronte di un totale di 4.665 cause che erano pendenti contro l'Italia al 1° gennaio 2018, poi scese leggermente (4.050 al 1° gennaio 2019)); dati che si direbbero incoraggianti, per un verso, e rivelatori in ogni caso della centralità dell'art. 6 CEDU nel ventaglio dei diritti proclamati e che attendono ancora una compiuta realizzazione. Certo, per valutare appieno i dati statistici, bisognerebbe scomporli alla luce di vari elementi, anche di natura molto diversa tra loro (la popolazione residente in ciascun Paese, l'eventuale decisione amichevole sui ricorsi, piuttosto che i vari filtri messi in campo dalla stessa Corte, dalla pronuncia di rito fino al recente motivo di irricevibilità rappresentato dalla mancanza di un pregiudizio significativo che il ricorrente possa lamentare di aver subito (con le interpretazioni che la Corte ne viene dando); e comunque, un qualche rilievo ai dati può riconoscersi, quali indici presuntivi di un certo andamento delle relazioni tra Corte e Stati membri della Convenzione.

[42] Per una ricostruzione della vicenda, che dal punto di vista del costituzionalista era culminata nella sent. n. 317/2009, già menzionata al par. precedente, mi permetto di rinviare a E. MALFATTI, *Le Corti e il processo in contumacia, tra problemi di metodo ed esigenze del merito*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 279.

legislative di notevole rilievo[43], dunque ad una risposta tempestiva delle nostre assemblee parlamentari, sì da appianare alla base[44] un elemento di criticità che in un frangente temporale precedente risaltava particolarmente. La stessa annosa questione della ragionevole durata del processo, pur capace di alimentare in una certa fase una sorta di duello a distanza tra la Corte di cassazione e quella di Strasburgo, anche dopo la riforma costituzionale dell'art. 111 e altresì dopo l'entrata in vigore della c.d. legge Pinto (legge n. 89/2001), per il diverso intendimento di elementi decisivi per determinare, in concreto, quando la durata del processo debba comunque ritenersi eccessiva, e della stessa tipologia dei rimedi che si debba cercare di approntare, sembra venire ricomporsi nei tempi recenti attraverso una maggiore duttilità del giudice italiano, Corte costituzionale compresa (v. par. 5); una sua acquisita capacità, insomma, di *tener conto* degli orientamenti del Giudice sovranazionale.

Quel che qui preme evidenziare, nell'insieme, è il fatto che non si sia prodotta una conflittualità troppo forte tra diversi ordini di giurisdizioni, che invece l'esperienza di ordinamenti i quali contemplano un ricorso individuale diretto all'organo di giustizia costituzionale talvolta mette in rilievo, se non nell'immediato - ché, anzi, la capacità di un sistema di offrire una più tempestiva *chance* di tutela dei diritti fondamentali fa premio sul dedalo di sedi decisionali e sulle sue potenziali criticità[45], potendosi saltare il raccordo Corte/giudici di merito tipico della via incidentale - almeno nel medio periodo[46]; una conflittualità che naturalmente il sistema italiano non può segnalare al suo interno[47], ma che in astratto si poteva invece immaginare di cogliere, tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo. Forse il fatto che quest'ultimo giudizio avvenga *a posteriori*, ma soprattutto "all'esterno" della dinamica ordinamentale di casa nostra, ha aiutato ad evitare tale ipotetica ragione di crisi, alla fine l'eventuale dichiarazione di violazione della Convenzione essendo rivolta contro lo Stato italiano nella sua globalità, e non rappresentando neanche

[43] Dopo la legge n. 60/2005, già approvata alla luce delle sollecitazioni sovranazionali, la legge n. 67/2014 è intervenuta ancora più incisivamente, sopprimendo l'istituto del giudizio in contumacia e consentendo il processo *in absentia* a condizioni molto rigorose, nell'ottica di evitare *a priori* che si celebrino processi nei confronti di soggetti inconsapevoli; sul tema, tra gli altri, G. CANZIO, *Il processo in absentia a un anno dalla riforma: ricadute sui giudizi d'appello e di Cassazione*, in *Dir. pen. e proc*., 2015, fasc. 7, 873.

[44] Pur senza superarlo del tutto. Le più recenti vicende giurisprudenziali hanno visto comunque la Corte europea "dalla parte" della Corte costituzionale, come dimostra la vicenda *Huzuneanu c. Italia* del 2016 (avviatasi sotto il vecchio regime della contumacia), commentata da N. CANESTRINI, *"Quousque tandem abutere, catilina, patientia nostra?". Da Strasburgo una nuova condanna per la disciplina del processo contumaciale italiano*, in *Cass. pen*., 2017, 362; e poi la Corte costituzionale "in linea" con la giurisprudenza europea, a dichiarare l'inammissibilità di una questione impostata sulla legge di riforma del 2014 (Corte cost., sent. n. 31/2017, commentata da A. COSSIRI, Processo in absentia*: è inammissibile la questione che mira ad ottenere una pronuncia additiva in ordine alla notifica personale della* vocatio in iudicium, in *Quad. cost*., 2017, 495).

[45] Secondo la felice espressione di R. NANIA, *Diritti tra Costituzione e tutele sopranazionali*, in ID., (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, 43, sotto questo profilo il nostro sistema presenta uno «scompenso competitivo» rispetto ad esperienze giuridiche anche molto affini.

[46] Per la vicenda spagnola, G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e Spagna*, Torino, 2005; più recentemente U. ADAMO, *L'"amparo constitucional" in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta online*, fasc. n. 3/2015.

[47] All'opposto, P. Carrozza, in P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 699-701, metteva lucidamente in rilievo come l'aver scelto l'ordinamento italiano quale strada maestra il giudizio in via incidentale, e poi soprattutto la concreta esperienza di quest'ultimo, ha favorito un buon grado di collaborazione, tra giudici costituzionali ed altri giudici, con una Corte dalla "mente sgombra" da altre tensioni che può dedicarsi a perfezionare le regole relative alle proprie funzioni.

implicitamente uno stigma della singola vicenda processuale in sé e per sé considerata (la Corte EDU precisando spesso di non essere né di poter diventare un quarto grado di giudizio)[48].

3. *Un caso di utilizzo più pregnante degli insegnamenti di Strasburgo, e le aspettative da esso ingenerate*

Prima di passare all'esame del periodo a noi prossimo, vengo a porre l'attenzione sui significati della sent. n. 113/2011 e sulle aspettative ulteriori che essa ha ingenerato; la Corte costituzionale infatti, per il tramite di questa specifica pronuncia, è sembrata giungere a un uso più pregnante della Convenzione, per un verso rispondendo idealmente e in positivo, alla Corte di Strasburgo, su un ulteriore grande fronte critico dei rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU (la riapertura del giudizio penale dopo una sentenza di condanna *ex* art. 6 della Convenzione, nel contesto dell'amplissima casistica, lo si è appena ricordato, generata dalla violazione delle norme sull'equo processo) dopo quello parimenti annoso dell'entità delle indennità di esproprio sul quale si erano soffermate le sentenze gemelle; e per un altro verso, più in particolare - poiché il parametro dell'art. 117 Cost., diversamente da quanto era accaduto con le sentenze gemelle, stavolta viene vivificato da una norma chiave per il funzionamento del sistema convenzionale, l'art. 46 CEDU, il quale, come noto, prevede l'obbligo di conformazione alle sentenze di condanna provenienti da Strasburgo[49] - trovandosi la Corte a misurare con il problema specifico del 'seguito' da dare alle pronunce che censurassero quanto avvenuto in quella sede specifica che è il giudizio comune (civile, penale, amministrativo)[50], e pertanto col ruolo da riconoscere al giudice nazionale, rimesso potenzialmente "in campo" dalle necessità correlate all'ordine di *restitutio in integrum*.

Con la sent. n. 113/2011, che chiude la lunga *querelle* cui ha dato vita la vicenda di Paolo Dorigo[51], da più parti e autorevolmente è stato messo in luce come, al di là della singolare tecnica decisoria, difficilmente sussumibile in una di quelle fin lì coniate dalla dottrina, nella sostanza si sia trattato di una pronuncia capace di scardinare il dogma del giudicato penale, per la prima volta ritenuto "cedevole" innanzi la pronuncia europea divenuta definitiva, e di aprire prospettive in precedenza impensabili; prospettive, tra l'altro, probabilmente più avanzate di quelle sin qui maturate nell'orizzonte "eurounitario", se è vero che la necessità di contenere le spinte – pure

[48] Per un approfondimento cfr. C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio*, cit., *passim*.

[49] Che la disposizione dell'art. 46 CEDU fondi a sua volta l'autorità di *res iudicata* delle sentenze rese dalla Corte EDU relativamente allo/agli Stato/Stati in causa ed alla controversia decisa dalla stessa Corte europea, è affermato a chiare lettere dalla Corte costituzionale nella più recente sent. n. 120/2018, punto 13.4 del *Considerato in diritto*, pronuncia che prenderò in considerazione al par. 4.1. sul tema del valore da riconoscere alla Carta sociale europea.

[50] Sul tema, tra gli altri, G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al doppio binario*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 1075; ID., *Ruolo ed effetti delle decisioni della Corte EDU negli ordinamenti europei: problemi e prospettive,* in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio*, cit., 205; e più recentemente R. LUGARÀ, *Esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo e limite del giudicato*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia*, cit., 95.

[51] Mi permetto di rinviare a E. MALFATTI, *Quando perseverare* non è *diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1239.

affiorate[52] - volte a estendere l'area della "cedevolezza" del giudicato rispetto alle pronunce della Corte di giustizia è stata predicata a più riprese dagli studiosi specialmente processualcivilisti, onde preservare la certezza del diritto, e rendendosi altrimenti difficilmente giustificabile il diverso trattamento riservato alle sentenze della Corte costituzionale (di per se sole inidonee a scardinare il giudicato, eccetto che nella peculiare area delle intervenute condanne penali, attesa la prescrizione dell'art. 30, comma 4, legge n. 87/1953) rispetto al diritto di derivazione europea[53]. Come ho già avuto modo di sottolineare, non solo la nostra Corte è pervenuta ad introdurre nell'ordinamento italiano un'ipotesi di revisione *sui generis*, non espressamente prevista dall'art. 630 c.p.p. e tuttavia comportante l'obbligo di riapertura del processo; ma, altresì, ha arricchito la motivazione con una indicazione di carattere generale che mi è parsa estremamente significativa – relativa al venir meno degli effetti preclusivi del giudicato, se fossero compromesse garanzie attinenti ai diritti fondamentali – e che mi ha spinto ad affermare come quella tracciata dalla Corte potesse leggersi nel senso di una soluzione che travalica gli orizzonti della revisione del giudizio, abbracciando quantomeno la cattiva applicazione delle regole processuali nel loro complesso[54].

L'ulteriore sottolineatura della Corte secondo la quale, posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente ai diritti fondamentali –, la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio, pareva addirittura un viatico per ulteriori interventi sull'architettura di giudizi diversi da quello penale[55]; ma, come certamente è ben noto, tali "attese" sono andate, almeno in parte, deluse sul fronte del processo amministrativo, giacché la successiva sent. n. 123/2017, intervenendo sulla complessa vicenda dei c.d. medici a gettone dell'Università Federico II di Napoli, che pure aveva innescato un percorso di condanne a Strasburgo *ex* art. 6 CEDU e dunque evidenziato un analogo "cortocircuito"[56], ha stabilito a chiare lettere come la conclusione cui essa stessa era giunta con la sent. n. 113/2011 non potesse considerarsi valida al cospetto di contenziosi amministrativi. L'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU,

[52] Si pensi al famoso caso della sentenza Lucchini, ove però rilevavano competenze esclusive della UE, sulla quale, fra i molti commenti, C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della* res iudicata *nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it*., 2009, 2835. Fondamentale in quest'ambito, credo rimanga lo studio di R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, pubblicato in *Astrid*, 11 gennaio 2010, n. 106.

[53] La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza C-213/13, 10 luglio 2014, Pizzarotti, è poi intervenuta sull'annosa questione relativa all'incidenza del diritto dell'Unione europea sul giudicato interno, precisando che il giudicato interno è intangibile anche se la sentenza è contraria al diritto UE, a meno che il diritto nazionale non permetta di completare la sentenza definitiva (attraverso la cosiddetta formazione progressiva del giudicato) o ritornare sulla decisione; questo perché il diritto UE, nel rispetto dell'autonomia degli Stati e in assenza di una normativa europea in materia, non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne sul valore del giudicato.

[54] Perché tali garanzie, prosegue la Corte nella sent. n. 113/2011, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 CEDU, trovano ampio riscontro nel testo dell'art. 111 Cost.; si rinvia a E. MALFATTI, *Ancora sul "seguito" alle condanne decise a Strasburgo: un problema (e una sfida) per la Corte costituzionale*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, 258-259.

[55] Cfr. R.G. CONTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte Edu nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2017; A. RANDAZZO, *A proposito della sorte del giudicato amministrativo contrario a pronunzie della Corte di Strasburgo (note minime alla sent. n. 123 del 2017 della Corte costituzionale)*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2017.

[56] La vicenda è risultata davvero molto articolata, giacché il Consiglio di Stato era stato adito dai ricorrenti vittoriosi a Strasburgo in sede di revocazione (e qui l'Adunanza plenaria ha sospeso il giudizio rimettendo la questione poi decisa dalla Corte costituzionale con sent. n. 123/2017); successivamente alla sent. n. 123/2017, inoltre, lo stesso giudice amministrativo era stato sollecitato a rimettere ulteriore questione alla Corte o a differire ancora il proprio giudizio in attesa di un'altra pronuncia della Corte - in ordine al discusso profilo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, con l'impossibilità di "riassumere" o proseguire il giudizio davanti al giudice ordinario - che sarà poi l'altrettanto nota sent. n. 6/2018 (qui invece l'Adunanza plenaria ha rifiutato la prospettiva dei ricorrenti, ritenendo di avere già esplorato tutti i profili di compatibilità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395-396 c.p.c.).

in estrema sintesi, avrebbe un contenuto variabile, e la riapertura del processo solo in circostanze da valutarsi da parte dei singoli Stati si appaleserebbe quale misura più appropriata per pervenire alla *restitutio in integrum*. Non solo, la successiva ord. n. 19/2018 ha dichiarato inammissibile per carenza di motivazione, un'ulteriore questione sollevata dal medesimo Consiglio di Stato, in diversa composizione, che tornava ad evidenziare le criticità del diritto processuale interno rispetto all'art. 46 CEDU, e ancora la sent. n. 93/2018 ha esteso il proprio ragionamento al processo civile, pur restituendo il senso di un'attenzione della nostra Corte ad una giurisprudenza europea *in progress*, sul punto della riapertura del processo, e non tralasciando neppure – con espressione invero obliqua - l'auspicio finale di un intervento del legislatore[57].

Il problema del 'seguito' da dare alle pronunce della Corte europea, ovviamente, è importante anche al di là della tematica specifica della riapertura del processo, attesi fra l'altro i dati che si possono estrapolare dall'ultimo **rapporto** annuale sull'**esecuzione** delle sentenze della Corte EDU che, fin dal 2007, il **Comitato** dei **Ministri** del **Consiglio d'Europa** mette a disposizione di tutti; ebbene, anche qua i numeri che riguardano l'Italia non sono trascurabili[58], talvolta ben maggiori di quelli inanellati da Paesi, ad esempio il Regno Unito, che anche di recente si erano additati per vicende di difficoltosa o mancata conformazione alle decisioni di Strasburgo[59], e interrogano fortemente sugli strumenti, da mettere a punto nell'ordinamento interno, sì da dare riparazione effettiva alla violazione dei diritti fondamentali che sia stata accertata definitivamente a livello sovranazionale. Non basterà, credo, continuare a ripetere che la Convenzione lascia liberi gli Stati di scegliere le modalità con cui soddisfare l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea, cosicché le stesse avrebbero una valenza meramente dichiarativa anche quando condannino lo Stato contraente a pagare un risarcimento al ricorrente (ipotesi, come noto, molto frequente, ma affiancata da un ventaglio di richieste ulteriori agli Stati soccombenti in giudizio, da quella di adozione di misure generali, o perfino dall'indicazione dei rimedi specifici, atte/i a rimuovere le cause della violazione riscontrata e a introdurre un rimedio interno efficace,

[57] Appare molto interessante, e ad essa si rinvia, la formulazione pur stringata della sent. n. 93/2018, punti 4, 5, 6 del *Considerato in diritto*; cfr. C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, fasc. n. 18/2018, che ricostruisce accuratamente il percorso della Corte, evidenziando infine come il problema persista e si possa comunque enucleare una progressione nello stesso ragionamento della Corte, tenute insieme le pronunce del 2017 e 2018.

[58] Pur in un contesto più generale nel quale crolla il numero di casi ancora "pendenti" (dopo una pronuncia definitiva); segno che, scrive M. CASTELLANETA nel suo documentato *blog* il 29 aprile 2019, le modifiche predisposte dopo la Conferenza di Interlaken del 2010 al sistema di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sta funzionando: nell'ultimo periodo, come risulta dal *12th Annual Report of the Committee of Ministers* (reperibile in www.coe.int), sono stati chiusi ben 2.705 casi, con la conseguenza che il numero di affari ancora pendenti all'1.1.2019 (6.151) è il più basso dal 2006. Anche per quanto riguarda l'Italia per i casi pendenti si assiste a un evidente miglioramento, Roma arrivando a quota 245 (389 nel 2017). Sempre per l'Italia, tuttavia, la supervisione rafforzata è stata prevista per 2 casi, quella *standard* per 6, con un totale di 8 *leading cases* rispetto ai 6 del 2017. Per i casi seriali, il totale è di 40 a fronte dei 34 del 2017. Sul fronte degli indennizzi versati, se l'Italia migliora la sua posizione avendo dovuto corrispondere 9.792.285 euro a fronte degli oltre 12 milioni del 2017, il Paese resta su una posizione negativa, svettando al terzo posto nella classifica degli Stati che hanno dovuto concedere i maggiori indennizzi (e su un totale di 68.739.884 euro concessi nel 2018 dalla Corte EDU).

[59] Su tali vicende cfr. A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le* resistenze *nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost*., 2017, 851.

all'adozione di sentenze-pilota[60]); se la Convenzione va "presa sul serio", il nodo è ineludibile e andrà prima o poi dipanato[61].

4. *Una tecnica di sostanziale neutralizzazione della CEDU: l'"assorbimento" del parametro interposto*

Dunque la sent. n. 113/2011 sembrava destinata a rimanere una pronuncia isolata, assolutamente peculiare, incapace di segnare un nuovo corso nella giurisprudenza costituzionale nel senso di un'apertura importante alle influenze degli orientamenti della Corte di Strasburgo. Un altro aspetto della giurisprudenza medesima che suggeriva fino a qualche tempo addietro una valutazione in termini di sostanziale annacquamento della forza propulsiva della CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo - nonostante il rilievo peculiare tra le fonti del diritto che dovrebbero implementare il giudizio della nostra Corte, riconosciuto sin dal 2007 e mai apertamente sconfessato da quest'ultima – è forse meno evidente da cogliere, o comunque senz'altro non è immediato, perché riposa su un determinato utilizzo del parametro convenzionale, che personalmente avevo cercato di mettere in luce in un precedente studio[62]; ovvero, si evidenzia attraverso la tecnica dell'"assorbimento" del suddetto parametro, che si è avuta sistematicamente per alcuni anni, allorché la Corte dovesse pervenire all'accoglimento di importanti questioni di costituzionalità le quali avrebbero potute essere alimentate anche attraverso la giurisprudenza europea, pure specificamente rivolta all'Italia, ma a fronte delle quali la Corte italiana ha preferito valorizzare soltanto il parametro costituzionale. Questa scelta mi era parsa tutto sommato sfuggente, diluita com'era nel contenitore più ampio delle pronunce costituzionali che facevano invece chiaro riferimento alla CEDU, non per accogliere la questione ma viceversa per rigettarla o addirittura dichiararla inammissibile; e anche un po' scivolosa, non potendosi certo dimostrare che il vero, o l'unico, obiettivo della Corte, fosse quello, appunto di "neutralizzare" la Convezione; di più, era un *modus operandi* controbilanciato da frequenti richiami all'art. 6 CEDU, nel "settore" del processo iniquo (*infra*, par. 5). Mi era sembrata tuttavia, e infine, una scelta importante da portare allo scoperto per ragionare degli assetti delle relazioni "da lontano" tra Roma e Strasburgo.

Lo spunto mi era stato suggerito dalla sent. n. 286/2016, secondo la quale, pur in un ambito (attribuibilità del cognome materno *anziché* di quello paterno) in cui la Corte europea aveva inciso

---

[60] Si rinvia allo studio di L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la giustizia del caso singolo*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, 2019, 83 e, volendo, a E. MALFATTI, *L'interpretazione conforme nel "seguito" alle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, vol. II, 1288; nella dottrina processualistica v. anche V. RASCIO, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. esec. forz*., 2017, 417.

[61] Un importante contributo – pur maggiormente focalizzato sulle "risorse" potenziali del giudizio amministrativo - è venuto, da ultimo, da M. LIPARI, *L'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisdizione amministrativa tra margine di apprezzamento nazionale ed effettività del diritto di difesa:* restitutio in integrum, *ottemperanza, revocazione e autotutela doverosa*, in *Il Processo*, 2019, fasc. 2, 265, che discute criticamente gli argomenti sviluppati in giurisprudenza (ad es. Cons. Stato, 11 giugno 2015, n. 2866) ed espressi dalla dottrina processualistica (E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2018, 711) nel passato anche recente.

[62] E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017.

significativamente con una pronuncia di condanna del nostro Paese (*Cusan e Fazzo c. Italia* del 2014, e non per violazione di norme processuali ma sostanziali della CEDU), e venendo oltretutto la Corte costituzionale a ribaltare un proprio precedente nel senso dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa di analoga questione (nel caso, la sent. n. 61/2006), il richiamo alla pronuncia del Giudice europeo si risolve infine in una mera *cornice* [l'espressione è adoperata testualmente dalla Corte per ricordare il processo di valorizzazione del diritto all'identità personale – posto in discussione nel giudizio in via incidentale vertente su questione analoga (attribuibilità *anche* del cognome materno) – pure nel sistema convenzionale], che non arricchisce la trama del quadro riempito dai Giudici della Consulta: sono presenti cioè nel corpo della decisione, sia pure in estrema sintesi, gli argomenti adoperati a Strasburgo, ma infine la censura relativa all'art. 117, comma 1, Cost., è dichiarata assorbita, a vantaggio di un impianto della decisione, che poggia tutto, almeno in apparenza, sui consolidati parametri degli artt. 2, 3 e 29, comma 2, Cost. (violazione, appunto, del diritto all'identità personale, oltreché irragionevole disparità di trattamento tra i coniugi).

Di più, la pronuncia in questione era già stata affiancata da altre importanti pronunce, tramite le quali la Corte ha indubbiamente spostato in avanti l'asticella della tutela dei diritti fondamentali in materie sensibili [una vicenda altrettanto nota che aveva condotto la Corte a un *revirement*, ad esempio, era stata quella del riconosciuto accesso alle origini biologiche da parte dell'adottato (sent. n. 278/2013), all'indomani della sentenza *Godelli c. Italia* del 2012, con cui la Corte europea a sua volta era intervenuta dopo la sent. n. 425/2005 della Corte costituzionale, dichiarativa addirittura dell'infondatezza (v. par. 6); o ancora, un altro esempio era reperibile nella sent. n. 96/2015 che aveva, in materia di accesso alla diagnosi c.d. preimpianto dell'embrione in utero, aperto un varco alla fruibilità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche, all'esito di *Costa e Pavan c. Italia* del 2012[63], e qualche anno più tardi dell'ord. n. 369/2006, pur riferita alla diversa ipotesi delle coppie sterili], senza marcare però il ruolo assunto per ciascuna di esse dagli approdi della giurisprudenza europea, bensì evidenziando soltanto i principi costituzionali che imponevano un cambio di marcia, senza che fossero ben decifrabili le ragioni del mutamento di prospettiva[64]; e infine, in relazione ad altra vicenda importante in materia di procreazione medicalmente assistita, sul punto del divieto di fecondazione eterologa demolito con sent. n. 162/2014, erano stati nuovamente assorbiti i motivi di censura (ri)formulati da uno dei tre remittenti in riferimento all'art. 117 Cost., nonostante la Corte avesse precedentemente ed espressamente chiesto ai giudici *a quibus*, con l'ord. n. 150/2012, una rivalutazione della questione proprio alla stregua dell'evoluzione della giurisprudenza europea[65].

[63] Il cui specifico 'seguito' davanti al giudice comune è stato già evidenziato alla nota 13.

[64] Ma N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 4/2017, rileva che forse l'assorbimento del parametro europeo si spiega perché "altri" (rispetto alla giurisprudenza europea) sono i fattori che hanno determinato il mutamento di prospettiva della Corte costituzionale: in particolare, l'inerzia del legislatore a fronte delle trasformazioni del sentire sociale circa la percepita ricaduta discriminatoria della disciplina.

[65] Per converso, A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *Consulta on line*, 12 giugno 2012, aveva già acutamente notato come la Corte avesse operato – proprio in occasione dell'ord. n. 150/2012 che aveva optato per la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* in considerazione di pronunce della Corte EDU sul medesimo tema ma che riguardavano direttamente l'Austria – un assorbimento anomalo dei vizi, non essendosi fatto luogo alla dichiarazione di incostituzionalità della legge rispetto al parametro evocato dell'art. 117,

Com'è ovvio, da un punto di vista formale la scelta della Corte non è contestabile, anzi è ineccepibile, nel senso che quando c'è un profilo di illegittimità costituzionale che consente di addivenire alla pronuncia di fondatezza, l'assorbimento di rilievi, dunque di possibili vizi, fondati su parametri ulteriori evocati dai remittenti sta a pieno titolo nello strumentario processuale del Giudice delle leggi; è semmai un problema di strategie argomentative quello che ci si può porre, perché pur ribadendo a più riprese di riconoscere ai precetti della Convenzione (quasi) lo stesso rango della Costituzione, la Corte rischia di svilire ciò che in astratto rivendica di fare, cioè di essere davvero attenta al *diritto (effettivamente) vivente* a Strasburgo[66], sì da valorizzare la Convenzione e dare il massimo riconoscimento possibile alla Corte europea. Tanto più il problema si impone alla riflessione considerando che – specularmente, come accennato – dichiarazioni di infondatezza o di inammissibilità hanno trovato un addentellato non sporadico nei riferimenti alla Convenzione[67]. È da chiedersi pertanto se la Corte costituzionale non abbia trascorso una stagione nella quale, nonostante le affermazioni di principio, abbia avuto difficoltà a confrontarsi apertamente con la CEDU e la sua Corte, dunque a riconoscerle *fino in fondo* un ruolo, laddove questo ruolo avrebbe potuto enuclearsi come fattore di decisivo traino, per la promozione dei diritti fondamentali[68]; forse per il timore di una perdita di centralità del proprio ruolo, in questa direzione, e più in generale probabilmente anche perché dubbiosa per i rischi di un eccessivo peso assunto dalle giurisdizioni sovranazionali nella prospettiva di una ulteriore integrazione europea, un po' a tutti i livelli, che spetterebbe viceversa alle istituzioni politiche di incentivare. Il discorso sarebbe dunque molto ampio, assumendo connotazioni e sfaccettature che qui posso soltanto accennare.

4.1. *(*segue*): i significati del richiamo alla Carta sociale europea: tutti i trattati internazionali sono eguali?*

Proprio a margine di una tale riflessione, e pur apparentemente profilo spurio, viene da chiedersi quale valore riconoscere ai richiami, a tutti noti, che la Corte è venuta operando alla Carta sociale europea (CSE). Sembrerebbe infatti, tale aspetto, interessare l'area del parametro del giudizio di costituzionalità ed in esso anche tendenzialmente esaurirsi (senza influire

comma 1, Cost. (rispetto al quale, anzi, si richiedeva una nuova valutazione, proprio in considerazione della più recente giurisprudenza di Strasburgo, e dunque un nuovo tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme), ma senza dimostrare che i parametri diversi da quest'ultimo, e parimenti evocati dai rimettenti fossero comunque ad esso "conseguenziali", che essi insomma potessero essere violati solo in quanto vi fosse la violazione dell'enunciato che offre copertura alla CEDU (e al diritto internazionale in genere). Sulla vicenda che ha visto cadere il divieto di fecondazione eterologa per le coppie eterosessuali v. anche *infra*, par. 6.

[66] L'espressione è adoperata da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 4/2017, 25, che ricorda come la Corte verifichi alcuni elementi per la ricerca, appunto del diritto (effettivamente) vivente: la riferibilità del caso anche all'Italia, la intervenuta pronuncia della *Grande Chambre*, il numero e il tenore delle opinioni dissenzienti, la continuità negli indirizzi della Corte.

[67] Una ricostruzione minuziosa degli utilizzi della CEDU in funzione parametrica viene effettuata da G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 375 ss., spec. 415-423. Più di recente, è ad esempio la sent. n. 22/2018 a far uso della CEDU per argomentare un rigetto.

[68] Trascurare quasi del tutto, nell'economia di questo lavoro, le pronunce di rigetto e di inammissibilità, perfino quelle di restituzione degli atti al giudice *a quo*, significa – ne sono consapevole – trascurare anche l'influenza che può avere avuto la giurisprudenza di Strasburgo nell'implementazione dei significati delle leggi che tornano apparentemente "intonse" nella disponibilità del giudice comune, ma rispetto alle quali i passaggi argomentativi della Corte europea possono fornire un impulso notevole sul piano ermeneutico. È questo un "lato" del problema che potrebbe essere utile approfondire in altra sede.

particolarmente, quindi, sul tema dell'accentramento che pertiene a questa relazione), se è vero che le sentenze gemelle erano sembrate appiattire la CEDU sui comuni accordi internazionali (ai quali, almeno dal punto di vista formale, è riconducibile la suddetta Carta[69]), alla stregua del meccanismo di raccordo tra fonti interne e fonti esterne vivificato dall'art. 117 Cost.[70], e dunque – per converso - caricare i giudici comuni dei medesimi oneri anche a fronte di norme pattizie che venissero concretamente e di fronte a loro in gioco (tentativo di interpretazione conforme *versus* incidente di costituzionalità). Di più, dopo alcuni anni in cui la Corte non è sembrata prestare al tema specifica attenzione (nonostante le preoccupazioni della dottrina, di doversi riconoscere un peso eccessivo agli spessi trattati internazionali approvati con procedura semplificata), nei primi anni Dieci nel nuovo Millennio la Corte è venuta affermando testualmente che gli strumenti di carattere pattizio (i più diversificati e 'distanti' rispetto alla CEDU, nel caso la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo) sono norme interposte rispetto al principio sancito dall'art. 117, comma 1, Cost. (sent. n. 7/2013)[71]; più esattamente, la Corte ha precisato che la questione sottopostale risultava fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese (nella fattispecie, sul versante specifico della protezione dei minori). Ci si è chiesti[72] se dietro una tale scelta si celasse un intento di ulteriore apertura o, viceversa, di implicito contenimento delle fonti nelle maglie dei "controlimiti allargati" sottesi al paradigma dell'art. 117, primo comma, Cost., con uno sforzo di gerarchizzare un panorama delle fonti che fatica a ricomporsi in sistema.

Sono tuttavia pronunce assai più recenti a riportare decisamente in *àuge* il tema, spostandolo proprio sul piano delle censure rivolte a norme di diritto interno che violino per qualche aspetto la CSE, e dei significati da trarsene a proposito del ruolo che possono assumere, rispetto alla

---

[69] Per una chiara illustrazione dei dati che avrebbero consentito, fin dal 2007, una differenziazione della Convenzione europea rispetto agli accordi internazionali in genere, cfr. M. LUGATO, *Struttura e contenuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 2009.

[70] Come attentamente segnalato da E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali comune nella giurisprudenza,* relazione presentata al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, del decalogo formulato dalla Corte costituzionale con le sentenze gemelle e poi a seguire, nove su dieci comandamenti si applicano anche agli atti pattizi, perché con riferimento alle sole norme convenzionali, la Corte precisa che esse vivono nell'interpretazione che viene data loro dalla Corte europea (così la sent. n. 348 del 2009, ma similmente anche la sent. n. 349 del 2007), nel senso che la loro "peculiarità", nell'ambito della categoria delle norme internazionali pattizie che fungono da norme interposte, "consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi" (…). Quando viene in rilievo la Convenzione europea, in definitiva, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali, Corte costituzionale compresa, ciascuno nell'esercizio delle proprie competenze, grava un vincolo interpretativo assoluto e incondizionato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per la determinazione dell'esatto contenuto del vincolo internazionale.

[71] Con un'esplicitazione maggiore di quanto non fosse già avvenuto nelle sentt. nn. 124/2010 e 85/2012, laddove la normativa internazionale (Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione ONU sui cambiamenti climatici) e quella comunitaria nella veste di alcune direttive CE venivano richiamate congiuntamente al fine di dichiarare l'illegittimità di leggi regionali.

[72] Cfr. V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2013, secondo il quale, nella costante ricerca di "regole di convivenza" con le quali ci si sforza di "gestire" una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema, la Corte costituzionale si è impegnata in un'opera di progressiva "agnizione" a sistematizzazione delle fonti sovranazionali, valorizzandole appunto ora come ausili interpretativi (ricavandone in capo al giudice – ed anche al giudice costituzionale – un generale obbligo di interpretazione conforme, o *völkerrechtfreundlich*) ora come parametri interposti di legittimità, ora come fonti immediatamente applicabili (sul punto, lo stesso Autore ne *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 16).

medesima, Corte costituzionale e giudici comuni. Le occasioni, a tutti note, sono state quella dello scardinamento del divieto connesso all'associazionismo sindacale nelle Forze armate (sent. n. 120/2018) e l'altra dell'annullamento della formula di quantificazione automatica degli indennizzi, nel contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti (sent. n. 194/2018). Al netto delle pregevoli osservazioni in punto di merito che entrambe le pronunce hanno ricevuto, per l'avere la Corte da un lato superato un radicato "tabù" avverso la libertà di associazione in capo ai militari[73], e per essere stata capace di intervenire, dall'altro, su uno sfondo di innegabile *décalage* di protezione del rapporto/contratto di lavoro[74], è da capire se queste decisioni, valorizzando la CSE, non giungano paradossalmente, "a rovescio", a rimarcare la peculiarità della CEDU (nel suo rapporto, per così dire, di naturale complementarietà con la CSE) e dunque il suo trattamento 'accentrato'[75], per lo meno sul versante "soggettivo-interno", nei termini che sin qui ho cercato di spiegare. Oppure se questa recente giurisprudenza non possa inserirsi in un orizzonte di senso parzialmente differente, quale quello che prospetterò nei paragrafi successivi.

Non mancano i contributi che hanno cercato di affrontare di petto il senso dell'apertura della Corte a tale specifica fonte del diritto sovranazionale, segnando anche un interessante punto di contatto tra studiosi e operatori di diverse discipline, che sono venuti incrociando i propri sforzi su un medesimo tema[76]. Lo "statuto" della CSE è messo subito in luce dalla sent. n. 120/2018, laddove la Corte afferma che essa «presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU. Se quest'ultima, infatti, ha inteso costituire un «sistema di tutela uniforme» dei diritti fondamentali civili e politici (e qui si richiama la sent. n. 349/2007), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale (…)[77]. Per queste sue caratteristiche la Carta, dunque, deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente

[73] Tra i molti commenti, G. CANALE, *La libertà di associazione sindacale militare: il primo passo di un cammino ancora lungo*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 3/2018; M. RICCI, *La fine di un "tabù": il riconoscimento della libertà di associazione (limitata) ai militari*, in www.rivistaAIC.it, fasc. n. 3/2018; G. TURAZZA, *La sent. n. 120 del 2018: un approdo intermedio nel riconoscimento delle libertà sindacali ai militari*, in *Studium iuris*, 2018, 297.

[74] Così E. BALBONI, *La forza dei princìpi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al "diritto al lavoro"*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2019; tra gli altri, C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore*, in www.dirittocomparati.it, 6 dicembre 2018; C. SALAZAR, Lavorare stanca… *ma licenziare costa. La sentenza n. 194 del 2018 della Consulta sul contratto a tutele crescenti*, in *Quad. cost*., 2019, 179.

[75] Cenni per l'accoglimento di questa linea di lettura in A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale* in progress *e a geometria variabile*, in *Consulta on line*, fasc. n. 3/2018.

[76] Senza pretesa di esaustività, I. TRICOMI, *Complementarietà tra Cedu e Carta sociale europea: principi costituzionali, parametri europei, proporzionalità e ruolo dei giudici. il caso della libertà sindacale dei militari*, in *DPERonline*, fasc. n. 1/2018; C. DI TURI, *Libertà di associazione sindacale del personale militare e Carta sociale europea nella recente giurisprudenza della Corte* costituzionale, in *Dir. umani e dir internaz.*, fasc. n. 3/2018, 615; S. STURNIOLO, *Una porta* prima facie *aperta ma in realtà ancora "socchiusa" per la Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it, 13 luglio 2018; G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in www.forumcostituzionale.it, 20 settembre 2018; C. LAZZERI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in www.federalismi.it, fasc. n. 4/2019; G.E. POLIZZI, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in www.federalismi.it, fasc. n. 4/2019.

[77] Poiché, prosegue la Corte al punto 10.1 del *Considerato in diritto*, come si legge nel preambolo della CSE, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo.

ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta». Affermazioni molto, forse anche troppo, nette, sì che la Corte avverte subito il bisogno di precisare che «la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di princìpi ad attuazione progressiva», che «peraltro l'art. 5 della Carta sociale ha un contenuto puntuale», le quali ad ogni modo vengono stemperate dal rilievo ulteriore che «la norma ha (…) un contenuto simile a quello corrispondente della CEDU»; quest'ultimo passaggio, per vero, sembrerebbe offrire la chiave di volta per la comprensione della pronuncia, nel senso che la Corte finisce per appoggiarsi su alcune decisioni della Corte di Strasburgo, già ritenute nel corpo della motivazione «espressione di un approdo giurisprudenziale stabile», che avevano decifrato analoghe vicende relative all'ordinamento francese; dunque, a un tempo, forte caratterizzazione della CSE e altrettanto evidente "scoloritura" nel più tradizionale parametro convenzionale letto alla luce della 'sua' Corte.

Anche l'assenza di una giurisdizione, nel sistema delineato dalla CSE – che come si sa fa perno su decisioni avverso reclami collettivi, messi a punto dal Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), ma non su un vero e proprio giudice appositamente istituito per favorirne l'uniformità di interpretazione e di applicazione, qual è invece la Corte EDU – costituisce affermazione qualificante nel corpo della sent. n. 120/2018; pur riconoscendo l'autorevolezza delle statuizioni del CEDS, la Corte si riserva ampi margini di manovra al cospetto delle medesime, e gli stessi giudici nazionali non sono vincolati dalle letture della CSE che provengano dal Comitato. Non dovrebbe valere, al cospetto della Carta, l'onere di interpretazione conforme che invece grava dinnanzi alla CEDU (la Corte esclude espressamente che possa trovare applicazione quanto affermato a tal proposito nella sent. n. 348/2007, cioè che la verifica di compatibilità costituzionale debba riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, piuttosto che la disposizione in sé); dunque, a chiusura del cerchio argomentativo, sembrerebbe potersi ricavare – per quel qui più interessa - un ruolo marginale per i giudici comuni a vantaggio di una dialettica tutta centrata sulle relazioni "da lontano" tra la Corte costituzionale e gli organismi di Strasburgo: la questione che implichi potenziale violazione della CSE e della Costituzione deve certo arrivare a Roma, se è vero che la Carta è norma interposta, e arriverà tanto più frequentemente tanto meno consistente è il "velo" che possano offrire le decisioni del Comitato, salva la possibilità di un recupero, sul piano ermeneutico, di pertinenti affermazioni della Corte EDU. Quasi a dire, qui forzo la lettera della sent. n. 120/2018, lo statuto della CSE è sì peculiare, rispetto al diritto internazionale pattizio, ma lo è così tanto da non tollerare il limbo in cui versa probabilmente quest'ultimo[78], consegnato com'è alle imprevedibili, per tanti versi, operazioni esegetiche dei giudici comuni; quasi a tracciarsi una "linea" tra accordi internazionali di rango "costituzionale" e altri accordi, sì che dai primi – nel caso, da disposizioni "a contenuto sociale" - la stessa Corte delle leggi possa ricavare elementi

[78] La stessa CSE è stata scarsamente utilizzata dalla Corte, prima che i giudici amministrativi e ordinari rimettessero le questioni che essa ha deciso con le sentt. nn. 120 e 194/2018; cfr., tra gli altri, G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, fasc. n. 18/2013; A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota alla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2015; B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in www.federalismi.it, fasc. n. 17/2017.

convincenti da introiettare eventualmente nelle proprie pronunce, alimentando anche per tale strada la dialettica col legislatore.

La sent. n. 194/2018, peraltro, non segue uno spartito proprio identico ed appare in ogni caso, almeno a me, non del tutto agevole da decifrare; innanzitutto segnalerei che, al contrario di quanto ho osservato al par. 4, la Corte, che ben potrebbe anche in questo caso semplificare il proprio compito attraverso la tecnica dell'assorbimento, avendo già individuato chiaramente un problema di irragionevolezza della disciplina indubbiata, opta invece per una linea di triplice censura (ovvero ai sensi degli artt. 3, 76 e 117, comma 1, Cost.): scegliendo dunque di mettere in risalto, senza che fosse strettamente necessario, anche la violazione della CSE (per il cui tramite risultano violati gli artt. 76 e 117, comma 1, Cost.), per i chiarimenti che in ordine all'art. 24 della Carta medesima ha dato il CEDS a seguito di reclamo collettivo, per un verso richiama la precedente sent. n. 120/2018, sembrando dunque accogliere la medesima ottica (con una sintassi stringata, ma con un "linguaggio" che potrebbe, forse, leggersi nel senso di una maggiore valorizzazione di questa peculiare fonte del diritto internazionale); ma per un altro verso, sottolinea come la suddetta disposizione della CSE specifichi (non faccia che specificare?) un obbligo (di garantire l'adeguatezza del risarcimento, con riguardo al licenziamento ingiustificato) del tutto in linea con quanto affermato dalla stessa Corte (sulla base del parametro interno dell'art. 3 Cost.). A questo punto la Corte richiama la sent. n. 317/2009, per evidenziare come si realizzi, in tal modo, un'integrazione tra fonti[79] e (ciò che più rileverebbe) tra le tutele da esse garantite. Di qui un interrogativo: sotto la superficie di un tributo, di un ossequio al parametro europeo si cela un obiettivo di avvaloramento della motivazione già svolta in punto di irragionevolezza, oppure la Corte è effettivamente più permeabile, o comunque più incline ad un approccio informale cui, a ben vedere, non aveva acconsentito con le sentenze gemelle[80] e al quale non era lineare giungere nemmeno attraverso la richiamata, caleidoscopica pronuncia del 2009? E ancora, questa pronuncia, astraendo dal tema specifico del rilievo da dare alla CSE, risente di un diverso clima che (par. seguente) pare affacciarsi a Corte nell'ultimo periodo?

5. *Verso un utilizzo, finalmente, "a viso aperto" della Convenzione…*

Tornando a una valutazione d'insieme, è da riconoscere infatti come nel passato più recente sia affiorato, nella giurisprudenza di questa, un utilizzo differente del parametro convenzionale, ovvero anche a supporto di decisioni assai significative di accoglimento; ed è un utilizzo che non definirei più soltanto "apparente" come ai tempi delle sentenze gemelle. In altri termini, se fino a

[79] Riprendo qui una riflessione di G. SILVESTRI, *Costituzione e fonti primarie*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2018, 4, secondo cui dall'espansione, in numero ed efficacia, delle norme sovranazionali si confermerebbe una tendenza, sin da tempi remoti segnalata: «né per le norme UE né per le norme CEDU è adoperabile il criterio della gerarchia, mentre quello della competenza può valere, con qualche forzatura, solo per le norme UE. Ci si avvicina sempre più ad un criterio di integrazione delle fonti, ancora non delineato con precisione, ma che già oggi risulta essere utile strumento di lavoro per i giudici».

[80] C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU*, cit., 3523, ritiene che le sentenze del 2007 comportassero un riequilibrio tra le ragioni del diritto costituzionale e quelle dell'apertura, pur essa costituzionalmente riconosciuta, ad altri ordinamenti e organizzazioni internazionali, con una specifica valenza nella delicata partita in corso con i giudici comuni e la Corte di Strasburgo; senza indiscriminate aperture dei giudici nazionali alla giurisprudenza sovranazionale, e senza una corrispondente ritirata dalle tradizionali impostazioni «formalistiche» a vantaggio di quelle «assiologico-contenutistiche».

poco tempo addietro le questioni accolte dalla Corte, valorizzando anche la CEDU, intercettavano pressoché soltanto le condanne europee all'Italia determinate da violazione delle norme dell'art. 6 della Convenzione sull'equo processo [forse proprio in virtù del canale aperto dalla summenzionata sent. n. 113/2011 e delle sue indicazioni di portata ampia, che hanno condotto a decisioni nell'ambito delle quali la violazione della CEDU (e per suo tramite, dell'art. 117, comma 1, Cost.) ha assunto un rilievo centrale[81]], negli ultimissimi anni si registrano alcune scelte differenti, che potrebbero testimoniare un qualche proposito della Corte di costruire una differente prospettiva, la quale non riduca le dichiarazioni di violazione della Convenzione a una sorta di *flatus vocis* della giurisdizione sovranazionale nei confronti dell'ordinamento interno.

Un segnale in controluce potrebbe cogliersi già nella sent. n. 68/2017, in materia di sanzioni irrogate dalla Consob comprensive di confische per equivalente, che pur di inammissibilità per erroneità del presupposto interpretativo, spiega come il giudice *a quo* abbia in realtà operato una considerazione parziale della complessa vicenda normativa, trascurando in particolare che nella fattispecie, il nuovo trattamento sanzionatorio introdotto in sede di depenalizzazione dal legislatore italiano continuasse a costituire una "pena", ai sensi dell'art. 7 della CEDU, per come interpretato a Strasburgo; con la conseguenza che un giudizio di maggior favore non potrebbe basarsi solo sulla qualificazione giuridica della sanzione come amministrativa e sull'astratta preferibilità di una risposta punitiva di tale natura rispetto a quella penale (dovendo esso, al contrario, fondarsi sull'individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico). Questa pronuncia infatti, pur riguardando un profilo specifico dell'ordinamento interno sul quale l**a Corte EDU non si era ancora misurata, ed** oggetto di una lettura autorevole assai sfaccettata[82], mostra un tratto che mi parrebbe interessante, ovvero da un lato sottolinea come il legislatore abbia considerato la sanzione amministrativa introdotta in sé più favorevole della precedente pena, benché connotata dalla confisca di valore; ma dall'altro lato valorizza ciò che sarebbe da ritenersi espressamente vietato ai sensi dell'art. 7 CEDU, ovvero l'applicazione retroattiva di un regime punitivo che risulti maggiormente afflittivo per l'autore del fatto, rispetto al regime che era applicabile al momento del fatto. Valorizzando di conseguenza anche il ruolo del giudice rimettente nell'applicazione diretta di principi (questi sì) già consolidatisi nella giurisprudenza europea, così prevenendo violazioni della CEDU per effetto delle proprie pronunce[83]; e, come noto, recentemente la Corte è di nuovo intervenuta in materia - sottolineando ancora efficacemente il ruolo del giudice con

[81] Cfr. ad esempio le sentt. nn. 97, 109 e 184/2015, 36/2016.

[82] Cfr. F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. contemp.*, fasc. n. 4/2017, 269, secondo cui la scelta della Corte di suggerire al giudice comune la logica di una valutazione del trattamento sanzionatorio «nel suo complesso» appare frutto di un'**incomprensione radicale della reale carica di afflittività delle sanzioni amministrative dal punto di vista del loro destinatario, spaventosamente superiori come sono a quelle che il giudice penale, in costanza del vecchio regime, avrebbe mai potuto infliggere. Inoltre u**n simile ragionamento non funzionerebbe, trascurando clamorosamente di considerare che **la confisca per equivalente è sanzione del tutto eterogenea rispetto alla pena pecuniaria in precedenza prevista.**

[83] Che questo sia addirittura un dovere del giudice lo sottolinea la Corte al punto 7 del *Considerato in diritto*, evidenziando altresì che l'interprete nazionale è tenuto a *sviluppare i principi* enunciati (con riferimento alla fattispecie) sulla base dell'art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento alla confisca di valore; e la Corte finisce per dare essa stessa una risposta affermativa a tale quesito.

riferimento al complesso dei principi affermatisi a Strasburgo - con una pronuncia di accoglimento[84].

Ulteriore, assai significativo, esempio di questo possibile, nuovo corso della giurisprudenza costituzionale viene fornito anzitutto dalla sent. n. 12/2018, che porta ancora una volta alla messa a fuoco, quale parametro di costituzionalità, dell'art. 117, 1° comma, integrato dall'art. 6 CEDU; ma – nel campo minato dell'interpretazione autentica[85] - produce un risultato di rilievo giacché, come rilevato da acuta dottrina[86], orienta la Corte alla ricostruzione della fattispecie in esame in termini di abuso processuale previo ricorso ad una sua valutazione empirica secondo figure sintomatiche dichiaratamente prese a prestito dalla giurisprudenza europea. E, invertendo la Corte costituzionale l'ordine di formulazione delle censure da parte del giudice *a quo*, stavolta è l'ulteriore profilo di illegittimità costituzionale dedotto (violazione degli art. 3, 24, comma 1, 102 Cost., per superamento dei limiti all'efficacia retroattiva delle leggi individuati dalla stessa Corte), profilo per così dire "interno", a rimanere assorbito. Ancora nell'alveo dell'art. 6 CEDU (richiamato però assieme all'art. 13 della stessa Convenzione) è da enuclearsi – alla stregua della sent. n. 88/2018 - la ritenuta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., combinata stavolta con parametri costituzionali ulteriori, ad opera della disciplina che ha novellato la legge Pinto, senza tuttavia risolvere in modo soddisfacente – come ampiamente noto - il problema della irragionevole durata del processo nemmeno sotto il profilo indennitario e della sua tempistica; è curiosa qui, peraltro, la citazione in chiusura di motivazione proprio della sent. n. 113/2011, ma depurata dai riferimenti alle esigenze di conformazione alle sentenze della Corte EDU[87] e centrata piuttosto sul *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa cui la Corte – tanto più se attinente a diritti fondamentali – è tenuta a porre rimedio.

Potrei istintivamente valutare quest'ultima pronuncia come una sorta di "ritorno alle origini", cioè alle "sentenze gemelle" – che pure non vengono mai espressamente menzionate, a differenza di quanto spesso accade quando implicata nel parametro è la Convenzione europea – anche perché si tratta di un ulteriore ambito, come si è visto lo era stato quello degli espropri, nel quale l'Italia aveva ricevuto lo stigma dell'inadempimento strutturale[88]. La Corte opera tuttavia questo "ritorno" per il tramite di una scelta stilistica parzialmente diversa; per un verso si pone l'accento sulla puntuale giurisprudenza di Strasburgo che ha più volte colpito la normativa italiana, in questa peculiare materia, ma per l'altro non si enfatizza altresì la pregressa

[84] Il riferimento è alla sent. n. 63/2019, commentata da M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2019; da S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*; e da G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, entrambi in www.federalismi.it, fasc. n. 10/2019.

[85] La questione è interessante anche perché analoga a quella delle c.d. pensioni svizzere (v. anche *infra*, par. 5.1) ma concerne stavolta l'erogazione di fondi pensionistici integrativi; riguarda, più in particolare, una disposizione d'interpretazione autentica che impone una soluzione normativa favorevole all'INPS di una lite - già definita in senso avverso all'ente pubblico previdenziale in primo e secondo grado - pendente davanti alla Corte di cassazione che si attiva quale giudice a *quo*.

[86] Il riferimento è ad A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in www.osservatoriocostituzionale.it, fasc. n. 2/2018.

[87] Ovviamente tali riferimenti non avrebbero potuto essere così tanto specifici, non essendo implicato stavolta nel parametro l'art. 46 CEDU, ma non sarebbero stati a mio avviso mal posti, attraverso una formula più ampia.

[88] Lo ricorda anche G. SORRENTI, *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionale, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesploso ma sussistente*, in www.federalismi.it, fasc. n. 9/2014.

giurisprudenza costituzionale (anche perché essa non è così copiosa: qui il confronto, assai difficoltoso tra Roma e Strasburgo, è stato retto a lungo dalla Corte di cassazione) allo scopo di evidenziare una consonanza che (ricordavo sinteticamente al par. 2) nel 2007 aveva finito per scalzar fuori il legislatore; è invece il pressante monito di pochi anni addietro (sent. n. 30/2014) rimasto inascoltato che basta, da sé solo, a far scattare la sanzione della dichiarazione di illegittimità. Di più, se nel 2014 il richiamo della CEDU non giungeva a depotenziare la strada dei rimedi indennitari, pertanto successivi alla violazione del principio della durata ragionevole del processo (anzi se ne sottolineava la praticabilità pur col limite della effettività), nel 2018 invece la Corte non perde occasione per stigmatizzare ulteriormente le infelici scelte del decreto legge che ha novellato la legge Pinto, riallacciandosi a una giurisprudenza anche pregressa della Corte europea che ha sempre indicato come preferibili i rimedi preventivi di procedimenti giudiziari eccessivamente lunghi; se dunque l'epilogo recente era stato preannunciato[89], il rigore delle motivazioni giunge in parte inatteso[90].

5.1 *(*segue*): tra incertezze perduranti e approdi recenti*

Certo, anche nel quadro inevitabilmente stringato che riesco a comporre per questa versione provvisoria della relazione, mi accorgo che le ipotesi capaci di appalesare un'incertezza perdurante non mancano: prima la riconferma, sul versante delle c.d. pensioni svizzere, dell'orientamento espresso nel c.d. caso Maggio – che aveva dato luogo ad una clamorosa, quanto ben indagata in dottrina, contrapposizione della Corte costituzionale con la Corte europea, vedendo in concreto prevalere nella sent. n. 264/2012 «interessi antagonisti, di pari rango costituzionale» rispetto a quelli già apprezzati a livello sovranazionale[91], la cui ponderazione deve essere «sistematica» e «non frazionata», oltre che rimessa all'autorità della Corte delle Leggi - con sent. n. 166/2017; sentenza quest'ultima, tuttavia, in cui la nostra Corte sembra anche "spezzare una lancia" in ordine a quello che qualifica come un grave problema segnalato dalla Corte EDU, rispetto al quale non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa (dunque una sorta di monito "vivificato" dalla giurisprudenza sovranazionale, infine compare). Su tale complessa vicenda, di estremo interesse risulta da ultimo la riflessione di colei che richiama la categoria dei controlimiti aggettivandoli in questo contesto come «dialogici»[92], per significare come la ponderazione esterna venga rielaborata nella prospettiva della integrazione delle tutele (ovvero, la Corte esterna non avrebbe operato una scelta palesemente irragionevole, e tuttavia non avrebbe adoperato nemmeno la

[89] In tal senso A. GIUBILEI, *La Corte costituzionale alle prese con la durata irragionevole del processo e con il protrarsi dell'inerzia legislativa: dalla sentenza n. 30 del 2014 alla sentenza n. 88 del 2018*, in www.federalismi.it, focus *Human rights*, fasc. n. 2/2018.

[90] In quest'ordine di idee, e nel medesimo ambito materiale coperto dalla legge Pinto e successive modifiche, mi pare possano leggersi anche le più recenti sentt. nn. 34 e 169/2019, entrambe dichiarative di incostituzionalità di specifici profili.

[91] Puntuale la ricostruzione di A. RUGGERI, *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia pensionistica)*, in www.dirittifondamentali.it, 30 maggio 2017.

[92] Il riferimento è a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, Napoli, 2018, 361-362, secondo la quale, a differenza dei controlimiti classici, ma anche di quelli manipolativi, non manca del tutto un elemento necessario affinché la ponderazione esterna risulti ragionevole, né vi è un elemento di troppo, che la Corte costituzionale dovrà rispettivamente aggiungere o rimuovere: perché già nella sentenza *Maggio c. Italia* del 2011 ("*incipit*" della sent. n. 264/2012) la Corte europea non avrebbe trascurato completamente le esigenze economico-finanziarie dello Stato, ma avrebbe semplicemente conferito loro un peso minore, che necessita di un riequilibrio e pertanto di un disallineamento della giurisprudenza costituzionale rispetto a quella convenzionale, peraltro poi temperato (attraverso il monito al legislatore che ho già segnalato nel testo) dalla sent. n. 166/2017.

prospettiva sistemica, tipica del Giudice nazionale delle Leggi); e forse la sent. n. 12/2018, summenzionata, pur originata da un problema parzialmente differente, avrebbe potuto trovare il modo di ricollegarsi esplicitamente a queste pregresse vicende delle pensioni svizzere, per appalesare un percorso di sviluppo anche su terreno conclamato (almeno in precedenza) "di scontro" tra Roma e Strasburgo.

Come non ricordare poi l'opacità – sotto questo come altri profili – della c.d. ordinanza Cappato (ord. n. 207/2018) nella quale gli argomenti richiamati (pure con una certa profusione) dalla giurisprudenza di Strasburgo - oltretutto non riguardante mai direttamente il nostro Paese - risultano a ben guardare per nulla funzionali a illuminare l'orientamento più avanzato della Corte europea nella materia dell'aiuto al suicidio, né dunque presumibilmente sarebbero stati d'aiuto al legislatore per evitare (se avesse provato a intervenire, nei mesi scorsi) una probabile dichiarazione di incostituzionalità (come avrebbero potuto invece risultare utili, almeno in ipotesi e sia pure in un'ottica *ad adiuvandum*, gli argomenti taciuti nell'ordinanza ma ben presenti nella medesima giurisprudenza sovranazionale; ho cercato di spiegarlo in altra sede[93], in attesa delle motivazioni della ulteriore sentenza che, a questo punto, certamente verrà (atteso il comunicato stampa del 25 settembre 2019). La mia sensazione è stata, in estrema sintesi, quella di un *falso movimento* verso la Corte europea, consumato nelle pieghe retoriche della motivazione di una pronuncia dalle sembianze attente ma che svela, ad un'analisi più approfondita, una scarsa considerazione del parametro convenzionale *ex* art. 8, nell'interpretazione evolutiva che i Giudici di Strasburgo sono stati invece capaci di dare.

Ma confortante sembrerebbe (anche per i motivi che cercherò di spiegare *infra*, par. 6) quello che ad oggi credo di poter segnalare come l'approdo più recente della nostra Corte, tradotto dalle sentt. nn. 24 e 25/2019, alla ricerca di un equilibrio soddisfacente tra esigenze della Costituzione e quelle della Convenzione: com'è ormai abbondantemente noto, data l'attenzione immediatamente destata non solo dalle due pronunce, ma anche – in precedenza - dal 'seguito' della c.d. vicenda de Tommaso (che aveva avuto il suo culmine a Strasburgo, in una sentenza di condanna dell'Italia da parte della Grande Camera nel febbraio 2017, in materia di misure di prevenzione[94]), si trattava per la Corte costituzionale di intervenire in uno scenario composito che aveva visto reazioni completamente diverse da parte dei giudici penali italiani[95]: se taluni avevano di fatto ignorato la Corte europea, ritenendo (sulla scia della sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale[96]) che la pronuncia non esprimesse un orientamento consolidato (es. Trib. Milano 13 marzo 2017 e Trib. Palermo 28 marzo 2017[97]), altri le avevano invece riconosciuto forza vincolante, operando con la

[93] E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Dopo l'ord. n. 2017/2018 della Corte costituzionale: un nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, in www.forumcostituzionale.it, 25 giugno 2019.

[94] Commentata, tra gli altri, da G.P. DOLSO, *La sentenza "De Tommaso" della Corte Edu in materia di misure di prevenzione: una prima crepa nel sistema*, in www.forumcostituzionale.it, 30 ottobre 2017.

[95] Cfr. i puntuali rilievi di F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 1/2018.

[96] Che la vicenda de Tommaso apparisse connotata da profili che ne rendono problematico l''etichettamento' secondo i criteri espressi dalla sent. n. 49/2015, e che le reazioni fatte registrare dalla giurisprudenza italiana a de Tommaso siano state proprio il frutto delle differenti precomprensioni che le governano, è stato ben presto messo in evidenza in dottrina: cfr. V. MAIELLO, *De Tommaso e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1039.

[97] Pubblicati in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2017.

tecnica dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme (es. Cass., sezioni unite penali, sent. 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò[98]), piuttosto che non (lo dimostrano le tre diverse ordinanze di rinvio, formulate da giudici del merito e riunite nel procedimento risolto con la sent. n. 24/2019, come pure quella predisposta dalla Corte di cassazione, II sez. penale, e alla base della sent. n. 25/2019[99]) sottoponendo le questioni di legittimità costituzionale che hanno consentito appunto alla nostra Corte di esprimersi. Ebbene, molto molto in sintesi, mi pare possibile affermare che dinnanzi ai presupposti applicativi che danno spazio a misure preventive di sorveglianza speciale, confisca o sequestro, e ai contorni della stessa fattispecie di **reato che punisce la violazione di prescrizioni imposte con la misura personale** della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, la Corte costituzionale è stata capace di riconoscere come alcuni di tali elementi fossero stati sufficientemente precisati dalla Corte di cassazione, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU (e specialmente, proprio nel caso *de Tommaso c. Italia* del 2017; dunque l'interpretazione *aperta* alle risultanze europee aveva funzionato); e come altre, invece, fossero ancora affette da imprecisione, indeterminatezza, imprevedibilità, con riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie legale, rendendosi pertanto necessaria la dichiarazione di incostituzionalità.

Al netto di elementi di dettaglio certamente non sfuggiti ai primi commentatori[100], un tale approccio mi pare importante più in generale, per scongiurare l'impressione che la Corte intenda riservarsi l'ultima parola su ogni tipo di compatibilità costituzionale (l'ultima parola la Corte se la prende, potremmo dire, per quanto unicamente occorre, cioè per ciò che la Corte di cassazione non è riuscita a precisare[101]), dando adeguato spazio e risalto - invece - a tutte le giurisdizioni ulteriori (comune, convenzionale), in una sorta di ideale gioco di squadra; e ciò sembra positivo, perché, riprendo questa efficace immagine[102], quando viene "appaltata" – come succede per molti complessi motivi nel nostro tempo, e come è stato autorevolmente evidenziato – la "gestione" dei diritti fondamentali alla giurisdizione, non si può poi immaginare di limitare tale delicato compito solo al livello "superiore" della giurisdizione costituzionale. E più in particolare, non si dovrebbe farlo al cospetto della Corte di Strasburgo, perché se nessuno, tanto meno la sottoscritta, azzarderebbe a predicarne l'onnipotenza, non credo si possa nemmeno sotterraneamente operare per

[98] Pubblicata in *Dir. pen. contemp*., fasc. n. 9/2017, 146, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*.

[99] Ordinanza 11 ottobre 2017, Sorresso, in *Dir. pen. contemp*., fasc. n. 10/2017, 272.

[100] Tra gli altri, G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza EDU in materia di misure di prevenzione*, in *Quad. cost*., 2019, 691; S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2019; V. MAIELLO, *La prevenzione 'ante delictum' da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 332; M. PELISSERO, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2019, 1148; N. PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica" tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost*., 2019, 322.

[101] Interessante anche l'indicazione, nella sent. n. 25/2019, della non riconducibilità dell'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto delle sezioni unite penali della Corte di cassazione a uno *ius superveniens*, ovvero a un'*abolitio criminis* per successione nel tempo della legge penale; non riconducibilità da cui deriverebbe una limitata area rispetto alla quale occorre ancora domandarsi se la fattispecie penale suddetta, schermata solo dall'interpretazione giurisprudenziale, sia conforme, o no, al principio di legalità in materia penale, vuoi costituzionale che convenzionale. Una tale complessa indicazione meriterebbe a mio avviso un approfondimento dottrinale che mi pare invece, fin qui, sia mancato.

[102] Riprendo ancora una volta il ragionamento di G.M. FLICK, *I diritti fondamentali e il* multilevel*: delusioni e speranze*, cit., 160.

ridurla – all'opposto, e in pratica - all'impotenza[103]. Certo, le menzionate sentenze dell'anno in corso, accostabili per gli esiti cui giungono, non sono propriamente "gemelle" nel ragionamento, giacché se la sent. n. 24/2019 valorizza espressamente l'idea del combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti che vengono in questione[104], la successiva sent. n. 25/2019 pone l'accento piuttosto su un'esigenza di completamento, attraverso la questione di costituzionalità, dell'operazione di adeguamento e maggiore conformità dell'ordinamento interno alla CEDU operazione già compiuta dalla giurisprudenza di legittimità (potremmo dire, per quanto possibile), attraverso il pronunciamento delle sezioni unite. Vi è poi, all'interno della sent. n. 25/2019, un apparente richiamo e saldatura con la giurisprudenza costituzionale pregressa, di cui si darà conto nel par. 6, che potrebbe anche essere letta come un ritorno all'indietro; ma l'apprezzamento, da parte della stessa Corte costituzionale, del fatto che le questioni si pongano nel punto di confluenza della giurisprudenza delle tre Corti, appare a sua volta un segnale molto positivo di apertura per il dinamismo giurisprudenziale di cui la Corte di cassazione si è fatta interprete, e del quale la Corte europea è attore a primo titolo.

In questo discorso dovremmo altresì considerare "l'ultima mossa" compiuta dalla nostra Corte attraverso il rinvio pregiudiziale sostanziato dall'ord. n. 117/2019, ma qui sarò volutamente breve, per non invadere il terreno della relazione di I. Massa Pinto; è chiaro che un anello di congiunzione tra il diritto dell'UE e la CEDU c'è sempre stato, per il riconoscimento operato dalla Corte di giustizia ai parametri convenzionali (e alla giurisprudenza della Corte EDU) fin dagli anni '70 e anche per la successiva apertura della Corte di Strasburgo al canone della tutela equivalente, per i diritti fondamentali che venissero in considerazione di fronte all'altra Corte. Quello che forse fin qui è stato meno chiaro, o comunque meno evidente, è il ruolo, attribuito dalla nostra Corte costituzionale, a tale punto di contatto - ovviamente non formalizzato ma sviluppatosi per via di prassi e che solo in sporadiche occasioni è venuto alla luce nella giurisprudenza costituzionale[105] - e

[103] Segnali in quest'ultima direzione, in verità, ce ne sono stati più d'uno, dentro e fuori d'Italia: dai sottili *distinguo* della nostra Corte al fine di ricalibrare il proprio ruolo rispetto ai giudici di Strasburgo (il più eloquente dei quali è probabilmente sintetizzato nella formula del "margine di apprezzamento e di adeguamento" coniata nella sent. n. 236/2011, *supra*, par. 2); ai più evidenti casi di resistenza attiva a dare esecuzione alla pronunce della Corte europea, opposta da Paesi quali il Regno Unito e la Russia sul fronte dei diritti politici dei detenuti in carcere (v. A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost*., 2017, 851); sino al possibile effetto *boomerang* che potrebbe sortire dall'uso massiccio del nuovo strumento previsto dal Protocollo addizionale 16, di richiesta di parere consultivo alla Corte EDU (su tale ultimo profilo, rinvio al par. 7).

[104] Cfr. il punto 10.4.3 del *Considerato in diritto*; avendo tra l'altro la Corte già avuto cura di sottolineare (par. 7.3) come gli esiti cui era approdata la propria giurisprudenza, e che vengono confermati, finissero per attribuire un livello di tutela ai diritti fondamentali dei destinatari della misura della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, superiore a quello assicurato in sede europea, dovendosi considerare, ai sensi dell'art. 13 Cost., anche la garanzia della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2, Prot. n. 4 addizionale alla CEDU.

[105] Penso ad esempio alla sent. n. 80/2011, su cui A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it, 23 marzo 2011, nella quale, come si ricorderà, oltre a escludere la Corte che la Carta dei DFUE costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, ha escluso anche che il giudice comune potesse ritenersi abilitato a non applicare, *omisso medio*, le norme interne ritenute incompatibili con (nel caso) l'art. 6, par. 1, della CEDU, intesa quale parte integrante del diritto dell'Unione, senza dover attivare prima il sindacato di costituzionalità. La Corte italiana si è quindi appuntata sulle fonti del diritto convenzionale ed eurounitario, piuttosto che non sui richiami reciproci tra le due giurisprudenze europee.

come esso si riverberi sul profilo dell'accentramento del giudizio di costituzionalità che ci occupa in questo seminario. L'ord. n. 117/2019, da tale punto di vista, è sicuramente significativa, anche per via dell'impostazione del quesito pregiudiziale, articolato su due domande, e del recupero, in caso di risposta negativa alla prima (si perdoni il gioco di parole, essa stessa formulata in negativo[106] e tutta interna, per così dire, al diritto derivato dell'Unione) - ovvero in caso di emersione di un possibile contrasto del diritto italiano con il diritto dell'Unione – di una forza prescrittiva del diritto della Convenzione: in sostanza, spostandosi il tiro sulla compatibilità dello stesso diritto dell'Unione con la Carta dei DFUE, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, che assieme alle tradizioni costituzionali comuni imporrebbe di accogliere una certa prospettiva (al diritto derivato dell'UE, e di conseguenza agli Stati membri)[107].

Così alla prima impronta, mi parrebbero possibili due letture differenti di questa particolare formulazione del quesito: quella relativamente più piana secondo cui la Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia, in buona sostanza, il rispetto della disciplina sovranazionale, confermando, anzi allargando alla CEDU[108] l'obiettivo del raggiungimento della massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico[109]; oppure una lettura più maliziosa[110] in base alla quale la nostra Corte tenterebbe di indurre surrettiziamente la Corte di giustizia a rendere una risposta positiva alla prima domanda: ad ammettere, in sostanza, che il diritto dell'UE consente uno spazio di manovra agli Stati, che manderebbe esente la normativa italiana da censure, rimarcando la bontà del punto di vista espresso dalla Corte costituzionale rispetto a quello fatto proprio dalla Corte di cassazione, sul profilo indubbiato, e trasponendo l'eventualità di un conflitto interpretativo non più tra Corte costituzionale da una parte, giudice comune e Corte europea dall'altra, ma (a ben vedere) tra le giurisprudenze delle due Corti europee. Una sorta di "alleanza" tra la nostra Corte e la Corte di giustizia contro Strasburgo, che renderebbe in realtà benefici solo alla prima.

---

[106] *Consente* il diritto dell'Unione agli Stati membri *di non sanzionare* chi si rifiuti di rispondere a domande… etc.? Sì che la risposta negativa dovrebbe tradursi nell'affermazione da parte della Corte di giustizia secondo cui il diritto dell'Unione *non consente* agli Stati membri *di non sanzionare*… etc.

[107] Ovvero, quella di non sanzionare (anche) chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito censurato con sanzioni amministrative di natura "punitiva"; la Corte partirebbe tra l'altro dall'idea opposta – espressa chiaramente nell'ordinanza - di dover escludere che il diritto al silenzio possa di per sé legittimare il rifiuto di un soggetto (nella fattispecie) di presentarsi all'audizione disposta dalla CONSOB, ma fa presente alla Corte di giustizia la diversa posizione del giudice remittente (Corte di cassazione) cui parrebbe invece plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato.

[108] Dato che la discussa sent. n. 269/2017 aveva sposato espressamente questa linea interpretativa con riferimento alla Carta dei DFUE, nel quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (cfr. il punto 5.2 del *Considerato in diritto*).

[109] V. A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2019.

[110] Coglie un diverso profilo di particolarità del quesito S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 4/2019, secondo cui il rinvio è, in sostanza, di validità (la formula prescelta dalla Corte per vero è ambigua, se si considera il punto 10.1 del *Considerato in diritto* in base al quale si sollecita un chiarimento sulla esatta interpretazione ed eventualmente sulla validità… etc.) ed è formulato su una disciplina UE che a sua volta è alla base della disciplina interna. La risposta più complicata al quesito che potrebbe venire dal Lussemburgo sarebbe quello di non considerare la disciplina UE in contrasto con la Carta dei DFUE arricchita delle ulteriori valenze parametriche, una risposta che costringerebbe la Corte costituzionale, nel 'seguito' al rinvio pregiudiziale, ad invocare eventualmente l'arma dei controlimiti (diritto di difesa).

6. *Venendo ai giudici comuni (non solo "in controluce"): la percezione del parametro CEDU attraverso la lettura di alcune vicende esemplari*

Venendo a un diverso ordine di riflessioni, per valutare compiutamente "a che punto siamo", nelle relazioni con la Convenzione, e di conseguenza qual è lo stato di salute del giudizio 'accentrato' a partire da quella che può essere una più o meno intensa, ma necessaria ormai, considerazione del sistema Strasburgo, sembra opportuno guardare da vicino anche all'atteggiamento dei giudici comuni; senza accontentarsi cioè di esaurire questo profilo "in controluce" della valutazione di quante questioni, e di quale spessore, effettivamente arrivino alla Corte costituzionale, perché è ben intuibile, altrimenti, il rischio di perdere indicatori importanti della percezione che l'operatore giudiziario ha della complessità del quadro, e anche di quanto abbia effettivamente attecchito l'insegnamento della Corte a partire dalle sentenze gemelle. Le questioni attinenti i diritti fondamentali presentano infatti com'è ovvio sfaccettature molteplici, tali da indurre spesso una frammentazione di profili portati all'attenzione del giudice, e non tutti questi profili - sia più in generale per esigenze 'tecniche' (le caratteristiche che deve possedere un'ordinanza di rinvio per avere *chances* di un esame nel merito), sia proprio per l'intendimento di specificità e limiti dell'interpretazione convenzionalmente conforme - sono destinati a transitare dal giudizio in via incidentale. Su questa considerazione di fondo si innesta l'importante osservazione[111] secondo la quale, dopo le sentenze del 2007, il tema ha assunto ben altra visibilità e rilievo rispetto a un pur significativo passato nel quale della Convenzione si iniziava a fare esperienza applicativa[112]; perché il tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme non solo è stato inteso dalla Corte come doveroso, ma è stato caricato della funzione di scongiurare, nel solo caso in cui lo sforzo di adeguamento interpretativo abbia successo, l'(altrimenti inevitabile) incidente di costituzionalità. L'interpretazione conforme alla CEDU è divenuta, nell'impianto teorico e operativo più volte ribadito dalla Corte, l'unica alternativa alla questione di costituzionalità. E tuttavia, a fronte di una disposizione interna suscettibile di due interpretazioni, una più vicina alla CEDU ma tale da indurre sospetti di costituzionalità, l'altra invece conforme a Costituzione ma più lontana dal diritto di Strasburgo, cosa dovrebbe fare, davvero, il giudice?

Eccettuata l'ipotesi che la 'lontananza' da Strasburgo si sia già tradotta in una vera e propria sanzione da parte della Corte europea, ché allora torniamo al problema del 'seguito' da dare alle condanne, per il ricorrente vittorioso, e per coloro che versino in situazione analoga pur non avendo adito Strasburgo (*supra*, par. 3)[113], è da chiedersi se il percorso compiuto negli anni dalla Corte costituzionale, che fin qui si è tentato di evidenziare, abbia contribuito a rispondere ulteriormente, o in modo più soddisfacente, a tale quesito. Non avrei una risposta sicura da dare, ma vengo a

[111] Questo rilievo è di V. SCIARABBA, *L'"interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, 14 maggio 2019.
[112] B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv it. dir. pubbl. comunit*., 2002, 1303; A. GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost*., 2003, 25.
[113] Cfr. l'attenta disamina di R.G. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in *Consulta on line*, fasc. n. 2/2015, che distingue opportunamente tra violazioni accertate di norme processuali e sostanziali e, nell'ambito di queste ultime, esamina il tema degli *effetti riflessi* delle sentenze della Corte europea sui casi di identica "condizione sostanziale", affrontato come noto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 210/2013 e poi sviluppato dalla Corte di cassazione a sezioni unite penali con riferimento a giudicati già formatisi, e altresì ripreso recentemente dalla sent. n. 25/2019 (*supra*, par. 5.1. e *infra*, in questo paragrafo) con riferimento al giudicato che «sta per formarsi».

formulare un'ipotesi: è vero che la Corte ha specificato che «i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono (…) trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse (…) non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto» (sent. n. 236/2011); ancora, che «in tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione» (sent. n. 49/2015)[114]; e da ultimo (sent. n. 25/2019) che «l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, orientata alla conformità alla CEDU[115] (…) non implica anche necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della CEDU (...). È ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinvengano nella Costituzione e nella CEDU, così determinandosi una concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili; vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia (…)[116]. Non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo, come risulta già dalla giurisprudenza di questa Corte, stante, nell'ordinamento nazionale, il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

Quest'ultima affermazione propria della sent. n. 25/2019, che pure si caratterizza per l'inframmezzato richiamo al discusso passaggio della sent. n. 49/2015, è forse – ammesso di poterla depurare dalle esigenze contingenti che la Corte veniva affrontando - quella di maggiore rilievo ai fini della nostra riflessione: non vi sarebbe, per l'appunto, alcun automatismo; ma non è affatto escluso un *plus* di tutela. Sicché il giudice comune, nell'impossibilità di rinvenire con sicurezza una soluzione da privilegiare nell'immediato, dovrebbe anche cautelativamente rivolgersi alla Corte costituzionale; ma quest'ultima, nella logica dell'ampliamento della tutela per il diritto in gioco, e soprattutto in un'ottica maggiormente valorizzatrice dell'apertura al parametro europeo, qui sta il dato da segnalare, una volta operato il bilanciamento con gli altri principi costituzionali da ritenersi coinvolti, potrebbe pur sempre far prevalere (come è già stata capace di far prevalere) l'approccio

[114] In realtà in questa pronuncia si afferma pure che «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»: un'espressione forte che ha fatto addirittura parlare di "controriforma", di abbandono di una visione pluralista già accarezzata, di difesa a oltranza della Costituzione con i giudici comuni arruolati alla causa, restringendone l'ambito di autonomia: cfr. N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.dirittticomparati.it, fasc. n. 3/2017, 244.

[115] «Le cui prescrizioni e principi – prosegue la sent. n. 25/2019 - appartengono indubbiamente ai vincoli derivanti da obblighi internazionali con impronta costituzionale (quelli con «vocazione costituzionale»: sentenza n. 194 del 2018)». Faccio sommessamente notare che la "vocazione costituzionale", nella sentenza da ultimo richiamata, era stata in realtà riferita alla Convenzione OIL, non ratificata dall'Italia e pertanto, a giudizio della Corte nella stessa sent. n. 194/2018, da ritenersi non vincolante.

[116] Segue un richiamo alla sent. n. 317/2009: «Questa Corte ha già affermato che, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, «il rispetto degli obblighi internazionali […] può e deve […] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (sentenza n. 317 del 2009). È quanto si è verificato da ultimo (sentenza n. 120 del 2018) con riferimento al diritto di associazione sindacale, tutelato sia dalla Costituzione (art. 39) che dalla CEDU (art. 11)».

convenzionale (ciò che accade, in effetti, anche nella sent. n. 25/2019[117]). Se questa lettura cogliesse nel segno, e comunque guardando a ciò che la Corte più di recente *fa* (oltre che a ciò che scrive nelle pronunce) si potrebbero forse ridimensionare i timori di quell'acuta dottrina che, nel pennellare lo scenario "allargato" prefigurato da un'altra commentatissima sentenza rivolta in prima battuta alla Carta dei DFUE (Corte cost. n. 269/2017) - volto a far sì che l'interpretazione conforme alla Carta dei diritti dell'Unione e, perciò pure, alla CEDU, si orienti all'interpretazione conforme a Costituzione, assoggettando gli esiti dell'una a quelli dell'altra - ne prospettava le possibili ripercussioni a catena, sul piano degli eventuali utilizzi abnormi dello strumento dell'interpretazione conforme[118]. Evidenziandosi, tuttavia e al contempo, il curioso paradosso per cui, in definitiva, l'esigenza pur eventuale di un'apertura alla CEDU… torna utile alla Corte costituzionale, nella prospettiva dell'accentramento: allorché le questioni sono molto complesse, i giudici comuni dovrebbero infatti normalmente rinunciare all'interpretazione conforme (convenzionalmente o costituzionalmente che sia), richiedendo invece l'intervento della Corte costituzionale. Ma così opinando…. siamo tornati sul versante di quest'ultima.

Tenterò dunque adesso di rovesciare la prospettiva, e non potendo sicuramente occuparmi dei numerosi nodi che sono stati sciolti dalla giurisprudenza in questi anni, o che viceversa sono ancora sul tappeto, nell'architettura di diritti fondamentali sia sostanziali che processuali, mi accontenterò di richiamare alcune vicende esemplari, alcune che ho già esplorato per certi versi in questi anni, altre che appaiono comunque ineludibili per la loro attualità, con l'auspicio di fornire un campione comunque significativo del *modus operandi* dei giudici comuni ed eventualmente un *trend* dell'ultimo periodo. Sul versante del diritto penale la richiamata saga de Tommaso, ad esempio, ci restituisce un quadro magmatico, difficile da inquadrare in uno schema preciso, lineare, ma che evidenzia l'essenzialità del ruolo della Cassazione, e anche come la realtà sia più fervida della fantasia: non solo perché (l'ho già accennato) all'efficacia riconosciuta alla pronuncia di Strasburgo si riconnettono diverse strategie, all'interno della Corte di cassazione (interpretazione conforme da parte delle sezioni unite con un'operazione ermeneutica rimarchevole, annotava F. Viganò prima di entrare in Corte[119], di riduzione teleologica della fattispecie, dopo aver riportato all'essenza, potrei dire, l'insegnamento della Corte costituzionale[120]; incidente di costituzionalità da parte della singola

[117] Ritiene infatti la Corte che nella fattispecie in esame ricorrano i presupposti per completare, con riferimento alla norma oggetto delle questioni di costituzionalità, l'adeguamento alla CEDU in concordanza con quello già operato, in via interpretativa, dalle sezioni unite della Corte di cassazione.

[118] Alludo qui ad A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 1/2018, che ipotizza discendere dalla sent. n. 269/2017 una spinta vigorosa per un uso ancora più insistito e incisivo del canone dell'interpretazione conforme, quale reazione alla "espropriazione" – tale, senza troppi giri di parole, largamente intesa nella cerchia della giurisdizione comune – subita per ciò che attiene al sindacato diffuso di conformità delle norme nazionali alle norme della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*.

[119] F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano*, cit., 149-150, che fa pure osservare come per schermare il più possibile il rischio di un'obiezione consueta contro l'interpretazione conforme, quella secondo cui la sentenza del giudice comune non ha effetti *erga omnes* e non modifica il dato normativo, il Primo Presidente della Corte di cassazione avesse ritenuto di investire da subito le sezioni unite del ricorso proveniente dalla Corte di appello di Caltanisetta, giusto all'indomani della pronuncia De Tommaso e senza attendere che sul punto in discussione si pronunciassero, magari in modo tra loro difforme, le sezioni semplici o i diversi collegi in seno alle stesse, mostrando di intenderne la giurisprudenza come poi tendenzialmente vincolante. La Corte, poi, si mostra determinata a proseguire sulla strada dell'adeguamento del nostro sistema penale ai diritti fondamentali nella loro dimensione integrata (costituzionale ed 'europea'), se necessario procedendo anche da sola su questo cammino.

[120] Si legge infatti testualmente nella sentenza delle sezioni unite, punto 9 del *Diritto*, che (l'enfasi è aggiunta) «la sentenza (della Corte di Strasburgo) non ha determinato e non poteva determinare il significato della legge nazionale, in

sezione con l'ordinanza Sorresso), ma anche perché tra i giudici di merito c'è chi fa presente di avere "le mani legate": ad esempio il Tribunale di Monza, 15 maggio 2017[121], che pur individuando alcuni indici sintomatici del carattere vincolante della sentenza europea (con ciò prendendo le distanze dai Tribunali di Milano e Palermo, *supra*, par. 5.1), da un lato aveva ritenuto impraticabile la via dell'interpretazione conforme alla Cedu, stante il contenuto delle censure rivolte dai giudici europei direttamente allo *standard* qualitativo delle norme in questione, e dall'altro si trovava impossibilitato a sollevare questione di legittimità costituzionale in quanto il procedimento di prevenzione si era concluso in una data anteriore alla pronuncia della Corte di Strasburgo; d'altronde, non imponendo le sentenze di condanna della Corte EDU la disapplicazione delle norme interne contrastanti con il sistema convenzionale, il Tribunale veniva infine ad applicare alcune misure di prevenzione, ritenute valide e in vigore al momento della decisione, e come tali vincolanti per il giudice ai sensi dell'art. 101 Cost. Evidenziando dunque questo giudice, nel suo ragionamento, un margine per l'intervento della Corte costituzionale (quello che essa poi effettivamente essa si è presa con la sent. n. 25/2019), ma finendo per riportare una prescrizione - della cui conformità agli *standard* convenzionali dubitava fortemente - nel dispositivo del proprio provvedimento.

Un'altra vicenda che restituisce il senso di un travaglio giurisprudenziale non da poco - tra l'altro mettendo ulteriore carne al fuoco, ovvero il peso che possono giocare, in una medesima materia, le norme del diritto UE e gli orientamenti della Corte di giustizia, in un complesso scenario che dunque vede quattro protagonisti - è rappresentata dalle difficoltà di applicazione incontrate dal principio del *ne bis in idem*, sul piano della compatibilità del cumulo di sanzioni amministrative " di natura penale" e di sanzioni penali in senso proprio, alla luce di differenti letture di quello che debba esserne lo *standard*. Qui ancora si è potuto cogliere un particolare attivismo della Corte di cassazione, che all'indomani di un intervento della Corte europea stigmatizzante il nostro Paese (*Grande Stevens c. Italia* del 2014) rimetteva alla Corte costituzionale la questione relativa al sistema del doppio binario sanzionatorio[122]: mancando nel nostro ordinamento la previsione dell'allargamento del divieto di *bis in idem* ai rapporti tra processi, e ricavando dalla pronuncia europea una efficacia esecutiva "indiretta" (obbligo di adeguamento, pur con libertà di scelta delle misure più idonee al riguardo), che non poteva condurre però alla disapplicazione del diritto nazionale, pur antitetico ai principi espressi in *Grande Stevens*, e imponeva piuttosto di sollevare questione di costituzionalità. La vicenda non si è conclusa come noto in un unico atto, sviluppandosi viceversa su più tappe. La Corte costituzionale infatti si è dapprima risolta nel senso dell'inammissibilità (sent. n. 102/2016), tecnicamente per via del carattere dubitativo e perplesso

quanto, come ha chiarito la Corte costituzionale (sent. n. 49 del 2015), spetta al giudice comune l'interpretazione del diritto interno, *tenendo conto* della giurisprudenza europea. Nel caso ora sottoposto al loro esame le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono chiamate ad una rilettura del diritto interno che sia *aderente alla CEDU e subordinata al* «prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme» (Corte cost., sentenze n. 349 e n. 348 del 2007). Ne consegue che solo una lettura "tassativizzante" e tipizzante della fattispecie può rendere *coerenza costituzionale e convenzionale* alla norma incriminatrice (…) il che inevitabilmente comporta il superamento di una giurisprudenza di legittimità che, fino ad oggi, non mostra di essersi confrontata adeguatamente con tali problematiche».

[121] Pubblicata in *Dir. pen. contemp*., fasc. n. 2/2018, 197 e annotata da S. FINOCCHIARO, *Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso, Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità 'qualificata'*.

[122] Cfr. Cass. civ., sez. trib., 21 gennaio 2015, n. 950 in *Foro it*., Rep. 2015, voce *Cassazione civile*, n. 207.

della formulazione della questione anche[123] relativamente alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea e i principi del diritto dell'UE, compresa l'eventuale non applicazione della normativa interna; verosimilmente in attesa di ulteriori sviluppi sul fronte della legislazione nazionale nonché di quello della Corte di giustizia[124]. La questione è tuttavia tornata all'attenzione ad opera di un giudice di merito (Trib Monza, 30 giugno 2016), cui la Corte costituzionale ha riconosciuto per un verso di aver colto correttamente il significato della normativa interposta, in forza dell'analisi della giurisprudenza europea disponibile alla data dell'ordinanza di rimessione; ma ha avuto anche buon gioco, per un altro, nel segnalare una mutata giurisprudenza della Corte europea[125], che non escludendo più procedimenti misti a fronte della commissione di un fatto illecito, purché uniti da un nesso non solo temporale ma anche materiale[126] sufficientemente stretto, imporrebbe una nuova valutazione della rilevanza della questione; da cui il provvedimento (sent. n. 43/2018) di restituzione degli atti al giudice *a quo*[127]. Rimesso dunque il cerino in mano ai giudici comuni, è intervenuta nuovamente la Corte di cassazione la quale nell'ottobre 2018[128] – riducendo la vicenda all'osso - ha potuto giovarsi all'esito di rinvio pregiudiziale anche di tre più recenti, commentate pronunce della Corte di giustizia[129], inseritesi nel filone della notissima sentenza Fransson, e facenti chiarezza sulla possibilità di limitare il *ne bis in idem*, purché le limitazioni siano giustificate e proporzionate; e così la Cassazione ha ritenuto infine di poter fare applicazione del "sistema di principi" espressi da entrambe le Corti europee - per l'appunto valutando il requisito del «sufficiently dose connecction in substance and time» predicato dalla Corte EDU, e la non eccessiva severità delle sanzioni inflitte rispetto alla gravità del fatto concretamente verificatosi, indicato dalla Corte del Lussemburgo - non facendo pertanto tornare più il problema in Corte (costituzionale[130]) ma valutando direttamente gli elementi controversi (proporzionalità e

[123] Le censure della Corte costituzionale invero sono più ampie, riguardando peraltro ulteriore ordinanza pervenuta dalla V sezione penale della stessa Corte di cassazione, affrontata congiuntamente; cfr., tra gli altri, L. LIPPOLIS, Ne bis in idem *e illeciti finanziari: un'analisi alla luce di Corte cost. 102/2016 e della nuova disciplina euro unitaria sul* Market abuse, in www.federalismi.it, fasc. n. 15/1016; R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo*, in www.osservatorioAIC.it, fasc. n. 2/2016.

[124] Così F. VIGANÒ, Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un* assist *ai giudici comuni*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

[125] *A e B c. Norvergia* del 2016, commentata da G. DE AMICIS, P. GAETA, ***Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del "ne bis in idem"***, in *Cass. pen*., 2017, 469, pur isolata, ovvero non inserita in alcun flusso giurisprudenziale, come predicava la sent. n. 49/2015; questo dettaglio non è sfuggito ad A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ord. int. e dir. um*., 2019, 96.

[126] Come chiarito dalla recentissima *Bjarni Armannsson c. Islanda* dell'aprile 2019, per cui che la pena in concreto inflitta risulti proporzionata alla gravità dell'illecito compiuto è un requisito necessario al parti del collegamento temporale fra procedimenti, compresa l'acquisizione e valutazione della prova; cfr. A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte EDU ancora sul* bis in idem, in www.penalecontemporaneo.it. 7 maggio 2019.

[127] In una precedente ipotesi di restituzione degli atti al giudice *a quo* (ord. n. 150/2012, già menzionata alla nota 65) la Corte aveva più prudentemente utilizzato l'espressione "rinnovato esame dei termini delle questioni".

[128] Cfr. Cass. pen., sez. V, 10 ottobre 2018, n. 45829, in *Foro it*., 2019, II, 320, con nota di richiami di G. DE MARZO; Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2018, n. 27564, in www.italgiure.giustizia.it; Cass. pen., sez. V, 31 ottobre 2018, n. 49869, in *Giust. pen*., 2019, III, 1.

[129] Datate 20 marzo 2018, pubblicate in *Dir. pen. contemp*., fasc. n. 3/2018, 286, e commentate, tra gli altri, da E. BINDI, A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di* market abuse *è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in www.rivista.AIC.it, fasc. n. 2/2018; A. ROSANÒ, *La migliore offerta, ovvero il principio del "ne bis in idem" tra abusi di mercato, CEDU, diritto dell'Unione europea e diritto interno*, in *Studi integraz. europ*., 2018, 763.

[130] Cfr. R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n.*

adeguatezza del cumulo sanzionatorio)[131]. Si potrà dire che il "dialogo" ha dato i suoi frutti, anche se agli effetti è stato consegnato dalla Corte di giustizia ai giudici (non solo italiani, ma nazionali in genere) il compito arduo di valutare, in concreto, se esistono elementi di connessione tra il procedimento penale e quello amministrativo[132].

Sul versante poi dei diritti "sensibili", anch'essi rimessi frequentemente all'attenzione del giudice, sia interno che sovranazionale, per via delle aspettative di tutela che si moltiplicano nel tempo, faccio un cenno alle problematiche connesse alla surrogazione di maternità, che trovano qualche punto di contatto con quelle della procreazione medicalmente assistita (PMA) come pure, anche se spesso a mio avviso con forzature, a quelle dell'adozione. Scelgo questo, tra i diversi fronti critici rimessi al banco di prova giurisprudenziale, sia perché le vicende di questi anni paiono riconducibili al prisma, davvero delicato, dell'identità personale del minore, sulla quale la Corte di Strasburgo è stata capace di fare affermazioni importanti, sia in quanto adatto ad offrire uno spaccato interessante sulla "propensione" dei nostri giudici a misurarsi con i parametri costituzionali, convenzionali, ed offerti da alcuni accordi internazionali che convergono sui diritti e la protezione del minore; con la Corte di cassazione a giuocare indubbiamente, ancora una volta, un ruolo di primissimo piano. Con riferimento anzitutto alla gestazione per altri, il fenomeno presenta una straordinaria attualità e varietà di profili, sia in relazione ai soggetti coinvolti in tale pratica (coppie dello stesso sesso o di sesso diverso, aventi o meno problemi di fertilità, e di conseguenza con un legame genetico o meno, con il minore), sia in relazioni ai provvedimenti richiesti all'autorità amministrativa e/o giudiziaria (trascrizione del certificato di nascita straniero, trascrizione del provvedimento giudiziario straniero che rettifica l'atto di nascita, impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità, formazione dell'atto di nascita in Italia[133]) in presenza di espresso divieto ordinamentale della pratica di maternità surrogata. Non potendo dar conto qua di tutte le vicende che stanno animando il dibattito in questi anni, per via di un'evidente eterogeneità di posizioni in materia, mi pare comunque di poter evidenziare alcuni dati salienti: la Corte di cassazione, che si è pronunciata di recente più volte e in modo approfondito, da ultimo anche a sezioni unite[134], al contrario della Corte costituzionale che sin qui è riuscita a sfiorare soltanto il problema[135], appare per un verso sensibile ai parametri sovranazionali e internazionali (tanto che riesce a corroborare una più moderna concezione di 'ordine pubblico internazionale', già emersa nella propria giurisprudenza di legittimità[136]), ma nello stesso tempo

---

269 del 2017, in *Giur. cost*., 2018, 861, che mette correttamente in evidenza le diverse conclusioni cui può pervenire il giudice del rinvio.

[131] La vicenda è pedissequamente ricostruita da E. SCOZZARELLA, *La questione del* ne bis in idem *nella giurisprudenza della CEDU e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2019.

[132] Per questa affermazione E. BINDI, *Divieto di* bis in idem *e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in www.federalismi.it, fasc. n. 17/2018.

[133] E' la questione sollevata dal Tribunale di Pisa che la Corte costituzionale ha recentemente affrontato all'udienza del 9 ottobre scorso, dichiarandola infine inammissibile con sent. n. 237/2019.

[134] Cass. civ., sezioni unite, sent. 8 maggio 2019, n. 12193, in *Famiglia e dir*., 2019, 653.

[135] Nella sent. n. 272/2017, infatti la Corte si limita ad un fugace giudizio di valore, o meglio di disvalore, sulla maternità surrogata; nella sent. n. 162/2014, che ha fatto cadere il divieto di fecondazione eterologa, le considerazioni erano rimaste a margine.

[136] Una concezione cioè non più *difensiva* ma *promozionale* dell'ordine pubblico: cfr. l'importante passaggio del punto 12.1 del *Diritto*, in base al quale l'ordine pubblico non è da intendersi più quale limite all'ingresso nel nostro ordinamento di norme ed atti provenienti da altri sistemi e ritenuti contrastanti con i valori sottesi alla vigente normativa interna, dovendosi viceversa circoscrivere l'ambito del giudizio di compatibilità (per il tramite di una non scontata

capace di un'interpretazione "non disallineata" rispetto ai parametri costituzionali e allo stesso punto di vista emerso a Palazzo della Consulta (anche per il tramite delle pronunce, ben più cospicue, in materia di PMA), sì da saper correggere le fughe in avanti dei giudici del merito[137]: cosicché per i genitori c.d. d'intenzione (siano aventi sesso diverso, sia facenti parte di una coppia *same sex*) non ci sarà alcuno strumento e spazio legittimo che non sia quello – e per via dell'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami nel frattempo sviluppatisi - dell'adozione in casi particolari (letta, a mio avviso opinabilmente, quale clausola di chiusura del sistema). A ben guardare, tuttavia, l'obiettivo è stato centrato assai facilmente – per il profilo che qui interessa – tenendo conto degli stessi orientamenti della Corte europea, che *fin qui* (ma sul parere reso di recente dalla *Grande Chambre*, in cui sembra affermarsi qualcosa in più, rinvio al par. successivo) hanno distinto nettamente tra i casi in cui almeno uno dei genitori possa vantare un legame genetico o biologico, e per il quale il rapporto di filiazione non può essere messo in discussione (*Labassee c. Francia* e *Mennesson c. Francia*, del giugno 2014), da quelli in cui invece entrambi siano soltanto genitori di intenzione (*Paradiso e Campanelli c. Italia* del gennaio 2017): anche a Strasburgo sono i genitori d'intenzione a non vedere tradotte le proprie aspirazioni nel riconoscimento di un rapporto di filiazione, perché potranno trovare soltanto una tutela "indiretta" (ovvero ed eventualmente, dipendente dalla ritenuta lesione dell'identità personale del minore). Come dire, riprendendo un'espressione della Corte costituzionale, laddove manchi uno "scarto di tutele" il gioco di squadra[138] diventa assai più facile.

Il "prezzo" tuttavia che la Cassazione paga, sull'altare della coerenza, mi pare duplice: nel merito, quello di implicitamente distinguere tra coppie di uomini (nelle quali, per forza di cose, uno dei *partners* sarà solo genitore d'intenzione; ed è il caso affrontato dalle sezioni unite) e coppie di donne (e tra quelle ultime, eventualmente, tra quelle che in virtù del proprio stato di salute possano contribuire o meno alla procreazione e/o alla gestazione), perché nel secondo caso essa era già giunta[139] a riconoscere lo *status* stabilito all'estero di una madre genetica-non gestante, *partner* affettiva della gestante, imponendo la trascrizione nei registri comunali dello stato civile di un atto di nascita in un Paese straniero di un bambino indicato come figlio di due donne, escludendo appunto che in questo caso il riconoscimento contrastasse con l'ordine pubblico e riconoscendo viceversa, in definitiva, un progetto di "bigenitorialità materna". Riprendendo proprio tale precedente, al fine di dimostrare la differenza tra le fattispecie che venivano in considerazione, ed enfatizzando il fatto che nel caso affrontato nel 2016 si era passati attraverso una pratica di fecondazione assistita (per certi versi assimilata all'eterologa, per altri all'omologa), le sezioni unite

---

'resezione' ordinamentale verso l'alto) ai valori tutelati dalle norme fondamentali, ponendo in risalto il collegamento degli stessi con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, dei quali l'ordine pubblico mira a favorire la diffusione, congiuntamente all'armonizzazione tra gli ordinamenti.

[137] Le sezioni unite infatti tornano sulla nota vicenda avviatasi col provvedimento della Corte d'appello di Trento, 23 febbraio 2017, in *Foro it*., 2017, I, 1034, confermando un proprio indirizzo già emerso in Cass. civ., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Riv. dir. int. prov. proc*., 2015, 427.

[138] E qui ricomprenderei i giudici del merito, che stanno facendo emergere un orientamento favorevole, perché ritenuta non contraria all'ordine pubblico, alla trascrizione nei registri di stato civile dell'atto di nascita straniero che indica un bambino come figlio di due donne (es. Corte d'appello di Perugia, 22 agosto 2018, in *Foro it*., 2018, I, 3700).

[139] Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2016, 813, molto commentata in dottrina (tra gli altri. G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, in *Foro it*., 206, I, 3349; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio «nato da due madri» all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int*., 2017, 169), ampiamente ripresa e riconfermata nell'*iter* argomentativo dalle sezioni unite nel 2019.

– e qui si torna a quanto più interessa, cioè al rapporto con la giurisprudenza costituzionale - rischiano di scavare un solco con quest'ultima, che certo non può dirsi propriamente all'avanguardia, nel riconoscimento dei diritti delle coppie *same sex*, e che proprio molto di recente ha ritenuto (sent. n. 221/2019) non illegittimo il divieto per queste coppie, chiaramente contenuto nella legge n. 40/2004, di accedere alle tecniche di procreazione *in vitro*; incentivando paradossalmente (per le coppie composte da donne) – questa è un'ulteriore conseguenza a cascata - quel turismo procreativo che la Corte costituzionale ha ritenuto viceversa di dover arginare, facendo cadere il divieto di eterologa per le sole coppie eterosessuali (con un accenno al problema del diritto all'identità genetica del minore non sviluppato però in modo perspicuo[140]). In un ambito nel quale, invero, la giurisprudenza europea è più sfumata, avendo valorizzato più volte il margine di apprezzamento degli Stati, e dunque non può essere facilmente invocata per un *plus*, almeno potenziale, di tutela, la partita si gioca tutta tra le due nostre Corti nazionali[141].

Un ultimo aspetto dell'identità personale del minore sul quale la Corte di cassazione si è espressa con pronunciamenti di rilievo, nella cornice di una importante giurisprudenza della Corte europea è quello connesso alla ricerca delle origini da parte dell'adottato; qui, a seguito del noto caso *Godelli c. Italia* del 2012, la 'sequenza sulla scena' tra le nostre due Corti si è rovesciata [prima è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 278/2013, su richiesta di un giudice del merito (Tribunale per i minorenni di Catanzaro), poi la Corte di cassazione (con due pronunce della sezione I nel 2016, e a sezioni unite nel 2017)]; per quanto qui interessa si potrebbe dire che, mentre il Giudice delle leggi non ha voluto enfatizzare Strasburgo (per la lettura che ne do io, *supra*, par. 4), la stessa Corte di cassazione ha svalutato in prima battuta la pronuncia della Corte europea[142], e

[140] Nel rispondere infatti al rilievo dell'Avvocatura dello Stato secondo il quale l'interesse della persona nata da PMA di tipo eterologo sarebbe leso per via del divieto di conoscere la propria identità genetica, la Corte finisce per risolversi in un richiamo alla sent. n. 278/2013, la quale non solo si riferisce a problematica diversa (l'accesso alle proprie origini da parte dell'adottato, sui cui *infra*, nel testo) ma soprattutto viene incontro alle esigenze di conoscere la propria identità genetica e biologica (mentre la legge n. 40/2004, indubbiamente, formulando il divieto di eterologa che poi verrà dichiarato illegittimo, non era strutturalmente adeguata a soddisfare a tale esigenza; disponendo, nella prospettiva di tutela di colui che sia nato in applicazione di tecniche violatrici del divieto, l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento di paternità o di dichiarare, la madre, la volontà di non essere nominata, oltreché l'irrilevanza giuridica della figura del donatore di gameti in rapporto al nato).

[141] Non che la Corte europea non si sia espressa in materia di PMA, sia con riferimento alle coppie eterosessuali, sia con riferimento alle coppie omosessuali, come le vicende culminate talvolta di fronte agli stessi giudici costituzionali italiani dimostrano (sentt. nn. 162/2014, 96/2015, 84/2016). Ma si tratta di una giurisprudenza che bisogna saper filtrare, che va letta *cum granu salis*, per non ricavarne il risultato opposto di un *minus* di tutela: in questo senso mi pare interessante richiamare brevemente l'ordinanza del Trib. Salerno, 10 luglio 2012, in *Giur. cost*., 2013, 1196, annotata da F. ANGELINI, *Nell'ipotesi di contrasto fra disciplina statale e CEDU il Tribunale di Salerno fa la cosa giusta, ma lungo il cammino abbandona i parametri costituzionali interni*, che proprio all'indomani dell'ord. n. 150/2012 – più volte menzionata, con la quale la Corte costituzionale restituiva gli atti ai giudici *a quibus* per un rinnovato esame, alla luce anche di *S.H. c. Austria* del 2011, del divieto di eterologa – e pur non essendo tra i remittenti, riteneva che tale divieto, per come previsto dalla legge italiana, non eccedesse il margine di apprezzamento, e che per tale ragione la questione che gli si chiedeva di sollevare dovesse essere considerata manifestamente infondata; qui l'"adeguamento", se così si può dire, alla giurisprudenza europea è apparso pernicioso, ed è stato solo grazie alla perseveranza, viceversa, dei tre tribunali rimettenti (Catania, Firenze, Milano) che la questione è tornata alla Corte costituzionale centrata sui conferenti parametri interni (in una delle tre ordinanze, anche convenzionali: *supra*, par. 4) consentendole la dichiarazione di illegittimità propria della sent. n. 162/2014.

[142] Cass. civ., sez. I, sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024, in *Foro it*., 2016, I, 3114, ha infatti ritenuto che i Giudici della Consulta avessero delineato in termini più stringenti e sistematici della Corte di Strasburgo il problema della condizione di legittimità dell'istituto che consente di mantenere riservata l'identità della madre in relazione alla potenziale e nello stesso tempo sempre attuale reversibilità del segreto, quando in realtà la Corte costituzionale è intervenuta in modo da evitare (soltanto) la cristallizzazione e dunque l'intangibilità della scelta iniziale di rimanere segreta; mi permetto di

solo alla seconda e terza occasione ha cercato di confrontarsi anche con essa con atteggiamento costruttivo, alla ricerca (si potrebbe dire) di un'interpretazione conforme alla giurisprudenza di entrambe; se ciò suggerisce, in superficie, una rassicurante attenzione da parte della Suprema Corte all'epilogo "interno", è anche da dire che, inizialmente, la messa a tema del principio somministrato dalla Corte costituzionale nel 2013 non è risultata certo ottimale: la Corte di cassazione non ha difatti spiegato – né la sentenza additiva della Corte costituzionale poteva aiutare in questa direzione, essendo riferita alla (diversa) ipotesi di madre ancora vivente, delle cui scelte ha favorito la rivedibilità, per il tramite di un procedimento di interpello – perché il diritto all'anonimato della madre nel frattempo deceduta (al cospetto della quale qualsiasi meccanismo di contatto è ovviamene improponibile) dovesse automaticamente recedere al cospetto delle esigenze del figlio a conoscere le proprie origini; mentre il ragionamento svolto a Strasburgo avrebbe potuto suggerire qualche elemento in più, per una adeguata considerazione di tutti gli interessi implicati[143], ciò che poi la Suprema Corte ha in effetti realizzato, con le successive pronunce[144]. Si vuol dire, in altri termini, che pure un eccessivo risalto alle pronunce del Giudice delle leggi potrebbe risultare controproducente, allorché la messa a fuoco dei nodi problematici sia risultata più nitida con le lenti del Giudice sovranazionale[145].

7. *La richiesta di parere consultivo ai sensi del Protocollo 16: canale effettivo di comunicazione tra giudici o "dono avvelenato" per la Corte di Strasburgo? (cenni)*

Nel contesto delle riflessioni dedicate alle 'abilità', alle capacità, più o meno da riconoscersi, dei giudici tutti di valorizzare la CEDU e il 'suo' diritto giurisprudenziale, un cenno si deve infine alle possibili applicazioni del Protocollo addizionale 16, che come noto consentirà (già consente ai Paesi che lo hanno ratificato) di acquisire l'*opinion* della Corte all'esito di rinvio "convenzionale" da parte di una delle "più alte giurisdizioni nazionali" che decida di sospendere un procedimento dinanzi ad essa pendente e chiedere alla Grande Camera un parere consultivo sull'interpretazione o sull'applicazione di una norma convenzionale[146]. Un primo elemento che sottolineerei è il "cambio

---

rinviare a E. MALFATTI, *Una pronuncia della Corte di cassazione in tema di accesso alle origini dell'adottato (disciplina ancora in cerca d'Autore)*, in www.dirittifondamentali.it, fasc. n. 2/2016.

[143] Derivando il diritto a conoscere la propria ascendenza dal diritto all'identità, e costituendo a sua volta quest'ultimo parte integrante della nozione di vita privata; ciò che è stato considerato nel ragionamento di Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, in *Foro it*., 2016, I, 3784, e poi nell'intervento delle sezioni unite, 25 gennaio 2017, n.1946, in *Foro it*., anno 2017, I, 477.

[144] Sulla vicenda, che ha dato vita a una vivace prassi procedimentali non codificata, e sull'intervento in particolare delle sezioni unite, cfr. G. BATTAGLIA, *Il seguito giudiziario della sentenza n. 278/2013 e gli effetti politici "involontari" di alcune pronunce della Corte costituzionale*, 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, 447.

[145] Un peso preponderante al ragionamento della Corte europea è stato dato, direi, recentissimamente dal Tribunale dei minorenni di Genova, il quale non ha autorizzato l'accesso alle informazioni sulla identità della madre per un soggetto il quale, non solo si sarebbe trovato a venire a conoscenza dei dati di una madre biologica deceduta, ma con fratelli in vita, la cui personalità va invece tutelata, anche attraverso il bisogno di "non conoscere" l'avvenuta filiazione naturale della madre: «il Tribunale non sa quale sia stata la narrazione famigliare, quale rappresentazione la madre abbia voluto dare di sé ai propri figli con scelte che lo Stato non può sindacare rendendosi altrimenti responsabile di una grave ingerenza nella vita privata dei fratelli e/o della madre, con evidente violazione dell'art. 8 CEDU», così scrive Trib. minorenni Genova, 23 maggio 2019, in www.dirittifondamentali.it, 13 settembre 2019.

[146] Cfr., per un inquadramento, i contributi raccolti in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali,* Milano, 2015.

di passo" della Corte costituzionale che si percepisce nel corso degli anni, confrontando, ad esempio, il laconico comunicato che la stessa Corte faceva pubblicare dal proprio Ufficio Stampa nell'ottobre 2007, pochi giorni prima delle sentenze gemelle[147], l'approccio "possibilista" che emerge dalla relazione del Vice Presidente *pro tempore* F. Gallo in margine a un incontro svoltosi a Bruxelles con le delegazioni delle due Corti europee[148] e il più enfatico comunicato del gennaio di quest'anno il quale, all'esito di un incontro che ha coinvolto i «vertici» delle supreme magistrature italiane, sottolinea addirittura l'urgenza dell'approvazione, da parte del Parlamento italiano, del disegno di legge di ratifica e di attuazione del "Protocollo 16"[149], che consentirebbe un effettivo dialogo con la Corte di Strasburgo attraverso la richiesta di pareri sulle questioni oggetto di giudizio nelle Corti italiane[150].

Cosa c'è dietro questo esplicito "caldeggiare" l'entrata in vigore del Protocollo 16 da parte della nostra Corte costituzionale, dopo aver organizzato un confronto allargato proprio sul tema del «dialogo» tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane? E' da chiedersi se davvero il nuovo strumento di rinvio – considerate le sue specifiche caratteristiche almeno per come disegnate sulla carta[151], non certo coincidenti, tra l'altro, con il rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo - faciliterebbe la comunicazione e uno scambio proficuo tra le diverse sedi[152]; oppure se, tutt'al contrario - soprattutto per la sua collocazione temporale, rispetto alla definizione delle controversie, ma anche per l'esclusione (almeno in astratto[153]) dell'apprezzamento di questioni di fatto (che

147 Il comunicato stampa del 10 ottobre 2007, dal tenore assai stringato - dando conto del fatto che il Presidente della Corte F. Bile avesse ricevuto il Presidente della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, J.P. Costa - precisava che nel corso dell'incontro, al quale avevano preso parte numerosi Giudici costituzionali, fosse stata ribadita l'importanza che la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale attribuiscono a uno scambio di informazioni e a dei contatti periodici.

148 Scrive il Vice Presidente F. Gallo (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf) che il confronto aperto tra giurisprudenze (…) potrebbe divenire più serrato se e quando sarà data esecuzione al punto 12, lett. d) della Dichiarazione di Brighton (richiamata *infra*, nel testo) che auspica l'introduzione di un protocollo addizionale per dotare la Corte del potere di inviare «advisory opinions» sull'interpretazione della Convenzione, su richiesta dello Stato membro.

149 L'articolato in questione, a quanto consta, è attualmente fermo all'esame delle commissioni riunite II Giustizia e III Affari esteri della Camera dei deputati; si segnala il testo dell'audizione resa il 12 febbraio 2019 innanzi alle commissione da G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in www.federalismi.it, fasc. n. 5/2019.

150 Si sottolinea la necessità che le Corti europee - in una fase storica di debolezza, in alcuni Paesi, dei diritti fondamentali – dialoghino tra loro per la piena tutela di questi diritti, anche assicurando l'armonizzazione delle rispettive giurisprudenze (cfr. www.cortecostituzionale.it, comunicato stampa dell'11 gennaio 2019); e il rinvio "convenzionale" servirebbe esattamente a tale scopo.

151 Definisce lo strumento come «analogo al rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 TFUE, ma certamente innovativo e, in certa misura, atipico per le relazioni tra giudici nazionali e Corte europea», F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea*, cit., 15.

152 Ritiene che potrebbe derivare ulteriore complicazione nel circuito giudiziario dall'introduzione di questo strumento istituzionalizzato di dialogo, divenendo effettivamente operativo, ché aprirebbe a un raffronto diretto tra giudici nazionali e Corte EDU, I. RIVERA, *L'Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico*, in www.federalismi.it, fasc. n. 19/2014.

153 Il giudice nazionale dovrà motivare la propria richiesta, producendo gli elementi pertinenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente, e sottolineando la propria "necessità" di acquisire il parere, allo scopo di venire indirizzato verso una soluzione della specifica controversia in esame in modo soddisfacente rispetto agli *standard* convenzionali; in questo senso, la connessione tra l'oggetto del parere e la causa pendente risulta imprescindibile, dovrebbe dunque emergere un carattere "incidentale" della procedura. In base a quanto specificato dal Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 (https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf) anche la disciplina della procedura delineata da quest'ultimo sembra dunque implicare un rapporto di necessità tra la questione

comunque suona un po' strana, considerando che le richieste dovranno partire "nel corso di un giudizio"[154]), potendo vertere solo su questioni di principio - non rischi di snaturare del tutto le caratteristiche storicamente acquisite dalla Corte europea, nel suo giudizio, e anche complicarle non poco il lavoro (in questa sede, e come complessivamente inteso), chiedendosi d'un tratto (almeno in certi frangenti) di cambiar mestiere: l'espressione del parere venendo *a priori*, rispetto alla composizione delle singole vicende contenziose, e non potendo la Corte beneficiare appieno di una valutazione delle circostanze del caso concreto (che inestricabilmente, invece, si lega all'esigenza di leggere la CEDU nei suoi attuali significati, nel giudizio su ricorso diretto individuale e interstatale). Certo, gli auspici potrebbero essere ben diversi, ovvero – superate eventualmente le difficoltà di breve termine - di uno strumento capace di deflazionare efficacemente il contenzioso, ponendo le premesse di una piena tutela dei diritti convenzionali già a livello interno[155], e rendendo quindi in un certo senso "superfluo" il ricorso a Strasburgo, senza peraltro intaccare in via di principio il diritto di adire la Corte europea, bensì istituzionalizzando una forma, pur complessa, di comunicazione tra giudici nazionali e sovranazionale[156].

Una risposta più precisa richiederebbe [tacendo qui della possibile incidenza del Protocollo 16 sulle competenze della (e sulle relazioni con la) Corte di giustizia[157]] un ripensamento approfondito di quanto si è detto e scritto fin'oggi per porre le coordinate delle relazioni tra diversi livelli giurisdizionali, come pure un bilancio disincantato dell'esperienza pluridecennale della Corte, ed ancora una valutazione obiettiva delle applicazioni del nuovo meccanismo consultivo che, come si sa, sono appena agli inizi[158]; ma non nascondo una mia qualche perplessità rispetto a un istituto che

---

sottoposta alla Corte di Strasburgo e la soluzione della controversia pendente; cfr. M. MARCHINI, *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in www.eurojus.it, 13 novembre 2014.

[154] E infatti, alla prima occasione utile (*infra*, nota 158) la Corte europea ha precisato che il nuovo meccanismo procedurale mira a fornire all'autorità richiedente indicazioni sulle questioni di rilevanza convenzionale ai fini della definizione della fattispecie: secondo il par. 25 del primo parere preventivo, infatti (…) *L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance* (…). Anzi, i pareri consultivi devono essere circoscritti ai profili che sono direttamente connessi ai fatti di causa: secondo i parr. 28-30 del medesimo parere, infatti «28. *Le litige interne ne concerne donc pas le cas où l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est issu des gamètes de la mère d'intention.* 29. *Il en résulte également que l'avis ne concernera pas le cas où il y a eu procréation pour autrui, c'est-à-dire où l'enfant est issu des gamètes de la mère porteuse. Les questions de la Cour de cassation ne visent du reste pas cette situation.* 30. *Il en résulte de plus que l'avis ne portera ni sur le droit au respect de la vie familiale des enfants ou des parents d'intention, ni sur le droit au respect de la vie privée des parents d'intention*».

[155] Precisa il summenzionato Rapporto esplicativo che i pareri consultivi, sebbene non vincolanti, integrano la giurisprudenza della Corte, al pari delle sentenze e delle decisioni rese dalla medesima, producendo effetti analoghi ai fini dell'interpretazione delle norme convenzionali.

[156] Le avvisaglie di tale complessità si scorgono già ipotizzando un ricorso individuale diretto che, partendo ad esempio dall'Italia, a seguito dell'intervento delle sezioni unite menzionato *supra*, nota 134 ed *infra*, nota 158 in materia di surrogazione di maternità, obblighino la Corte EDU a intervenire una volta reso già il parere preventivo sollecitato dalla Corte di cassazione francese (ancora *infra*, nota 158).

[157] I. ARNO, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le Corti?*, in www.eurojus.it, 24 aprile 2018, ricorda opportunamente che le censure del noto parere 2/13 della Corte di giustizia, rispetto al progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU, passavano anche attraverso il Protocollo 16, per la mancanza di previsioni di raccordo con lo strumento del rinvio pregiudiziale.

[158] Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 10 aprile 2019, adesso reperibile anche da www.federalismi.it, focus *Human rights*, 4 ottobre 2019 [su cui O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. n. 2/2019; E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost*., 2019, 709] al quale si è da ultimo conformata la Cour de Cassation, sent. 4 ottobre 2019, Assemblée plénière, 10-19.053, in

potrebbe revocare in dubbio equilibri, come si è visto, faticosamente messi in piedi e sicuramente non raggiunti una volta per sempre, ma comunque non disprezzabili[159]. In questo senso, si ricorderà come dopo la Conferenza di Brighton del 2012, che pure ha elaborato l'idea della nuova competenza consultiva della Corte europea[160] nell'ambito delle riflessioni più ampiamente tese ad individuare soluzioni per la sopravvivenza a lungo termine del sistema di garanzie convenzionali, che in quel frangente sembrava vicino ad una vera e propria paralisi a causa del preoccupante sovraccarico di ricorsi a Strasburgo (aspetto che oggi dovrebbe essere quantomeno rivalutato), fosse trapelata una qualche freddezza da parte degli stessi Giudici di Strasburgo, in proposito, di fronte a una prospettiva per così dire etero imposta[161], e che potrebbe sembrare come un "dono avvelenato" per quella Corte[162]. Certo è che, come si è fatto opportunamente notare, l'istituto appare una "scatola vuota", suscettibile in concreto di essere riempita di diversi possibili contenuti, e potendo di conseguenza assumere significati anche assai diversi (a seconda pure della circostanza che prevalga una fiducia o invece una sostanziale diffidenza) da quelli che sembrerebbero discendere la testo del Protocollo[163]. Segnali in quest'ultima direzione, si potrebbero forse scorgere dalla struttura e da alcuni contenuti del primo parere reso nell'aprile scorso, che per certi versi sembra rivolto non all'interrogante bensì al legislatore, anzi ai legislatori europei[164].

---

www.dirittifondamentali.it, 9 ottobre 2019; il tema è indubbiamente scottante, lo saranno con ogni probabilità quelli al centro delle future richieste di *advisory opinion*, e pone l'ulteriore interrogativo sui riflessi "da lontano" che i pareri resi a fronte di richieste di giudici di altri ordinamenti, ma su questioni parimenti nodali, avvertite nel panorama degli Stati contemporanei (quale, indubbiamente, è stata nella prima evenienza concreta la surrogazione di maternità: interessante, da questo punto di vista, richiamare l'intervento delle sezioni unite della nostra Corte di cassazione, che a meno di un mese di distanza dal parere reso dalla Corte di Strasburgo si è pronunciata (sent. n. 12193 dell'8 maggio 2019, summenzionata) con accenti potrei dire agnostici rispetto a questa nuova funzione esercitata dalla Corte europea, della quale vengono riprese esclusivamente le decisioni, in materia, originate da ricorsi individuali diretti, come rileva anche G. CASABURI, nella sua *nota di richiami*, in *Foro it*., 2019, IV, 279.

[159] Cfr. anche E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost*., 2018, 719.

[160] Cfr. il punto 12.d. della Dichiarazione di Brighton, nella traduzione offerta dal nostro Ministero della Giustizia (https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ITA.pdf): (la Conferenza) rileva che *l'interazione tra la Corte e le autorità nazionali potrebbe essere rafforzata* dall'introduzione nella Convenzione di un potere ulteriore della Corte, che gli Stati Parti avrebbero la facoltà di accettare, di esprimere su richiesta dei pareri consultivi relativi all'interpretazione della Convenzione nel contesto di una causa specifica a livello nazionale, senza pregiudizio per il carattere non vincolante dei pareri per gli altri Stati Parti; invita il Comitato dei Ministri ad elaborare a tal fine il testo di un protocollo facoltativo alla Convenzione entro la fine del 2013, e invita inoltre il Comitato dei Ministri a decidere poi se adottarlo.

[161] Sulle origini di tali riflessioni cfr. R.G. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta on line*, 2014.

[162] Cfr. tuttavia G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in www.forumcostituzionale.it, 24 marzo 2018, che ha affermato di confidare, oltre che sul Protocollo addizionale 16, sulla rete di ricerca condivisa che permette già oggi, dopo una fase sperimentale iniziale, scambi di informazioni sulle giurisprudenze rispettive tra la Corte di Strasburgo e sessantacinque Corti superiori (tra costituzionali e supreme nazionali). L'autorevole scrivente ha espresso inoltre l'auspicio che il tema della «responsabilità condivisa» tra il livello internazionale, nel quale operano la Corte di Strasburgo e il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, e quello interno, nel quale vengono in rilievo soprattutto i giudici nazionali e tra loro evidentemente spiccano le corti costituzionali, già centrale nella Conferenza intergovernativa sul futuro della Corte europea tenutasi a Bruxelles nel marzo 2015, tornasse in rilievo nella analoga Conferenza di Copenaghen dell'aprile 2018, come in effetti è poi avvenuto.

[163] Per queste osservazioni R. ROMBOLI, *L'entrata in vigore del Protocollo XVI alla Cedu, l'ordine di intervento degli attori del dialogo e l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte Edu*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea*, cit., 358-359.

[164] In ordine ad esempio al ridotto margine di apprezzamento degli Stati, essendo in gioco un aspetto importante dell'identità del minore, come pure alla necessità di dare effettività al legame tra il minore e la madre intenzionale, come ancora all'esigenza di risolvere lo stato di incertezza in cui si trova il minore nel più breve tempo possibile. Il

8. *Per (non) concludere*

Non una conclusione ma qualche breve considerazione di sintesi, e un interrogativo. La Corte costituzionale pare aver lavorato negli anni per mantenere al proprio giudizio la caratteristica dell'accentramento, che in relazione alla CEDU significa in effetti poter pronunciare l'ultima parola, e dunque porre fine a un dilemma che attraversa la giurisprudenza interna anche alla luce di quella sovranazionale con una dichiarazione di incostituzionalità; un accentramento, potremmo dire tuttavia, 'ammorbidito' dal ruolo riconosciuto progressivamente, anche nei fatti, alla Corte di Strasburgo e ai giudici comuni di leggere e portare a compimento tutto lo spettro parametrico della Convenzione; vale a dire, c'è un'ultima parola sì da spendere, ma non si pretende (né si potrebbe realisticamente pretendere) di averla sempre. Non trapela dalla giurisprudenza della Corte costituzionale una sfiducia nella capacità degli altri "poli" della giurisdizione di contribuire, anche a prescindere dall'incidente di costituzionalità, alla promozione della tutela dei diritti fondamentali; talvolta forse essa mantiene qualche punta di reticenza. Variegato è d'altronde il quadro delle scelte dei giudici comuni, si è detto, ma se per un verso essi si mostrano "confidenti" con la Corte di Strasburgo, per un altro non sembrano manifestare tratti di eterodossia marcati, rispetto agli insegnamenti che sono venuti stratificandosi da Piazza del Quirinale; la capacità di stare sul crinale tra interpretazione convenzionalmente conforme e questione di legittimità costituzionale sembra sufficientemente sviluppata e le questioni importanti, tutto sommato, arrivano al Palazzo (del resto, si tratta di attori giurisdizionali che non hanno nulla da temere, rimanendo pur sempre in prima linea, rispetto alla tutela dei diritti, e svolgendo a conti fatti un mestiere non dissimile, o non così distante, da quello della Corte di Strasburgo). Certo, di una Cassazione capace di dar nitore a tanti problemi, quelli più sfaccettati e gravidi di implicazioni, "guidando" con autorevolezza gli sviluppi della giurisprudenza, e instradando quando occorre i dubbi alla Consulta, emerge tutta l'utilità, in quest'ambito.

Se, pur rarefatto, tale può riconoscersi l'orizzonte odierno, l'interrogativo che pongo è il seguente. *Chi potrebbe avere ancora paura, oggi, della Corte EDU?* La Corte costituzionale per parecchio tempo ha ingenerato la sensazione, con varie pronunce, di far fatica a stare nella "rete"[165] (uso il termine per il suo carattere evocativo, pur avvertendone anche un significato vagamente retorico) dei Giudici europei, assumendo piuttosto a più riprese le sembianze del *guardiano* della Costituzione nazionale; se sul versante del diritto dell'UE ciò era reso particolarmente evidente dalla riluttanza ad accedere allo strumento del rinvio pregiudiziale, una volta superato quello

discorso può solo accennarsi perché implicherebbe un'analisi che va ben al di là del perimetro del presente contributo; è interessante tuttavia notare che da ultimo la Corte di cassazione francese, rilevando l'impossibilità di ricorrere alla definizione di un rapporto di filiazione attraverso l'istituto dell'adozione, in ragione dei tempi eccessivamente lunghi della procedura, ha in effetti ordinato la trascrizione dell'atto di nascita di due gemelle formato all'estero: l'unica via che, a suo avviso, non dia luogo a lesioni dell'art. 8 CEDU.

[165] Che la dimensione europea e locale dei diritti e del potere stesse delineando già agli albori del nuovo Millennio una forma di sovranità "reticolare" molto diversa e distante da quella, imperniata sull'ordine gerarchico e sulla *reductio ad unitatem*, la quale aveva a sua volta caratterizzato almeno due secoli della nostra storia, e che si dovesse iniziare a pensare ad una nuova stagione della giustizia costituzionale, nella sua dimensione europea, è stato sottolineato molto opportunamente – lo accennavo in apertura di questa relazione - da P. CARROZZA, *Tradizioni costituzionali comuni*, cit., 575. Riprende da ultimo la suggestione della rete, nell'analisi della più recente giurisprudenza costituzionale in relazione al diritto UE e ai rapporti con la Corte di giustizia N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte*, cit., 24, sottolineando come quello che regola il funzionamento del sistema, nel suo complesso, sia il meta-principio di leale collaborazione, di «costruttiva e leale collaborazione fra i diversi sistemi di garanzia», al fine di assicurare «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» (sent. n. 269/2017 e ord. n. 117/2019).

scoglio nel frangente 2008-2013, la difficoltà ad accogliere fino in fondo il principio del primato del diritto eurounitario è stata comunque appalesata da vicende come la Taricco, scandagliata sotto ogni profilo dagli studiosi e ripresa nella relazione di I. Massa Pinto. E però, le relazioni "da lontano" con la Corte di Strasburgo non dovrebbero evocare le medesime difficoltà, in virtù di un ruolo assai differente da riconoscere ai Giudici di Strasburgo; sembrano paradossalmente rendersene conto meglio i giudici comuni, compresa la stessa Corte di cassazione, nella misura in cui sono stati capaci - prima o poi - pur con qualche stravaganza, di valorizzare appieno i percorsi argomentativi della Corte europea, che mette sempre al centro l'ordinamento statuale sul quale il ricorso diretto individuale ha acceso i riflettori, e la capacità di tutti i suoi operatori di innestarvi la *cifra primigenia dei diritti contemplati dalla Convenzione*[166].

Dunque l'obiettivo complessivamente sotteso al lavoro della Corte europea dei diritti dell'uomo non è – o non dovrebbe riconoscersi quale - quello di progressivamente superare le realtà nazionali, integrandole in un nuovo ordinamento sovranazionale (*supra*, par. 4, in fondo), ma piuttosto di valorizzarle, a partire dalle rispettive Costituzioni e culture civili e giuridiche (elementi di cui un Paese come il nostro può senz'altro avvantaggiarsi), come dirette protagoniste della Convenzione; la quale, se introiettata, fa sì che – in fondo - di ricorrere a Strasburgo non ci sia alcun bisogno, soddisfacente risultando l'emergere di una relativa omogeneità di intendimento del sistema delle garanzie sia sostanziali che procedurali dei diritti fondamentali (tra l'altro in assenza, per definizione, di misure sovranazionali per la loro attuazione) per il "governo" delle peculiari esigenze interne, per un verso, e per una pacifica coesistenza in Europa, per l'altro[167]. Tutto questo a differenza della Corte del Lussemburgo che deve tendere – per la sua stessa *mission* - a una sempre più stretta integrazione, che non si afferma e si esaurisce tra l'altro in quella sede, nella tessitura delle maglie essenziali del rinvio pregiudiziale (per lo più) di interpretazione, ma ovviamente si completa nel circuito delle istituzioni che, con svariati strumenti, operano in sede eurounitaria. Anche in virtù di tale consapevolezza e in questa ampia prospettiva, se la Corte costituzionale sarà capace di confermare il suo ultimo corso al cospetto di Strasburgo, potrebbe forse guadagnare a pieno merito - senza stravolgere affatto il suo giudizio 'accentrato' - una nuova "frontiera", un più pregnante ruolo di istituzione «di confine», istituzione della quale – lo si era predetto con lungimiranza – ci sarebbe gran bisogno[168].

---

[166] L'espressione è di C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348–349/2007,* cit., 78.

[167] Che il sistema Strasburgo esprima la convinzione (e tenda concretamente ad affermare) che i diritti umani trovano normalmente adeguata tutela a livello nazionale, negli Stati membri del Consiglio d'Europa, e che vi sia fiducia, ma soprattutto la pretesa, che i primi tutori dei diritti umani, contro ogni violazione commessa nel territorio della Grande Europa, siano i giudici nazionali, è stato affermato chiaramente da V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, in P. BILANCIA, G. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 101; ma eloquente era stato già molti anni prima G. BATTAGLINI, *Il giudice interno "primo" organo di garanzia della Convenzione europea dei diritti umani*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 189.

[168] Cfr. V. ONIDA, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione «di confine» fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea*, cit., 533, che nel contesto del fenomeno della "internazionalizzazione del diritto pubblico" sottolineava come sarebbe paradossale che la Corte costituzionale italiana dovesse risultare uno degli ultimi giudici rigorosamente nazionali, e quindi dovesse risultare più periferica rispetto allo sviluppo di tale processo; dell'esigenza che la nostra giurisprudenza costituzionale si misurasse in modo sempre più ravvicinato e sistematico con le altre giurisprudenze costituzionali e con quella della Corte di Strasburgo ragionava già lo stesso V. ONIDA, *La tutela dei diritti fondamentali in Italia nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Atti della giornata di studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 25 giugno 2001, Padova, 2002, 45; il pensiero dell'Autore è stato ripreso recentemente da V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., cap. VIII.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA
IL SISTEMA "ACCENTRATO" DI COSTITUZIONALITÀ

UNIVERSITÀ DI PISA – 25 OTTOBRE 2019

NOTE MINIME SU INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO ACCENTRATO DI COSTITUZIONALITÀ*

ANTONIO IGNAZIO ARENA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Interpretazione: *congetture* introduttive. – 3. L'interpretazione della Costituzione e della legge. – 4. Interpretazione e giudizio (di legittimità). – 5. Il principale potere della Corte costituzionale. – 6. Il potere di interpretare in democrazia. – 7. "L'interpretazione degli altri" nella giurisprudenza della Corte. – 8. Il potere (perduto?) dalla Corte costituzionale: minimi cenni. – 9. I limiti dell'interpretazione da parte del giudice comune. – 10. Un confronto con i sistemi *common law-based*. – 11. Interpretazione ed esternazione del pubblico potere. – 12. Conclusioni.

1. *Premessa*

In questo lavoro prendiamo in esame la c.d. "interpretazione conforme a costituzione". Nei primi paragrafi indicheremo quali sono le premesse del nostro ragionamento; nei paragrafi conclusivi cercheremo di individuare i motivi per i quali talvolta l'interpretazione conforme a costituzione viene ancora oggi percepita come un "problema". Siamo consapevoli che il tema affrontato in queste pagine, per la sua complessità, richiederebbe uno svolgimento ben diverso. Quelle che seguono sono soltanto brevi osservazioni.

2. *Interpretazione:* congetture *introduttive*

È stato scritto che non è possibile discutere d'interpretazione conforme a costituzione «senza prendere posizione su alcune questioni generali della teoria dell'interpretazione»[1]. Sentiamo quindi

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

l'esigenza di precisare subito che l'interpretazione, a nostro avviso, non dovrebbe che essere sistematica e quindi conforme a costituzione[2].

Il sistema al quale facciamo riferimento non è pura astrazione. È costruzione dogmatica intrisa di storicità. Il metodo sistematico è dunque l'opposto del metodo esegetico. Il sistema non è un dato fisso o una entità metafisica[3], ma una costruzione irrequieta ed elastica[4]. Comporre il diritto in sistema significa fornirne *una* interpretazione: «Ogni esposizione del diritto positivo che sia veramente tale si esaurisce in *una* interpretazione»[5]. Nell'interpretazione del diritto il rilievo delle norme costituzionali è una costante. Pertanto ogni interpretazione, in quanto deve essere sistematica, deve anche essere conforme a costituzione[6]. Pure le singole disposizioni di una carta costituzionale dovranno essere interpretate in modo sistematico: saranno comprese solo tenendo conto del sistema e, particolarmente, delle altre norme costituzionali.

3. *L'interpretazione della Costituzione e della legge*

Alla luce di quanto si è osservato, l'interpretazione della legge non può che essere, nel nostro Paese, condizionata dalla Costituzione. Il verso del condizionamento ermeneutico è, però, duplice: così è sempre, del resto, nella relazione tra fonte sovraordinata e subordinata[7].

Si è autorevolmente sostenuto che l'interpretazione della Costituzione richieda "maggiore stabilità" rispetto alla interpretazione della legge[8]. Non è semplice, però, dimostrare le ragioni di

---

[1] Così M. LUCIANI (voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, ann. IX, 391) per il quale «l'interpretazione conforme è una modalità della interpretazione, della quale l'interpretazione conforme a costituzione è un tipo». Di seguito, il chiaro Autore precisa di voler scrivere della interpretazione conforme a costituzione quasi sempre nella prospettiva prescrittiva (o del "dover essere"). Sul piano prescrittivo sembra contraddittorio dire che l'interpretazione conforme è una "modalità" dell'interpretazione, almeno se con ciò si intende che essa è un "modo particolare" o "specifico" della interpretazione; diverso è il caso in cui si usi la parola "modalità" come sinonimo di "trascendentale", nel senso della tomistica, cioè come aspetto sempre appartenente all'ente – nel nostro caso, all'interpretazione – in quanto tale. In ogni contesto, anche non giuridico, l'interpretazione non conforme sembra una falsa interpretazione, una interpretazione sbagliata. L'interpretazione *deve* infatti *essere* conforme, cioè deve sempre essere sistematica.

[2] A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 153 ss.

[3] Cfr. E. PARESCE, voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 227.

[4] L'esigenza di comporre il diritto in sistema è strettamente connessa alla funzione sociale del diritto: esso deve infatti, come spesso si dice, essere *ordo ordinatus* per essere *ordo ordinans* e così cercare di ridurre (nei limiti del possibile) l'incertezza: cfr. N. LUHMANN *Sociologia del diritto*, trad. it. a cura di A. Febbrajo, Roma-Bari, 1977, 127.

[5] A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, 1987, 262.

[6] Secondo M. RUOTOLO (*Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2018, 4) «l'argomento della conformità a Costituzione finisce quasi per essere una variante di quello logico-sistematico».

[7] Cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 28.

[8] Scrive M. LUCIANI (*op. cit*., 441): «Vi è solo una diversità di "gradazione" tra interpretazione della costituzione e interpretazione della legge, diversità che si radica in ciò che (e non è certo poco) solo alla costituzione compete fissare i valori di riferimento di una comunità politica e che si traduce soprattutto nella conclusione che, se per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il significante di riferimento, per l'interprete della costituzione quel significante reclama una stabilità interpretativa maggiore di quella richiesta dalla legge e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico». In una simile prospettiva, riferimento al testo e riferimento alla *voluntas* dell'autore storico sono criteri che possono (anzi, devono) convivere. Secondo A. SCALIA (*A Matter of Interpretation*, Princeton-Oxford, 2018, 17), invece, è preferibile evitare del tutto di richiamare il criterio dell'*original intent*, il quale (a differenza del criterio dell'*original meaning*) non sarebbe compatibile con la democrazia perché sgancerebbe l'interpretazione dal testo, rendendo quindi assoluto il potere del giudice in sede di interpretazione («*It is the law that governs, not the intent of the*

questa affermazione se non ci si accontenta di un generico richiamo "all'importanza" della Costituzione. In definitiva, non c'è nessuna differenza ontologica tra interpretazione della Costituzione e della legge[9].

Tuttavia – si deve aggiungere – la Costituzione è parametro della validità della legge. Anche la legge è parametro, ma mai della Costituzione. Chi interpreta la Costituzione sa che essa – entro l'ordinamento vigente – può solo essere parametro e non oggetto di un giudizio di validità[10].

4. *Interpretazione e giudizio (di legittimità)*

Bisogna distinguere l'interpretazione dal giudizio. L'attività ermeneutica può benissimo svolgersi senza condurre (o senza poter condurre) ad un giudizio di legittimità. Non è dato riscontrare l'inverso, perché ogni giudizio di legittimità implica l'interpretazione. Non può esservi giudizio di legittimità senza interpretazione; ma può esservi interpretazione senza che ad essa si accompagni un giudizio di legittimità.

L'interpretazione è sempre una risposta ad un problema, un interesse, un bisogno che ci interroga. Quando interpretiamo, possiamo immaginare le fonti come idealmente disposte su di un piano; in altre parole, lungo una linea orizzontale – anziché verticale.

Se, invece, dobbiamo giudicare della legittimità di una norma, le fonti dovranno disporsi dapprima lungo una linea orizzontale, per vedere se l'ipotesi di una antinomia è infondata e può essere risolta in via di interpretazione[11]; laddove questo non sia possibile, esse dovranno essere disposte lungo una linea ideale verticale: il parametro e l'oggetto del giudizio non possono infatti stare sullo stesso piano.

---

lawgiver»). Per Scalia, quindi, non ogni criterio ermeneutico costituisce un limite autentico per l'interprete e, quand'anche costituisse un limite, non per questo solo dovrebbe senz'altro considerarsi compatibile con la forma democratica dello Stato. Viceversa, si potrebbe sostenere che ogni criterio ermeneutico (tra quelli normalmente impiegati in Paesi democratici) sia di per sé un limite e, proprio per questo, da riguardare con favore e che l'*original intent* sia uno di questi criteri (sebbene certo non il solo): v. A. RUGGERI, *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in *Consulta Online*, 3/2019, 572 ss.; cfr. anche A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 3 ss. Il rapporto tra criterio letterale e *intent* può ancora essere ricostruito in modi differenti: v. almeno A. VIGNUDELLI (*"Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia…*". Parte seconda. *Dinamica giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1/2017, 391 ss.) per il quale l'intenzione del legislatore deve intendersi come "specificazione storicizzata" del criterio letterale. La Corte costituzionale, in una sua famosa pronuncia (sent. n. 138 del 2010, p. 9 *cons. dir.*), nel far uso del criterio dell'*original intent* (con espresso richiamo ai lavori in Assemblea costituente) lo concepisce come limite all'interpretazione evolutiva, nel senso che quest'ultima «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». A seguire Scalia questa affermazione è criticabile perché la Corte sembra qui riferirsi ad una intenzione *al di là del testo* (per quanto con esso compatibile), mentre secondo il giurista americano la norma si ricava ricercando il significato originario *del testo*, a prescindere da ciò che fu "considerato" in sede di approvazione.

[9] M. LUCIANI, *op. et loc. ult. cit.*

[10] A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *costituzionalismo.it*, 2/2006, 6.

[11] Cfr. M. RUOTOLO (*Appunti per la relazione "L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa"*, in *gruppodipisa.it*, ottobre 2019, 4) che scrive: «Perché mai un giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità se attraverso l'interpretazione è possibile ricavare un significato del testo conforme a Costituzione? E, sul versante del giudizio di costituzionalità: perché mai la Corte dovrebbe dichiarare illegittimo un testo normativo se da esso può ricavarsi un significato conforme a Costituzione?».

5. *Il principale potere della Corte costituzionale*

Com'è noto, il potere di interpretare la Costituzione e le leggi è diffuso, quello di annullare le norme di legge spetta soltanto alla Corte costituzionale. Non diversamente, ad essa sola spetta di dichiarare che, per via di un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti fondamentali della persona, una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta non è vigente nell'ordinamento giuridico interno («In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla sola Corte costituzionale»: v. sent. n. 238 del 2014, punto n. 3.2, *cons. dir.*).

In regime di costituzione rigida, ove non fosse stata istituita la Corte, si sarebbe dovuto avere un controllo di costituzionalità diffuso. L'opposta scelta, di cui si legge in Costituzione, implica che il giudizio di legittimità costituzionale sia appannaggio di un unico organo e non di tutti i giudici; disegna quindi un determinato equilibrio tra i poteri, che definisce l'identità costituzionale italiana[12].

Si noti come – a differenza di quanto emerge nei titoli dedicati a Parlamento, Governo e Presidente della Repubblica – l'ordine sistematico degli articoli 134 ss. sia "rovesciato": le funzioni precedono l'organizzazione (e la prima funzione indicata è, non a caso, il giudizio di legittimità). Il giudizio di legittimità è la principale prerogativa della Corte.

Va segnalato che la Costituzione è immanente al sistema, presenta una naturale vocazione alla diffusione per il tramite dell'esercizio delle funzioni pubbliche tutte. Rispetto a tale «effetto di irraggiamento»[13], per usare l'espressione di Habermas, l'opzione per un sistema accentrato agisce come una "controspinta" e, in una simile prospettiva, l'annullamento della legge non può che costituire l'*extrema ratio*: necessaria per evitare che la Costituzione, "immersa" nel quotidiano e diffuso esercizio delle più svariate competenze, "vi anneghi".

---

[12] Se questo equilibrio sia suscettibile di essere rivisto è questione controversa. Si potrebbe sostenere che, in realtà, non sia precluso il passaggio ad un sistema di giustizia costituzionale totalmente diffuso o, comunque, parzialmente diverso da quello attuale. Si potrebbe dire: ciò che non può mancare è l'esistenza di un controllo di costituzionalità, indipendentemente dalla sua forma. Autorevole dottrina ha sottolineato che il nostro sistema – accentrato, ma ad iniziativa prevalentemente diffusa (da tempo, in molti, preferiscono discutere di un "sistema misto" proprio per il rilievo dell'incidentalità) – potrebbe anche essere oggetto di rilevanti trasformazioni: «In un significato provocatorio, specie perché l'ipotesi dovrebbe certamente essere meglio approfondita e meditata nelle sue specifiche conseguenze, vorrei per concludere avanzare l'ipotesi di una trasformazione, per la tutela dei diritti, del nostro modello di giustizia costituzionale da "misto", quale è attualmente, a "duale", caratterizzato dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, diversamente tra loro coordinati» (così R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015, 27). Non è possibile qui dilungarsi sul punto. Rispetto, però, alla eventualità di una vera e propria transizione al sistema diffuso, non vogliamo nascondere le nostre perplessità. È forse preferibile la tesi per la quale la Corte costituzionale rientra tra gli organi "indefettibili" [v., per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2017, 182. Cfr. però anche ID., *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, III, Modena, 1996, 1035 ss., ora in *Opere*, I, Milano, 2000, 608 ss.]. Una revisione che determinasse la transizione al sistema diffuso – quand'anche astrattamente si ritenesse legittimo procedere in tal senso – sarebbe molto, troppo delicata da operare in concreto, sarebbe imprudente nel contesto contemporaneo. Ovviamente se si sostenesse che l'opzione per il sistema accentrato non è suscettibile di revisione costituzionale, si dovrebbe ritenere inaccettabile anche una sopravvivenza meramente formale dello stesso, con impoverimento del patrimonio di garanzie offerte dall'organo di giustizia costituzionale.

[13] J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2018, 277.

6. *Il potere di interpretare in democrazia*

Talvolta, invece, sembra che si ragioni così:

1) l'interpretazione conforme a costituzione è una particolare tecnica o variante dell'attività ermeneutica;
2) l'interpretazione della Costituzione è "diversa" dalla interpretazione della legge;
3) l'interpretazione della Costituzione orienta l'interpretazione della legge, ma non è vero il contrario (o comunque è limitata l'influenza che l'interpretazione della legge può avere sulla interpretazione della Costituzione; in generale è ridotta l'influenza della fonte subordinata nella interpretazione della fonte sovraordinata);
4) il "vero" potere della Corte non risiede nel giudizio di legittimità, ma nella interpretazione della Costituzione (la Corte è l'organo supremo dell'interpretazione costituzionale);
5) più i giudici comuni interpretano in modo conforme a Costituzione le leggi, meno sono portati a sollevare questione di legittimità;
6) il dovere di interpretazione conforme accresce il potere dei giudici comuni, a scapito della Corte.

Accettate tali argomentazioni, non rimane alla dottrina che decidere "da che parte stare", in generale o di volta in volta. Su tali argomentazioni sono però molti i dubbi.

Da tempo immemorabile i giudici "litigano" su chi sia competente (in questo o quel caso, rispetto a questa o quella fonte) a "dire il diritto". In certa misura è fisiologico. E senz'altro «l'eccessiva espansione della tendenza di molti giudici a "far da sé" nella bonifica costituzionale della legislazione potrebbe alterare gravemente i ruoli rispettivi del giudice *a quo* e del giudice costituzionale, sottraendo alla cognizione di quest'ultimo questioni controverse, che devono essere decise nella sede costituzionalmente prevista e con l'efficacia tipica delle pronunce della Corte»[14].

Deve, però, essere chiaro che in democrazia nessuno – giudice comune o costituzionale – è "padrone" dell'interpretazione, men che mai dell'interpretazione della Costituzione[15]. Ci sono Paesi democratici nei quali si è stabilito espressamente che l'organo di giustizia costituzionale è "interprete supremo" della Costituzione: così, per esempio, in Spagna (cfr. art. 1 LOTC). Tuttavia, non a caso, si è dovuto anche precisare che tale organo non è l'unico interprete e che se è possibile dare delle leggi una interpretazione conforme non vi sono i presupposti per sollevare questione di legittimità[16].

La democrazia implica la massima diffusione del potere dell'interpretazione perché presuppone il mutuo riconoscimento della eguale dignità di tutti i componenti della comunità politica. Pertanto nessuno può concepirsi detentore di verità assolute (per quanto adesso interessa) in fatto di interpretazione. Eguale dignità, in vero, significa eguale fallibilità delle opinioni di

[14] G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Torino, 2009, 146.
[15] A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, spec. 294.
[16] Si legge all'art. 5.1 LOJP: «*La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpreterán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*». E ancora all'art. 5.3 LOJP così si stabilisce: «*Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por la vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento jurídico*».

ciascuno. A partire da questa consapevolezza, in un sistema democratico, l'assetto istituzionale è pensato così da escludere che questo o quell'organo possa ergersi a "detentore dell'ultima parola"[17].

La situazione opposta si rinviene in un sistema autocratico, nel quale l'attività ermeneutica è regimentata in senso gerarchico senza distinzione tra organi politici e organi di garanzia, anzi con subordinazione di questi ultimi ai primi. Così, nella Germania nazista l'interpretazione del giudice era orientata dalla volontà politica del *Führer*[18].

7. *"L'interpretazione degli altri" nella giurisprudenza della Corte*

La Corte costituzionale riconosce al "legislatore" il potere di "interpretare": «Va riconosciuto il carattere interpretativo a una legge, la quale, fermo restando il testo della norma interpretativa, ne chiarisca il significato normativo e privilegi una delle tante interpretazioni possibili, di guisa che il contenuto prescrittivo sia espresso dalla coesistenza di due norme, quella precedente e quella successiva, che ne esplicita il significato, e che rimangono entrambe in vigore» (sent. n. 455 del 1992, p. n. 5, *cons. dir.*).

La Corte costituzionale ha poi dato grande risalto al potere di interpretare spettante ai giudici. Da una sua sentenza, molto famosa (n. 356 del 1996, v. p. n. 3, *cons. dir.*), si apprende: che se di una legge è possibile offrire ricostruzioni normative differenti egualmente plausibili si ha «un problema interpretativo la cui soluzione non spetta alla Corte»; ancora che, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»[19]; conseguentemente, che *esclusivo* «compito della giurisdizione costituzionale [è] la difesa dei principi e delle regole costituzionali» (p. n. 4, *cons. dir.*). Come noto, la Corte rigetta le questioni di legittimità tutte le volte in cui riscontra che il potere di interpretare spettante al giudice non è stato correttamente esercitato, affatto (es. sent. n. 454 del 1998) o fin in fondo (e, in questo caso, anche ove egli abbia addotto a propria scusante l'esistenza di un diverso e consolidato orientamento della giurisprudenza comune: v. part. l'ord. n. 233 del 2001).

Benché poi «nel giudizio di legittimità costituzionale promosso in via principale il ricorrente – a differenza del giudice rimettente nell'incidente di costituzionalità – non [abbia] l'onere di esperire, a pena di inammissibilità della questione, un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata» (sent. n. 62 del 2012, p. n. 3.1, *cons. dir.*), ha certo il potere di interpretare e quindi, inevitabilmente, il dovere di interpretare in modo conforme a Costituzione. La differenza sta nel fatto che la mancata argomentazione nel ricorso non è "sanzionata" in termini di inammissibilità per difetto di interpretazione conforme. Questo non toglie che le interpretazioni prospettate dal ricorrente non debbano essere «implausibili e irragionevolmente scollegate dalla disposizione censurata, così da far ritenere le questioni del tutto

[17] Bisognerebbe approfondire al riguardo il tema dell'interpretazione dell'art. 137 Cost. e della necessità di contrastare ogni forma di "autoritarismo interpretativo", ma non possiamo dilungarci oltre.

[18] Anche clausole generali finivano per essere piegate alla volontà del Capo dello Stato/Capo del Governo, conducendo a interpretazioni aberranti: per esempio, venne ritenuta giusta causa di risoluzione del contratto di locazione l'appartenenza del conduttore alla razza ebraica (cfr. A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Dig. Disc. Priv.*, *Sez. civ.*, II, 1988, 406).

[19] Il riferimento qui è al compito della Corte costituzionale: altro è dire che l'onere di sviluppare interpretazioni "difficili" o "improbabili" non possa essere scaricato dalla Corte costituzionale sui giudici comuni (v. sent. n. 42 del 2017).

astratte e pretestuose» (sent. n. 289 del 2008, p. n. 4.1, *cons. dir.*). Se non si tiene conto del sistema (e quindi della Costituzione), l'interpretazione è sbagliata e la Corte infatti rigetta il ricorso quando «una corretta interpretazione sistematica della disposizione censurata […] consente di escludere ogni contrasto» (sent. n. 201 del 2018, p. n. 5, *cons. dir.*).

Del resto, la Corte si è spesso mostrata incline a dar rilievo alle interpretazioni pure "non ufficiali", quali cioè affiorano dalla cultura della comunità civile; egualmente sensibile si è generalmente mostrata nei riguardi delle interpretazioni del diritto sovranazionale e internazionale, sposate dai giudici dei rispettivi ordinamenti (non sono mancati momenti di frizione, ma il "dialogo" tra le Corti presuppone, come ogni dialogo che si rispetti, che ciascuno dei dialoganti esprima il suo punto di vista).

8. *Il potere (perduto?) dalla Corte costituzionale: minimi cenni*[20]

Si può dire che «ciò che conta non è chi interpreta ma come e alla luce di cosa si interpreta»[21].

Nel contrasto tra interpretazioni differenti, non c'è un soggetto predestinato a prevalere. L'interpretazione (conforme) della legge da parte dei giudici non solo è doverosa, ma non può essere intesa come perdita di potere da parte della Corte (fino all'estremo di scorgere in essa un elemento di trasformazione del sistema di costituzionalità, da accentrato a diffuso o quasi).

La Corte, però, negli ultimi venticinque anni ha davvero perduto potere e il sistema di controllo della costituzionalità delle leggi è realmente divenuto parzialmente diffuso a seguito della sent. n. 170 del 1984[22]. Il che spiega, in parte, le polemiche sulla interpretazione (conforme). Si tratta di un tema molto complesso, riflesso di una questione assai più ampia, qual è quella del divenire dei rapporti tra Stati membri e Unione europea; un tema cui qui può soltanto farsi un cenno.

Come risaputo, qualsiasi giudice – senza rivolgersi alla Corte – giudica della legittimità delle leggi per contrasto con l'art. 11 (e adesso 117) Cost., nella misura in cui quest'ultimo offra "copertura", nell'ordinamento interno, a norme del diritto UE direttamente applicabili. Riscontrato il contrasto, il giudice non applica la legge (che ritiene illegittima) e applica l'art. 11 Cost. (e quindi il diritto europeo)[23].

Laddove il giudice ritenga però sussistere almeno un dubbio sulla compatibilità del diritto europeo direttamente applicabile con i principi e i diritti inviolabili, deve rivolgersi alla Corte. Per via della espansione del diritto dell'Unione, la sent. n. 170 del 1984 conduce ad una parziale

[20] Ci limitiamo qui soltanto ad alcune rapide osservazioni. Il quadro giurisprudenziale *è certo più complesso* (e – bisognerebbe forse dire – *confuso*) rispetto a come qui lo si rappresenta. Bisognerebbe infatti dar conto delle sentenze emanate prima del 1984, tra 1984 e 2017 e successive alla sent. n. 269 del 2017.

[21] A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2010, 15.

[22] Di diverso avviso parte consistente della dottrina, per la quale la "non applicazione" non implica un giudizio di legittimità: v., per tutti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 448 («La disapplicazione è un effetto che, come ha sottolineato la stessa Corte costituzionale, evoca un vizio dell'atto […] L'ipotesi di disapplicazione della legge ordinaria implicherebbe dunque un giudizio sulla sua validità, che al giudice è precluso perché è "*soggetto alla legge*"; la non-applicazione, invece, è frutto di una scelta della norma competente a disciplinare la materia sulla base del riparto di attribuzioni tracciato dal Trattato, fuori restando qualsiasi giudizio in merito alla validità della legge»).

[23] La non applicazione non è semplice attività ermeneutica, ma implica un vero e proprio giudizio di legittimità, più precisamente una dichiarazione di illegittimità con effetti *inter partes*. Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2019, 316 («Rimettendo […] la questione nelle mani dei giudici comuni, la Corte ha, nelle cose, spianato la via all'affermazione di un *sindacato diffuso di costituzionalità*»).

marginalizzazione della Corte. Se posso ottenere – viene da chiedere – la non applicazione di una norma di legge che reputo ingiusta dal giudice comune che ho dinanzi, invocando la violazione dell'art. 11 Cost. e del diritto europeo, perché mai dovrei far riferimento alla violazione di altre norme costituzionali e chiedere al giudice di sospendere il processo?[24]

Per "rimediare", la Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 269 del 2017 (ma v. anche almeno la sent. n. 20 del 2019) ha, come noto, sostenuto che ove la norma europea direttamente applicabile sia di contenuto sovrapponibile a quello di una norma della Costituzione (es. doppia violazione, al contempo, della Costituzione e della Carta di Nizza), ove insomma siano in gioco diritti fondamentali, il giudice può (e preferibilmente deve)[25] sollevare questione di legittimità costituzionale[26].

Per giustificare questo orientamento la Corte sottolinea l'esigenza di preferire l'annullamento *erga omnes* alla non applicazione *inter partes*. Argomento, quest'ultimo, che – come osservato da autorevole dottrina – «sembra provare troppo, dal momento che portato ai suoi ultimi e coerenti svolgimenti, parrebbe giocare per la estensione a tappeto del meccanismo accentrato»[27].

Qui interessa solo far notare che i giudici comuni non sembrano inclini a cedere il potere di non applicare la legge per contrasto con l'art. 11 Cost. e il diritto sovranazionale *self-executing*. È dubbio che la Corte possa tentare di "recuperare terreno" sul piano dell'interpretazione (divenendo meno esigente con i giudici rimettenti…).

Non è dato comunque cogliere indicazioni univoche, in tal senso, dalla giurisprudenza dalla Corte. Anzi, di recente, questioni di legittimità costituzionale sono state ritenute «inammissibili per inadeguata rappresentazione del quadro normativo entro il quale la disposizione impugnata è ricompresa» (v. sent. n. 191 del 2019, p. n. 3, *cons. dir.*). D'altronde la Corte, anche quando rigetta per tali ragioni, non si risparmia e offre "suggerimenti" sulla possibile corretta interpretazione.

---

[24] Secondo autorevole dottrina i giudici comuni sono indotti a "fare da soli", mediante l'interpretazione, dal meccanismo della non applicazione (cfr. M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, cit., 2, che chiede: «Se il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo per prevenire l'antinomia con il diritto comunitario e dunque evitare la formale disapplicazione, per quale ragione non potrebbe fare altrettanto per assicurare un'immediata conformità a Costituzione di una disposizione evitando di sollevare questione di costituzionalità?»). Ad ogni modo, il dovere di interpretare la legge in modo conforme a diritto UE sussiste indipendentemente dall'opzione per il meccanismo della non applicazione (e l'alternativa a tale meccanismo, vale a dire quello dell'annullamento, avrebbe forse indotto ancor di più il giudice comune a fare "da solo": per certi versi, è più oneroso per il giudice rimettere la questione alla Corte, scrivendo l'ordinanza di rimessione, che decidere per la non applicazione).

[25] Secondo M. LAZE [*Rapporti tra ordinamenti, doppia pregiudizialità e tutela dei diritti (Appunti provvisori per una relazione)*, in *gruppodipisa.it*, ottobre 2019, 6 ss.], invece, nei casi in cui il giudice comune abbia il sospetto che una norma interna violi diritti della persona garantiti sia dalla Costituzione che dal diritto europeo *deve* prioritariamente sollevare questione di legittimità costituzionale (si tratterebbe di una priorità "logica").

[26] La sentenza n. 269 del 2017, come quelle che l'hanno seguita, sembra mostrare che, per il tramite dell'interpretazione, la Corte può "riprendersi quel che aveva dato". Potrebbe forse dirsi che, se la Corte ha perduto potere, questa perdita di potere è in qualche modo concepita dalla Corte stessa come reversibile (e tuttavia, come si concilia tale "reversibilità" con la "copertura" offerta al meccanismo della non applicazione dall'art. 11 Cost.?).

[27] A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 111. Non potendosi «disinvoltamente mettere da canto la rilevanza», per poter assicurare a pieno, al contempo, l'immediata applicazione del diritto dell'Unione e l'esigenza di annullamento *erga omnes* (di norme in contrasto con previsioni *self-executing*, della Carta dei diritti o "ad esse connesse") servirebbe un intervento legislativo (cfr. A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"*, in *Consulta online*, 3/2019, 478). Autorevole dottrina ha invece ritenuto ammissibile, senza necessità di un intervento legislativo, un "cumulo dei rimedi" (immediata disapplicazione e rimessione della questione alla Corte costituzionale) almeno quando si tratti di giudici di ultima istanza: v. R. ROMBOLI, *op. et loc. cit.*; ID., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, 31. Si v. anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost*., 3/2019, 636.

A tal riguardo, si deve ricordare come le cc.dd. "interpretative di rigetto" possano costituire un utile strumento di dialogo tra Corte e giudici comuni (è bene che, almeno nei casi in cui l'interpretazione è più complessa, i "suggerimenti" non rimangano confinati alla sola motivazione della decisione)[28].

9. *I limiti dell'interpretazione da parte del giudice comune*

Il cuore di tutti i discorsi sull'interpretazione conforme a Costituzione risiede nella individuazione dei limiti dell'attività ermeneutica del giudice comune.

Tali limiti non discendono da considerazioni di teoria generale circa le differenze tra interpretazione e creazione del diritto, anche perché queste ultime sono "relative"[29].

Discendono, invece, dal fatto che il giudice è un organo di garanzia e come tale separato dal sistema politico, inteso come sistema dei partiti. L'interpretazione deve essere conforme a Costituzione, non ai programmi (o, peggio, alle convenienze) di partito. È elementare, ma è sempre bene ricordarlo, sia per ragioni legate a preoccupanti avvenimenti, che rischiano di avere «conseguenze gravemente negative per il prestigio e l'autorevolezza»[30] dell'ordine giudiziario, sia perché l'accusa rivolta al giudice di "far politica" non poche volte è ingenerosa: un conto è infatti sostenere che magistratura e sistema politico devono rimanere separati, altro è contestare la creatività del giudice, meravigliandosi della "forza politica" delle sue decisioni[31].

Nell'interpretazione della legge è infatti ineliminabile l'espressione di giudizi di valore[32]. Questo si vuol dire con la formula "forza politica". Il che non toglie che il giudice sia chiamato a decidere in modo imparziale e in piena indipendenza o che si possa contestare la correttezza dell'interpretazione[33].

Come osservato da autorevole dottrina, «assumendo una concezione di interpretazione che alimenta prospettive di certezza e di apprezzabile verificabilità dei processi implicati, è chiaro che le attese verranno deluse»[34].

I giudici – come tutti gli esseri umani – sono costantemente immersi in contesti di senso e quindi di valore[35]. Siccome «non possono esistere lacune *diacritiche*, ossia lacune all'atto della

---

[28] M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *gruppodipisa.it*, 1/2011, 9.

[29] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, 1952, 134.

[30] *Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio superiore della magistratura*, Roma, 21/06/19 (disponibile sul sito *quirinale.it*).

[31] T. MARTINES, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, ora in *Opere*, cit., I, 449 ss. In tema di creatività giurisprudenziale cfr. anche U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "teoria generale del diritto"*, Pisa, 2019, 231.

[32] Dal nostro punto di vista questa affermazione non è equivalente a quella per la quale ogni interprete "sceglie" il suo diritto (N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 13 ss.), ma vale appunto a contestare questo modo di vedere le cose. La demistificazione dell'attività giudiziaria serve infatti a salvarne, sul piano teorico, le specificità e a distinguerla dall'attività posta in essere dagli organi di indirizzo politico.

[33] Non interessa qui indicare con precisione – semmai fosse possibile – le critiche che potrebbero rivolgersi ad una interpretazione senza definirla "politica". Possiamo criticare una interpretazione perché la norma ricavata fa violenza ai fatti (che non sono luogo sul quale piomba la decisione, ma dovrebbero orientarla: v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 158) o ancora perché tradisce la lettera della disposizione interpretata o non tiene conto di altre disposizioni strettamente correlate, e così via. Delicati problemi pone il caso, senz'altro frequente, in cui il giudice debba far uso di conoscenze tecniche extra-giuridiche: su questo, tra i molti, v. P. RESCIGNO, *La discrezionalità del giudice*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 81 ss.

[34] R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2014, 104.

risoluzione di concrete questioni»[36], il peso dei giudizi di valore aumenta quando il giudice ha difficoltà a reperire la norma idonea a decidere. Ma pure indipendentemente dai casi di oggettiva difficoltà, l'interpretazione è sempre l'occasione per un riavvicinamento del diritto oggettivo ai giudizi soggettivi di valore[37].

Anche con riguardo alle decisioni dei giudici, la nostra tradizione costituzionale prevede controlli e richiede autocontrollo (che implica, tra l'altro, che il giudice pensi all'interpretazione «nei termini di un'impresa fondamentalmente collettiva, sorretta dalla comunicazione pubblica dei cittadini»[38]). Aggiungiamo soltanto che tale *self-restraint* è molto importante specialmente per far sì che l'interpretazione giudiziale sia autenticamente rispettosa degli spazi della politica (anche quando la politica tace)[39]. L'auspicio è dunque che gli ineliminabili giudizi di valore si collochino sempre in un orizzonte di pensiero fallibilista e post-metafisico.

10. *Un confronto con i sistemi* common law-based

Vogliamo chiederci, prima di concludere, se quanto sostenuto a proposito della interpretazione si adatti anche a sistemi *common law-based* (nei quali le decisioni giudiziarie sono tradizionalmente incluse tra le fonti del diritto) come quelli degli Stati Uniti e del Regno Unito.

Si può sostenere che anche nei Paesi *common law-based* l'interpretazione è un potere diffuso e deve sempre essere sistematica e quindi conforme a costituzione.

Negli Stati Uniti è pacifico che i giudici devono per un verso "applicare il diritto al fatto" e per altro verso "fare il diritto"[40]. Nessuno accusa i giudici di far politica, se non nei casi di corruzione o connivenza illecita con esponenti politici. È scontato che le decisioni giudiziarie abbiano forza politica. Fin dai tempi delle riflessioni di Madison, del resto, si sostiene che l'interpretazione (della Costituzione, e quindi di altri atti orientata dalla Costituzione) è un *concurrent power*, che non spetta in esclusiva a nessun soggetto pubblico[41]. È noto che dal silenzio della Costituzione sul controllo di costituzionalità e dalla soggezione del giudice alla legge (a sua volta soggetta alla Costituzione) si è originato il sistema c.d. "diffuso", ma anche che questo ha un elemento indispensabile di equilibrio nella vincolatività del precedente.

Nel Regno Unito si riconosce apertamente che «*common law constitutional principles […] influence how courts interpret and apply existing legal rules*»[42]. La concezione ortodossa della *sovereignty of Parliament* esclude un controllo di costituzionalità sugli atti del legislativo, ma è compito del giudice sforzarsi di offrire della legge l'interpretazione maggiormente in linea con le

---

[35] G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 195 s.
[36] F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2009, 190.
[37] Cfr. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni,* Quad. di *Questione giustizia*, a cura di A. Caputo, L. Pepino, 2009, 195 ss.
[38] J. HABERMAS, *op. cit.*, 252.
[39] Non manca chi ha ritenuto che il *self-restraint* sia la "via maestra" per indurre gli organi politici a offrire più rapidamente risposta ai problemi sociali: M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfere Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2008, 231 ss.
[40] Cfr. A. SCALIA (*op. cit.*, 6) che così riassume le funzioni delle *common-law courts*: «*To apply the law to the facts* […] *and the more important one* […] *to make the law*».
[41] Egli scriveva che tutti gli organi pubblici hanno «*a concurrent right to expound the constitution*» (cfr. J. MADISON, *Helvidius no. 2*, 31 agosto 1793, in *The Papers of James Madison*, 15, a cura di T.A. Mason, R.A. Rutland, J.K. Sisson, Charlottesville, 1985, 80 ss.).
[42] M. ELLIOTT, R. THOMAS, *Public Law*, Oxford, 2017, 47 s.

norme costituzionali[43]. Quindi la sovra-ordinazione gerarchica non conta nel momento della interpretazione: anche nel Regno Unito i principi costituzionali orientano l'interpretazione della legge, sebbene nessun giudice possa dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge stessa. Anche dopo l'entrata in vigore dello HRA, le corti del Regno Unito non hanno la possibilità di annullare la legge né di non applicarla, ma solo di dichiararne l'incompatibilità con i diritti umani protetti dalla Convenzione. La dichiarazione non produce alcun effetto innovativo, ma condiziona in molti casi gli organi politici attirando l'occhio della pubblica opinione sulla loro condotta. La *declaration of inconsistency* ha dato vita a non sopite polemiche in dottrina tra i sostenitori della "*constitution of will*" e quelli della "*constitution of reason*". Per questi ultimi, il giudice deve ricercare l'interpretazione maggiormente conforme alla Convenzione[44].

11. *Interpretazione ed esternazione del pubblico potere*

È stato fatto notare come il discorso sulla interpretazione c.d. "conforme" andrebbe esteso anche oltre il recinto degli organi caratterizzati da una fisionomia giurisdizionale. In particolare, si è sostenuto che anche il Presidente della Repubblica possa proporre interpretazioni conformi a Costituzione per il tramite delle sue esternazioni[45].

Pur non potendo dilungarci sul tema, dobbiamo segnalare che questo è un dato suscettibile a nostro avviso di generalizzazione: infatti le esternazioni – non solo del Capo dello Stato – danno svolgimento alla realtà giuridico-costituzionale preesistente e possono (…*devono*, per Costituzione) quindi *concorrere*, nel contesto di una sfera pubblica critica, alla formazione di interpretazioni del diritto coerenti con il quadro dei valori costituzionali (altro è rilevare che ciò, in questo o in quel caso, non succeda). All'esternazione del pubblico potere pare infatti da ascrivere una efficacia conservativa, in quanto essa determina solitamente trasformazioni meramente interne – non anche esterne – della dimensione giuridico-costituzionale[46].

12. *Conclusioni*

Abbiamo premesso di considerare l'interpretazione come necessariamente sistematica e quindi conforme a costituzione. Il verso del condizionamento ermeneutico è duplice: la Costituzione orienta l'interpretazione della legge, ma anche la legge influenza l'interpretazione della Costituzione. Non ci sono apprezzabili diversità della interpretazione della Costituzione e nella interpretazione della legge. L'interpretazione è un potere diffuso. Lo è a maggior ragione, in

[43] *Ibidem*, 17 («*Courts in the UK cannot strike down an Act of Parliament, even if it impinges upon fundamental constitutional values. This follows from the constitutional doctrine of parliamentary sovereignty. There are, however, two things that they* can *do when faced with law that appears to conflict with such values. First, the courts adopt as their starting point the assumption that lawmakers do not wish to enact legislation that offends basic constitutional principles or cuts across human rights. The courts therefore generally attempt to interpret the law in a way that is consistent with such rights and principles* […] *The courts have a second string to their bow* […] *the courts can issue a "declaration of incompatibility"*»).

[44] Le espressioni "*constitution of will*" e "*constitution of reason*" sono di T.R.S. ALLAN, *Parliament's will and the Justice of the Common Law: the HRA in Constitutional Perspective*, in *Current Legal Problems*, 59/2006, 31.

[45] M. RUOTOLO, *Appunti per la relazione "L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa"*, cit., 5 ss.

[46] Com'è chiaro, proponiamo qui di far uso della nozione di efficacia conservativa sviluppata ad altro proposito dalla civilistica francese e ripresa, in Italia, spec. da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 492 ss.

un contesto democratico, l'interpretazione della Costituzione. Il principale potere della Corte costituzionale non è quindi quello di interpretare e il ricorso alla "interpretazione conforme" da parte dei giudici comuni nulla toglie alla Corte stessa. La principale prerogativa della Corte è invece il potere di dichiarare illegittime le norme di legge. Poiché per effetto dell'integrazione europea la Corte ha parzialmente perduto la sua centralità a questo riguardo, il ricorso alla "interpretazione conforme" da parte del giudice comune viene ancora percepito come una minaccia. Tuttavia il piano dell'interpretazione e quello del giudizio di legittimità devono rimanere distinti. Anche la comparazione lo dimostra, in quanto l'interpretazione deve essere "conforme" pure nei sistemi nei quali si riscontra un controllo diffuso di costituzionalità o in cui non esiste affatto un vero e proprio controllo di costituzionalità delle leggi.

Indubbiamente, dietro alle polemiche sull'interpretazione conforme vi sono preoccupazioni legate all'abuso, da parte dei giudici comuni, della loro discrezionalità. A tal riguardo, però, non bisogna confondere i gravi (e per fortuna non troppo numerosi) casi in cui viene meno la separazione tra magistratura e sistema politico, con quelli in cui non si condivide l'interpretazione offerta dal giudice. La forza politica delle decisioni giudiziarie è ineliminabile.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA:
"PARTITI POLITICI E DINAMICHE DELLA FORMA DI GOVERNO"
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "FEDERICO II" DI NAPOLI
14-15 GIUGNO 2019

LA FORMA DI GOVERNO ITALIANA, QUELLA EUROPEA E IL LORO STRETTO INTRECCIO NELLA COSTITUZIONE "COMPOSITA"*

NICOLA LUPO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intreccio tra forma di governo italiana e forma di governo europea. – 3. La de-istituzionalizzazione del sistema dei partiti e le sue conseguenze. – 4. Alla ricerca di un equilibrio tra tecnica e politica, con sprazzi di "tecno-populismo".

1. *Premessa*

Tornare a riflettere sulle dinamiche dei partiti politici e della forma di governo è oggi, per la scienza costituzionalistica, una assoluta priorità. Si tratta di tematiche cruciali, oggetto di profonde trasformazioni in questi anni, sulla cui lettura però la nostra scienza appare sensibilmente divisa e rischia, anche per questo, di non essere in grado di compiere significativi passi in avanti. E altresì di fornire indicazioni contrastanti e facilmente strumentalizzabili quando è chiamata, dalla politica, a esprimere una valutazione tecnica.

Per un verso, le posizioni e le divisioni che si sono registrate in oltre un trentennio di revisioni costituzionali per larga parte fallite hanno lasciato il segno. Per altro verso, la stessa costruzione dello strumentario concettuale vede confrontarsi soluzioni diverse, a volte anche radicalmente alternative, quanto all'utilizzo delle nozioni di base come quelle di "indirizzo politico" e della stessa "forma di governo", e sul ruolo che i partiti politici sono chiamati ad esercitare nella loro definizione.

In questo contesto, bene ha fatto il direttivo del gruppo di Pisa a concentrare nuovamente la propria attenzione sul tema. Le tre relazioni che si sono susseguite nella prima sessione hanno tutte il merito indubbio di aver analizzato in modo approfondito e critico, con lo strumentario del diritto

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
** Professore Ordinario di Diritto pubblico nella LUISS Guido Carli di Roma e *visiting professor* nell'Università Nicolò Copernico di Torun.

costituzionale, e – come mi pare metodologicamente indispensabile – prestando grande e specifica attenzione alle evoluzioni della prassi anche recente, le dinamiche della forma di governo italiano. Focalizzandosi la prima, quella di Giorgio Grasso, sul nodo delle convenzioni costituzionali legate ad un quadro politico in profonda, costante, ridefinizione; la seconda, quella di Tatiana Guarnier, sull'istituzione Governo, a partire dalla evocativa formula del "contratto di governo", e sulla sua attività, anche in considerazione del rapporto fiduciario con il Parlamento; la terza, quella di Eleonora Rinaldi, sulle dinamiche dei partiti e dei gruppi parlamentari, riflettendo in particolare sulle mutazioni registrate dalla tradizionale formula del divieto di mandato imperativo.

Nel ripercorrere – nella posizione di *discussant* – le tematiche in questione, mi propongo di soffermarmi esclusivamente su tre profili che in qualche modo attraversano trasversalmente le tre relazioni. Profili cioè che sono stati toccati e considerati, in vario modo, nelle tre relazioni, ma che a mio avviso occorre provare a mettere in primo piano al fine di comprendere ancor meglio i fenomeni che sono all'esame di questo convegno.

Il primo profilo è strettamente relativo al quadro costituzionale di riferimento, ed è rappresentato dall'intreccio – a mio avviso obbligato e strettissimo – tra la forma di governo italiana e quella dell'Unione europea. Il secondo profilo si riferisce a un mutamento strutturale del sistema dei partiti, consistente in quella che viene definita come la sua "de-istituzionalizzazione", la quale produce rilevantissimi effetti sulle dinamiche politiche e istituzionali, nel Parlamento come nel Governo, oltre che nelle loro reciproche relazioni. Il terzo e ultimo prende in considerazione il rapporto tra tecnica e politica, che si articola e si declina diversamente a seconda dei livelli istituzionali e dei contesti di volta in volta analizzati.

2. *L'intreccio tra forma di governo italiana e forma di governo europea*

2.1.

Tutte e tre le relazioni hanno, tra i molti, il pregio di considerare le dinamiche della forma di governo italiana ponendo attenzione alle connessioni con le evoluzioni registratesi in sede di Unione europea e dando conto dell'impatto di queste evoluzioni su quel che si è verificato, specie di recente, nella realtà politico-istituzionale italiana.

Mi domando, in proposito, se non ci si possa spingere un po' più in là. Nel senso cioè di prendere atto che la Costituzione "composita"[1] non è vigente soltanto quanto alla tutela dei diritti fondamentali, dove l'intreccio tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione europea (nonché, per più profili, quello del Consiglio d'Europa) è evidente a tutti nella quotidianità dell'attività giurisdizionale, nella quale appunto i meccanismi di garanzia dei diritti si sovrappongono e si incrociano di continuo, ma anche riguardo ai rapporti tra i poteri. Per usare una formula semplificante, e quindi giustamente criticata[2], la Costituzione "composita" *quo utimur* opera non soltanto per la "Costituzione dei diritti", ma anche per la "Costituzione dei poteri".

[1] Per la teoria del "*composite constitutional order*", cfr. L.M. Besselink, *A Composite European Constitution*, Europa Law, Groningen, 2007; Id., *The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order*, in *Interparliamentary cooperation in the composite European Constitution*, edited by N. Lupo, C. Fasone, Hart, Oxford, 2016, p. 23 s. In chiave non molto diversa cfr. G. Berti, *Perennità della Costituzione*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni* (Giuffrè, Milano, 1995, p. 1739 s.), ora in Id., *Scritti scelti*, Jovene, 2018, p. 171 s., spec. 184 s.
[2] Cfr., per tutti, M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interoretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, p. 497 s.

E' vero che spesso il dibattito pubblico tende a ignorare, strumentalmente, questo intreccio. Ai politici, in particolare, fa comodo, com'è noto, usare l'Unione europea come capro espiatorio e attribuire ad essa larga parte delle responsabilità: anche quando invece le competenze e le risorse finanziarie restano, per loro stessa scelta, in capo agli Stati membri; e, soprattutto, trascurando il fatto che le decisioni prese "a Bruxelles" sono assunte con il contributo essenziale degli Stati membri e perlopiù con l'assenso esplicito, seppure in esito a complessi negoziati, di tutti i governi degli Stati membri.

Eppure, le caratteristiche di fondo che rendono possibile un assetto costituzionale di natura composita sono sempre le medesime. Anche quanto alla "Costituzione dei poteri" opera, infatti, la clausola generale di cui all'art. 11 Cost., sulla cui scia si è sagomato, da ormai oltre sessanta anni, il rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento dell'Unione europea[3]. È in forza delle "limitazioni di sovranità" ivi previste che si sono potuti porre in essere e progressivamente consolidare meccanismi istituzionali in cui la sovranità nazionale è appunto limitata per essere condivisa con altri Stati membri, nel rispetto di regole e di istituzioni che impegnano gli Stati membri e li caratterizzano, sin dai loro elementi costitutivi.

Sul piano dei trattati europei, l'intreccio tra le diverse fonti normative che alimentano la Costituzione "composita" è reso possibile, e anzi necessario, dalle "clausole valvola" di cui all'art. 4, par. 2, TUE (sul necessario rispetto dell'identità costituzionale di ciascuno Stato membro) e all'art. 6, par. 3, TUE (sulle tradizioni costituzionali comuni). Clausole che a mio avviso vanno entrambe interpretate come riferite tanto alla "Costituzione dei diritti", quanto alla "Costituzione dei poteri". Rigettando perciò le letture, spesso prevalenti tra i comunitaristi, che tendono invece a riferire la tutela dell'identità costituzionale soltanto ai caratteri istituzionali degli Stati membri e la costruzione delle tradizioni costituzionali comuni esclusivamente ai diritti fondamentali[4]. Nell'un caso come nell'altro, va infatti riaffermata, anche a scapito di qualche elemento nella lettera dei trattati che si presterebbe a spingere in senso opposto, la grande lezione sul carattere unitario di qualsivoglia Costituzione e del nesso inscindibile, riscontrabile sin dagli arbori del costituzionalismo, tra garanzia dei diritti e separazione dei poteri[5].

Con specifico riferimento ai meccanismi istituzionali, poi, i trattati europei non sono certamente silenti. La disposizione più significativa è senz'altro quella di cui all'art. 10, par. 2, TUE, dalla quale si ricava *expressis verbis* lo stretto intreccio esistente tra la forma di governo dell'Unione europea e quelle dei suoi Stati membri. E quindi altresì la connessione che esiste, seppure più mediatamente, tra le stesse forme di governo di ciascuno Stato membro. Nel momento in cui questa disposizione stabilisce che "Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini", è chiaro infatti che la legittimazione

[3] E' per questa ragione che ritengo assolutamente non condivisibili e fors'anche falsanti le tesi volte a rileggere in chiave limitativa l'art. 11 Cost., come se fosse possibile ignorare lo sviluppo che l'ordinamento è fin qui andato assumendo, sulla base dell'interpretazione che il Governo, il legislatore e gli organi di garanzia costituzionale hanno concordemente dato di quell'articolo. Ad esempio, cfr. M. Esposito, *Rilievi sull'uso economicistico del diritto pubblico*, in AIC, *Democrazia oggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 583 s.

[4] Cfr., tra gli altri, cfr. G. Di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, e, in modo ancora più esplicito, Id., *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, p. 333 s., nonché L.S. Rossi, *2, 4, 6 (TUE)… l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 859 s.

[5] Il riferimento è, evidentemente, all'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

democratica delle istituzioni europee viene a dipendere altresì, in modo fisiologico e necessario, dal buon funzionamento di ciascuna forma di governo dei suoi Stati membri.

Ne discende, tra l'altro, un interesse, in qualche misura ineludibile, da parte delle istituzioni dell'Unione europea, e anche degli altri Stati membri, a dinamiche ordinate e corrette all'interno della forma di governo di ciascuno Stato membro. Ancorché nelle dichiarazioni pubbliche si continui spesso ad affermare il tradizionale principio di "non ingerenza" da parte delle istituzioni europee e di quelle degli altri Stati membri nei confronti delle principali opzioni politiche compiute a livello nazionale (si pensi alle elezioni politiche, ai referendum, alle crisi di governo, alle posizioni espresse nelle campagne elettorali), il quadro giuridico-istituzionale disegnato dall'art. 10, par. 2, TUE presuppone appunto quell'intreccio e richiede perciò, all'esatto contrario, un certo livello di "ingerenza" e di coordinamento reciproci. Il principio di "non ingerenza", invero, così come altri rituali tuttora presenti nella politica dell'Unione europea (si pensi, ad esempio, all'esposizione delle bandiere o alle foto di gruppo che si prendono in occasione delle riunioni del Consiglio europeo), appare più che altro un residuo di antiche ma persistenti logiche internazionalistiche, del tutto inidoneo a rappresentare il quadro effettivo di forme di governo ormai strettamente intrecciate e quotidianamente interrelate tra di loro.

Nell'ambito del quadro generale delineato dall'art. 10 TUE operano poi una serie di quelli che a pieno titolo possono definirsi come "procedimenti (parlamentari) euro-nazionali", in quanto, da un lato, disciplinati in parte dal diritto dell'Unione e in parte dal diritto costituzionale nazionale; e, dall'altro, coinvolgenti necessariamente sia istituzioni dell'Unione, sia istituzioni degli Stati membri (tra cui almeno un'istituzione parlamentare)[6]. Si pensi, tanto per fare tre esempi abbastanza noti, all'elezione del Parlamento europeo (che com'è risaputo è disciplinata principalmente da ciascuno Stato membro, nel rispetto di alcuni principi comuni)[7]; al calendario comune di bilancio o semestre europeo (che coinvolge istituzioni politiche e indipendenti sia a livello europeo sia a livello nazionale, in un processo assai articolato e complesso)[8]; e alla stessa procedura di recesso di uno Stato membro (che non solo deve rispettare le norme di cui all'art. 50 TUE, ma deve svolgersi altresì, in forza di una specifica clausola-valvola presente nel par. 1 di tale articolo, "conformemente alle norme costituzionali" dello Stato membro che decida di recedere dall'Unione)[9].

2.2.

Si tratta in fondo, a ben vedere, di fare applicazione, in un contesto decisamente più complesso e articolato, dei principi di fondo del costituzionalismo, che sin dalle sue origini riguardano la

[6] Cfr., volendo, N. Lupo, *Alla ricerca della funzione parlamentare di coordinamento*, in www.federalismi.it, numero speciale n. 3/2018, 15 aprile 2019, p. 117 s. Per una categoria analoga di procedimenti euro-nazionali nel diritto amministrativo cfr. G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. Bignami, S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2004, p. 307 s.; G. Mastrodonato, *Procedimenti amministrativi composti nel diritto comunitario*, Cacucci, Bari, 2008, spec. p. 99 s.; C. Eckes, J. Mendes, *The right to be heard in composite procedures: Lost in between protection?*, in *European Law Review*, 2011, p. 651 s.; F. Brito Bastos, *Derivative Illegality in European Composite Administrative Procedures*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 101 s.

[7] Ulteriori indicazioni, volendo, in N. Lupo, A. Manzella, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Luiss University Press, Roma, 2019, spec. p. 28 s. (oltre alla dottrina citata *infra*, nella nota 12).

[8] Cfr. anche *infra*, il par. 2.3.

[9] Cfr., in linea con questa lettura, Corte di giustizia, 10 dicembre 2018, in causa C-621/18, Wightman, su cui cfr. C. Margiotta, *Questa casa non è un albergo! A proposito della sentenza Wightman*, in www.dirittocomparati.it, 16 gennaio 2019. Una formula analoga è prevista anche in altre disposizioni dei trattati: per stare soltanto al trattato dell'Unione europea cfr. art. 42, par. 2; art. 48, parr. 4 e 6; art. 49; art. 54, par. 1.

limitazione/separazione/condivisione del potere sovrano e, al tempo stesso, le ragioni e le finalità dello stesso stare insieme di una determinata comunità[10].

E' per questi motivi che, a mio avviso, non bisogna nutrire remore particolari a utilizzare le nozioni che compongono il bagaglio degli attrezzi del costituzionalista, e del costituzionalista italiano in particolare, per comprendere e analizzare le dinamiche che si verificano nell'Unione europea, comprendendovi – come si è appena sottolineato – anche quelle che hanno luogo negli Stati membri.

Mi riferisco soprattutto alla nozione di forma di governo e a quella di indirizzo politico, tra di loro, come è noto, indissolubilmente connesse.

So bene che il dibattito, specie sull'utilizzabilità della prima nozione con riferimento ad un ordinamento non statale quale è quello dell'Unione europea, è assolutamente aperto[11]. Ma non posso non ricordare che una recente pronuncia della Corte costituzionale non ha avuto esitazioni nell'impiegare tale nozione con riguardo ai rapporti tra Commissione europea e Parlamento europeo, al fine di rilevare "il dato della indubbia trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione europea"[12].

E, soprattutto, non posso non domandarmi, con riferimento alla seconda nozione, se e in quale senso oggi sia possibile avere ragionare di "indirizzo politico" e di "circuito dell'indirizzo politico" senza tenere in considerazione il ruolo che le istituzioni dell'Unione europea giocano nel concorrere a determinare "la scelta delle finalità da conseguire e, nelle linee più generali, dei mezzi a ciò reputati più idonei"[13]. Qualunque sia la nozione di indirizzo politico che intendiamo adottare[14], mi pare chiaro che finalità e mezzi attorno a cui è possibile ricondurre oggi l'azione dei pubblici poteri sono co-determinati in misura variabile ma assai significativa dalle istituzioni dell'Unione europea.

---

[10] Su tale doppia natura del costituzionalismo cfr., per tutti, P. Ridola, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali* (2005), ora in Id., *Esperienza Costituzioni Storia. Pagine di storia costituzionale*, Jovene, Napoli, 2019, p. 91 s., e M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. VII s.

[11] Lo si è ricostruito, da ultimo, in R. Ibrido, N. Lupo, "*Forma di governo" e "indirizzo politico": la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, a cura di R. Ibrido, N. Lupo, Il mulino, Bologna, 2018, p. 9 s.

[12] Così la sentenza n. 239 del 2018 (punto 6.5 del considerato in diritto). Su tale pronuncia cfr., con varietà di posizioni, G. Tarli Barbieri, *Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale*, in www.giurcost.org, 2019, n. 1, 20 ss.; G. Delledonne, *'A Goal that applies to the European Parliament no differently from how it applies to National Parliaments': The Italian Constitutional Court vindicates the 4% Threshold for European Elections*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, n. 2, pp. 376-389; L. Di Stefano, *La soglia di sbarramento della legge elettorale italiana per il Parlamento europeo all'esame della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2019, n. 3; e G. Piccirilli, *Attuazione dei "principi comuni" e presunzioni di risultato nel giudizio sulla clausola di sbarramento per le elezioni europee in Italia*, in corso di pubblicazione in *Studium Iuris*, 2019, n. 12.

[13] Per riprendere la celebre definizione proposta da V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico* (1939), ora riproposto (con *Premessa* di Franco Modugno e Introduzione di M. Dogliani) in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 48 s.

[14] Sul relativo dibattito, nella dottrina costituzionalistica repubblicana, cfr., tra i moltissimi, T. Martines, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957; E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano, 1961; T. Martines, voce *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, p. 134 s.; M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985, spec. p. 43 s.; P. Ciarlo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli, 1988, spec. p. 26 s.; M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione. A quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, Giuffrè, Milano, 1998; C. Tripodina, *L'"indirizzo politico" nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in www.rivistaaic.it, 2018, n. 1; A. Morrone, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 1, p. 7 s.

2.3.

Questa chiave di lettura non può dunque essere pretermessa nell'analizzare, ad esempio, le nuove convenzioni costituzionali che si sono andate formando in questi anni. Come giustamente osserva Giorgio Grasso, per esempio, un oggetto tipicamente regolato in modo pressoché esclusivo da queste convenzioni, quali sono i poteri del Governo in caso di crisi e dopo lo scioglimento delle Camere, ha sicuramente risentito del fatto che il Governo dimissionario continua a partecipare, a pieno titolo, alle istituzioni dell'Unione europea di cui è membro e a trasmettere loro i documenti richiesti, anche di natura programmatica. L'affermarsi di regole volte, in queste fasi, a depotenziarlo – così come depotenziare i correlativi poteri di indirizzo e controllo che il Parlamento può normalmente esercitare nei suoi confronti[15] – finirebbe perciò per rendere la tutela degli interessi italiani, in quei consessi, ancora più debole di quanto già non discenda dal solo fatto che gli altri soggetti che siedono a quei tavoli non sanno se l'Italia, nella prossima occasione, sarà rappresentata da quello o da un altro Governo.

Sul piano del programma di governo, poi, come correttamente è stato osservato da Tatiana Guarnier, l'influenza dell'Unione europea agisce non soltanto in chiave di vincoli strumentali (a partire ovviamente da quelli finanziari) all'indirizzo politico di maggioranza, ma incide altresì sulla fase teleologica dell'attività di governo: nel caso del Governo Conte 1, prevalentemente in chiave rivendicativo-oppositiva rispetto alle istituzioni europee. A conferma del fatto che i margini di scelta interamente a disposizione dell'esecutivo italiano sono limitati e che una dimensione essenziale dell'azione di governo è quella che si svolge in sede europea: una dimensione peraltro che alcuni esponenti di quel Governo hanno volutamente trascurato e a volte persino ostentatamente snobbato o deriso.

La chiave prevalente con cui tale Governo ha suggerito all'opinione pubblica di leggere il rapporto con le istituzioni europee e con gli altri Stati membri è stata infatti quella della contrapposizione: rispettivamente, nel primo caso con i "burocrati di Bruxelles" (tralasciando la caratterizzazione anche e anzitutto politica delle istituzioni europee); nel secondo caso con i governi "stranieri" (visti come avversari e per definizione ostili rispetto alla tutela degli interessi italiani). Se si vuole, una chiave di lettura che muove da un presupposto gnoseologico assai discutibile, se non scorretto sul piano giuridico-istituzionale, che ignora deliberatamente il suddetto intreccio tra le forme di governo e le esperienze di co-governo operanti ormai da decenni nell'Unione europea, e che tende invece ad esaltare, nell'ottica della contrapposizione amico-nemico, le indubbie diversità di interessi che da sempre si registrano tra gli Stati membri: non al fine, però, di assicurare forme più efficaci di tutela degli interessi italiani nell'ambito dei negoziati che quotidianamente si svolgono in seno alle istituzioni dell'Unione europea; bensì, al contrario, allo scopo di contrapporre tali interessi a quelli di tutti gli altri partners europei, finendo perciò, in concreto, nell'attività di queste istituzioni, per rendere più difficile ogni forma di negoziato volto ad assicurarne la tutela e la promozione[16].

---

[15] Cfr. E. Albanesi, *Le Camere in* prorogatio *nella c.d. fase ascendente del processo di partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, n. 3, p. 637 s.

[16] Esemplare di una reazione ad atteggiamenti di tal tipo può ritenersi il caso del richiamo a Parigi dell'ambasciatore francese in Italia, il 7 febbraio 2019, come segno di protesta rispetto all'azione dei due vicepresidenti del consiglio: ossia alla visita del vicepresidente Di Maio al leader dei gilet gialli e ad alcune dichiarazioni del vicepresidente Salvini. Una mossa invero meramente simbolica, e di natura chiaramente strumentale, che non ha certo interrotto – come si evince dalle dichiarazioni rese in quei giorni alla stampa – i rapporti costanti tra i due Paesi nell'ambito delle istituzioni dell'Unione europee. A ennesima riprova della coesistenza, nell'Unione europea, di logiche assai diverse e di alcune forme tradizionali di rapporti internazionali che sembrano evocare stagioni d'altri tempi.

Alla luce di questi elementi, una riflessione a sé dovrebbe essere rivolta a esaminare la scelta di collocare i due leader della maggioranza politica a supporto del Governo Conte 1, Luigi Di Maio e Matteo Salvini, come vice-presidenti del consiglio[17]. Attraverso queste figure, infatti, non chiamate – diversamente dal Presidente del Consiglio – a partecipare al Consiglio europeo, l'azione di governo ha potuto muoversi, specie in termini di dichiarazioni pubbliche, con maggiore libertà, in quanto più slegata rispetto all'indirizzo co-determinato in sede europea.

In un primo momento, di questa dissociazione si sono giovati appunto i due vice-presidenti del Consiglio, che sono sembrati in grado di trasformare la necessaria e rilevante dimensione europea del Presidente del Consiglio, che è stata fin qui pacificamente considerata come un plus-valore[18], quasi in una sorta di handicap, anche facendo leva sulla scarsa esperienza di Giuseppe Conte e sulla mancanza di una sua autonoma legittimazione politica[19].

Dopo qualche mese, però, il quadro è parso ribaltarsi. Per un verso, è emerso che questa maggiore libertà di movimento nel dibattito pubblico era solo apparente, perché gli indirizzi di fondo dell'azione di governo, specie quanto alle sue linee di politica economica, erano comunque tenute a muoversi in coerenza con quelli da tempo prefigurati e concordati in sede europea (anche al fine di evitare reazioni scomposte nei mercati finanziari). Per altro verso, il Presidente del Consiglio, in genere in sintonia con il Ministro dell'economia Giovanni Tria, ha fatto sponda proprio sulle istituzioni europee, e in particolare sul Consiglio europeo, e sui rapporti con gli altri capi di governo europei (e non) al fine di rafforzare la sua posizione. Riuscendo, in tal modo, prima a ricondurre il Movimento 5 Stelle su posizioni più filo-europee, nella campagna elettorale per il Parlamento europeo e, soprattutto, nel momento della formazione della nuova Commissione; e, poi, a smarcarsi dall'attacco frontale proveniente da Matteo Salvini e a legittimare la propria permanenza al vertice di un Governo supportato da una maggioranza assai diversa rispetto a quella originaria, e caratterizzata da un indirizzo politico decisamente più conforme a quello co-determinato in sede europea.

Potrebbe perciò perfino sostenersi che la crisi di governo che si è verificata nell'agosto 2019, con il passaggio di consegne tra il governo Conte 1 e il governo Conte 2, tragga le sue origini proprio dall'intreccio tra la forma di governo italiana e quella europea. In questo caso, un intreccio divenuto assai problematico dopo il risultato delle elezioni europee del maggio 2019, che hanno registrato sì un indiscusso successo della Lega a livello nazionale, ma anche la sua sconfitta su scala europea, visto che le forze euroscettiche non sono state in grado di divenire determinanti[20]; e dopo il voto su Ursula von der Leyen quale Presidente della Commissione europea, nel quale si è prodotta una assai significativa spaccatura tra Lega e Movimento 5 Stelle. Una sorta di corto-circuito, insomma, tra forma di governo italiana e forma di governo europea, che era altresì parso in grado di impedire il

[17] Cfr., anche per accurati riferimenti ai precedenti vicepresidenti del consiglio nella storia repubblicana, G. Tarli Barbieri, *Vicepresidenti o Co-presidenti del Consiglio? Alcune notazioni sparse su una carica controversa*, in *Rassegna parlamentare*, 2019, n. 2, p. 369 s.

[18] Cfr., tra gli altri, G. Amato, *La funzione di governo, oggi. Relazione generale (ricordando Alberto Predieri), in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001, Il Governo*, Cedam, Padova, 2002, p. 259 s., spec. 266, e P. Milazzo, *Articolo 95*, in *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G. Vigevani, vol. II, Il mulino, Bologna, 2018, p. 219 s.

[19] Cfr., ad esempio, A. D'Andrea, *Del ridimensionamento* per contratto *del ruolo del Presidente del Consiglio (e di altre forzature imposte dai capipartito)*, in *Quad. cost.*, 2018, n. 3, p. 681 s., spec. 685. S. Staiano, *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, in *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, a cura di F. Musella, Il mulino, Bologna, 2019, p. 29 s., spec. 67 s., giunge a parlare del Presidente del Consiglio come di "un esecutore in senso stretto dei dettami del consolato (formalmente) vicepresidenziale, con funzioni talvolta di 'facilitatore' delle mediazioni tra le due componenti della diarchia".

[20] Cfr., per tutti, *The European Parliament Elections of 2019*, edited by L. De Sio, M.N. Franklin, L. Russo, Luiss University Press, Roma, 2019.

voto favorevole del Parlamento italiano su qualsivoglia commissario europeo l'Italia avesse designato, e che ha contribuito, da un lato, a spazientire il leader della Lega e, dall'altro, a favorire l'alleanza, anch'essa tutt'altro che naturale e agevole, tra Movimento 5 Stelle e Partito Democratico, nel supportare il nuovo governo Conte 2, collocato su una linea decisamente più consentanea con quella che andava emergendo nell'Unione europea.

Quanto infine all'azione parlamentare dei partiti politici, oggetto della relazione di Eleonora Rinaldi, l'influenza dell'Unione europea appare forse più sotterranea. Certo, ogni partito italiano ha anche una sua dimensione europea, nel senso dell'appartenenza a un partito politico europeo (che com'è noto sono essenzialmente famiglie di partiti politici nazionali), e/o a un gruppo politico in seno al Parlamento europeo[21]. Tuttavia, un po' la scarsa attenzione che a questa dimensione viene prestata dai media, un po' le incertezze nella collocazione europea di molte tra le più rilevanti forze politiche italiane (a partire dal Movimento 5 Stelle) fanno sì che tale influenza sia meno apparente. Essa tende peraltro ad emergere soprattutto nell'articolazione di tempi e contenuti della decisione di bilancio: sia nella fase programmatica, in cui si determinano i saldi-obiettivo di finanza pubblica; sia nella successiva fase di approvazione della legge di bilancio. Quella che un tempo era la sessione di bilancio[22] costituisce infatti ora, come si è accennato, solo la fase italiana di un complesso procedimento euro-nazionale: il calendario comune di bilancio. Non può sorprendere, perciò, che tale fase – in attuazione della clausola ora presente nell'art. 97, primo comma, Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012, che richiede la "coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea" – debba muoversi in tempi e entro margini decisionali sostanzialmente prefissati, perché concordati in sede europea e stabiliti da regolamenti dell'Unione[23].

I nodi si accrescono quando i tempi del ciclo politico-elettorale nazionale mal si sincronizzano con quelli del calendario comune di bilancio. In particolare, nel 2018 tra la presentazione e approvazione parlamentare del DEF (Documento di Economia e Finanza) e quella della sua nota di aggiornamento-NADEF è infatti intervenuto un cambio di governo, a seguito di elezioni. Ne è disceso che il vero indirizzo politico-finanziario è stato elaborato ed esplicitato soltanto dalla NADEF, e dalle risoluzioni parlamentari approvative sia della relazione sullo scostamento, sia della stessa NADEF (la prima approvata a maggioranza assoluta; la seconda no)[24]. Il che ha determinato tempi necessariamente accelerati per lo svolgimento dei negoziati con le istituzioni dell'Unione (e con gli altri Stati membri), i quali, specie laddove gli indirizzi indicati sono apparsi disallineati rispetto ai percorsi di risanamento in precedenza ipotizzati, si sono riflessi sulla sessione di bilancio, rendendola ancora più concentrata dal punto di vista temporale e più schizofrenica sul piano della determinazione dei saldi-obiettivo. E' infatti evidente che la sessione di bilancio può svolgersi – almeno in astratto – in modo complessivamente ordinato e razionale ove tali saldi siano predeterminati "a monte", nella fase programmatica, mentre il procedimento parlamentare diventa ingestibile ove tali saldi siano poi

[21] Sui partiti politici europei cfr., tra gli altri, O. Porchia, voce *Partiti politici europei*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, p. 795 s.; G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2017, n. 1; F. Saitto, *European political parties and European public space from the Maastricht Treaty to the Reg. No. 1141/2014*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 2017, n. 2, p. 23 s.; M.R. Allegri, *Ancora sui partiti politici europei: cosa c'è di nuovo in vista delle elezioni europee 2019*, in www.federalismi.it, 2019, n. 9.

[22] Cfr., per tutti, M. Olivetti, *Le sessioni di bilancio*, in *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, a cura di S. Labriola, Giuffrè, Milano, 1999, p. 575 s.

[23] Cfr., tra gli altri, D. Capuano, E. Griglio, *La nuova* governance *economica europea: i risvolti sulle procedure parlamentari italiane*, in *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, a cura di A. Manzella e N. Lupo, Giappichelli, Torino, 2014, p. 227 s.

[24] Sulla costruzione di questa procedura cfr. R. Ibrido, N. Lupo, *Le deroghe al divieto di indebitamento tra Fiscal Compact e articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2017, n. 2, p. 206 s.

variati "in corso d'opera". A quel punto, la posizione della questione di fiducia su un testo bloccato diviene, evidentemente, l'unico modo di portare a casa la legge di bilancio, ove non si voglia ripercorrere la stagione, più o meno coincidente con gli anni '80, in cui i saldi erano definiti soltanto *a posteriori*, in esito al percorso parlamentare di esame dei disegni di legge finanziaria e di bilancio.

Di qui la vicenda della legge di bilancio per il 2019, e del conflitto di attribuzioni che ha originato l'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale, su cui si soffermano giustamente le relazioni di Tatiana Guarnier e Eleonora Rinaldi. Un'ordinanza che – come è noto – ha sì dichiarato inammissibile il conflitto, ma che ha altresì aperto la strada ai conflitti di attribuzione sollevati da singoli parlamentari e, con un implicito ma netto *revirement* rispetto alla sentenza n. 391 del 1995, ha affermato l'inderogabilità dei principi costituzionali sul procedimento legislativo anche in caso di posizione della questione di fiducia[25]. Anche se, con riferimento al caso di specie, ha ritenuto di non riscontrare una di quelle ipotesi di "evidente menomazione" dei diritti costituzionali del singolo parlamentare la cui sussistenza è richiesta affinché il conflitto possa essere dichiarato ammissibile (e, conseguentemente, con ogni probabilità, fondato). Per affermare ciò, la Corte ha fatto leva su una serie di elementi di contesto, tra i quali appunto la "lunga interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea", la quale "ha portato a una rideterminazione dei saldi complessivi della manovra economica in un momento avanzato del procedimento parlamentare"[26].

3. *La de-istituzionalizzazione del sistema dei partiti e le sue conseguenze*

3.1.

Il secondo profilo che incide su tutti gli oggetti esaminati dalle tre relazioni che sono chiamato a discutere è quello che in sede politologica è stato definito come la "de-istituzionalizzazione del sistema dei partiti": un fenomeno in base al quale nella gran parte degli Stati dell'Europa occidentale si sono registrati, nelle elezioni successive al 2010, una crescente instabilità e in qualche caso livelli record di volatilità elettorale, con l'emersione di nuovi e importanti partiti politici[27]. In Italia, in particolare, si è verificato un sensibilissimo aumento della volatilità elettorale e del tasso di ricambio della classe parlamentare, oltre che di variazione dell'assetto del sistema dei partiti, a sua volta tradottosi in un elevato livello di transfughismo parlamentare: in termini sia di spostamento di singoli deputati e senatori da un gruppo all'altro, sia di formazione di nuovi gruppi parlamentari in corso di legislatura. Il tutto, com'è evidente, con importanti riflessi sulla stabilità delle maggioranze governative.

---

[25] Per una valorizzazione di questo profilo cfr., tra gli altri, Y.M. Citino, *La "consolidata prassi" della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17/2019*, in *Rassegna parlamentare*, 2019, n. 1, p. 115 s., G. Pistorio, Fiat iustitia ne pereat mundus*. Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia. Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2019, n. 2, e, volendo, N. Lupo, I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019), in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, n. 1.

[26] Così l'ordinanza n. 17 del 2019 (punto 4.4 del Considerato in diritto). Sull'andamento della sessione di bilancio per il 2019, cfr. specificamente M. Degni, *Il bivacco di manipoli: considerazioni sulla sessione di bilancio per il 2019-2021*, in *Rassegna parlamentare*, 2018, n. 3, p. 537 s., G. Rivosecchi, *Manovra di bilancio 2019: la rientrata procedura di infrazione per debito eccessivo*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 1, p. 155 s., e C. Bergonzini, *Manovra di bilancio 2019: quando si finisce col fare a meno del Parlamento*, ivi, p. 162 s.

[27] Cfr., anche per ulteriori indicazioni, A. Chiaramonte, V. Emanuele, *Party System Volatility, Regeneration and De-Institutionalization in Western Europe (1945–2015)*, in *Party Politics*, 2015, p. 376 s.

Va da sé che si tratta di fenomeni che, oltre a interessare le caratteristiche dei partiti (ai quali è dedicata la seconda sessione del convegno), esercitano pesanti effetti sulle dinamiche e altresì – specie se si condivide il metodo indicato da Elia nell'analisi della forma di governo[28] – sulle regole (scritte e non) che disciplinano la forma di governo. Se a un quadro siffatto si aggiunge quello che in dottrina è stato efficacemente definito come l'ipercinetismo della legislazione in materia elettorale[29], che si è registrato soprattutto dal 1993 a oggi, con una progressiva accelerazione dal 2005 in poi, ben si comprende come il quadro sulla base del quale le istituzioni repubblicane erano state concepite e avevano operato per i primi quattro decenni è profondamente e irreversibilmente mutato.

Ne discendono conseguenze importanti, che sono state bene illustrate dalle tre relazioni. Conseguenze che riguardano perciò: in primo luogo, il metodo con cui si formano le convenzioni costituzionali e, ovviamente, i loro contenuti e la loro stessa effettività; in secondo luogo, il programma e l'azione del Governo, nel rapporto con la sua maggioranza parlamentare; e, in terzo e ultimo luogo, la tenuta dei gruppi parlamentari e la loro coesione interna.

3.2.

In un assetto in cui né il quadro partitico, né la legislazione elettorale sono stabilizzati, e anzi vanno incontro a cambiamenti sempre più frequenti e profondi, la formazione e la stessa effettività di convenzioni costituzionali diventa particolarmente problematica. Come giustamente ha osservato Giorgio Grasso, a conclusione della sua relazione, un contesto politico-costituzionale in perenne trasformazione ben difficilmente può produrre un insieme di regole convenzionali destinato a durare nel tempo, rilevando che in passato gli attori costituzionali avevano la consapevolezza che gli accordi sostanziali presi o nati spontaneamente "si sarebbero ragionevolmente mantenuti nella successiva legislatura".

In un contesto siffatto, tuttavia, le convenzioni diventano forse, ancorché più fragili e meno durature, ancor più necessarie: le mosse a disposizione dei diversi attori in campo si moltiplicano e divengono assai più difficilmente prevedibili. E comunque si sviluppano lungo binari ben diversi da quelli individuati allorquando vi erano soggetti forti e stabili, i partiti appunto, che si muovevano nell'ambito di un sistema istituzionale complessivamente stabile e caratterizzato da una legge elettorale proporzionale, anch'essa ben difficilmente cambiabile (come, in fondo, mostrò la stessa vicenda della "legge truffa" del 1953). E non coincidenti neppure più con i binari che si erano andati delineando nelle legislature del maggioritario, nella faticosa (e, in definitiva, fallita) ricerca di una stabilizzazione di un assetto bipolare del sistema politico.

In un quadro siffatto, dunque, non può certo sorprendere che siano state oggetto di mutamento, anche radicale, molte convenzioni costituzionali, pure numerose tra quelle contenenti le regole di fondo del sistema. Basti pensare, per citare quello che appare forse come il mutamento più macroscopico, e su cui specificamente si è soffermata la relazione di Giorgio Grasso, al fatto che le elezioni politiche nel 2013 come nel 2018 si sono rivelate inidonee a far sì che da esse originassero maggioranze parlamentari auto-sufficienti. Le convenzioni costituzionali faticosamente formatisi

[28] Il riferimento è, come è ovvio, a L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 634 s.; *Contra* cfr. M. Luciani, *Forme di governo*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 538 s.

[29] Cfr. F. Lanchester, *La Corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it, 2017, n. 1, p. 6 s., e, sulla sua scia, G. Tarli Barbieri, voce *Sistemi elettorali (Camera e Senato)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, p. 903 s. e Id., *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2018, spec. p. 4 s.

nelle legislature del maggioritario si sono così disciolte[30] e la formazione del governo "di inizio legislatura" è diventato perciò un processo particolarmente difficile e controverso, che si è potuto concludere positivamente – come è accaduto tanto nel 2013, quanto nel 2018 – soltanto attraverso la rottura delle alleanze presentatesi alle elezioni e la connessa formazione di coalizioni per più versi atipiche e per definizione instabili.

In termini istituzionali, inoltre, non si può non registrare come la formazione di queste coalizioni abbia richiesto lo svolgimento di un ruolo attivo e per certi aspetti persino "creativo" da parte del Presidente della Repubblica. Certo, un ruolo che è stato svolto in forme e modi diversi dai Presidenti Napolitano e Mattarella, ma che ad entrambi è stato richiesto dal sistema: visto che i partiti e le forze politiche, da soli, non sono riusciti, senza l'opera "maieutica" e di guida svolta dal Presidente della Repubblica, a definire al proprio interno accordi – in termini sia programmatici, sia di identificazione di una "squadra" di ministri – idonei a dare luogo a una maggioranza in grado di supportare un Governo nei due rami del Parlamento[31]. Per inciso, può notarsi che fors'anche grazie al ruolo svolto dal Presidente della Repubblica in Italia si sono potute evitare – almeno per ora – quelle situazioni prolungate di stallo o quei ripetuti (e vani) ricorsi alle urne che hanno invece caratterizzato, in questa medesima fase storica, altre democrazie europee (come ad esempio il Belgio o la Spagna, rispettivamente)[32].

Questo ruolo attivo del Presidente della Repubblica, com'è noto e come è stato ricostruito accuratamente dalla relazione di Giorgio Grasso, è stato esercitato non soltanto prefigurando e minacciando lo scioglimento di Camere neo-elette[33], ma, più di recente, si è dovuto spingere, davanti

[30] Cfr., per tutti, S. Staiano, *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in www.osservatorioaic.it, 2018, n. 2, spec. p. 7 s., segnalando come la nuova legge elettorale n. 165 del 2017 abbia creato un vuoto di convenzioni sulla formazione e sulla delimitazione delle coalizioni. Cfr. anche Id., *La forma di governo nella Costituzione come norma e come processo*, cit., p. 60 s.

[31] Con mirabile sintesi su tale ruolo del Presidente della Repubblica cfr., per tutti, M. Scudiero, *Introduzione*, in *Legge elettorale e dinamiche della forma di governo*, a cura di G. De Minico e G. Ferraiuolo, Passigli, Firenze, 2019, p. 13 s., spec. 16: "privo ormai dei riferimenti di tipo convenzionale collaudati e consolidati, egli è stato chiamato a spiegare tutta la sua autorità, fatta di poteri formali e di *moral suasion*, per consentire ai nuovi soggetti politici operanti nello scenario istituzionale di attenersi alle ragioni profonde di un ordinamento di democrazia matura quale è il nostro e di rispettare la lealtà comunitaria europea".

[32] Anche sulla base di queste esperienze un autore ha recentemente posto in dubbio la stessa idoneità della forma di governo parlamentare a rispondere alle sfide contemporanee. Il riferimento è a C. Fusaro, *La fine del governo parlamentare in Europa*, in www.libertaeuguale.it, 12 novembre 2019, rilevando che "il regime parlamentare non è più in grado di garantire quelle prestazioni minime di unità e di governo che una nazione ha diritto di attendersi", essenzialmente a causa della "crescente frammentazione che tende a travolgere qualsiasi sistema elettorale" e, soprattutto, della "tendenza di cittadini, società e politici a vivere la politica in modo radicalmente diverso dal passato". Verrebbe in proposito da osservare che anche nelle forme di governo presidenziali o semipresidenziali i medesimi fenomeni originano problemi non da poco e che talvolta la maggiore stabilità che esse assicurano all'Esecutivo non è sufficiente a garantire meccanismi di governo più efficaci e complessivamente soddisfacenti.

[33] Si spiegano così, in particolare, le difficoltà incontrate dal Presidente Napolitano all'indomani delle elezioni del 2013, che lo portarono a nominare un apposito "comitato di saggi", in attesa dell'elezione del suo successore, dotato del potere di scioglimento. Su questa soluzione cfr., a caldissimo, A. Ruggeri, *La singolare trovata del Presidente Napolitano per uscire dalla crisi di governo (a proposito della istituzione di due gruppi di esperti col compito di formulare "proposte programmatiche")*, in www.giurcost.org, 1 aprile 2013; A. Morelli, *Tutti gli uomini del Presidente. Notazioni minime sull'istituzione dei due gruppi di esperti chiamati a formulare "proposte programmatiche"*, ivi, 1 aprile 2013, B. Caravita, *Navigando a vista, con poco vento, senza GPS e con il cambio di timoniere durante la regata*, in www.federalismi.it, n. 7/2013, 3 aprile 2013; e A. Saitta, *Dieci "saggi" esploratori*, in www.giurcost.org, 5 aprile 2013. Nonché, con maggiore prospettiva (e uguale varietà di posizioni), M. Olivetti, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 9 maggio 2014, p. 32 s., G. Scaccia, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, Mucchi, Modena, 2015, par. III.a.3, e V. Lippolis, G. Salerno, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Il mulino, Bologna, 2016, p. 75 s.

all'irrigidimento del Presidente del Consiglio incaricato (e delle forze politiche che lo avevano individuato), sino al punto di negare in modo esplicito la firma del decreto presidenziale di nomina del Ministro dell'economia, motivandolo sulla base del fatto che la persona proposta, Paolo Savona, sarebbe stata incoerente con l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e alla zona euro[34]; e altresì, anche allo scopo di agevolare il superamento di quelle rigidità, sino al punto di prefigurare la formazione di un governo "tecnico", espressamente qualificato come "neutrale", incaricato di gestire il successivo appuntamento elettorale.

Sul cosiddetto "caso Savona" si è svolto un dibattito assai vivace tra i costituzionalisti[35]. Qui, a commento e integrazione dell'accurata ricostruzione fornita da Giorgio Grasso, il quale giustamente rileva la discontinuità nel fatto che il dissenso sia stato reso pubblico anzitutto dal Presidente del Consiglio incaricato che ha rifiutato di adeguarsi all'indicazione presidenziale, tenderei solo, in primo luogo, a sottolineare come il contrasto si sia verificato non a caso su una casella estremamente significativa e delicata: uno snodo assolutamente cruciale, posto al crocevia sia tra le dinamiche nazionali e quelle europee, sia tra la politica e la tecnica[36]. E soprattutto, in secondo luogo, a rilevare che la linea tenuta dal Presidente della Repubblica si spiega proprio alla luce del suo ruolo "europeo"[37] e del fatto che egli ha richiamato ragioni "giuridico-costituzionali", derivanti dall'adesione all'Unione europea vista come "parte dei principi inviolabili caratterizzante la nostra forma di Stato"[38]. Nonché, in terzo luogo, e con il senno del poi, a segnalare – come del resto fa anche la relazione di Grasso – come lo stesso Paolo Savona, nominato Ministro per le politiche europee nel governo Conte 1, abbia presto abbandonato tale incarico ministeriale, per assumere la carica di presidente della CONSOB; e come invece l'azione condotta da Giovanni Tria, in stretto raccordo con la Presidenza del Consiglio dei Ministri, sia riuscita nel non agevole compito di non far saltare né l'equilibrio dei conti pubblici, né i rapporti con l'Unione europea.

Sull'ipotesi di governo "neutrale", prefigurato come tale sia nella dichiarazione resa dal Presidente della Repubblica Mattarella il 7 maggio 2018, al termine di un terzo (e infruttuoso) giro di consultazioni, sia nelle dichiarazioni del Presidente del Consiglio incaricato Cottarelli, non appena ricevuto l'incarico di formare un governo appunto "neutrale", il 28 maggio 2018[39], qui si possono segnalare due aspetti. Da un lato, il fatto che il governo così prefigurato rappresenti, per più elementi

[34] Secondo le parole della dichiarazione resa dal Presidente della Repubblica il 27 maggio 2019, "sostenitore di una linea, più volte manifestata, che potrebbe provocare, probabilmente, o, addirittura, inevitabilmente, la fuoruscita dell'Italia dall'euro".

[35] Qui se ne richiamano solo quelle di natura collettiva: cfr. gli interventi al seminario su *Contesto politico, forma di governo e relazioni tra gli organi costituzionali*, svoltosi a Roma, La Sapienza, il 6 giugno 2018, pubblicati sull'*Osservatorio costituzionale* dell'AIC, 2018, n. 2; i commenti apparsi su *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 3, p. 667 s.; il *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, n. 2, p. 974 s.; il Forum su *La intricata vicenda della formazione del governo Conte*, pubblicato su www.gruppodipisa.it, 7 novembre 2018. Cfr. anche i contributi raccolti in *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, a cura di A. Morelli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

[36] Un *insight* assai interessante su tale ruolo, ancorché in chiave estremamente critica, è quello proposto da Y. Varoufakis, *Adults In The Room: My Battle With Europe's Deep Establishment*, The Bodley Head, London, 2018 (tradotto in italiano nel 2019 da La Nave di Teseo; si veda anche il film che ne ha tratto Costa-Gravas nel 2019). Cfr. anche quanto si osserverà *infra*, nel par. 4.2.

[37] Cfr. G. Piccirilli, *Il ruolo europeo del Presidente della Repubblica*, in *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., p. 387 s.

[38] Così A. Spadaro, *Dalla crisi istituzionale al governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al "populismo sovranista"*, in *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte*, cit., p. 12 s.

[39] Nella prima di tali dichiarazioni, tale ipotesi – allora formulata in termini astratti dal Presidente della Repubblica – era stata altresì qualificata come governo "di servizio", "di garanzia", "neutrale rispetto alle forze politiche".

e con le dovute differenze, un'evoluzione dei governi "tecnici"[40] che sono stati sperimentati per tre volte nei due decenni precedenti, con le esperienze dei governi Ciampi (1993-94), Dini (1995-96) e Monti (2011-2013)[41]. Dall'altro, la circostanza che la sua prospettazione ha aiutato la soluzione della situazione di stallo, agevolando la formazione di un'alleanza, quella tra il Movimento 5 stelle e la Lega, che appariva del tutto improbabile prima delle elezioni del 4 marzo 2018, e non agevole anche all'indomani delle medesime.

3.3.

La "contrattualizzazione", in chiave privatistica, del tradizionale accordo di coalizione – su cui si è soffermata specificamente e criticamente la relazione di Tatiana Guarnier – è una delle conseguenze di questi mutamenti e del carattere impervio e a scopi limitati dell'alleanza di governo alla base del governo Conte 1. Come correttamente ha osservato la relatrice, la formula del "Contratto per il Governo del cambiamento" è dovuta essenzialmente a esigenze "retoriche": è stata utile cioè al fine di marcare, da un lato, la vincolatività giuridica degli impegni così reciprocamente assunti, non a caso davanti ad un notaio; e, dall'altro, "la persistente distanza ideologico-politica, l'immutata distinta soggettività, pur nella condivisione di una piattaforma programmatica compatibile con le identità delle due forze politiche" contraenti, per come rappresentate nel corso della campagna elettorale.

Può aggiungersi, in proposito, che un elemento di discontinuità rispetto agli accordi di coalizione propri del precedente sistema partitico e fors'anche un'ulteriore ragione alla base della dichiarata opzione privatistica[42] appaiono essere rappresentati dal carattere diadico dell'alleanza in questione: dal fatto, cioè, che le forze politiche che compongono la maggioranza erano – fatto piuttosto atipico nella storia costituzionale italiana – soltanto due, e di dimensioni tra loro comparabili. In questa situazione, in fase iniziale, l'immagine del contratto bilaterale meglio si è prestata a rappresentare davanti all'opinione pubblica un'intesa tra due sole forze politiche. E tra due forze politiche dotate, certo, all'indomani delle elezioni del 2018, di un diverso livello di consenso e di rappresentanza politica, con una differenza a vantaggio del Movimento 5 Stelle che però, in perfetta coerenza appunto con un sistema partitico de-istituzionalizzato, si è andata progressivamente attenuando nel corso dell'esperienza di governo, almeno a stare ai sondaggi; e si è successivamente addirittura invertita, a vantaggio della Lega, in occasione delle elezioni europee del maggio 2019.

Analogamente, nel corso dell'attività di governo, la natura diadica dell'alleanza ha facilitato il *bargaining* tra le due forze politiche, le quali hanno sì faticato non poco nell'individuare una strategia

[40] Sulle possibili definizioni di "governo tecnico" cfr., con riferimento all'esperienza italiana, N. Lupo, *I "governi tecnici". Gli esecutivi Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna Parlamentare*, 2015, n. 1, p. 57 s., spec. 62 s.; M. Volpi, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in *Governi tecnici e tecnici al Governo*, a cura di M. Volpi, Giappichelli, Torino, 2017, spec. p. 19 s. La categoria è stata oggetto di studio anche a livello europeo, con riferimento al caso italiano, ma non solo: cfr., tra gli altri, D. McDonnel, M. Valbruzzi, *Defining and classifying technocrat-led and technocratic governments*, in *European Journal of Political Research*, 2014, 4, p. 654 s.; G. Pastorella, *Technocratic Governments in Europe: Getting the Critique Right*, in *Political Studies*, 2016, n. 4, p. 948 s.; e A. Costa Pinto, M. Cotta, P. Tavares de Almeida, *Beyond Party Government? Technocratic Trends in Society and in the Executive*, in, *Technocratic Ministers and Political Leadership in European Democracies*, edited by A. Costa Pinto, M. Cotta, P. Tavares de Almeida, Palgrave, London, 2018, p. 1 s.

[41] Sul punto, sia consentito rinviare a N. Lupo, *Su governi tecnici, governi neutrali, e sulle loro strutture tecniche*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis, Giappichelli, Torino, 2019, p. 315 s. Cfr. anche *infra*, il par. 4.1.

[42] Oggetto, quest'ultima, di diffuse critiche in dottrina: cfr., anche per ulteriori indicazioni, A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, spec. 121 s. e M.C. Grisolia, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in www.rivistaaic.it, 2019, n. 3.

comune (e hanno perciò posposto o rimosso alcuni obiettivi, rivelatisi profondamente divisivi o per varie ragioni inattuabili), ma sono riuscite pragmaticamente a mettersi d'accordo sulle opzioni concrete (si pensi alle tante nomine rimesse all'Esecutivo) e altresì a tenere in Parlamento, dopo una prima fase in cui hanno preso reciprocamente le misure, tattiche idonee a portare a compimento alcuni tra i punti più significativi inseriti nel contratto, sulla base di una logica di scambio e di accettazione delle reciproche priorità. In altri termini, l'abbandono del modello rappresentato da coalizioni multiple e variegate in favore di una maggioranza composta da due sole forze politiche, entrambe di dimensioni ragguardevoli, ancorché ideologicamente assai distanti tra di loro, ha finito, almeno per alcuni mesi, per agevolare il raggiungimento di accordi e punti di incontro reciproci, sia in sede governativa, sia in sede parlamentare.

Specificamente in merito alla fase parlamentare, sarei forse un po' meno drastico, rispetto a Tatiana Guarnier, nel qualificare le clausole, presenti nel suddetto "Contratto per il Governo del cambiamento", che richiedono un comportamento conseguente dei gruppi parlamentari, come potenzialmente ma palesemente confliggenti "con le disposizioni costituzionali che attribuiscono l'esercizio della funzione legislativa al Parlamento e configurano un esattamente inverso rapporto di forza fra i due organi (è il Parlamento a dover legittimare l'azione del Governo, conferendo la fiducia; non certo l'opposto)". Invero, a me pare che vadano parimenti richiamati i principi di fondo della forma di governo parlamentare, ai sensi dei quali il Governo è "comitato direttivo" del Parlamento, anche nell'esercizio della funzione legislativa; e altresì il carattere bidirezionale del rapporto fiduciario, che implica, tra l'altro, l'impegno delle forze politiche che compongono la maggioranza ad assumere decisioni legislative coerenti con il programma su cui hanno espresso la fiducia[43].

Il problema, semmai, è dato dalla difficoltà, per il Governo e per la sua maggioranza, di svolgere in concreto un ruolo siffatto. O almeno di farlo sulla base dei poteri ordinari di cui dispone "in" Parlamento in generale e all'interno del procedimento legislativo più nello specifico. In questa logica, e nel permanere di questa difficoltà, condivido appieno la relazione di Tatiana Guarnier quando ha constatato, nonostante la discontinuità del quadro partitico e della stessa legge elettorale, la continuità nel ricorso alle "forzature" del processo legislativo da parte del Governo e della sua maggioranza. E, in particolare, nell'impiego della questione di fiducia su maxiemendamenti, rimarcando, anzi, l'ulteriore accelerazione che questo impiego ha registrato, secondo la logica, più volte stigmatizzata con riferimento alle legislature del maggioritario, dell'"inseguimento del peggior precedente"[44]. Un dato da considerare con attenzione, anche perché la XVIII legislatura si era aperta con il Presidente della Camera, Roberto Fico, il quale nel suo discorso di insediamento aveva rivendicato la "necessità che il Parlamento ritrovi la centralità che gli è garantita dalla Costituzione", impegnandosi esplicitamente a "porre fine a un modo di legiferare confuso, fatto di aggiustamenti continui, deroghe, estensioni, perché questo modo crea incertezze e diventa un danno per tutti i cittadini e per la crescita del Paese"[45].

Il persistere di queste prassi devianti, in qualche modo a prescindere da quali siano gli attori politici, e anche dal formato più o meno multiplo ed eterogeno delle maggioranze di governo, ci dice

[43] Per dirla con A. Manzella (*Il parlamento*, III ed., Il mulino, Bologna, 2003), quella fiduciaria è "una relazione di tipo contrattuale": infatti, "ottenendo la fiducia, il governo si vincola ad un programma"; e, reciprocamente, "dando la fiducia, le Camere si vincolano alle decisioni legislative conformi a quel programma".

[44] Cfr. *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, a cura di N. Lupo, Il mulino, Bologna, 2013 e R. Ibrido, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel processo di risoluzione dei casi regolamentari*, Franco Angeli, Milano, 2015.

[45] Le espressioni virgolettate sono tratte dal resoconto stenografico del discorso di insediamento del Presidente della Camera, Fico, nella seduta del 23 marzo 2018.

che il nodo in questione ha carattere permanente e strutturale, e va affrontato ripensando in profondità le caratteristiche dei nostri processi di produzione normativa.

In questo quadro, si comprende meglio anche tutta la difficoltà in cui si è trovata la Corte costituzionale allorquando – come già si è ricordato – è stata chiamata a giudicare, in sede di conflitto di attribuzioni promosso da 37 senatori PD, l'*iter* della legge di bilancio per il 2019, nel corso del quale non si era neppure rispettata quella sorta di convenzione costituzionale, che si era andata affermando nelle ultime due legislature, per effetto della quale il maxiemendamento su cui il Governo poneva la questione di fiducia doveva necessariamente essere composto da disposizioni già oggetto di esame e di approvazione in commissione in sede referente[46]. In tal modo, le conseguenze negative, in termini anzitutto di legittimità costituzionale, discendenti dal meccanismo dei maxiemendamenti approvati con questione di fiducia – già evidenziate abbondantemente in dottrina[47] e negli ultimi anni anche dalla giurisprudenza costituzionale[48] – sono emerse in tutta la loro gravità: il Governo è stato infatti in condizione di portare all'approvazione con unico voto, un maxiemendamento dai contenuti per larga parte inediti, presentato il 22 dicembre 2018 ed esaminato in poche ore dall'Assemblea, saltando sostanzialmente a piè pari la fase dell'esame in Commissione in sede referente.

Com'è noto, e come si è già ricordato, la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 17 del 2019, ha peraltro giudicato inammissibile tale ricorso, ma con una motivazione assai ricca sia sul piano processuale, sia sul piano sostanziale. Certo, la pronuncia, come molti hanno osservato, è inevitabilmente di natura compromissoria e si presta a molteplici rilievi critici[49]. Tuttavia, a mio avviso non ne vanno disconosciute le affermazioni innovative, a tutela dei principi costituzionali di fondo sul procedimento legislativo, che, se troveranno seguiti adeguati nella giurisprudenza costituzionale successiva e nel sistema istituzionale in genere, ben si prestano a ricondurre la produzione legislativa nell'alveo indicato dalla Costituzione.

---

[46] Sull'affermarsi di questa prassi o convenzione costituzionale, cfr. A. Razza, *Note sulla "normalizzazione" della questione di fiducia*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 3, spec. p. 28 s., e V. Di Porto, *La "problematica prassi" dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione*, in *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri. Quaderno 2015-2016*, a cura di V. Lippolis e N. Lupo, Jovene, Napoli, 2017, p. 103 s., spec. 113 s.

[47] Cfr., tra gli altri, N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo, Luiss University Press, Roma, 2007, p. 56 s.; *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, Cedam, Padova, 2010; G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Cedam, Padova, 2008, spec. p. 259 s.; C.F. Ferrajoli, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 500 s.; e G. Pistorio, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. p. 117 s.

[48] Il riferimento è soprattutto alla sentenza n. 32 del 2014, nella quale la Corte costituzionale ha constatato gli effetti negativi che la questione di fiducia origina, "precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina" eterogenea in tal modo introdotta, impedendo "ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo" e, infine, non consentendo alle commissioni di svolgere "l'esame referente richiesto dal primo comma dell'art. 72 Cost.". Rilevano anche la sentenza n. 251 del 2014, nella quale la Corte costituzionale ha qualificato la questione di fiducia su maxiemendamenti come una "problematica prassi", e, ora, ovviamente, l'ordinanza n. 17 del 2019, più volte richiamata.

[49] I commenti all'ordinanza n. 17 del 2019 sono numerosissimi. Tra i più critici, cfr. A. Morrone, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in www.federalismi.it, 2019, n. 4; A. Ruggeri, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo… virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)*, in www.giurcost.org, 2019, n. 1. Più attenti a considerare anche gli effetti che una pronuncia di ammissibilità, e una poi di accoglimento del conflitto, avrebbero potuto determinare paiono, tra gli altri, E. Rossi, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in www.forumcostituzionale.it, 21 febbraio 2019, e G. Tarli Barbieri, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, n. 1.

Come si accennava, infatti, la via di uscita dal sistema attuale non può essere individuata solo ed esclusivamente dalla Corte costituzionale – la quale peraltro potrà fare applicazione più conseguente dei principi indicati nell'ordinanza n. 17 del 2019 allorquando sarà chiamata a risolvere conflitti aventi ad oggetto disposizioni legislative meno essenziali e impattanti rispetto a quelle presenti nella legge di bilancio – ma richiede l'attivazione di tutti gli organi costituzionali, a partire dal Presidente della Repubblica e, soprattutto, in questo caso, dai Presidenti di Camera e Senato.

3.4.

La "de-istituzionalizzazione" dei partiti è, come già si è rilevato e come è piuttosto naturale, uno degli elementi alla base del transfughismo parlamentare e della formazione dei nuovi gruppi in corso di legislatura: fenomeni che si sono entrambi moltiplicati in misura impressionante nel corso delle ultime legislature[50]. Certo, non vi è solo questo e fa bene la relazione di Eleonora Rinaldi a ripercorrere sin dalle radici le teorie sulla rappresentanza politica e le trasformazioni, definite "dirompenti", che su queste teorie sono derivate, a cavallo tra il XIX e il XX secolo, dall'avvento dei partiti di massa. Ebbene, occorre domandarsi se nella fase attuale il parlamentarismo non si trovi in un tornante di portata simile, nel quale la de-istituzionalizzazione del sistema dei partiti pone in crisi l'idea del Parlamento articolato in gruppi, idonei a riprodurre all'interno dell'assemblea e delle sue commissioni i principali *cleavages* esistenti nella società; o, perlomeno, attenua la significatività di tali linee di frattura, sulle quali invece si è articolato il funzionamento delle Camere e si sono strutturati, fin qui, i principali meccanismi organizzativi parlamentari[51].

Le reazioni istituzionali per mantenere una qualche tenuta dei gruppi parlamentari al loro interno sono state di vario tipo. Sul piano dei regolamenti parlamentari, si sono prima prospettate e poi, di recente, introdotte una serie di previsioni volte a connettere i gruppi, sin dalla loro formazione, alle liste che si sono presentate alle elezioni e a disincentivare la frammentazione e l'abbandono del gruppo a cui si è originariamente aderito[52]. Sennonché, l'efficacia di tali innovazioni normative – al di là del giudizio che su di esse si esprima[53] – è stata minata, per un verso, dalla circostanza per cui

[50] I relativi dati sono stati oggetto di accurate analisi in dottrina, a partire dalla XII legislatura: cfr., tra gli altri, C. Decaro, *I gruppi parlamentari nella XII legislatura*, in *Rassegna parlamentare*, 1996, n. 2, p. 351 s.; S. Curreri, *I gruppi parlamentari nella XIII legislatura*, ivi, 1999, n. 2, p. 263 s.; Id., *Gruppi parlamentari e norme anti-transfughismo*, in *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale*, cit., p. 117 s.; F. Cazzola, *Migranti di lusso. I parlamentari tra crisi di coscienza e trasformismo*, in *La politica come scienza. Scritti in onore di Giovanni Sartori*, a cura di S. Passigli, Passigli, Firenze, 2015, p. 145 s.; L. Bartolucci, *I gruppi parlamentari nella XVII legislatura: cause e conseguenze della loro moltiplicazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 2.

[51] Fors'anche in questa chiave, ossia come una reazione alle tendenze "gruppocratiche" presenti nei regolamenti parlamentari, può leggersi l'opzione, come si è appena visto fatta propria dall'ordinanza n. 17 del 2019, nel senso di ammettere conflitti di attribuzione sollevati da singoli deputati o senatori, e non (almeno per il momento) quelli sollevati da gruppi parlamentari.

[52] Sulla nuova disciplina dei gruppi cfr. S. Curreri, *Osservazioni a prima lettura sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Rassegna parlamentare*, 2017, n. 3, p. 637 s.; 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*, 2017, n. 3-4, p. 23 s.; A. Carboni, M. Magalotti, *Prime osservazioni sulla riforma organica del regolamento del Senato*, in www.federalismi.it, 2018, n. 1.

[53] Ne ho espresso in altra sede una valutazione non negativa (N. Lupo, *La riforma del 20 dicembre 2017 del (solo) regolamento del Senato*, cit., p. 30 s.), ancorché a suo tempo mi fossi espresso tendenzialmente a favore di una disciplina, più lineare, diretta unicamente ad alzare la soglia numerica per la formazione di un gruppo, specie laddove tale formazione abbia luogo in corso di legislatura (Id., *Qualche indicazione per una riforma dei regolamenti parlamentari*, in *Una moderna democrazia europea. L'Italia e la sfida delle riforme istituzionali*, a cura di F. Bassanini e R. Gualtieri, Passigli, Firenze, 2009, p. 159 s.). Maggiori perplessità sulla nuova disciplina del regolamento del Senato in materia di gruppi sono state formulate, tra gli altri, da G. Piccirilli, *I partiti in Parlamento e nelle istituzioni politiche*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 3, p. 106 s.

esse sono state introdotte nel solo regolamento del Senato, con la riforma approvata il 20 dicembre 2017, mentre alla Camera sono rimaste immutate le norme che richiedono il rispetto del solo requisito numerico (20 deputati) per la formazione di un gruppo. E, per altro verso, dall'ambiguità di talune clausole presenti nella nuova disciplina, che si sono prontamente prestate a interpretazioni estensive in occasione della prima scissione che si è verificata nella XVIII legislatura[54].

Ulteriori reazioni al transfughismo sono state poste in essere da singoli gruppi parlamentari attraverso le loro regole interne, oggetto di pubblicazione obbligatoria a partire dal 2012[55]. Quella decisamente più vistosa è stata immaginata – con una certa dose di paradosso, peraltro soprattutto apparente, visto che per i suoi esponenti il legame alla linea del gruppo in questione finisce per rivelarsi spesso assai labile – dal gruppo facente riferimento al partito che si dichiara post-ideologico, ossia il Movimento 5 Stelle. Il regolamento del gruppo al Senato e lo statuto del gruppo alla Camera prevedono infatti l'obbligo di pagamento di una esosissima penale (pari a 100.000 euro) a carico del parlamentare in caso di uscita dal gruppo (non importa se volontaria o imposta)[56]. Su questo profilo le critiche illustrate nella relazione di Eleonora Rinaldi mi paiono convincenti, in particolare laddove ha segnalato il contrasto "frontale" con l'art. 67 Cost., che esclude conseguenze giuridiche a carico dei parlamentari che cessino di appartenere all'associazione cui hanno inizialmente aderito, e ha preconizzato che "qualunque giudice dello Stato adito da un gruppo parlamentare che pretenda il pagamento della penale dichiarerà la nullità di tale clausola statutaria in ragione dell'illiceità dell'oggetto e della causa". Capisco, invece, come mai della questione non si sia interessata direttamente, pur a ciò sollecitata, la Presidenza della Camera, visto che la nostra cultura politica e istituzionale tende – per ragioni storiche piuttosto evidenti legate al ruolo esercitato da partiti politici privi, per varie ragioni, di strumenti democratici al proprio interno – a vedere con sospetto le forme di controllo da parte dello Stato sui meccanismi di funzionamento dei partiti e dei gruppi parlamentari[57].

---

[54] Il riferimento è alla fuoriuscita di Matteo Renzi dal PD e alla conseguente formazione dei gruppi di "Italia Viva" alla Camera e, in particolare, di "Italia Viva-PSI" al Senato: quest'ultimo, infatti, si è potuto costituire in deroga alla regola generale di cui all'art. 14, comma 4, primo periodo del regolamento del Senato (secondo cui "Ciascun Gruppo dev'essere composto da almeno dieci Senatori e deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori"), facendo leva sull'art. 15, comma 3, del medesimo regolamento. Quest'ultima disposizione stabilisce che "Salvo il caso previsto all'articolo 14, commi 4, penultimo periodo, e 5, nuovi Gruppi parlamentari possono costituirsi nel corso della legislatura solo se risultanti dall'unione di Gruppi già costituiti". E, appunto, il penultimo periodo dell'art. 14, comma 4, dispone che "E' ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati" (subito dopo aver posto la regola secondo cui "Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici").

Ebbene, si è evidentemente ritenuto – ancorché negli atti parlamentari non risulti esservi traccia esplicita di questa motivazione – che quest'ultimo requisito fosse soddisfatto nel caso di specie, dal momento che: *a)* il contrassegno PSI era presente, assieme ad altri due, all'interno del simbolo "Insieme", adottato da una lista coalizzata con il PD e altre liste, ancorché la lista "Insieme" fosse rimasta, nelle elezioni del 2018, sotto l'1% dei voti; *b)* il sen. Nencini, eletto in un collegio uninominale e originariamente iscritto al gruppo misto, ha ritenuto di aderire al nuovo gruppo e dichiarato che esso, composto da più di 10 senatori, corrispondeva al partito identificato con il contrassegno PSI.

Cfr., in proposito, G. Maestri, *Il nuovo gruppo "Psi-Italia viva" al Senato: le falle della riforma "antiframmentazione" del Regolamento*, in lacostituzione.info, 19 settembre 2019 e A. Mannino, S. Curreri, *Diritto parlamentare*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 72 s. (rimarcando l'elusione della *ratio* della riforma regolamentare).

[55] Cfr. l'art. 15, comma 3-bis, del regolamento del Senato e l'art. 15, comma 2-ter, del regolamento della Camera.

[56] La disposizione in questione, dall'analogo tenore letterale, è collocata negli artt. 21, al comma 5, dello statuto del gruppo "Movimento 5 Stelle" alla Camera e del regolamento del gruppo corrispondente al Senato.

[57] Il riferimento è alla risposta del Presidente della Camera Fico del 17 aprile 2018 alle lettere degli onn. Magi e Ceccanti con cui questi gli avevano chiesto di attestare il contrasto con l'art. 67 Cost. dello statuto del gruppo "Movimento 5

4. *Alla ricerca di un equilibrio tra tecnica e politica, con sprazzi di "tecnopopulismo"*

4.1.

Il terzo e ultimo profilo che qui si è scelto di trattare riguarda i rapporti tra tecnica e politica all'interno della forma di governo, e in particolare nella composizione (in senso ampio) e nell'attività del Governo. Il punto di partenza, in qualche misura scontato, è che l'equilibrio che era stato raggiunto con un sistema a partiti forti, all'interno dei quali si muovevano i tecnici "di area", alcuni dei quali erano a volte chiamati ad assolvere in prima persona cariche rappresentative o governative, è irrimediabilmente saltato. Un equilibrio che aveva invero già manifestato segni di crisi all'inizio degli anni '80[58], ma che è definitivamente venuto meno nel decennio successivo dopo la trasformazione del sistema dei partiti e l'adozione di leggi elettorali prevalentemente maggioritarie.

Non è un caso che le già ricordate esperienze dei cosiddetti governi "tecnici", quelle dei governi Ciampi, Dini e Monti, abbiano avuto tra i loro elementi comuni quello di essere tutti governi sorti in corso di legislatura, a seguito del fallimento di un precedente governo "politico" (formatosi invece subito dopo le elezioni), con un mandato limitato, conclusosi con un appuntamento elettorale, che tali governi sono stati chiamati a "gestire"[59].

Inoltre i governi "tecnici", che hanno tutti goduto, oltre che del pieno supporto e del contributo attivo del Presidente della Repubblica in occasione della loro formazione, di un consenso parlamentare assai ampio, manifestatosi o con molte astensioni (governi Ciampi e Dini) o con un numero record di voti favorevoli (governo Monti), sono stati composti (almeno in parte, come nel caso del governo Ciampi) e comunque presieduti da "tecnici": ossia, da Presidenti del Consiglio, i quali non erano politici (elettivi) "in entrata" e avevano alle spalle competenze in campo economico e significative esperienze in ambito internazionale. Anche se poi, come è noto, politici lo sono diventati "in uscita": nel caso di Dini e Monti, essendo stati persino promotori, e leader, di nuove formazioni politiche, sorte all'immediata vigilia degli appuntamenti elettorali "gestiti" dai loro governi.

Un sintomo evidente, dunque, quello dei governi "tecnici", della difficoltà di individuare un punto di equilibrio stabile e soddisfacente nel rapporto tra tecnica e politica, appunto.

Anche nella fase iniziale della XVIII legislatura tale difficoltà si è manifestata: sia nella già ricordata prefigurazione di un governo "neutrale", sia nella costituzione di un governo, il governo Conte 1, che ha presentato alcuni aspetti propri di un governo "tecnocratico-populista" o, più brevemente, "tecno-populista"[60]. Un ossimoro apparente, quest'ultimo, visto che questi due termini sono normalmente considerati come irriducibilmente opposti l'uno all'altro. E che si fonda, tuttavia, sull'identificazione di un importante elemento di complementarietà tra di essi, consistente nel fatto

---

Stelle", nella quale ha negato che l'ordinamento attribuisca al Presidente della Camera un potere di controllo sui contenuti degli statuti dei gruppi parlamentari. In proposito si vedano i contributi pubblicati su www.federalismi.it, 2018, n. 13.

[58] Si pensi alle proposte avanzate da Bruno Visentini, volte invero ad avere un Governo composto di politici, ma più sganciato dai partiti (ad esempio in Id., *Governo parlamento e partiti. Testi di una discussione*, Circolo 2 giugno, Roma, 1983). Per una rimeditazione di tali proposte, e dell'eco che ricevettero, cfr. gli interventi – tra gli altri – di O. Visentini, L. Morlino e G. Visentini, in *Il Governo tecnico nel pensiero di Bruno Visentini*, a cura della Fondazione Bruno Visentini, Alter Ego, Viterbo, 2014.

[59] Cfr. N. Lupo, *I "governi tecnici"*, cit., p. 62 s.

[60] Cfr. L. Castellani, *L'era del tecno-populismo: trasformazione o fine della politica liberal-democratica?*, in *Luiss Open*, 22 giugno 2018 (http://open.luiss.it/2018/06/22/lera-del-tecno-populismo-trasformazione-o-fine-della-politica-liberal-democratica/) e N. Lupo, *Su governi tecnici, governi neutrali, e sulle loro strutture tecniche*, cit., p. 323 s.

che sia il populismo sia la tecnocrazia muovono da una critica radicale della "democrazia dei partiti", la quale è dunque vista come il polo opposto e il loro (comune) nemico[61].

Non è certo questa la sede per approfondire questo dibattito. Tuttavia, può aver senso riprendere, nella già ricordata logica dell'intreccio tra la forma di governo italiana e quella dell'Unione europea, un paio di questioni. Ossia, da un lato, evidenziare qualche elemento che emerge dalle regolarità riscontratesi nell'arco temporale qui esaminato, in particolare quanto alla "casella" del Ministro dell'economia. E, dall'altro, rimarcare quanto diverso sia il ruolo dei tecnici nell'attività delle istituzioni dell'Unione europea rispetto a quello ad essi spettanti nell'attività del Governo italiano.

4.2.

Nella relazione di Giorgio Grasso si è segnalata, nei quattro Esecutivi oggetto di esame (Letta, Renzi, Gentiloni e Conte 1; ma lo stesso può dirsi anche del governo Monti)[62], "la costante presenza di un tecnico al Ministero dell'Economia" e si è ricondotta tale opzione, seppure in termini dubitativi, e in linea con quanto si era in altra occasione prospettato[63], all'esigenza che, all'interno di organi come il Consiglio ECOFIN e l'Eurogruppo (che comprende i soli Ministri economici dell'area euro), sia preferibile poter contare su chi ha una specifica conoscenza e reputazione in questo ambito.

Il conseguente interrogativo, che lo stesso Grasso si è posto, circa l'individuazione, in proposito, di "una regola convenzionale cui nessun Governo può e vuole sfuggire" sembrerebbe ora aver ricevuto una smentita con la formazione del governo Conte 2 e la nomina di Roberto Gualtieri a Ministro dell'economia. Tuttavia, è forse presto per trarre conclusioni definitive, visto che il nuovo Ministro ha alle sue spalle significative esperienze europee, tra cui quella di aver partecipato, per conto del Parlamento europeo, alla negoziazione del Fiscal Compact, e soprattutto di essere stato presidente della Commissione Affari economici e monetari del Parlamento europeo[64]. In sostanza, si tratta sicuramente di un politico (parlamentare europeo in carica, da poco rieletto presidente di quella medesima Commissione), ma dotato di un *background* idoneo ad esercitare quella carica anche ed anzitutto nella dimensione europea del governo italiano.

Non va inoltre dimenticato che il ruolo del Ministro dell'economia appare cruciale, sempre nel rapporto tra tecnica e politica, anche nella sua dimensione interna[65].

---

[61] Cfr., in questi termini, C. Bickerton, C. Invernizzi Accetti, *Populism and technocracy: opposites or complements?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2017, n. 2, p. 186 s.; Id., *Populism and Technocracy*, in *The Oxford Handbook of Populism*, edited by C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, P. Ostiguy, OUP, Oxford, 2017, p. 326 s.; e, con specifico riferimento al Movimento 5 stelle, Idd., *'Techno-populism' as a new party family: the case of the Five Star Movement and Podemos*, in *Contemporary Italian Politics*, 10:2, 2018, 132 s. Mira a individuare elementi in comune e differenze D. Caramani, *Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms of Political Representation and Their Critique to Party Government*, in *American Political Science Review*, 2017, 1, p. 54 s. Sulla crisi della democrazia dei partiti cfr., per tutti, P. Mair, *Ruling the Void. The Hollowing of Western Democracy* (Verso, London, 2013), trad. it.: *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2016.

[62] Il riferimento è a Fabrizio Saccomanni, nell'Esecutivo guidato da Letta, Pier Carlo Padoan, Ministro sia nel Governo Renzi, sia in quello Gentiloni, e Giovanni Tria, Ministro nell'attuale Governo Conte. Nel governo Monti quella posizione fu occupata *ad interim* dallo stesso Presidente del Consiglio, salvo poi essere affidata a Vittorio Grilli, a partire dall'11 luglio 2012.

[63] Cfr. N. Lupo, *La forma di governo italiana nella forma di governo dell'Unione europea*, in *Il politico*, 2018, nn. 2-3, p. 41 s., spec. 53.

[64] Cfr. L. Bartolucci, *Osservazioni a prima lettura sulla Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza 2019*, in www.osservatorioaic.it, 2019, n. 6, p. 163 s.

[65] Si vedano D. Crescenzi, *I ministri dell'economia e delle finanze in Italia e in Europa: una deriva tecnocratica al tempo della crisi?*, in *Governi tecnici e tecnici al governo*, cit., p. 95. L. Bartolucci, *Ministro dell'economia, forma di governo*

Basti pensare al fatto che da tale Ministro dipende, in quanto uno dei quattro dipartimenti che compongono il relativo Ministero, la Ragioneria Generale dello Stato. Una struttura alla quale, come è noto, competono funzioni essenziali in ogni settore della spesa pubblica, in quanto chiamata ad assicurare un inserimento più adeguato del vincolo tecnico-finanziario, che è da sempre il vincolo tecnico più significativo e stringente, nei processi decisionali propri del Governo italiano[66]. E della quale a più riprese si è auspicata una diversa collocazione, alle dirette dipendenze del Presidente del Consiglio, al fine probabilmente di indebolire il ruolo del Ministro dell'economia e di rendere più malleabile e gestibile "dal centro" il vincolo tecnico in questione, per come rappresentato dalla relativa struttura tecnica[67].

4.3.

Si tratta di elementi – e vengo così alla seconda ed ultima questione che qui intendo accennare – alle modalità assai diverse con cui si strutturano, proprio quanto al rapporto tra politica e tecnica, i processi decisionali che si sviluppano "a Roma", con quelli che invece hanno luogo, ovviamente con il concorso attivo del Governo italiano, "a Bruxelles". Pur con le necessarie semplificazioni, si può affermare che il *decision-making* dell'Unione europea è molto più pesantemente condizionato da elementi indipendenti rispetto alla volontà politica ed è caratterizzato da un'istruttoria tecnica assai più lunga, accurata e incisiva, la quale accompagna tutto il processo, fino al momento in cui la decisione stessa viene assunta e formalizzata. Ciò non sempre accade in Italia, forse con la sola e parziale eccezione delle procedure finanziarie, nelle quali appunto solo la Ragioneria generale dello Stato riesce a seguire l'intero processo decisionale.

Una sola immagine può aiutare a cogliere questa diversità di approccio quanto ai rapporti tra istruttoria tecnica e decisione politica. A Roma, nella sala di Palazzo Chigi in cui si riunisce il Consiglio dei ministri non possono entrare soggetti diversi dai Ministri e dal Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio. Solo ed esclusivamente a quest'ultimo è affidato il compito di riportare in Consiglio dei ministri italiano le risultanze dell'istruttoria tecnica collegiale svolta (a partire dal 1993) in seno al "pre-consiglio", e poi di verbalizzarne l'esito.

Al contrario, a Bruxelles, le riunioni del Consiglio dell'Unione europea, nelle sue dieci formazioni, vedono una partecipazione necessaria e spesso attiva dei tecnici, che accompagnano sistematicamente i ministri dei Governi degli Stati membri che siedono a quel tavolo, al quale è presente anche la Commissione europea. Inoltre, non va dimenticato che una quota significativa delle decisioni del Consiglio dell'Unione europea viene assunta senza che vi sia stata una formale discussione in sede politica, essendo sufficiente una decisione presa a livello di rappresentanti permanenti degli Stati membri, in ambito COREPER. E anche nelle riunioni delle diverse formazioni del Consiglio le posizioni degli Stati membri possono essere persino espresse da una figura tecnica, in assenza del Ministro o del sottosegretario competente (che comunque è sempre accompagnato dai funzionari di riferimento)[68].

---

e Unione europea, in corso di pubblicazione negli Atti del IV seminario italo-spagnolo svoltosi a Murcia il 28-30 novembre 2018.

[66] Si pensi, per tutte, alla cosiddetta "bollinatura" delle norme con effetti finanziari e delle relative relazioni tecniche su cui cfr. ora E. D'Alterio, *La bollinatura della Ragioneria Generale dello Stato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

[67] Da ultimo, nel convegno organizzato in Luiss in occasione del quarantesimo anniversario della legge n. 400 del 1988, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[68] Cfr., per tutti, N. Nugent, *The Government and Politics of the European Union*, VIII ed., Palgrave, London, 2017, spec. p. 166 s.

Non so dire quale delle due modalità decisionali sia quella migliore, in quanto è evidente che entrambe presentano vantaggi e svantaggi. Quello che mi pare certo è che una divaricazione siffatta finisce, da un lato, per rendere assai più difficile coordinare efficacemente i "due tavoli" su cui si muove il Governo italiano su cui si articolano i procedimenti euro-nazionali, al fine di definire l'indirizzo politico oggi; o, se si vuole, per allontanare tra di loro le "due capitali", appunto, Roma e Bruxelles, in cui siede il Governo[69]. E, dall'altro, che essa apre uno spazio assai ampio per le forze populiste, che ben possono – a seconda dei casi e delle convenienze – o demonizzare il ruolo svolto dalla tecnica e dai tecnici, ovvero servirsene, al fine di opporsi alla (vecchia) politica dei partiti, nella logica che si è appena visto essere propria del tecno-populismo.

4.4.

Non è affatto facile, com'è ovvio, individuare dei rimedi. Ciò che il diritto costituzionale può e forse deve fare è – come per fortuna è accaduto in questo convegno – provare a fornire riflessioni aggiornate e coerenti con la realtà intorno alla forma di governo e all'indirizzo politico. Anche e anzitutto in nome dell'esigenza di superare approcci falsanti nel rapporto tra le dinamiche istituzionali italiane e la forma di governo dell'Unione europea. Nella classe politica e nell'opinione pubblica italiana – con qualche eco anche nelle riflessioni costituzionalistiche – si è infatti passati, abbastanza repentinamente, da atteggiamento di tipo ingenuo se non fideistico nei confronti dell'integrazione europea, che, nelle letture più diffuse, avrebbe si accingeva a sostituire gli Stati nazionali assorbendoli in una dimensione sovranazionale-federale, a un approccio invece scettico quando non sospettoso nei confronti dell'Unione e degli altri Stati membri, alimentato da narrative nelle quali si fa frequente riferimento ai "governi stranieri" o ai "burocrati di Bruxelles".

Senza avvertire che, come si è cercato di mostrare in questo contributo, entrambi gli approcci si rivelano scorretti e, soprattutto, non in linea con le norme vigenti che, tanto nella Costituzione italiana, quanto nei trattati europei, disegnano – ora come allora – forme e processi di governo indissolubilmente intrecciati tra di loro e nei quali il ruolo degli Stati e delle loro istituzioni è tutt'altro che irrilevante e, anzi, si è per molti versi persino accresciuto, per effetto del diffondersi del modello intergovernativo. Un quadro costituzionale "composito" che richiede, però, se non si vuole agire in chiave anti-sistema, che la ricerca dell'interesse nazionale sia perseguita in un articolato e complesso circuito dell'indirizzo politico, compatibilmente con l'interesse europeo e in esito alle dinamiche che si realizzano nell'Unione europea.

[69] Riprendo qui, come ho fatto già in altre occasioni, una battuta a mio avviso assai felice di Federica Mogherini, risalente al 27 febbraio 2014, quando era (da poco tempo) Ministro degli esteri, in procinto di essere nominata Alto Rappresentante per gli affari esteri dell'Unione europea, secondo cui "l'Italia ha due capitali, in qualche modo, Roma e Bruxelles, e quello che facciamo a Roma deve essere coerente con quanto facciamo nell'altra capitale" (cfr. http://www.youdem.tv/doc/265623/direzione-nazionale-pd-relazione-di-federica-mogherini.htm). Per un commento cfr., volendo, N. Lupo, *Il Governo tra Roma e Bruxelles*, in *Il Governo in Italia*, cit., p. 195 s.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

CONVEGNO DEL GRUPPO DI PISA:
"PARTITI POLITICI E DINAMICHE DELLA FORMA DI GOVERNO"
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "FEDERICO II" DI NAPOLI
14-15 GIUGNO 2019

L'ESPERIENZA DEL "CONTRATTO DI GOVERNO"*

TATIANA GUARNIER

SOMMARIO: 1. Qualcosa di nuovo…, anzi d'antico: il "contratto di governo". – 2. La *proiezione esterna*: il "contratto di governo" come fonte di legittimazione politica. – 3. La *rilevanza politico-istituzionale* del "contratto di governo". – 4. Il contesto di riferimento e le sue interazioni specifiche con il "contratto". – 5. Il "contratto" allo specchio: l'inedita dinamica duumvirale del Governo Conte I. – 6. "Contratto" e azione di governo alla luce della prassi del Governo Conte I. – 7. Il "contratto" nella relazione partiti-Parlamento-Governo, nella prassi del Governo Conte I.

1. *Qualcosa di nuovo…, anzi d'antico: il "contratto di governo"*

L'avvio della XVIII Legislatura è stato segnato dal ritorno ad un sistema elettorale di tipo prioritariamente proporzionale, che ha posto fine al tentativo di forzare le dinamiche politiche entro logiche bipolari; tentativo per anni percorso, in via principale, tramite il confezionamento di leggi elettorali tendenzialmente maggioritarie, a partire dall'idea che il bipolarismo, combinato a maggioranze parlamentari nette e in sintonia con i governi, avrebbe assicurato una stabile e solida "governabilità" e corretto così il vizio di instabilità dei governi che caratterizza l'ordinamento costituzionale italiano sin dalle sue origini[1]. L'esperienza degli anni del maggioritario ha invece dimostrato quanto la più avvertita dottrina aveva da tempo sostenuto, ossia che il solo sistema elettorale non è in grado di produrre forzature di tale portata, se innestato su una trama politico-sociale

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

[1] Cfr. E. OLIVITO, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 39 ss., che esattamente rileva come la questione possa essere (e sia stata, almeno in sede costituente) affrontata da due diverse prospettive: l'una, attenta ai meccanismi istituzionali, l'altra, ai fattori politici e sociali che rendono possibile la stabilità di governo. La prevalenza, nel dibattito istituzionale, del primo solo dei due approcci ha costituito un limite rilevante (ripercorso dal menzionato scritto nelle sue numerose implicazioni problematiche) che si cercherà di non frapporre alle considerazioni che si svolgeranno in questa sede, sia pur nell'analisi dei limitati profili di cui si occuperà il presente scritto.

ben più complessa e frammentata[2]. Volendo per il momento semplificare al massimo, l'effetto è stato infatti, semplicemente, quello di spostare la confluenza e la sintesi delle diverse posizioni politiche chiamate a tradursi in una compagine governativa dal momento successivo a quello precedente le elezioni, dando insomma vita a coalizioni (o "cartelli") meramente elettorali, in cui la conflittualità non veniva risolta, ma rimaneva pronta a riaffiorare nel corso della legislatura, imprimendo il proprio segno sull'azione governativa e sul rapporto con i gruppi parlamentari a sostegno dell'Esecutivo.

E così, nonostante i tentativi di riforma intervenuti nel corso degli anni, è rimasta sempre attuale e priva di smentite l'affermazione per cui «la storia dei governi della Repubblica italiana è storia di governi di coalizione»[3], sia essa più o meno allargata, meramente governativa o anche elettorale. Ed è congiuntamente – parallelamente o, forse, conseguentemente – una storia di instabilità governativa, di ripetute crisi di governo, frequenti "rimpasti" e sfiducie, di matrice prevalentemente extraparlamentare.

Nel solco di questa storia occorre inscrivere l'esperienza del "contratto di governo" utilizzato quale strumento di raccordo fra le due forze politiche che hanno composto l'Esecutivo del Governo Conte I proprio al proclamato fine di porre un argine all'instabilità governativa. L'idea delle "parti contraenti" era, infatti, quella di implicare una vincolatività *giuridica* del "contratto" mediante l'assunzione dell'impegno politico-programmatico dinnanzi ad un notaio, facendo di qui muovere il primo passo di quel "cambiamento" di cui il Governo affermava di essere foriero.

Al *Contratto per il Governo del cambiamento* (d'ora innanzi, anche Contratto di governo o, semplicemente, Contratto) si è giunti nell'ambito di un travagliato procedimento di formazione del governo[4]. Si ricorderà, infatti, che l'esito delle elezioni del 4 marzo 2018 non ha portato alcuna forza politica ad ottenere una presenza parlamentare tale da sostenere da sola un governo e che alcune delle combinazioni immaginate prima del voto sono state in prima battuta escluse dall'insufficiente numero di seggi ottenuti in Parlamento dalle relative forze politiche[5]. Si sono così alternate ipotesi di governi politici a quella di un governo tecnico (o, meglio, "neutrale e di servizio"), sino a quella che, dopo diversi giri di consultazioni, è apparsa essere la migliore combinazione, sia dal punto di vista della composizione delle diverse piattaforme programmatiche, sia dal punto di vista dell'ampiezza del sostegno parlamentare[6].

---

[2] Si v., a mero titolo esemplificativo, G. SARTORI, *Le "leggi" sulla influenza dei sistemi elettorali*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 1984, 1, 3 ss.; O. MASSARI, *Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e riforma elettorale*, in M. VOLPI (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015, 87 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici e, di recente, O. CHESSA, *L'*incerto monismo. *Modello e prassi della forma di governo negli anni 1953-1970*, in *Quad. Cost.*, 2019, 45 ss.

[3] G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, 1.

[4] V. A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, 2018; C. PINELLI, *Appunti sulla formazione del Governo Conte e sulla fine della riservatezza*, in *Oss. Cost.*, 2/2018, 2.7.2018; AA.VV., *Il Forum: La intricata vicenda della formazione del Governo Conte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 7.11.2018; M. FICHERA, *Formazione, funzionamento e struttura del governo Conte: luci e ombre sui nuovi sviluppi della forma di governo italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2018, 15.1.2019, 3 ss.; E. DE MARCO, *Qualche considerazione sul "Governo del cambiamento". "Terza Repubblica o ritorno al passato"?*, in *Federalismi.it*, 20.2.2019.

[5] In particolare, il crollo dei consensi del PD e di Forza Italia, ben maggiore del previsto, ha impedito la formazione di un governo che mettesse insieme queste due forze politiche e suggerito in prima battuta di escludere un Governo PD-M5S, che avrebbe scontato, insieme alla distanza politica, un sostegno parlamentare piuttosto risicato.

[6] Cfr. G. MOSCHELLA, *Risultati elettorali, ristrutturazione del sistema politico e formazione del governo all'inizio della XVIII Legislatura*, in A. MORELLI (a cura di), *Op. cit.*, 57 ss.

A questo risultato si è giunti dopo oltre tre mesi dalle elezioni, seguendo un percorso non privo di difficoltà, ma anzi segnato da momenti di crisi di gravità per molti profili inedita[7]. Nell'ambito di questo lungo e dissestato *iter*, un ruolo centrale ha assunto, sia dal punto di vista sostanziale, sia da quello comunicativo, la stipula fra il sen. Salvini e l'on. Di Maio – rappresentanti, rispettivamente, della "Lega per Salvini premier" (Lega) e del "MoVimento 5 Stelle" (M5S) – del Contratto in cui le due parti hanno sottoscritto, quali soggetti privati, un reciproco impegno al rispetto dei punti concordati, alla loro traduzione in azioni governative e ad adoperarsi per il loro sostegno da parte dei rispettivi gruppi parlamentari[8].

L'idea di fondo era, dunque, quella di sostenere una radicale alterità fra gli accordi di governo che hanno caratterizzato la storia repubblicana sin dalle sue origini e il Contratto.

Occorre, allora, verificare se quest'ultimo possedesse effettivamente elementi di novità rilevanti, tali da segnare una sua diversa natura – *giuridica* e non solo politica, *privatistica* e non solo pubblicistica – rispetto agli accordi di coalizione. Tale verifica richiederà una costante comparazione diacronica, da svolgersi con le doverose accortezze dell'analisi comparativa, tenendo conto dei mutati contesti giuridico-politici e delle diverse condizioni di sistema entro le quali gli accordi di coalizione hanno contribuito, nella storia repubblicana, alla costituzione e caratterizzazione dei Governi e della loro attività, in rapporto con il Parlamento.

Ma vi è di più, poiché l'accorta contestualizzazione, in tal caso, non costituisce una mera direttiva metodologica necessaria a svolgere una corretta analisi comparativa, ma un elemento che, come si vedrà, *interagisce attivamente* con gli accordi di governo, i quali si sono nel corso del tempo modulati al fine di rispondere proprio alle esigenze politico-sociali e istituzionali di volta in volta sussistenti, per poter svolgere un ruolo *servente* la creazione delle condizioni necessarie per l'ottenimento della fiducia parlamentare.

In primo luogo, lo si accennava in apertura, un dato fondamentale, di cui si terrà conto nella contestualizzazione dell'accordo di governo, è quello del sistema elettorale cui esso si accompagna, poiché, mentre in un sistema elettorale proporzionale le coalizioni si formano dopo le elezioni e, dunque, nell'ambito dell'*iter* formativo del governo, in un sistema elettorale maggioritario si danno sia alleanze pre-elettorali che post-elettorali (quest'ultime non necessariamente coincidenti con le prime), così che può parlarsi propriamente di accordi di governo solo con riferimento alle seconde[9]. Inoltre, mentre il sistema elettorale proporzionale, favorendo il multipartitismo e la frammentazione delle forze politiche presenti in Parlamento, rafforza la «necessità istituzionale»[10] di concertazione del programma politico in sede di formazione del governo, il sistema maggioritario tende, in linea di

[7] Ci si riferisce, evidentemente, alle minacce di ricorso alla messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica per le riserve manifestate nei confronti della nomina di Savona al Ministero dell'Economia, su cui v. V. BALDINI, *La formazione del governo tra dinamiche politiche e vincoli costituzionali (brevi note con riguardo al potere presidenziale di nomina del presidente del consiglio dei ministri e dei singoli ministri)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2018, 26.5.2018, oltre ai contributi raccolti in A. MORELLI (a cura di), *Op. cit.*, 11 ss. e le risposte alla *II Domanda* in AA.VV., *Il Forum*, cit., 11 ss.

[8] Cfr., in particolare, il punto 1. Il testo del Contratto è reperibile *online* all'indirizzo *http://download.repubblica.it/pdf/2018/politica/contratto_governo.pdf*.

[9] Si pensi, ad es., all'eclatante caso del Governo Dini del 1995 (su cui v. F. FABBRIZZI, *La cronaca di oggi e la cronaca di ieri. Il Governo Pella ed i "governi del Presidente"*, in *Federalismi.it*, 16.11.2011, 5) o quanto accaduto nella scorsa legislatura, quando ad una legge elettorale tendenzialmente maggioritaria ha corrisposto per la prima volta un esito del voto tripolare.

[10] Così G. FERRARA, *Il Governo*, cit., 121. Ma v. pure P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Milano, 1975, 159; C. LAVAGNA, *Brevi annotazioni in tema di ingovernabilità*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, III, Milano, 1984, 226; A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione*. *Profili costituzionali*, Torino, 1991, IX e 10 ss.

massima, a "sfumare" tale necessità, consentendo la formazione di accordi pre-elettorali fra forze politiche omogenee o, anche in caso di accordo post-elettorale, fra forze politiche tendenzialmente meno distanti ideologicamente da quelle "forzate" a condurre la trattativa in un sistema proporzionale.

E così, mentre gli accordi di coalizione della cd. "prima Repubblica" hanno visto progressivamente crescere il numero di forze politiche coinvolte, insieme alla rispettiva distanza ideologica, gli accordi di governo della "seconda", sono spesso scaturiti da coalizioni elettorali in cui la frammentazione politica era stata risolta solo in parte o solo apparentemente e al mero fine del successo elettorale, necessitando quindi, altrettanto spesso, di ulteriori integrazioni ai fini di un compiuto sostegno parlamentare.

Ma anche altri elementi incidono significativamente sulla natura e la fisionomia degli accordi di coalizione. Per fare un solo altro esempio, su cui si dovrà tornare diverse volte nel prosieguo del lavoro, nella fase storica in cui la forma di governo è stata dominata dai partiti politici e dal loro concorso all'effettiva determinazione dell'indirizzo politico, l'accordo è divenuto spesso la sede della sola spartizione delle cariche ministeriali al fine del controllo "esterno" dell'azione di governo, mediante "delegati di partito", mentre, destrutturati i partiti tradizionali e tramontato il loro monopolio sulle dinamiche fiduciarie, la determinazione della piattaforma programmatica è stata maggiormente accentrata e si è aperta all'influenza determinante di soggetti diversi (il Presidente della Repubblica, soggetti "tecnici" chiamati a rispondere ad esigenze istituzionali o economiche, influenze da parte dell'Unione europea)[11]. Ciò ha inciso profondamente sia sui contenuti degli accordi sia sulle dinamiche della loro attuazione, oltre che sull'individuazione del soggetto *effettivamente responsabile* di quell'attuazione.

Tutto ciò rende il tentativo di comparazione fra accordi di governo e Contratto per molti versi sfuggente. Gli esiti che ci si potrà attendere sono per lo più esiti *parziali*, relativi alla comunanza di *alcune* caratteristiche con *alcuni* accordi di coalizione già conosciuti, o di distanza rispetto ad altre caratteristiche di talune esperienze del passato. Non, certo, risultati netti e univoci. Il quadro che ne scaturirà sarà multisfaccettato e consentirà di individuare solo elementi di *prevalente* continuità o discontinuità con il passato, tenendo sempre in considerazione gli elementi di contesto che, di volta in volta, caratterizzano la fisionomia *strumentale* degli accordi di governo.

Lo studio dei temi del presente scritto si sviluppa, allora, su un crinale piuttosto scivoloso, in cui il giurista è tenuto a non volgere il proprio sguardo alle sole norme costituzionali e alla loro attuazione normativa, ma a studiare le prassi e le dinamiche politiche che le riempiono di contenuti. In tema di Governo e – più latamente – di forma di governo la Costituzione svolge, per così dire, un ruolo di "argine", piuttosto che di "regola". In Costituzione si possono individuare taluni perimetri invalicabili, ma le aree che risiedono all'interno di quei perimetri sono state volutamente lasciate libere da etero-determinazioni, poiché indissolubilmente legate all'evolversi delle reali dinamiche politico-sociali e, dunque, bisognose di adeguarsi a quell'evoluzione[12]. Il secondo degli interrogativi centrali attorno a cui ruota la presente relazione è, quindi, quello relativo alla collocabilità del Contratto di governo entro il perimetro tracciato dai Costituenti (e, più avanti, ulteriormente caratterizzato dal legislatore attuativo) nella convinzione che lo sguardo del costituzionalista, anche

[11] Sull'evoluzione del ruolo dei partiti vi è sterminata letteratura. Si v., per tutti, v. P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Annuario 2008 Associazione italiana dei costituzionalisti*, Napoli, 2009, 3 ss.

[12] Cfr., anche per l'inquadramento teorico e metodologico, T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957; V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia* [1960], ora in ID., *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 149 ss.; F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 212 ss.

nell'ambito di queste tematiche, non debba essere quello di un mero spettatore delle dinamiche politiche e della maniera in cui segnano l'evolvere della forma di governo, ma debba essere rivolto a una seria e attenta verifica della compatibilità di prassi e dinamiche con il tracciato costituzionale[13].

Date le peculiarità dello studio segnalate, per dare risposta a entrambi questi interrogativi la riflessione teorico-concettuale verrà quindi accompagnata da un riscontro della prassi delle attività del Governo Conte I, in relazione con il Parlamento[14].

2. *La* proiezione esterna*: il "contratto di governo" come fonte di legittimazione politica*

Già i primi attenti studiosi degli accordi di governo hanno osservato che, a partire dalla seconda legislatura[15], le coalizioni di governo «si formavano attraverso una vera e propria contrattazione»[16] fra la DC e i partiti laici minori, essendo questi ultimi ben consapevoli dell'essenzialità del loro appoggio parlamentare al partito di maggioranza e, dunque, dell'accrescimento del loro «potere contrattuale»[17]. Il *modus operandi*, dunque, è da sempre apparso affine a quello delle contrattazioni, sostanziandosi nella ricerca di un punto di equilibrio fra due o più posizioni ben distinte – siano esse espresse da partiti politici, siano esse portate da correnti interne agli stessi[18] – al fine di ottenere una sintesi mediante concessioni reciproche, sul piano programmatico e sul piano della composizione del governo; concessioni il cui *quantum* dipende dalla forza di ciascuna delle parti.

Questa forza risulta solo in limitata misura determinata dal consenso elettorale – poiché su di esso si poggia, di regola, la legittimazione della forza di maggioranza ad assumere il ruolo di guida del Governo, oltre alla determinazione del numero di seggi parlamentari attribuiti a ciascun partito[19] – ma in una parte non meno rilevante dipende anche da fattori congiunturali, che possono condurre un gruppo minoritario ad essere cruciale per il sostegno fiduciario e, quindi, ad assumere nella "contrattazione" un potere ben maggiore di quello astrattamente riconducibile agli esiti elettorali[20]. Il punto è piuttosto rilevante, poiché implica una scissione fra il momento di formazione e di avvio del mandato governativo – segnato da un accordo che sigilla il raggiungimento di un punto di equilibrio fra i diversi soggetti politici – e le dinamiche successive dell'attuazione e della permanenza in vita

[13] Cfr. V. CRISAFULLI, *Aspetti*, cit., 150; A. D'ANDREA, *Accordi*, cit., XII ss.; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, *Annali III*, Milano, 2010, 552 ss. Rimane, tuttavia, l'avvertenza di F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2018, 522, che «dinnanzi all'attività integrativa del disegno costituzionale svolta da queste fonti-fatto e da questi comportamenti degli organi costituzionali, l'interprete costituzionale può, certo, vagliare la loro conformità (o meno) alle disposizioni della Carta fondamentale, ma non possiede strumenti per agire avverso una loro disformità dalla Costituzione. Tanto è vero che la consuetudine *contra Constitutionem*, se è giuridicamente inammissibile (vietata), si può realizzare *de facto* e, se si realizza, può giungere alla modifica del diritto costituito».

[14] V., rispettivamente, parr. 6 e 7.

[15] La prima legislatura, alla luce della schiacciante vittoria elettorale della DC, è stata caratterizzata da Governi a prevalente presenza democristiana, con scarsa necessità di concordare il programma con gli altri partiti sostenitori. Cfr. P. CALANDRA, *I governi della Repubblica. Vicende, formule, regole*, Bologna, 1996, 67 ss.

[16] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., 55.

[17] Le parole sono ancora dell'Autore, *loc. ult. cit.*

[18] Per la fondamentale intuizione della natura di coalizione anche dei governi "monocolore", v. L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 694, nt. 92; P.A. CAPOTOSTI, *Op. cit.*, 123 ss., 132 ss.

[19] Cfr. N. BOBBIO, *Il contratto sociale, oggi*, Napoli, 1980, 37 ss.

[20] Dato, quest'ultimo, che consente di andare oltre la lettura di Bobbio che, come si vedrà meglio di qui a breve, appare eccessivamente ristretta entro le logiche privatistiche.

del Governo stesso, segnate del pari dai mutamenti che vengono registrandosi nel corso del tempo, per via di fattori sia interni, sia – talvolta – esterni all'operato del Governo[21].

Mentre, insomma, l'accordo *fotografa un momento* ed è in grado di rispondere adeguatamente alle condizioni politiche esistenti nel corso delle trattative per la formazione del Governo, assicurandone la condizione propulsiva originaria, l'azione governativa torna ad essere – fisiologicamente – frutto di una costante "ri-contrattazione", in cui l'accordo è chiamato a svolgere una funzione di quadro di riferimento, o di argine, ma rimane suscettibile di modifiche, integrazioni, inattuazioni, interpretazioni o, persino, negazioni sulla base dei mutamenti che vengono a registrarsi dentro e fuori gli organi di indirizzo politico, nella base elettorale, nelle dinamiche sub- e sovra-nazionali[22].

Sicuramente emblematica della centralità delle trattative, non solo con riferimento alla prima definizione della piattaforma programmatica, ma anche alla successiva fase di attuazione, è stata la fase di transizione dai governi di centro-destra all'apertura a sinistra da parte della DC[23]. Fase culminata con un accordo che, ai fini di quanto in questa sede si vuol evidenziare, appare particolarmente rilevante. Ci si riferisce all'accordo politico-programmatico del 26 novembre 1963, che si apriva affermando: «I Partiti della Democrazia Cristiana, Socialista, Socialista Democratico, Repubblicano, consapevoli delle esigenze proprie di questo decisivo momento politico, il quale richiede una ferma ed autorevole azione di governo su vasta base democratica e popolare per fini di giustizia e di libertà, pur nella loro piena autonomia ideologica e nella diversità di tradizioni, ispirazioni ed esperienza politica, assumono impegno per la costituzione di un Governo di centro-sinistra con la partecipazione di tutti i *Partiti contraenti*» (corsivo aggiunto)[24].

Il testo appare dimostrare che quella odierna non è affatto la prima occasione in cui si ricorre *espressamente* alla retorica contrattuale in sede di concertazione della piattaforma politico-programmatica e che, in particolare, emerge a fronte di forze politiche molto distanti fra loro, che ritengono di dover *giustificare* la scelta di condurre un percorso comune. In questi casi, l'impostazione contrattuale appare un efficace *escamotage*, volto ad accompagnare l'apparentamento con una forza politica ideologicamente lontana o caratterizzata da una piattaforma politico-programmatica per molti profili diversa, se non – addirittura – in contrapposizione. Questa impostazione consente, infatti, di mantenere l'alterità e la distinta identità delle forze che compongono il governo, affermando la natura meramente congiunturale e temporalmente delimitata

[21] Piuttosto evidente, nel caso in esame, è stato l'impatto dell'esito delle elezioni europee del 2019 sull'attuazione e possibile rinegoziazione del Contratto, essendone scaturito un vero e proprio ribaltamento della "forza contrattuale" delle parti "contraenti".

[22] Diverse esperienze dimostrano il *carattere inesausto* delle trattative che sovrintendono l'accordo di governo, a monte (per la sua stesura) e a valle (per la sua attuazione). Cfr., ad es., l'accordo politico su cui si poggiava il Governo Scelba, che per primo ha aperto a partiti ulteriori alla DC e che si connotava per una serie di concessioni, specialmente sul piano economico (per i contenuti, v. A. DAMILANO (a cura di), *Atti e documenti della Democrazia Cristiana*, *1943-1967*, Roma, 1968, 661 ss.; per la sua traduzione in programma di governo, v. E. MAINARDI, *Il governo Scelba. L'ultimo quadripartito del Presidente Einaudi*, in *Federalismi.it,* 2.11.2016, 11). Segnale della percezione dell'attuazione di quel programma come attività permanentemente negoziale può rinvenirsi nella costituzione *ante litteram* di una sorta di Consiglio di gabinetto, ossia di un vertice in cui presenziavano i rappresentanti dei partiti a sostegno – interno ed esterno – del Governo, in cui venivano vagliati i disegni di legge da approvare e che poi il Presidente del Consiglio riesaminava con il capo dell'Ufficio Legislativo (cfr. P. CALANDRA, *I governi*, cit., 111). In quel caso, fu proprio la più incisiva delle riforme – il cd. «schema Vanoni» – a non venire mai attuata, per l'opposizione delle correnti conservatrici della DC (cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Op. cit.*, 56).

[23] Cfr. P. NENNI, *Gli anni del centro sinistra. Diari 1957-1966*, Milano, 1982, 206; I. BERNARDINI, *Il teorema delle "caute sperimentazioni" sull'asse cartesiano DC-PSI*, in *Federalismi.it*, 28.10.2014, 30 ss.; M.G. RODOMONTE, *I primi tre Governi Moro e la nascita del centro-sinistra "organico"*, *ivi*, 25.6.2014, 14.

[24] Cfr. A. DAMILANO, *Atti*, cit., 1674 ss.

dell'azione comune. Da altro versante, essa rassicura inoltre gli elettorati di riferimento circa la volontà e la possibilità di attuare punti programmatici caratterizzanti ciascuna forza politica, *nonostante* il suo temporaneo apparentamento con un'altra, percepita come incompatibile.

In altri termini, è la proiezione *esterna* dell'accordo come "contratto" ad acquisire una valenza simbolica e politica di rilievo, piuttosto che la sua proiezione *interna*: i reali impegni assunti dalle forze politiche mediante la piattaforma contrattuale non consistono tanto in quello reciproco all'attuazione dei punti programmatici, quanto in quello nei confronti dell'elettorato di riferimento, a che la formazione del Governo in comune con forze politiche diverse e/o distanti non sia prodromica alla creazione di un nuovo soggetto o di un progetto politico di più ampio respiro e in quello ad attuare punti ritenuti cruciali nella visione della società di cui ciascun partito si fa portatore, pur nell'ambito di un programma concordato.

Lo dimostra, *a contrario*, il mancato ricorso alla retorica contrattuale per il raggiungimento di altri accordi di coalizione dell'epoca del proporzionale, di certo non meno impegnativi dal punto di vista delle trattative, ma dei quali le forze politiche intendevano offrire una proiezione differente. Potrebbero ricordarsi, a mero titolo esemplificativo, le trattative svolte dall'on. De Mita per il governo che, non a caso, è passato alla storia come "pentapartito di programma"[25], a seguito delle quali il Presidente del Consiglio nominato, intervenendo alla Camera dei Deputati per illustrare le linee programmatiche in vista della richiesta della fiducia, sottolineava che il Governo si era «formato su un programma politico prima che su uno schieramento partitico»[26], ma, a differenza del caso poco sopra menzionato, proponeva il programma di governo di pentapartito come *sintesi politica* «fra i cinque partiti che culturalmente, politicamente e storicamente hanno sviluppato un'*affinità di metodo* ed hanno coltivato una *comunanza di valori* che permettono di delineare una risposta coerente all'insieme dei problemi»[27]. Dunque, invece che marcare la persistente distanza fra le forze politiche di governo, si metteva in questa occasione in risalto la possibilità di operare congiuntamente, in forza di un lungo processo di avvicinamento.

Che la differente "forma" dell'accordo non contenesse, tuttavia, una diversa "sostanza" è stato efficacemente dimostrato dall'equivalenza delle dinamiche in sede di attuazione: le vicende di quel Governo furono segnate, al pari dei precedenti e ad onta delle affermate «affinità di metodo» e «comunanza di valori», dalla persistente conflittualità interna fra i partiti alleati, tutti alla costante «ricerca di una difesa della propria identità autonoma»[28].

Anche diverse esperienze dell'epoca del maggioritario dimostrano come, pur nella maggiore vicinanza ideologica fra le parti politiche apparentate dagli accordi di governo (non confezionati, difatti, in forma contrattuale), l'esigenza di rivendicazione dell'identità politica da parte di una di esse abbia ostacolato l'estensione di alleanze elettorali e costituito la ragione della necessità di accordi politico-programmatici post-elettorali e della perpetuazione della conflittualità anche in sede di attuazione del programma concordato. Basti ricordare – sempre a mero titolo esemplificativo – la politica delle alleanze della Lega Nord con Forza Italia immediatamente successiva al mutamento del

[25] Le settimane di trattativa per giungere all'accordo fra i cinque partiti della maggioranza sono ripercorse da S. COLARIZI, M. GERVASONI, *La cruna dell'ago: Craxi, il partito socialista e la crisi della repubblica*, Roma-Bari, 2005.
[26] Atti Camera, X Leg., res. somm. n. 116, 19.4.1988, 12836 s. A. LUCIANI, *La parabola di De Mita: dal doppio incarico al nessun incarico*, in *Federalismi.it*, 9.10.2013, 8 s., ricorda che altrettanto si poteva intuire pure dagli interventi che Craxi e altri membri della maggioranza tennero durante la seduta del giorno seguente.
[27] Così, ancora, le parole dell'on. De Mita riportate nel res. somm. n. 116, cit., 12837 (corsivi aggiunti).
[28] Sono parole di S. TABACCHI, *Il sesto governo Andreotti*, in *Federalismi.it*, 11.9.2013, 2.

sistema elettorale in senso maggioritario[29] o le alterne vicende del sostegno di Rifondazione comunista al Governo Prodi[30] o la crisi del primo Governo D'Alema[31].

Queste vicende, pur appartenendo a momenti molto diversi della storia repubblicana e pur collocandosi in contesti sistemici molto differenti fra di loro, dimostrano tutte molto bene come all'accordo di governo si faccia ricorso quando le forze politiche intendono marcare la propria identità e come l'accordo, lungi dal vincolare reciprocamente le parti (che, infatti, sovente ne disattendono i contenuti), sia rivolto soprattutto all'opinione pubblica e agli elettorati di riferimento, dimostrando così di essere servente alla *legittimazione politica* di una determinata compagine governativa[32]. Ancora, attestano come non sempre – anzi, solo in casi piuttosto circoscritti – agli accordi di governo sia stata data una veste contrattuale, ossia quando alla necessità di mantenere intatta l'*identità soggettiva* di una forza politica si accompagnava anche la volontà di marcare la persistente *distanza ideologica* fra le parti; distanza dinnanzi alla quale la forza dell'impegno reciproco necessita di apparire corredata da garanzie ulteriori rispetto al semplice *gentlemen's agreement*.

A ulteriore riprova che la proiezione esterna degli accordi è prevalente su quella interna vale anche la circostanza che ad essi è sempre data «un'adeguata pubblicità»[33]. Non può, infatti, dubitarsi che, oltre agli accordi di coalizione e di governo conosciuti e resi noti alla pubblica opinione vi siano stati anche patti e accordi fra parti politiche dei quali l'elettorato non sia stato messo a conoscenza[34]. Quella di dare pubblicità agli accordi di governo – e di darla in un una particolare "veste" – è, allora, scelta politica, rivolta all'elettorato, finalizzata alla rassicurazione circa i contenuti, i confini e la

[29] L'esigenza, avvertita in particolar modo dal primo dei due partiti, di mantenere distinta la propria identità politica si traduceva in quel caso, in un primo momento, nella scelta per un'alleanza tecnica, pre-elettorale, concernente le sole candidature e non la piattaforma programmatica. L'offuscamento dell'identità politica della Lega Nord che ne conseguì suggerì poi a quel partito un lungo isolamento, interrotto solo previa adozione di un accordo di governo con cui si è aggiunto un punto programmatico riconducibile esclusivamente alla Lega Nord – quello della cd. *devolution* – al "Contratto con gli italiani" annunciato da Silvio Berlusconi (cfr. R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006, 233; M. GORLANI, *La XII legislatura (1994-1996)*, in A. D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione. 1987-1999*, Milano, 1999, 339 ss.).

[30] In cui alla prima fase segnata dall'"accordo di desistenza", che produsse un'alleanza parlamentare ma non di governo, ha fatto seguito una lunga e articolata crisi, ricomposta tramite un patto fra il Presidente del Consiglio e il segretario del partito di minoranza, volto ad impegnare il primo alla presentazione di un disegno di legge sulla riduzione dell'orario di lavoro settimanale a 35 ore e il secondo al sostegno al Governo per un anno (sino all'accordo sulla moneta unica in sede europea). Una volta terminato l'anno e raggiunto l'obiettivo della moneta unica, il disaccordo fra le due "parti" è stato talmente acceso da condurre il partito di minoranza a votare, insieme alle opposizioni, la sfiducia al governo (cfr. R. CHERCHI, *Op. cit.*, 238 ss.).

[31] Risolta tramite un patto con il «Trifoglio» (costituito da UPR, SDI e PRI) in cui il Presidente del Consiglio assicurava l'istituzione di una Commissione d'inchiesta su "Tangentopoli" e la rinuncia all'intento di riformare il sistema elettorale in senso integralmente maggioritario. Anche in questo caso, la persistente conflittualità fra le parti è stata dimostrata dalla mancata piena soddisfazione di tali richieste, che indusse i parlamentari appartenenti alle forze di minoranza ad astenersi sul voto di fiducia, dichiarando che il Governo avrebbe dovuto «contrattare il consenso su tutti i provvedimenti» (v. R. CHERCHI, *Op. cit.*, 295, nt. 89; L. SPADACINI, *Dal primo al secondo Ministero D'Alema*, in A. D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura*, Milano, 2003, 68 ss.).

[32] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., 125 s. Un'accurata indagine della possibile funzione legittimante, a partire da diverse prospettazioni teoriche dell'accordo di coalizione, è rinvenibile in M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 29 ss. e spec. 39 ss.

[33] Lo osservava già P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., 55, il quale ricordava (in nt. 42) come l'accordo di coalizione per il gabinetto Scelba fu il primo patto organico ad essere integralmente pubblicato sulla stampa ufficiale della DC.

[34] Emblematico in tal senso è sicuramente il cd. "patto del Nazareno": accordo politico i cui contenuti non sono stati oggetto di pubblicazione. Sul contenuto e la forza del patto, V. TONDI DELLA MURA, *Il paradosso del «Patto del Nazareno»: se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, in *RivistaAIC*, 2/2016, 1.4.2016, 5 ss.

natura dell'accordo in vista della ricerca del consenso e di una legittimazione politica *diretta*, ulteriore per certi versi a quella ottenuta tramite il voto della mozione di fiducia in sede parlamentare.

Guardando a questo aspetto non può allora non sottolinearsi – sia pure per inciso, perché non è questa la sede ove si possa approfondire adeguatamente l'ampia problematica – che sul punto ha molto influito il mutamento dei mezzi di comunicazione che veicolano tale pubblicità, poiché se in un primo momento la pubblicazione nei giornali "di partito" indirizzava esplicitamente, e prioritariamente, la divulgazione ad un elettorato politicamente impegnato o, comunque, in possesso di una certa dimestichezza con le dinamiche politiche, l'avvento della televisione come mezzo di comunicazione di massa, prima, e il *web*, oggi, hanno progressivamente esteso la platea di coloro che vengono messi a parte dei contenuti dell'accordo. Ma vi è di più, perché se il mezzo televisivo aveva già segnato profondamente le dinamiche politiche, caratterizzandole in termini molto più *personalistici* o *leaderistici* e contribuendo ad una progressiva diluizione delle differenze ideologiche fra i partiti (nel tentativo di compiacere la platea più ampia possibile[35]), la rete oggi agisce in maniera per molti versi differente, poiché il contatto fra *leader* e sostenitori diviene diretto e costante, annullando la necessità dell'apparato del partito, dei quadri intermedi, della selezione accurata della classe dirigente. Si pensi solo che, per quanto maggiormente concerne l'oggetto del presente interesse, il Contratto di governo è stato sottoposto al voto diretto degli iscritti al M5S, mediante la piattaforma "Rousseau"[36]. Si è trattato di una consultazione che, al di là delle perplessità destate dall'oscurità della gestione della piattaforma e della sicurezza, segretezza e verificabilità del voto[37], si è strutturata in maniera nettamente differente da quella cui gli accordi di coalizione venivano sottoposti in epoca proporzionale (da parte delle assemblee di partito): la formula è stata quella del "prendere-o-lasciare" e non ha ammesso alcuna discussione, partecipazione o condivisione dei contenuti. Si è trattato, insomma, di un'approvazione plebiscitaria, controllata ed eterodiretta circa l'*an*, il *quando* e il *quomodo*[38].

Un'ulteriore influenza del mezzo di comunicazione sui contenuti del Contratto è stata determinata pure dall'immediatezza che lo caratterizza: *internet* (e, specialmente, l'uso dei *social network*) pone costantemente le forze politiche nella necessità di rendere conto al proprio elettorato dei propri comportamenti e, dunque, perpetua la ricerca di consenso in un "eterno presente" che, com'è abbastanza autoevidente, mal si concilia con la complessità delle dinamiche dell'azione e della mediazione politica. Tutto ciò promuove oggi una più forte polarizzazione degli accordi di governo e il ricorso alla retorica contrattuale, in questo contesto, potrebbe mostrarsi profittevole, ancor più che in passato, al fine di "rassicurare" – permanentemente – l'elettorato circa il mantenimento della propria identità politica. In questo contesto, il contenuto dell'accordo di governo diventa più difficilmente opera di *sintesi politica*, di compromesso e individuazione di punti d'incontro fra forze politiche, promuovendo piuttosto una *mera sovrapposizione* o *giustapposizione* di punti programmatici dell'una e dell'altra[39].

---

[35] Cfr. O. KIRCHHEIMER, *La trasformazione dei sistemi partitici dell'Europa occidentale*, in G. SIVINI (a cura di), *Sociologia dei partiti politici*, Bologna, 1971, 185 ss.

[36] Ma potrebbe ricordarsi pure la trattativa in *streaming* svolta fra l'on. Bersani e i due capigruppo del M5S all'inizio della XVII legislatura.

[37] Su cui v., da ultimo, Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento su *data breach*, 4.4.2019, reperibile in *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9101974*.

[38] Utilizzando il termine "plebiscitario" nell'odierna accezione, su cui v. A. CHIAPPETTI, *Plebiscito*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1983, 954.

[39] V. R. BIN, *Il "contratto di governo" e il rischio di una grave crisi costituzionale*, in *lacostituzione.info*, 16.5.2018.

Siamo molto distanti, allora, dall'approccio delle prime trattative dal sapore "contrattuale" di cui sopra si diceva, in relazione alle quali l'on. Moro, riferendo al Consiglio nazionale della DC del 13 aprile 1962, affermava: «sarebbe un fuor d'opera soffermarsi a stabilire rigorosamente se e quanta parte delle posizioni proprie di ciascun Partito si sia trasfusa nel programma di Governo. Un'alleanza politica sarebbe una inammissibile forzatura, se costringesse a rinuncie impossibili o conducesse all'accettazione di punti di vista ripugnanti e totalmente estranei al patrimonio ideale dei Partiti che la contraggono. È invece naturale un adattamento, uno spirito di conciliazione, la rinuncia alle posizioni estreme»[40]. Questa «moderazione (…) corrisponde alla necessità di soddisfare attraverso l'azione di Governo le immediate ed indifferibili esigenze del Paese»[41] e sostiene un metodo di «incontro politico che è destinato ad arricchire la vita democratica, a difendere la libertà, a promuovere la giustizia, ad approfondire il carattere popolare del nostro Stato. Si sperimenta la possibilità effettiva di far combaciare sulle cose più significative, più immediatamente utili, i programmi di Partiti diversi che furono molto lontani e che lo sono largamente ancora»[42].

Questa distanza di prassi riflette per certi versi una distanza concettuale. Giova, infatti, ricordare che due sono state le principali letture o, meglio, gli inquadramenti teorici della negoziazione politica[43]: vi è stato chi vi ha visto un segno della necessità di leggere e inquadrare i fenomeni politici entro gli schemi e le logiche dell'analisi economica[44]; e chi, all'inverso, ha interpretato la negoziazione politica come il prodotto dell'esperienza storica del sistema di coalizione e come il superamento del sistema ottocentesco in cui in Parlamento sedevano rappresentanti di "connubi" di frazioni o di persone, verso un sistema in cui gli interessi «reali ed effettivi si sono affermati come interessi politici»[45]. Una conseguenza del pluralismo sociale e politico, insomma, da valorizzare nella direzione di una nuova modalità o di un nuovo metodo di organizzazione della rappresentanza plurale[46].

L'analisi della più recente vicenda contrattuale deve, allora, svolgersi avendo sempre a riferimento questa ambiguità concettuale, per comprendere quale delle due visioni della negoziazione politica promuova e quali siano le possibili implicazioni sul piano istituzionale e costituzionale.

3. *La* rilevanza politico-istituzionale *del "contratto di governo"*

Se è vero quanto sin qui rilevato con riguardo al riferimento *retorico* alla forma contrattuale nell'assunzione di impegni reciproci fra due o più forze politiche, si può cogliere – ma solo su questo versante – l'affinità del Contratto di governo con il modello esplicitamente (o asseritamente) assunto a punto di riferimento: quello del *Koalitionsvertrag* di matrice tedesca. Il contratto di coalizione è stato, infatti, utilizzato in Germania per conferire una base programmatica ad esecutivi di "Grande coalizione" che mettevano insieme forze politiche che in campagna elettorale si erano invece presentate come alternative e sostenitrici di programmi politici per molti versi distanti. Allo strumento del contratto, invece, non si fa ivi ricorso quando si raggiungono alleanze pre-elettorali sulla base di

[40] Cfr. A. DAMILANO, *Atti*, cit., 1317.
[41] *Loc. ult. cit.*
[42] A. DAMILANO, *Atti*, cit., 1326.
[43] V. M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 29 ss.
[44] V., a tal proposito, N. BOBBIO, *Il contratto*, cit., 37 ss., che parla dell'accordo di coalizione come «una specie di contratto sociale continuamente rinnovato e aggiornato».
[45] G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, cit., 501, ma si v., per ripercorrere il discorso, 496 ss.
[46] Cfr., sul punto, E. DE MARCO, *La "negoziazione legislativa"*, Padova, 1984, 38 ss.

affinità politico-programmatiche[47]. Questo parallelo confermerebbe l'ipotesi che la forma contrattuale sia volta ad assicurare un reciproco impegno in caso di significativa distanza politica fra le parti contraenti e che questo impegno non venga assunto tanto in termini "giuridici", quanto in termini politici[48].

Ciò che imprime una significativa differenza fra il Contratto di governo "all'italiana" e il *Koalitionsvertrag* tedesco è, invece, il contesto istituzionale e politico entro il quale si collocano l'uno e l'altra. Non può, infatti, non tenersi conto del ruolo di fondamentale stabilizzazione e razionalizzazione svolto nell'ordinamento tedesco dalla sfiducia costruttiva[49], che pone un significativo argine alle possibilità di crisi di governo determinate dai conflitti politici fra le forze in coalizione e che intensifica, quindi, la necessità di un'effettiva reciproca collaborazione fra di loro. Ma sono anche la storia e la cultura politica a differire notevolmente e ad incidere sull'effettiva vincolatività del contratto di coalizione poiché, mentre in Germania il mancato rispetto dell'accordo porterebbe all'isolamento del soggetto o del partito che se ne è reso responsabile, per via della sua inaffidabilità, nella nostra esperienza istituzionale non si registrano sanzioni di tipo politico a rinforzare la vincolatività del patto di governo[50]. Com'è stato efficacemente sintetizzato, «in Germania l'accordo è un metodo, è il fine della dialettica politica, in Italia è un mezzo per costringere quella stessa dialettica nelle strette maglie del testo scritto»; «in Germania il termine "contratto" non è stato scelto dalle parti, bensì è stato attribuito successivamente agli accordi a causa della forte vincolatività politica che presentavano. In Italia invece si è voluto utilizzare tale termine per attribuire, arbitrariamente, vincolatività ad un patto politico che (…) non può averne»[51].

Giustamente è stato ad esempio rilevato, tornando al nostro ordinamento, che, a voler realmente applicare i concetti civilistici, il contratto risulterebbe nullo, poiché carente di patrimonialità della causa (*ex* art. 1321 cc.), in contrasto con norme imperative (l'art. 67 Cost.) e vertente su una materia che esula dalla sfera di disponibilità delle parti contraenti[52]; infine, la clausola del *rebus sic stantibus* renderebbe del tutto inservibile un accordo di natura contrattuale, poiché uno qualsiasi dei molteplici mutamenti in grado di incidere sul sistema potrebbe esonerare ognuna delle parti dall'adempimento di porzioni del contratto anche rilevanti.

Allora, la veste solenne che le "parti contraenti" hanno voluto conferire all'accordo tramite la stipula dinnanzi ad un notaio – che sembra essere la novità più rilevante sul punto – non è in grado di rispondere alle obiezioni che la dottrina ha opposto all'ipotesi – già da tempo avanzata, specialmente dalla dottrina tedesca – di una possibile vincolatività giuridica, di tipo contrattuale, scaturente dagli accordi di coalizione. Basti considerare che manca, anche nel caso recente, la

---

[47] Lo rileva V. BALDINI, *Il contratto di governo: più che una figura nuova della giuspubblicistica italiana, un (semplice…) accordo di coalizione*, in *Dirittifondamentali*, 1/2018, 24.4.2018, 2.

[48] V. I. VON MÜNCH, *A German Perspective on Legal and Political Problems of Coalition Governments*, in 30 *VUWLR*, 1999, 69 ss; A. DE PETRIS, Sunt pacta politica etiam servanda? *Gli accordi di coalizione nella forma di governo tedesca*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eu.*, 2014, 761 ss., spec. 780 ss.; G. RIZZONI, *I contratti di coalizione nella Repubblica Federale tedesca fra politica e diritto*, in *RivistaAIC*, 1/2014, 7.2.2014, 5 ss.

[49] Cfr. art. 67 GG.

[50] Così A. DE PETRIS, Sunt pacta, cit., 785.

[51] L. MARIANTONI, *Contratto di governo e accordo di coalizione. Natura giuridica e vincolatività*, in *Oss. Cost.*, 3/2018, 7.11.2018, 11 s.

[52] Il programma di governo è, a rigore, frutto della deliberazione del Consiglio dei Ministri nella sua collegialità (*ex* art. 2, comma 3, lett. *a)*, l. 400/1988) e *segue*, non anticipa, la formazione della compagine governativa, pur nel rapporto di *accessorietà* ben delineato da M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 81. Né la questione potrebbe risolversi se si considerasse oggetto del contratto l'assunzione di responsabilità da parte dei "capi" politici a sostenere l'azione di governo in sede parlamentare, trattandosi anche in questo caso di materia per loro indisponibile, a norma dell'art. 67 Cost. (così V. BALDINI, *Il contratto*, cit., 4).

previsione di sanzioni giuridiche effettivamente esigibili e coercibili in ipotesi di inadempimento o adempimento parziale del contratto e, dunque, «quel reciproco vincolo *inter partes* che il nostro codice civile, all'art. 1372, con icastica, seppur imprecisa espressione, definisce "forza di legge"»[53]. Tanto è vero che, nei mesi di attività del Governo Conte I, abbiamo assistito alla ricontrattazione di punti cruciali della piattaforma programmatica (si pensi solo a quello relativo al TAV o alla *flat tax*) e ad interpretazioni dei – vaghi – punti contrattuali secondo le dinamiche tipiche della discussione politica, non certo secondo le regole preposte dagli artt. 1362 ss. cc.[54].

Numerose sono state pure le tesi volte a sostenere un'efficacia vincolante degli accordi di governo sulla base della loro possibile assimilabilità ad atti normativi. Fra queste, molte possono essere agevolmente scartate, come quella della possibilità di rinvenire nell'accordo una fonte normativa *sui generis*, che confligge evidentemente con il principio generale del *numerus clausus* delle fonti primarie di un ordinamento giuridico[55], o quella dell'assimilabilità alle convenzioni normative del diritto amministrativo o ai contratti collettivi di lavoro, i quali, a differenza degli accordi di governo, sono in grado di produrre effetti anche nei confronti di terzi[56]. Qualche maggiore complessità presentano invece le tesi che affermano ora l'assimilabilità ai trattati internazionali, ora il carattere consuetudinario degli accordi di governo (e, di qui, la loro vincolatività giuridica)[57]. Quanto alla prima ipotesi, condivisibile e sicuramente dotata di riscontri nella prassi è la constatazione che gli accordi di governo, al pari degli accordi internazionali, sono fondati sul principio generale *pacta sunt servanda*[58]. Tuttavia, questa sola considerazione non appare sufficiente a ritenere i primi dotati di efficacia normativa. Basti considerare che anche la piena vincolatività giuridico-normativa dei secondi non discende automaticamente dal richiamato principio generale, bensì dall'espresso rinvio contenuto in norme interne all'ordinamento giuridico[59]. Anche la seconda ipotesi muove da un fondamento sicuramente condivisibile: si è visto, infatti, che tutta la storia repubblicana è stata percorsa da accordi di governo. Che di qui possa desumersi la sussistenza dell'elemento della *diuturnitas* è, tuttavia, ben difficile da dimostrare. Si è, infatti, accennato pure che le prassi sono state le più diverse[60], così come estremamente variegati sono stati i contenuti degli accordi di governo stipulati nel corso degli anni[61]. Di conseguenza, manca l'elemento oggettivo della ripetizione uniforme e costante nel tempo, così come, in maniera altrettanto evidente, la mancanza

[53] Così P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., 144.
[54] Sul punto, v. *infra*, par. 6.
[55] Su cui v. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., II, 1 s.
[56] Per una più attenta disamina di queste tesi, delle obiezioni ad esse opponibili e della dottrina di riferimento, cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Op. cit.*, 137 ss.
[57] Cfr. P. PETTA, *La natura giuridica degli accordi tra partiti politici*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1969, 264 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.
[58] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi*, 147; M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 119 s. e 123 ss.
[59] Cfr. S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 35 ss.
[60] Nella prima fase del ricorso agli accordi di governo vi era una consolidata prassi di partecipazione alle trattative da parte del Presidente del Consiglio incaricato e delle delegazioni dei partiti politici che dovevano costituire la base parlamentare del governo in formazione (Segretari politici, Presidenti dei gruppi parlamentari e, spesso, gruppi di esperti), i quali erano chiamati a redigere il documento programmatico che poi veniva ratificato dagli organi di partito (cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi*, cit., 126 ss.). Più avanti si sono avvicendate figure differenti nella consultazione ai fini dell'accordo, si sono conosciuti programmi di governo "eterodeterminati" così come programmi di governo decisi in maniera molto più accentrata da parte del solo Presidente del Consiglio incaricato (sul punto, v. *infra*, par. 5).
[61] La prassi ci ha consegnato accordi estremamente dettagliati o pure estremamente vaghi sul versante programmatico (v. *infra*, par. 6.); accordi ordinati secondo criteri di priorità o privi di un ordine di tal genere (sino al Contratto per il Governo del Cambiamento, ordinato addirittura secondo un criterio alfabetico); accordi "a termine", così come accordi che aspiravano ad occupare lo spazio di un'intera legislatura; accordi concernenti la sola spartizione dei Ministeri se non, addirittura, l'alternanza alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (è il noto caso del cd. "patto della staffetta", il cui testo è allegato in *Appendice* a M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 185 s.).

dell'elemento della *opinio iuris seu necessitatis* può desumersi dalla pressoché costante violazione dei patti di governo da parte dei componenti delle relative coalizioni.

Per tale ragione, la dottrina più informata sull'istituto ritiene di poter rinvenire una maggiore affinità degli accordi di governo con le *convenzioni* o con i *gentlemen's agreements*; figure, queste ultime, in grado di rendere ragione dell'inesistenza di obblighi giuridicamente vincolanti, ma pure della contemporanea esistenza di vincoli di natura socio-politica fra i *partners* della coalizione. Vincoli autonomi e non eteronomi, che ne spiegano anche la valicabilità sulla base del mutamento della volontà delle parti, nel rispetto del principio pattizio[62].

Vincoli, tuttavia, che – come è stato efficacemente affermato – non devono intendersi esaurire la prassi politica e risolverla in una «propria», «autoreferenziale» normatività. In particolare, «la presenza di un testo normativo "rigido"», pur non ostacolando «lo scorrere di questi eventi, lo condiziona, ponendosi come punto di riferimento e di raffronto», cosicché la «legittimità» dell'azione politica si ricollega a «regole *presupposte* in un sistema già esistente»[63] ossia, soprattutto, a quella posta dall'art. 94 Cost., che richiede al Governo di incontrare un sostegno fiduciario in Parlamento e, dunque, alle forze politiche in esso presenti di accordarsi fra loro ogniqualvolta non possano, da sole, ottenere la fiducia[64].

È, quest'ultima, una considerazione della più importante rilevanza, poiché implica che l'accordo di governo, pur avendo natura politica ed essendo contrassegnato nella sua nascita e per la sua attuazione (o inattuazione) da dinamiche politiche, non limita i propri effetti a questo solo spettro: si riverbera sul piano istituzionale, nella misura in cui, poggiandosi sul disposto costituzionale, da esso dipende l'esistenza di un organo – il Governo – e l'instaurarsi della relazione fiduciaria che sta al cuore della forma di governo parlamentare.

Allora, l'inquadramento del Contratto, come degli altri accordi di governo, nell'ambito dei fenomeni meramente politici non è in grado di cogliere la complessità delle conseguenze – anche giuridico-istituzionali – che ne scaturiscono[65]. Il Contratto, al pari degli accordi pregressi, ha prodotto effetti istituzionali e costituito un fondamento per molti versi nuovo, come vedremo di qui a breve, della relazione fiduciaria fra Camere e Governo. Non può trascurarsi, infatti, che, l'accordo/contratto di governo costituisce l'antecedente diretto del programma che il Presidente del Consiglio nominato illustra alle Camere al fine di ottenere la fiducia e che la quasi esatta trascrizione viene poi utilizzata in sede di adozione della delibera consiliare di approvazione del programma di governo[66].

Esiste dunque un filo, che collega l'accordo di governo, il programma di governo deliberato dal Consiglio dei ministri e quello presentato dal Presidente del Consiglio alle Camere ai fini

---

[62] Così, P.A. CAPOTOSTI, *Op. cit.*, 147, il quale precisa che, dunque, oggetto della regola convenzionale non è il patto di coalizione, bensì il *principio pattizio* fra i partiti dell'area di governo. Condivide, ma con sguardo più critico, M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 41, il quale distingue fra coalizioni pre-elettorali, in grado di costituire un «indirizzo politico unitario», e accordi post-elettorali, caratterizzati da «potenzialità trasformistiche» proprio per via del fatto che «questi ultimi trovano fondamento esclusivamente in se stessi».

[63] Così, M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 139, che affonda tali affermazioni sul bagaglio teorico-concettuale delineato da G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, in ID., *Opere*, I, Milano, 1959, 407 ss.

[64] Cfr. G. FERRARA, *Il Governo*, cit., 121; P.A. CAPOTOSTI, *Accordi*, cit., 158; M. CARDUCCI, *L'«accordo di coalizione»*, cit., 176 ss.

[65] Cfr. A. D'ANDREA, *Accordi*, cit., 33.

[66] Parla di «ratifica» P. CALANDRA, *Il governo*, cit., 78. Sulla base di queste considerazioni, ad esempio, S. BARTHOLINI, *I rapporti fra i supremi organi regionali*, Padova, 1961, 179 s. e P.A. CAPOTOSTI, *Op. cit.*, 134 ss. rinvengono nell'accordo di governo il «fatto costitutivo dell'indirizzo». *Contra*, A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, 1973, 118 ss.; M. GALIZIA, *Studio sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, I, 428 s.

dell'ottenimento della fiducia, che fa dell'accordo di governo (e del suo contenuto) il primo tassello della delineazione dell'indirizzo politico di maggioranza[67].

4. *Il contesto di riferimento e le sue interazioni specifiche con il "contratto"*

Gli elementi fin qui individuati accomunano per molti versi la vicenda "contrattuale" ai pregressi accordi e governi di coalizione, pur lasciando scorgere alcune importanti differenze fra questa e quelli. Si tratta, infatti, di vicenda che «è destinata ad essere mal compresa, se la si astrae dal mutamento di contesto costituzionale in cui si colloca. Mutamento che tocca soprattutto i formanti della forma di governo italiana, soggettivi e normativi; mutamento non ancora compiuto, perché lontano da un nuovo equilibrio»[68]. La scelta delle "parti" – nonché la possibilità per loro – di utilizzare una retorica schiettamente privatistica e su questa imperniare la *giustificazione* del loro apparentamento e la *legittimazione politica* del costituendo Governo non è – né potrebbe essere – avulsa dal contesto politico, istituzionale, sociale e culturale entro il quale è stata operata. Contesto in cui la tendenza a incanalare la comunicazione politica entro i binari delle forme privatistiche è da tempo diffusa: complice la disaffezione e la perdita di fiducia nei confronti dei partiti tradizionali e nella loro capacità o nella loro reale intenzione di mediare gli interessi della "base", da tempo la propaganda politica ricorre all'artificio retorico dell'assunzione di impegni di natura privatistica al fine di colmare questo *deficit* di fiducia[69]. In questo quadro, più di recente, una delle due forze politiche "parti" del Contratto ha fatto della "privatizzazione" delle dinamiche politiche un punto centrale del proprio programma, rinvenendovi la garanzia di un maggiore controllo popolare "diretto" dell'azione dei Governi e dei rappresentanti parlamentari. Si fa riferimento, evidentemente, al progetto politico del M5S, che coniuga l'obiettivo della cd. democrazia diretta (*rectius*: democrazia elettronica o democrazia *in* diretta[70]) con la pretesa di vincolare i rappresentanti parlamentari (che divengono "portavoce") alle decisioni assunte dal M5S o, talvolta, all'esito del voto sulla piattaforma *online* "Rousseau". Tale pretesa di vincolo viene esercitata mediante il ricorso a strumenti privatistici, come le sanzioni di natura economica in caso di voto difforme o di scelta di cambiare gruppo parlamentare. Si tratta di sanzioni inesigibili giuridicamente e piuttosto preoccupanti per la loro evidente incompatibilità con la Costituzione[71]. Tuttavia, strumenti come questi si inquadrano,

---

[67] V., per tutti, V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, 53 ss. (ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 3 ss.); E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, spec. 142 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 150 ss.; M. GALIZIA, *Studio*, cit., 202 ss.

[68] Così, S. STAIANO in AA.VV., *Il Forum*, cit., 8, che identifica i formanti *oggettivi* nel quadro costituzionale (disegnato, sia pur elasticamente, dagli artt. 92, c. 2, 93 e 94 Cost.), nelle regole convenzionali e nella legge elettorale; i formanti *soggettivi* nei partiti e nelle rappresentanze parlamentari.

[69] Emblematico è il già richiamato "Contratto con gli italiani", siglato unilateralmente da Silvio Berlusconi nel corso di una nota trasmissione televisiva. È appena il caso di notare come il ricorso alla retorica contrattuale possedesse in quel caso una valenza simbolico-politica dal solo punto di vista della *proiezione esterna* analoga a quella del Contratto per il Governo del Cambiamento, ma che da quest'ultimo si distanziava, invece, per l'essere un'offerta unilaterale e non compromissoria con altre forze politiche, resa in sede pre-elettorale. Sulla possibile vincolatività del "Contratto con gli italiani", v. le lapidarie affermazioni del Trib. Napoli, IV sez. civ., sent. 3.5.2006: «del tutto evidente (…) che quella serie di "traguardi" assunti con gli elettori, e, per ultimo, l'impegno a non ricandidarsi, non fossero altro che strumenti di "marketing", volti ad introdurre forme di comunicazione nuove nel panorama politico» e che «il carattere propriamente propagandistico di quella iniziativa era talmente palese da non poter indurre nessuna persona dotata di normale discernimento a fidare sulla sua vincolatività, e soprattutto sulla sua esigibilità giuridica».

[70] Cfr. N. URBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide della rappresentanza*, Milano, 2013.

[71] Il riferimento è all'art. 21, comma 5, dello statuto del Gruppo parlamentare M5S alla Camera dei deputati, su cui v. E. GIANFRANCESCO, *Chi esce paga: la «penale» prevista dallo Statuto del MoVimento 5 Stelle alla Camera*, in

catalizzano e promuovono una rinnovata relazione fra rappresentanti e rappresentati: relazione da costringere entro l'armamentario civilistico, inteso quale garanzia avverso le devianze di un ceto politico corrotto e distante dai bisogni del proprio elettorato.

Non è questa la sede ove possano illustrarsi le contraddizioni, i molteplici profili di criticità e di seria preoccupazione destati da siffatte tendenze e approcci. Tuttavia, risulta quantomeno necessario richiamare l'attenzione su questo punto perché in grado di illuminare il ricorso alla retorica contrattuale in sede di concertazione della piattaforma programmatica di una luce parzialmente nuova e diversa, senz'altro maggiormente preoccupante rispetto al passato. Luce che si fa quasi accecante se si considera pure che, a chiudere il cerchio della crescente pretesa di privatizzazione delle dinamiche politiche, concorreva l'inclusione fra i punti programmatici del Contratto della volontà di introdurre forme di vincolo di mandato per i parlamentari[72]. La combinazione della privatizzazione della piattaforma programmatica con quella della relazione fra singolo parlamentare e partito di appartenenza avrebbe reso invece ineludibile il dominio dell'indirizzo politico da parte dei partiti (che avrebbero controllato sia l'accordo di governo, sia il sostegno parlamentare) e, dunque, da parte di soggetti non necessariamente inseriti nel circuito istituzionale (basti pensare alla società che oggi gestisce la piattaforma di democrazia elettronica del M5S).

Tutto ciò suggerisce che, pur essendo quello del "contratto di governo" un espediente retorico, pur avendo esso natura politico-pubblicistica al pari dei precedenti accordi di governo, esso nasconda e schiuda prospettive che si riverberano ben oltre la mera retorica propagandistica finalizzata al consenso elettorale: in gioco è la stessa concezione della democrazia e del ruolo delle istituzioni rappresentative che si promuove[73]. L'*enfasi* sul vincolo contrattuale, posto quale condizione di formazione del Governo e "accettato" dalle Camere al momento della votazione della fiducia, lungi dall'essere rispondente alla realtà giuridica del fenomeno politico, svolge invece una funzione performativa, introduce e rafforza un nuovo *lessico* politico[74] che promuove una delle due possibili concezioni della negoziazione politica di cui sopra si diceva (quella che vi vede una conferma della necessità di inquadrare i fenomeni politici entro gli schemi e le logiche dell'analisi economica), a detrimento della concezione plurale della rappresentanza che fa del compromesso un presupposto ineludibile della democrazia.

5. *Il "contratto" allo specchio: l'inedita dinamica duumvirale del Governo Conte I*

Gli elementi sin qui tratteggiati sono in grado di incidere profondamente sulla maniera in cui le forze politiche individuano i punti programmatici da "comporre" nell'accordo di governo e, in seguito, ne promuovono l'attuazione. Emblematico, a tale ultimo proposito, è un profilo di prevalente

Forumcostituzionale, 20.4.2018; P. VERONESI, *"E mo' paghi!". Sulla "penale" imposta dallo Statuto del Gruppo MoVimento 5 Stelle alla Camera e al Senato*, *ivi*, 31.5.2018.

[72] Occorrerebbe aggiungere pure i progetti di revisione costituzionale che contribuivano alla riduzione del ruolo del Parlamento e della sua centralità nel sistema istituzionale, ma il tema è ampio e molto articolato e rischierebbe di condurre troppo lontano dalle presenti riflessioni.

[73] Su cui sempre attuale è la lezione di E.W. BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. Cost.*, 1985, 227 ss. Sul tema v. altresì, pure per i dovuti approfondimenti teorici e bibliografici, G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2005, *passim* e spec. 96 ss.

[74] Come ricorda O. CHESSA, *"Contratto di governo": una riflessione sulle nuove parole del diritto pubblico*, in *lacostituzione.info*, 17.5.2018, che sottolinea pure come la logica del contratto, oltre a richiamare differenze *irriducibili* tra individui distinti, è logica della *diffidenza* reciproca, di quel "contratto sociale" – appunto non più solo originario, ma "continuamente rinnovato e aggiornato" – che presuppone individui "gli uni contro gli altri armati".

discontinuità fra le vicende del Contratto e le pregresse dinamiche degli accordi di governo: quello concernente il rapporto intercorrente fra le varie componenti governative e il conseguente equilibrio fra i princìpi monocratico, collegiale e della responsabilità ministeriale.

È noto, infatti, che l'ambigua formulazione dell'art. 95 Cost. circa gli equilibri interni al Governo e i rapporti fra le sue componenti essenziali ha consentito lo sviluppo delle più diverse prassi, in un percorso evolutivo non sempre lineare e solo liminarmente toccato dagli interventi normativi che hanno cercato di orientarne gli equilibri. La formulazione della disposizione costituzionale non ha, infatti, risolto il contrasto fra i fautori del principio monocratico e quelli del principio collegiale[75], né un intervento risolutivo è provenuto dalla legge n. 400 del 1988[76], cosicché è rimasta valida la constatazione della delineazione normativa di un governo «uno e trino»[77], irrisolto nei suoi equilibri e suscettibile di diverse modulazioni nella prassi.

In questo quadro "flessibile" sono state, allora, le logiche interpartitiche e intra-partitiche, i rapporti di forza politica e gli elementi di sistema sopra ricordati ad aver determinato l'evoluzione dell'assetto degli equilibri fra componenti del governo. Ad esempio, nei primi anni della Repubblica, caratterizzati da un indiscusso dominio politico della DC, si sono conosciuti Governi incentrati su personalità presidenziali forti, in cui il Presidente del Consiglio, effettivamente tessitore della mediazione politica che conduceva all'accordo di governo, era promotore, direttore e responsabile dell'attuazione di quell'accordo, della sua traduzione in azione governativa e del sostegno parlamentare alla stessa[78], pur rimanendo fermo che, nel quadro del "multipartitismo estremo"[79], i poteri presidenziali necessitavano comunque di essere esercitati «con l'assenso anche tacito dei partiti»[80], poiché questi ultimi detenevano le redini della persistenza – o, viceversa, della crisi – dei Governi. Tanto è vero che si sono conosciute pure vicende molto differenti, che hanno visto gli accordi di coalizione formarsi nei vertici fra le segreterie di partito o fra le correnti del solo partito di centro ed attribuire al Presidente del Consiglio il ruolo di mero "garante" di quell'accordo, in quanto figura "al di sopra delle parti"[81]. Così come non sono mancati casi in cui il Presidente della Repubblica ha esercitato un ruolo importante, se non decisivo, nella stesura della piattaforma

[75] Cfr., *inter alios*, L. PALADIN, *Governo*, cit., 675 ss.; E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo. Analisi e prospettive*, Milano, 1977, 43 ss.; A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981, 90 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio dei ministri*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 137 ss.; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, Padova, 1986, 169 ss.; G. PITRUZZELLA, *Artt. 92-93*, in G. BRANCA (a cura di), A. PIZZORUSSO (cont.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 8 ss.; N. LUPO, *Il governo italiano*, in *Giur. Cost.*, 2018, 931 ss.

[76] V. P. BARILE, *Consiglio dei ministri*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1991, 4 ss.; S. MERLINI, G. GUIGLIA, *Il regolamento interno del Consiglio dei ministri*, in *Quad. Cost.*, 1994, 477 ss.; E. CATELANI, *Art. 95*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1842 ss.; N. LUPO, *Il governo*, cit., 933 ss.

[77] G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in *Quad. cost.*, 1981, 33 ss., spec. 84.

[78] L'esempio più eclatante è quello del Presidente De Gasperi, che ha svolto un ruolo di mediazione non tanto fra partiti, quanto fra le correnti interne alla DC, su cui v., di recente, G. BRUNELLI, *La prima legislatura repubblicana: virtù e limiti dell'«eccezione degasperiana»*, in *Quad. Cost.*, 2019, 15 ss.

[79] Per utilizzare la nota formula di L. ELIA, *Governo*, cit., 653.

[80] Così, P. CIARLO, *Art. 95*, in G. BRANCA (a cura di), A. PIZZORUSSO (cont.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 381.

[81] Così, ad es., l'incarico a Scelba nel 1954, *preceduto* qualche giorno prima dalla dichiarazione congiunta di DC-PSLI-PLI-PSDI in cui si annunciava l'accordo su un programma di sedici punti da sottoporre a colui che sarebbe stato incaricato (cfr. P. CALANDRA, *I governi*, cit., 110; M. NARDINI, *I primi passi della Presidenza Gronchi ed il governo Segni*, in *Federalismi.it*, 24.7.2013, 6). Analoghe le ragioni per la scelta di Segni, il cui incarico è stato determinato dalla sua non appartenenza a nessuna delle tre maggiori correnti della DC (cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi*, cit., 58).

programmatica[82]. Altrettanto varie sono pure le prassi degli anni successivi, relative alla fase in cui la DC andava dissolvendo il proprio dominio e intensificando il dialogo con altri partiti a fini di governo. In quegli anni sono andate in parallelo cambiando e articolandosi pure le dinamiche della mediazione politica (precedente e successiva al confezionamento dell'accordo) e, di conseguenza, anche i rapporti fra gli organi governativi sono diventati più "fluidi" e orizzontali, portando la dottrina a discorrere di governi "a multipolarità diseguale"[83] o "a direzione plurima dissociata"[84], in cui il compito del Presidente del Consiglio è stato per lo più quello di un mediatore fra Ministri che svolgevano il ruolo di "delegati dei partiti" all'interno del Governo e in cui la capacità di svolgere questo compito in maniera più o meno forte ed efficace è dipesa soprattutto dalla personalità e dall'autorevolezza politica della figura presidenziale. E così, accanto a Presidenti centrali nella mediazione fra "delegati", si sono conosciuti pure governi molto più "anarchici" e "centrifughi"[85].

Con il primo Governo Amato, invece, complici la disaffezione verso i partiti tradizionali determinata dagli scandali di Tangentopoli, la congiuntura economica sfavorevole e la progressiva transizione verso il sistema maggioritario, si è segnata una più netta cesura con questi precedenti. La formazione dei Governi dell'XI legislatura (entrambi "tecnici") ha infatti conosciuto dinamiche per molti versi differenti dalle precedenti, quantomeno dal punto di vista che qui interessa: la piattaforma programmatica, così come la compagine ministeriale, è stata scelta in maniera più accentrata[86], concedendo spazi all'influenza del Presidente della Repubblica, ma non a quella dei partiti[87]. Tutto ciò ha inciso anche sul rapporto fra gli organi governativi, ove si è registrata un'espansione dei poteri del Presidente del Consiglio e una maggiore direzione da parte di quest'ultimo delle attribuzioni ministeriali. Da segnalare è, altresì, l'interruzione della prassi dei vertici presidenziali con i segretari di partito, in favore del raccordo diretto fra Presidente del Consiglio e capigruppo parlamentari. Tuttavia, anche in questa fase di passaggio può registrarsi come le due figure presidenziali (quella di

[82] Si pensi solo al ruolo protagonista del Presidente Gronchi nella transizione verso il centro-sinistra e del suo consigliere giuridico, cui si attribuisce la redazione effettiva del programma del Governo Tambroni (cfr. G. CANALE, *L'invenzione presidenziale del governo balneare*, in *Federalismi.it*, 10.7.2013, 2; C. REDI, *Il Governo Tambroni: momento politico di passaggio da coalizioni di centro o di centrodestra al centrosinistra e spartiacque istituzionale nella prassi dei rapporti Presidente-Parlamento-Governo*, *ivi*, 10.7.2013, 4; S. TABACCHI, *La formazione del Governo Zoli*, *ivi*, 25.9.2013, 9).

[83] Per riprendere l'efficace espressione di L. VENTURA, *Il governo*, cit.

[84] Così E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri*, cit., 49.

[85] Si pensi, ad es., alla differenza della Presidenza Rumor, caratterizzata da una significativa frammentazione del Governo, rispetto a quella Moro, in cui, conformemente alla sopra ricordata linea già tracciata in sede di delineazione dell'accordo, venne incoraggiata la collegialità su impulso presidenziale (sul paragone fra queste due esperienze, M.G. RODOMONTE, *I primi*, cit., 10 s.). Ancora diversa la figura e il ruolo di Andreotti nel corso della VII Legislatura, sicuramente centrale nell'ambito delle trattative, pur se incentrate sulle evoluzioni della formula politica e sull'apertura a forze inizialmente oggetto di esclusione, piuttosto che sulle «cose da fare», e maggiormente "accentratore" nel controllo della conflittualità interna al Governo (così, G. DELLEDONNE, *I Presidenti Leone e Pertini di fronte alla costituzione e alla crisi del Governo Andreotti IV: fra sequestro Moro, apogeo della solidarietà nazionale ed evoluzione del ruolo presidenziale*, in *Federalismi.it*, 24.7.2013). Ancora, negli anni del "pentapartito", v. il ruolo forte del Presidente incaricato nel Governo Fanfani V (su cui v. G. CONTI, *L'VIII Legislatura al capolinea: il Governo Fanfani V e la crisi dei partiti nei primi anni Ottanta (12.12.1982-4.8.1983)*, in *Federalismi.it*, 25.9.2013, 16 s.) e di De Mita (cfr. *supra*, par. 2). Interessante anche la differenza del ruolo di quest'ultimo rispetto a quello occupato da Goria: senz'altro più debole e non in grado di dirigere compattamente la medesima maggioranza (cfr. A. APOSTOLI, *Il Governo Goria*, in A. D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo*, cit., 23 ss.).

[86] V. P. CALANDRA, *I governi*, cit., 475, il quale ricorda che il programma del Governo Amato I è stato scritto dal Presidente del Consiglio senza la collaborazione delle segreterie dei partiti.

[87] Il programma del Governo Ciampi venne influenzato da una lettera del Presidente della Repubblica che indicava alcuni fini fondamentali, poi effettivamente inclusi (cfr. A. REPOSO, *L'incarico per la formazione del Governo nel presente contesto istituzionale transitorio*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, 1375; R. CHERCHI, *Il governo*, cit., 267, nt. 42). M. TROISI, *Il Governo Ciampi: un esecutivo di transizione*, in *Federalismi.it*, 10.7.2013, 7, ricorda pure che Ciampi sciolse la riserva «senza ascoltare nessuno».

Amato e quella di Ciampi) abbiano avuto un diverso approccio all'azione governativa: l'uno maggiormente accentrato, sia in sede di definizione che di attuazione del programma[88], l'altro più collegiale[89].

La riforma della legge elettorale in senso maggioritario, che ha istituzionalizzato le coalizioni e, in seguito, previsto l'indicazione del capolista candidato alla Presidenza del Consiglio, ha infine impresso l'ultima, decisiva, spinta verso il rafforzamento dei poteri del "*premier*", contribuendo alla verticalizzazione dei rapporti interni al Governo. A questo esito hanno contestualmente contribuito diversi elementi: i d.lgs. nn. 300 e 303 del 1999, che hanno riorganizzato la struttura della Presidenza al fine di rafforzarne la funzione direttiva[90]; alcuni «percorsi trasversali», come la dilatazione dell'apparato di Presidenza o i collegamenti "informali" che hanno sostituito le precedenti strutture dei Comitati dei Ministri[91]; l'incremento dei poteri monocratici del Presidente[92]; la crescente tensione verso decisioni politiche rapide ed immediate, impressa soprattutto dall'infittirsi delle relazioni e dei vincoli eurounitari, che hanno incentivato un ruolo protagonista del Presidente del Consiglio e promosso un rafforzamento della sua posizione e dei suoi poteri tanto rispetto ai Ministri, quanto rispetto al Consiglio[93]. Così, ad una prima fase "di assestamento", in cui le dinamiche della formazione e degli equilibri del governo non si sono discostate molto dalle esperienze del proporzionale[94], hanno seguìto sia governi maggiormente accentrati intorno alla figura presidenziale[95], sia governi "tecnici" caratterizzati da programmi "imposti" (ad es. dall'Unione europea), in cui il ruolo della mediazione politica è andato del tutto evaporando, in favore di un *premier* sì forte, ma, per così dire, di "forza riflessa"[96].

Il quadro delle esperienze pregresse è, insomma, estremamente variegato e dimostra come il ruolo del Presidente del Consiglio, nonostante i ripetuti tentativi della Corte costituzionale di racchiuderlo entro la formula del "*primus inter pares*"[97], sia mutevole, così come che i suoi poteri siano – per utilizzare una formula cara agli studiosi di altra figura presidenziale – "a fisarmonica"[98],

---

[88] Cfr. R. CHERCHI, *Il governo*, cit., 266 ss., nt. 41-42.

[89] Si deve a Ciampi l'inaugurazione della prassi del pre-Consiglio, volto all'esame preventivo, da parte dei Capigabinetto di tutti i ministeri e dei Capidipartimento della Presidenza, di tutte le misure che il Consiglio dei Ministri avrebbe dovuto varare. Cfr. C.A. CIAMPI, *Un metodo per governare*, Bologna, 1996.

[90] Cfr. sul punto, per tutti, A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del Governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, Bologna, 2000.

[91] Cfr. M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del Governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), R. PERRONE (coll.), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 62.

[92] V. I. CIOLLI, *Ascesa e declino dell'attività di mediazione politica. Dai governi di coalizione all'espansione dei poteri monocratici del Presidente del Consiglio*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, 22 ss.

[93] Cfr., *inter alios*, G. AMATO, *Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in AA.VV., *Il Governo. Atti del XVI Convegno Annuale A.I.C.*, *Palermo*, *8-9-10 novembre 2001*, Padova, 2002, 266; E. OLIVITO, *Le inesauste*, cit., 68; E. CATELANI, *Poteri e organizzazione del Governo nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei*, Pisa, 2017, 207; N. LUPO, *Il governo*, cit., 944 ss.; ID., *L'europeizzazione delle forme di governo degli Stati membri: la presidenzializzazione derivante da Bruxelles*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 194 s.; G. RIVOSECCHI, *I riflessi dell'Unione europea sul rapporto governo-Parlamento e sull'organizzazione interna del governo*, *ivi*, 365 ss. Una lettura parzialmente differente è quella di M. CUNIBERTI, *L'organizzazione*, cit., 57, che riferisce alla *governance* multilivello una destrutturazione della collegialità che non sempre si traduce in termini di promozione del ruolo centrale del Presidente del Consiglio, ma che fa «emergere il ruolo di singoli, strutture e apparati tecnici», come il Dipartimento per le Politiche europee che «sin dalle sue origini oscilla tra il ruolo di mera struttura servente della Presidenza e una posizione di maggiore autonomia».

[94] Si pensa al Governo Berlusconi I.

[95] I successivi Governi Berlusconi, Prodi, D'Alema, Renzi.

[96] Ci si riferisce, in particolare, al Governo Monti.

[97] Cfr. Corte cost., sent. nn. 24 del 2004; 262 del 2009. Per una ricostruzione delle varie fasi della giurisprudenza costituzionale, v. I. CIOLLI, *La questione*, cit., 77 ss.; N. LUPO, *Il governo*, 954 ss.

[98] Cfr. I. CIOLLI, *La questione*, cit., 80 s.

dipendendo da elementi di sistema, dalle relazioni di forza politica all'interno dei Governi, dalla personalità dei Presidenti, dall'autorevolezza e dalla particolare forza di alcuni Ministeri (in particolar modo, di quelli con funzioni economiche).

E dimostra pure lo stretto legame intercorrente fra il ruolo occupato dal Presidente incaricato in fase di delineazione dell'accordo di governo e quello esercitato in seguito, nella direzione dell'attività di governo. Com'è stato rilevato in dottrina, la fase dell'incarico costituisce infatti la sede ideale per la delineazione dell'indirizzo politico di maggioranza, poiché consente all'incaricato di svolgere le "proprie" consultazioni, dedicate alla sintesi politica sui punti programmatici, in relazione ai quali la posizione del Presidente della Repubblica dovrebbe rimanere neutrale. In questo senso, la concertazione del programma nell'ambito dell'incarico permette al Capo dello Stato di limitarsi a "registrare" il buon esito di quella sintesi e a "tradurla" in una conseguente compagine ministeriale, in grado di ottenere la fiducia delle Camere[99]. Consente, inoltre, di assicurare che il Presidente nominato possa effettivamente svolgere quel ruolo di mediazione e direzione che non si esaurisce con la formazione del governo, ma che si perpetua in seguito alla stessa[100].

Sono, dunque, sicuramente condivisibili le preoccupazioni che larga parte della dottrina ha rivolto al ruolo occupato Presidente del Consiglio incaricato in sede di concertazione del contenuto del Contratto e – di riflesso o di conseguenza – nella sua traduzione in azione di governo[101], in relazione ai quali si è professato, almeno in prima battuta, soggetto imparziale. Estremamente significativo e sicuramente inedito, a tal proposito, è che le trattative siano state condotte dai *due* "capi politici" delle forze governative, cosicché anche l'indicazione della personalità scelta per la nomina a Presidente del Consiglio dei Ministri è rientrata nei termini dell'accordo contrattuale[102].

Non è, però, soltanto la nomina di un soggetto estraneo alle trattative a dover colpire, non essendo questa la prima occasione in cui tale dinamica si verifica, quanto piuttosto l'affidamento della Vice-presidenza ai due "contraenti", che di fatto sono divenuti i "reggenti" della direzione del Governo. Queste scelte in ordine alla compagine governativa confermavano, infatti, l'impostazione più marcatamente "contrattuale" dell'accordo di governo rispetto a quelli passati. Impostazione confermata da una dualità che non si risolveva in sintesi politica (in "*un*" Presidente, nella fattispecie) ed esplicitamente prevista nel Contratto: si pensa, in particolar modo, al punto secondo cui «i contraenti si impegnano a tradurre questo contratto in una pratica di governo e sono *insieme* responsabili di tutta la politica dell'Esecutivo» (corsivo aggiunto); previsione chiaramente in contrasto con l'art. 95 Cost. e foriera di una prassi *contra Constitutionem*.

A ciò si è accompagnata un'attitudine svalutativa che ha interessato, all'interno del Governo, non solo le attribuzioni del Presidente, ma anche quelle dei Ministri (le cui competenze sono state

[99] Cfr. S. BARTOLE, *Governo*, cit., 643.
[100] Cfr. G. FERRARA, *Il governo*, cit., 122 ss. e 160 ss.
[101] V., fra i molti, M. FICHERA, *Formazione*, cit., 22; G. MOSCHELLA, *Risultati elettorali*, cit., 61; A. RUGGERI e M. D'AMICO in AA.VV., *Il forum*, cit., 26 ss.; M. CAVINO, The Manchurian Candidate. *Il Presidente del Consiglio garante del contratto di governo*, in *Federalismi.it*, 15.4.2019, 10.
[102] Così, V. BALDINI, *La formazione del governo tra dinamiche politiche e vincoli costituzionali (brevi note con riguardo al potere presidenziale di nomina del presidente del consiglio dei ministri e dei singoli ministri)*, in *Dirittifondamentali.it*, 26.5.2018, 1; M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in *RivistaAIC*, 3/2019, 03/07/2019,10.

spesso e con disinvoltura scavalcate, specialmente dal Vice-presidente Ministro dell'Interno[103]) e, a lungo, quelle del Consiglio dei Ministri[104].

Ne è scaturito un Governo "a direzione *duale* dissociata" o "a *bi*polarità diseguale" – per riadattare formule che in passato bene hanno colto le reali dinamiche degli equilibri governativi – in cui un ruolo di possibile articolazione e creazione di nuovi e diversi "poli" è stato rinvenibile soprattutto nei dicasteri con competenze economiche[105] e che, solo in chiusura, è tornato nelle mani del Presidente del Consiglio.

6. *"Contratto" e azione di governo alla luce della prassi del Governo Conte I*

L'analisi dei molti profili problematici sin qui segnalati è strettamente connessa a quella della prassi dell'azione di governo, poiché è solo alla luce di quest'ultima che emergono le reali dinamiche e gli effettivi rapporti di "forza" esistenti all'interno della compagine governativa. Questa considerazione, valida per ogni esperienza di governo, si fa particolarmente evidente in relazione all'attuazione del Contratto poiché la vaghezza che contraddistingue larga parte dei punti di cui si componeva[106] ha offerto un ampio ventaglio di possibilità interpretative e attuative, mentre la mancanza di un'ordinazione gerarchica e di una definizione delle priorità dei punti programmatici ha lasciato spazio alle più diverse scelte circa la tempistica dell'attuazione (fattore, come si sa, sicuramente altrettanto cruciale).

Sul punto occorre, ancora una volta, intendersi: non può ritenersi che questa particolare vaghezza e indeterminatezza costituisse una novità assoluta per il nostro ordinamento, ove non sono certo mancati Governi di coalizione formati sulla base di accordi attenti più alle "proporzioni" o "quote" da distribuire fra soggetti e forze politiche, piuttosto che alla definizione dei punti programmatici[107]. Tuttavia, ancora una volta, si tratta di esperienza tendenzialmente appartenente ad un passato meno recente e in buona parte superata all'epoca del maggioritario[108].

---

[103] Piuttosto lampante è il caso della cd. "chiusura dei porti" alle navi di ONG e della stessa Guardia Costiera italiana intervenute in soccorso dei migranti, in relazione alla quale è stata diverse volte verificata l'assenza di qualsivoglia delibera Consiliare o direttiva del Ministro, competente, dei Trasporti e delle Infrastrutture, ma si pensi pure alle concertazioni ed incontri con gruppi di lavoratori e imprese che hanno anticipato e spesso riguardato tematiche di competenza dell'altro Vice-presidente Ministro del Lavoro.

[104] I dati raccolti da Openpolis rappresentano una convocazione piuttosto rara, soprattutto all'inizio del mandato: da un numero minimo a un numero massimo di 7 volte al mese; solo 4 volte nel delicatissimo mese di marzo, in cui sono stati adottati diversi provvedimenti centrali per l'attuazione del Contratto di governo (reddito di cittadinanza, "quota 100" e riforma della legittima difesa). Ciò in combinazione ad una durata media spesso irrisoria (circa 40 minuti nei mesi di gennaio e febbraio 2019, poco più di un'ora nel mese di marzo); dato, quest'ultimo, piuttosto significativo, poiché sintomo che quella del Consiglio dei ministri non è stata, a lungo, la sede di discussione effettiva dei punti all'ordine del giorno, quanto piuttosto il luogo della ratifica di decisioni assunte altrove, in altre sedi governative, in sede partitica o in sedi extra-istituzionali. Interessante notare, a tal proposito, che con l'incremento della conflittualità delle due anime del Governo, a partire da aprile si è registrato pure un aumento della durata dei consigli.

[105] Si pensi, ad es., al perdurante conflitto fra i due Vice-presidenti e il Ministro dell'Economia concernente i contenuti del – cruciale – Documento di Economia e Finanza.

[106] Cfr. S. STAIANO in AA.VV., *Il Forum*, cit., 32; R. BIN, *Il "contratto di governo" e il rischio di una grave crisi costituzionale*, in *lacostituzione.info*, 16.5.2018, 1.

[107] Insiste sul punto della genericità e ripetitività dei programmi di Governo dei primi quarant'anni della storia repubblicana P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico ed identità partitica*, Napoli, 1988, 116 ss.

[108] A partire dal Governo Amato I, i programmi iniziano ad essere estremamente definiti e puntuali (cfr. P. CALANDRA, *I Governi*, cit., 475) e questa caratteristica tende a ripetersi specialmente in caso di governi "tecnici" (dunque, non frutto di accordi). Con l'avvento del sistema elettorale maggioritario i programmi di governo, anche di coalizione, vengono

Ciò non toglie che, ovviamente, l'elemento rimanga piuttosto significativo, se solo si rammenta la lezione di Pier Alberto Capotosti, il quale si è lungamente soffermato sull'importanza della puntualità dell'accordo di coalizione, specialmente nel caso in cui unisca forze politiche distanti fra di loro, osservando che in questa evenienza l'opera di mediazione e sintesi politica, non perseguibile sul piano ideologico o su quello della visione della società di cui ciascuna si fa portatrice, è possibile solo individuando «cose» che si intendano fare in tempi brevi[109]. La vaghezza contrattuale, invece, confermava l'ipotesi che le parti non avessero assunto un effettivo impegno reciproco (non più solo, dunque, dal punto di vista giuridico, ma anche da quello politico) poiché la distanza ideologica, combinata con la perdurante conflittualità e con il netto dualismo della struttura governativa hanno esposto il riempimento di contenuti di ciascun punto (e la combinazione con gli ulteriori presenti nel Contratto) agli esiti di un confronto continuo – dipendente di fatto dai mutamenti di forza politica delle due anime del Governo – molto più di quanto sarebbe accaduto, evidentemente, in relazione a punti specifici, dettagliati.

Non occorrono molte parole per dimostrare l'attendibilità di questa affermazione: la prassi dell'azione del Governo Conte I è piuttosto inequivoca sul punto ed è stato di palmare evidenza l'inesausto conflitto fra le due anime del Governo riguardo a punti sui quali avrebbe potuto e dovuto essere *già risolto* in sede contrattuale. I dati relativi allo stato dell'attuazione del Contratto al termine del Governo Conte I[110] attestano un'ampia inattuazione[111], accanto ad una piuttosto diffusa tendenza all'attuazione parziale o non conforme agli impegni assunti in sede contrattuale[112] e alla presenza di punti di contratto oggetto di misure addirittura contrastanti con gli impegni assunti[113]. A questi dati occorre poi combinare quelli ricavabili dal rapporto dell'Ufficio per il programma di Governo[114], dal quale emerge che anche quando i punti sono stati attuati in maniera conforme al Contratto con misure definitive[115], la completa implementazione attende ulteriori interventi, regolamenti e provvedimenti attuativi[116].

In questo quadro, è emersa piuttosto evidentemente l'influenza europea nella determinazione delle effettive possibilità attuative dei punti concordati a livello statale. Sicuramente confermata dalle vicende dell'attuazione contrattuale è stata, infatti, la necessità di condividere la fase *strumentale* (e, di conseguenza, quella *effettuale*[117]) dell'azione di governo con l'Unione Europea. È noto, infatti, che i vincoli economico-finanziari imposti in sede europea e la necessaria concertazione della legge di bilancio con la Commissione, durante l'apposito "semestre", segnano in maniera ineludibile i confini delle attività di governo effettivamente perseguibili[118]. Si tratta di un'influenza nella determinazione

invece ad essere influenzati in maniera determinante dagli obiettivi fissati nei programmi elettorali di coalizione e poi eventualmente integrati dall'accordo su punti specifici con forze ulteriori (v. R. CHERCHI, *Il governo*, cit., 383 ss.).

[109] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi*, cit., 71 s. Interessante è pure rilevare che questa constatazione viene suggerita all'Autore dalle sopra ricordate affermazioni di Moro, che parlava del tentativo di «far combaciare sulle *cose* più significative, più immediatamente utili, i programmi di partiti diversi che furono molto lontani e che lo sono largamente ancora» (*supra*, par. 2.).

[110] Reperibili nell'Osservatorio sull'attuazione del programma di governo di Astrid-online, al link *http://www.astrid-online.it/osservatori/stato-attuazione-programma-di-governo/stato-attuazione-contratto-governo.html*.

[111] Con 171 punti del contratto dei quali non è stata avviata alcuna attuazione, pari al 56% dei punti contrattuali.

[112] Sono 75 i punti del contratto oggetto di attuazione parziale o parzialmente difforme, pari al 24% dei punti contrattuali.

[113] 10 punti contrattuali, corrispondenti ad una percentuale del 6%.

[114] Aggiornato al 31.8.2019. V. *http://www.programmagoverno.gov.it/it/notizie/stato-attuazione-del-programma-al-31-agosto-2019/*.

[115] 33 punti contrattuali sono stati attuati con misure definitive e 17 con misure *in itinere*.

[116] 363 provvedimenti, di cui ne rimangono 284 da attuare.

[117] Il riferimento è, evidentemente, alla tripartizione proposta da T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 136 ss.

[118] Cfr. G. RIVOSECCHI, *I riflessi*, cit., 367 s.

dell'indirizzo politico statale[119] che l'appartenenza all'UE ha esercitato in maniera crescente nel corso degli anni e che ha portato la dottrina a parlare di degradazione dell'indirizzo politico «da attività politico-normativa *orientata* ad attività recettizio-normativa *vincolata*»[120].

Una conferma piuttosto eclatante, nell'ambito dell'attività del Governo Conte I, se ne è avuta nell'ambito dell'*iter* di approvazione della legge di bilancio per il 2019[121]. Si ricorderà, infatti, che il contenuto di quella legge è stato oggetto di un estenuante braccio di ferro fra Governo e Commissione europea, che ha visto il primo soccombere alle richieste della seconda, sotto la minaccia di incorrere nella procedura di infrazione. E si ricorderà pure come a fare le spese di questa soccombenza siano stati punti cardine del Contratto (fra gli altri, la rimodulazione del "reddito di cittadinanza", della cd. "Quota 100" e della *flat tax*).

Ma l'influenza europea sull'attuazione del Contratto non appare fermarsi a questi primi tratti, tutto sommato comuni alle più recenti esperienze governative. Occorre, infatti, dedicare un'apposita attenzione a quei punti del Contratto che, oltre ad essere caratterizzati dalla sopra ricordata vaghezza e accentuata esposizione alla perdurante "contrattazione politica", si distinguono pure per il fatto di contenere impegni indisponibili per le parti: punti, anche cruciali, che non si concentravano tanto – o soltanto – sulle azioni che le due forze politiche si impegnavano ad intraprendere nei relativi settori, quanto piuttosto sull'atteggiamento e le tesi che il Governo intendeva proporre nelle sedi istituzionali dell'Unione europea. Emblematico a tal proposito è il punto 13, dedicato a "Immigrazione: rimpatri e stop al *business*", che non si riempiva di impegni in relazione ai quali le parti potessero assumere una responsabilità circa la loro futura attuazione o inattuazione, ma di promesse di atteggiamenti risoluti verso altri soggetti, esterni all'ordinamento (le Agenzie europee, gli altri Stati membri con i quali accordarsi ai fini dell'abrogazione del regolamento Dublino o della condivisione delle responsabilità nell'accoglienza dei migranti) che avrebbero dovuto dare seguito e corpo alle azioni ivi previste.

In punti così concepiti, il Contratto ammetteva allora una co-determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza con le sedi e gli attori europei non solo per quanto atteneva la fase *strumentale* (come sopra si vedeva), ma pure per quanto concerneva la stessa *fase teleologica* dell'azione di governo[122]. E così, pur se l'intento era quello di proclamare azioni di rivendicazione di sovranità[123] e un atteggiamento non più condiscendente nei confronti delle istituzioni sovranazionali[124], l'effetto era, da altro angolo visuale, quello di sancire in maniera piuttosto eclatante l'impotenza del Governo nelle relative materie o, quantomeno, la sua impossibilità di proporre azioni perseguibili in sede statale e senza l'intervento di soggetti terzi.

---

[119] Su cui v., di recente, R. IBRIDO, N. LUPO, *«Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in EAD. (a cura di), *Op. cit.*, 32 ss. e spec. 37.

[120] C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in V. TONDI DELLA MURA, G. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, 188. V. pure, sul punto, G. FERRARA, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, 116 ss.

[121] Sulla quale si dovrà tornare pure nel prossimo paragrafo per le importanti implicazioni anche sul piano del rapporto Governo-Parlamento.

[122] Cosa, certo, già accaduta in passato, ma piuttosto in direzione di assecondamento delle prescrizioni europee e, comunque, in ragione di congiunture (specialmente economiche) presentate come "eccezionali". Si pensa, ovviamente, al Governo Monti (come si sa, formato proprio per rispondere alle richieste inviate dalla Commissione europea tramite apposita lettera) o, in maniera più sfumata, ad altri Governi "tecnici".

[123] Così, ad es., il punto 3. *Agricoltura e pesca – made in Italy*, oltre al già richiamato punto 13.

[124] Così, il punto 29, esplicitamente dedicato all'*Unione Europea*.

Ne è risultata l'indicazione nel Contratto – ossia in un atto che, teoricamente, avrebbe dovuto contenere impegni reciproci fra le parti e nei confronti dell'elettorato – "fini" e "obiettivi" rispetto ai quali il Governo non appariva passibile di alcuna responsabilità politica, poiché le azioni che potevano davvero concretizzare quei fini e quegli obiettivi necessitavano di essere svolte da soggetti diversi o, al più, insieme a terzi. Non passibile di responsabilità politica ed esente pure, largamente, da quella giuridica, giusta la delibera del Senato di negazione all'autorizzazione a procedere nei confronti del Vice-presidente Salvini con riguardo ad azioni che concretizzavano gli estremi di una perseguibilità penale per reati di estrema gravità[125]. Non v'è spazio in questa sede per argomentare le ragioni per cui chi scrive non ritiene affatto convincenti gli argomenti addotti a sostegno della qualifica di quelle azioni come atti politici e della sussistenza dell'esimente del perseguimento di un preminente interesse pubblico[126]. Dal nostro angolo visuale è necessario, piuttosto, rilevare l'assenza, da un lato, della competenza del Ministro dell'Interno in materia e, dall'altro, di un qualunque atto tipico dell'azione governativa (circolare, direttiva o delibera consiliare); assenze che hanno reso il Contratto di governo (o meglio, l'asserita inquadrabilità delle decisioni del Ministro entro il – vago – punto programmatico dedicato all'immigrazione) un elemento centrale nella memoria difensiva del sen. Salvini[127].

Ma il quadro dei rapporti fra Contratto di governo e azione governativa sin qui offerto è da considerarsi ancora del tutto parziale, nella misura in cui è riferito solo a quanto è stato *incluso* nello stesso, mentre, in realtà, non è soltanto ciò che è scritto nel Contratto ad essere rilevante, quanto pure ciò che *non* vi è scritto e la maniera in cui le "parti contraenti" si sono atteggiate dinnanzi al non-previsto, perché *volontariamente escluso* o perché *non prevedibile*.

Dinnanzi a ciò che è stato volontariamente escluso per impossibilità di giungere ad un accordo fra le parti, infatti, posta la reciproca distanza ideologica, è rimasta sempre latente la possibilità che una delle due cercasse di riproporre azioni caratterizzanti il proprio progetto politico, facendosi scudo del silenzio contrattuale. E, difatti, episodi di questo genere non sono mancati nella prassi e hanno visto il Contratto fungere da argine per frenare l'attuazione o la semplice messa all'ordine del giorno di un punto gradito ad una sola delle forze politiche[128].

Ma è soprattutto nella sfera del non-previsto perché non-prevedibile che si è manifestato in tutta la sua evidenza un ineludibile limite dell'impostazione "contrattuale" nella definizione della piattaforma programmatica, ossia quello derivante dall'ontologica incompatibilità fra relazioni politiche e pretese di "ingabbiamento" in forme privatistiche (o in effetti, più in generale, in forme eccessivamente predefinite): se compito della politica è quello di offrire una visione del mondo e della società, che di volta in volta si attua e concretizza nelle scelte che Parlamento e Governo sono chiamati ad operare in relazione alle condizioni, sempre mutevoli, cui devono misurarsi nel corso della legislatura, il fattore-tempo è uno degli attori sul campo e richiede una perenne attività di valutazione e ri-valutazione nella concretizzazione delle politiche che meglio possano rispondere alle

[125] Il riferimento è alla vicenda della nave Diciotti, in relazione alla quale il testo della domanda di autorizzazione a procedere è reperibile in http://www.giurcost.org/cronache/index.html e il testo del resoconto sommario della seduta della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del 19.2.2019 in https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=18&id=1104872.

[126] V., fra gli altri, A. MORELLI, *Principio di legalità* vs. *preminente interesse pubblico? Il caso Diciotti e le sue conseguenze*, in *Quad. Cost.*, 2018, 898 ss.; E. SANTORO, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *Quest. Giust.*, 14.3.2019.

[127] Il testo della memoria è reperibile in *http://www.lavoripubblici.it/documenti2019/lvpb1/Memoria_Matteo_Salvini.pdf*

[128] Si pensi, ad es., all'annuncio fatto il giorno di capodanno 2019 dal Vice-Premier Di Maio di voler ridurre lo stipendio dei parlamentari, cui la Lega ha opposto l'assenza fra i punti del Contratto, o alla contesa sulla misura della castrazione chimica per coloro che si fossero resi colpevoli di reati gravi a sfondo sessuale, voluta solo dagli esponenti della Lega.

questioni emergenti ogni giorno (e ogni giorno diversamente), esponendo alla necessità di affrontare imprevisti, situazioni e congiunture non configurabili *a priori*.

In quest'area si riapre insomma, costantemente, la più libera e incondizionata necessità di mediazione delle scelte governative inattese.

A tale proposito, il Contratto disponeva di apposite prescrizioni "di metodo", che imponevano la leale collaborazione, il raggiungimento di un nuovo accordo sulle misure da adottare e, ove si fosse registrata l'impossibilità di giungere ad un accordo, l'intervento del fantomatico del Comitato di conciliazione. Vi si prevedeva, inoltre, la possibilità di un nuovo accordo "di medio termine" che seguisse alla valutazione dello stato di attuazione del Contratto a metà della legislatura e, eventualmente, lo integrasse con nuovi punti, ove ritenuti opportuni o necessari.

Questi impegni, tuttavia, collidevano con le scelte di impostazione e di struttura della compagine governativa sopra riferite: una struttura che nella sua dualità ha rispecchiato, nel corso della vita del Governo, quella indisponibilità alla sintesi politica che già in sede di redazione del Contratto aveva prodotto una mera sovrapposizione di punti programmatici, piuttosto che l'individuazione di un punto di incontro fra diverse visioni del mondo. Una conferma di questa indisponibilità, per certi versi ultimativa, può ricavarsi pure dalla mancata costituzione del Comitato di conciliazione, emblema della scarsa volontà delle parti di individuare sedi e luoghi di reale confronto e dibattito.

Un riflesso di queste scelte può agevolmente rinvenirsi nella prassi dell'azione del Governo Conte I riferita a quanto di "nuovo" e non-previsto è stato chiamato ad affrontare. Esemplare è sicuramente stata la gestione dell'emergenza seguita al crollo del ponte Morandi di Genova, in cui la dualità governativa ha comportato un'assolutamente inusuale attesa prima di giungere al primo dei provvedimenti di Governo. Ma nello stesso senso sembra potersi leggere anche il frequente e abnorme ricorso alla prassi distorsiva dei cd. decreti-legge "salvo intese"[129] e della loro pubblicazione tardiva[130], che (oltre ad essere coincidenti con una strategia propagandistica relativa a provvedimenti dei quali non esisteva, in realtà, la sostanza) sono stati un chiaro indice della frequente mancanza di condivisione e sintesi politica anche su ciò che era, sia pur solo parzialmente, nuovo rispetto al Contratto.

7. *Il "contratto" nella relazione partiti-Parlamento-Governo, nella prassi del Governo Conte I*

Quanto fin qui rilevato possiede evidenti implicazioni sulla configurazione della relazione fiduciaria fra Parlamento e Governo. Il Contratto di governo, infatti, ha replicato nella sua interazione con le dinamiche fiduciarie molte delle caratteristiche tipiche degli accordi di governo, ma con taluni elementi di specificità legati agli irrigidimenti sin qui evidenziati.

Occorre innanzitutto ricordare quanto già sopra si segnalava, ossia che il Contratto, esplicitamente, pretendeva di estendere i propri effetti oltre i due soggetti contraenti: il punto 1, significativamente rubricato "*Il funzionamento del Governo e dei Gruppi Parlamentari*", impegnava i contraenti a «garantire la convergenza delle posizioni assunte dai gruppi parlamentari» e a stabilire

[129] Su cui v., di recente, A. DI CHIARA, *Due prassi costituzionalmente discutibili: delibere del Governo "salvo intese" e pubblicazione tardiva dei decreti legge*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2019.

[130] Il "decreto Genova" ha richiesto 15 giorni di attesa; il "decreto agricoltura" 22 giorni; il decreto "sblocca cantieri" è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale dopo ben 29 giorni dalla sua presentazione e il "decreto crescita" dopo – fatto inedito – *due diverse* deliberazioni del Consiglio dei Ministri e 26 giorni di attesa.

«insieme il lavoro in ambito parlamentare», oltre a dedicare un apposito sotto-paragrafo alla "*cooperazione tra gruppi parlamentari"*. Si trattava di impegni che implicavano l'idea di poter esercitare la forza "contrattuale" verso l'attività di terzi (singoli parlamentari e relativi gruppi) negando così la loro distinta soggettività e la loro autonomia funzionale[131]. Idea pericolosa, che sottende quella della sovrapponibilità fra lavoro governativo e lavoro parlamentare e che preannunciava un intervento pervasivo del Governo (o meglio, come vedremo, dei *leader* dei partiti politici che in esso si fondevano) sull'attività legislativa, in evidente conflitto con le disposizioni costituzionali che attribuiscono l'esercizio della funzione legislativa al Parlamento e configurano un esattamente inverso rapporto di forza fra i due organi (è il Parlamento a dover legittimare l'azione del Governo, conferendo la fiducia; non certo l'opposto). Infine, si trattava di impostazione evidentemente incompatibile con l'art. 67 Cost., la cui proposta modifica sembrava voler essere anticipata "a Costituzione invariata" dagli impegni contrattuali.

Se ciò è vero, allora le usuali implicazioni degli accordi di governo sulle dinamiche fiduciarie di cui si diceva sopra (determinate dal fatto che l'accordo costituisce l'antecedente politico di atti e conseguenze istituzionali: la delibera del programma di Governo su cui si poggia la mozione di fiducia), risultavano, ancora una volta, trasfigurate dal Contratto. Più precisamente, pur non potendo considerarsi del tutto inconsueto che la fiducia parlamentare sia stata accordata in relazione a dichiarazioni programmatiche che facevano espressamente rinvio al Contratto (poiché ciò – in maniera implicita o esplicita – ha sempre caratterizzato la fiducia dei Governi fondati su accordi di coalizione[132]), deve ritenersi inedito, invece, che, accordando quella fiducia, le Camere abbiano accolto l'impostazione "contrattuale" dell'accordo di governo e offerto il loro consenso alle sopra menzionate clausole, accettando così, implicitamente, l'ipotesi di far guidare la loro attività interna dai due Vice-presidenti contraenti.

In questo senso, se il Contratto fosse stato davvero vincolante e la sua attuazione non si fosse esaurita nell'alveo delle dinamiche politiche, ci saremmo trovati dinnanzi ad una violazione costituzionale di particolare gravità. Tuttavia, la permanente possibilità, sul piano politico, per i singoli parlamentari, i gruppi e capigruppo di discostarsi da quella piattaforma programmatica o dalle indicazioni "di metodo" poste dal Contratto ha offerto una parziale rassicurazione (pur se il segnale istituzionale e, più latamente, culturale e politico deve essere valutato con estrema serietà).

Guardando a queste considerazioni da altro angolo visuale, bisogna però osservare pure che la persistente autonomia e libertà dell'esercizio delle funzioni parlamentari ha esposto il Contratto – al pari dei pregressi accordi – alle consuete eventuali inattuazioni, attuazioni parziali o difformi ogniqualvolta occorresse una traduzione dei punti contrattuali in atti normativi. Di conseguenza, ha esposto il Governo a possibili crisi determinate dal mancato rispetto, da parte di uno dei gruppi parlamentari o di un numero consistente di parlamentari dissenzienti, degli impegni assunti in sede di accordo e "approvati" mediante fiducia.

Così, se il primo effetto dell'incorporazione del Contratto al momento della mozione di fiducia è stato il rischio di rendere il Parlamento un mero ratificatore di un indirizzo politico determinato esclusivamente in sede esecutiva, questo effetto si è attenuato in maniera crescente con il passare del tempo e in misura direttamente proporzionale alla vaghezza e/o ampiezza dei punti contrattuali di

[131] Avvertiva circa la fallacia e limiti (anche politici) di questa impostazione già A. D'ANDREA, *Accordi*, cit., 93 ss., che addirittura promuoveva la partecipazione dei gruppi parlamentari (nella persona dei Presidenti) alle trattative relative alla determinazione dei contenuti dell'accordo, al fine di riconoscere la rilevanza della loro autonoma soggettività e di assicurare il sostegno parlamentare effettivo (e, di conseguenza, la stabilità governativa).
[132] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo*, cit., 77 s.

riferimento, restituendo così al Parlamento (e alle forze politiche in esso rappresentate) il ruolo di possibile co-determinatore dell'indirizzo politico.

Nel corso della legislatura è, infatti, tornata ad essere cruciale la relazione fra partiti e gruppi parlamentari nell'attività di direzione delle scelte normative, ossia delle decisioni da cui dipendono le sorti del Governo. In questo senso il Contratto non solo non è riuscito ad interrompere, ma anzi ha confermato e per certi versi, paradossalmente, rafforzato l'ordine "partitocratico" che, con alterne vicende, ha caratterizzato tutta la storia repubblicana[133]. In quest'ottica, infatti, a rilevare non è stata tanto (o solo) la qualifica di Vice-presidenti del Consiglio dei due soggetti contraenti, quanto piuttosto quella di "capi politici" delle rispettive forze di governo. È stata questa loro veste a qualificare le clausole di metodo sopra ricordate e a conferire loro una certa attendibilità dal punto di vista politico: la pretesa sembrava quella di guidare il Governo come Vice-premier "insieme responsabili" della traduzione dei punti contrattuali in azione governativa e, contemporaneamente, di guidare l'attività dei gruppi parlamentari come capi politici delle rispettive forze di maggioranza. Due "super-delegati" di partito, insomma, snodo e perno anche nella triangolazione con gli organi parlamentari: ancora una volta, "qualcosa di nuovo …, anzi (molto) d'antico".

Per verificare se questa seconda pretesa sia riuscita a trovare rispondenza nella prassi, giova allora guardare ancora all'attività del Governo Conte I, nel rapporto con il Parlamento, per valutare se davvero i due contraenti abbiano potuto esercitare questo doppio ruolo e se la loro duplice veste abbia avuto delle implicazioni nell'ambito delle vicende fiduciarie legate all'attuazione del Contratto. Un tale riscontro, ovviamente, sconta i limiti oggettivi legati alla stasi di cui prima si diceva: se l'azione effettivamente attuativa del Contratto è stata notevolmente contenuta, conseguentemente lo è anche la possibilità di verificare l'impatto di quest'ultima sulla relazione fiduciaria. Tuttavia, è possibile individuare qualche dato interessante soprattutto nell'attività parlamentare del mese di marzo, che ha visto le Camere esprimersi in relazione a due votazioni "personali": la doppia mozione di sfiducia individuale nei confronti del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti Toninelli e la sopra ricordata autorizzazione a procedere nei confronti del Vice-presidente e Ministro dell'Interno Salvini[134]. In entrambi i casi si è potuta riscontrare la dinamica "incrociata" tipica del supporto parlamentare ai governi di coalizione, che implica l'impossibilità di successo delle sfiducie individuali, se non al prezzo della crisi dell'intero Governo[135]. Entrambe le delibere hanno infatti confermato il sostegno parlamentare all'Esecutivo, ma hanno rappresentato due situazioni sostanzialmente diverse: mentre il Ministro esponente del M5S ha potuto contare sulla sola

[133] V., per tutti, L. ELIA, *Governo*, cit., *passim*; S. GAMBINO, *Partiti politici e forma di governo*, Napoli, 1977, 45 ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 66 ss.; S. BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici. Riflessioni sull'evoluzione della dottrina costituzionalistica italiana*, Milano, 1993, 91 ss.; M. CALISE, *Dopo la partitocrazia*, cit.; S. GAMBINO, *Dal «governo di coalizione» al «semipresidenzialismo temperato»: alcune osservazioni sulla forma di governo (tra Costituzione, realtà e proposte di revisione costituzionale)*, in S. LABRIOLA (a cura di), *La transizione repubblicana. Studi in onore di Giuseppe Cuomo*, Padova, 2000, 195 ss.

[134] Per l'accostamento delle delibere sull'autorizzazione a procedere alle votazioni sulle mozioni di sfiducia individuale, dal versante del rapporto fra partiti, Parlamento e Governo, v. L. VENTURA, *Il governo*, cit., 59 s.

[135] Cfr., per tutti, A. MANNINO, *Indirizzo*, cit., 390, che parla di fiducia "partitica" che viene registrata dal Parlamento e L. VENTURA, *Il governo*, cit., 17 s., il quale ne deduce che «si può dire che i partiti danno la "fiducia" al governo al momento stesso in cui giungono all'accordo di coalizione, da cui discende la copertura stessa dell'organo» cosicché, in sostanza, si delinea una «*fiducia incrociata* da parte di ciascun partito verso i ministri appartenenti agli altri partiti. La fiducia votata dal Parlamento al Governo risulterebbe da una *somma di "fiducie" incrociate*». Da ciò, l'A. deduce ulteriormente (p. 45) «la pratica impossibilità che si verifichi un caso di mozione di sfiducia individuale destinata al successo» poiché «a meno che non sia lo stesso partito di appartenenza a revocare la "fiducia" al ministro (che in questo caso si dimetterebbe, non avendo davanti a sé alcuna altra strada praticabile), si presume che questi abbia (come in effetti ha) la solidarietà in Parlamento della sua parte politica; pertanto una eventuale sfiducia individuale, votata dagli altri partiti della maggioranza, farebbe venire meno l'accordo di coalizione».

maggioranza governativa, in cui la quota appartenente al suo movimento è stata ridotta nel corso dei mesi dalle espulsioni o dal cambiamento di gruppo parlamentare degli esponenti dissidenti[136], il Vice-Presidente segretario della Lega ha potuto contare anche sull'appoggio "esterno" dei precedenti alleati (con i quali ha *medio tempore* condotto, con successo, importanti competizioni elettorali locali).

Ulteriori elementi interessanti, con riferimento al rapporto fiduciario, possono essere tratti pure dal frequente uso della questione di fiducia. I dati circa il ricorso allo strumento confermano infatti un ampio utilizzo, in linea con il *trend* delle ultime legislature[137], combinato peraltro ad ulteriori elementi che ne hanno rafforzato l'attitudine precludente il dibattito parlamentare: spesso la questione di fiducia è stata apposta nell'ambito della conversione in legge di decreti-legge o di provvedimenti controversi e dibattuti (mille-proroghe, decreto sicurezza e immigrazione, decreto fiscale, decreto semplificazioni, decreto su reddito di cittadinanza e quota 100), dimostrando così l'esigenza di "compattare la maggioranza" in relazione a punti centrali del programma di governo. La necessità di ricorrere alla questione di fiducia insomma, in certo senso, ha attestato l'inesistenza di un'autonoma forza vincolante del Contratto, poiché ha dimostrato che per la sua attuazione il Governo è rimasto costretto a ricorrere a strumenti ulteriori.

Per altro verso, invece, occorre svolgere un'analisi combinata del ricorso alla questione di fiducia con quella dei punti programmatici cui si è riferita poiché, in linea teorica, si sarebbe potuto immaginare che l'esplicita menzione del Contratto al momento della richiesta della fiducia alle Camere potesse imbrigliare più del passato la questione della fiducia, obbligando il Governo ad un riferimento ad un *punto contrattuale* al fine di dimostrare l'effettiva crucialità del voto parlamentare per l'attuazione del programma di governo. Si tratta, ovviamente, di considerazione che riguarda solo quanto "prevedibile" al momento del Contratto e sulla quale, quindi, il fattore-tempo esercita ancora una volta una sicura rilevanza: ulteriori o diversi punti ivi non inclusi avrebbero potuto, mutate le circostanze politico-sociali ed economiche, divenire cruciali; rimaneva, inoltre, non precludibile *a priori* l'apponibilità della questione di fiducia in relazione a fattispecie nuove e non prevedibili[138]. In realtà, a ben vedere, la prassi ha smentito pure l'ipotesi di una potenziale vincolatività del Contratto al fine del contenimento della questione di fiducia, poiché la vaghezza dei punti di cui si componeva ha reso possibile accompagnare la "blindatura" dei testi normativi proposti dal Governo in relazione alle più diverse concretizzazioni dei punti contrattuali. Basti rilevare che la questione di fiducia ha accompagnato proprio quei decreti che, come abbiamo visto[139], hanno dovuto rimodulare significativamente gli impegni assunti in sede contrattuale in ragione delle richieste europee[140].

Da questo punto di vista, allora, non sembra potersi registrare alcun "cambiamento" rispetto ai pregressi Governi, se non forse nel senso di un salto qualitativo nella pretesa dell'Esecutivo di espropriare il Parlamento di buona parte della sostanza della funzione legislativa. Non può non menzionarsi, a tal proposito, l'inedita gravità dell'interferenza governativa nella procedura di

[136] A tal proposito, non estranea al discorso è apparsa la "politica delle espulsioni" dai gruppi parlamentari da parte del M5S, che ha evidentemente ponderato l'esigenza di sanzionare comportamenti dissidenti con quella della necessaria consistenza numerica dei gruppi, prediligendo – in condizioni di pari gravità delle assenze o di voti non conformi alle indicazioni dei capogruppo – l'espulsione dal gruppo della Camera dei Deputati, piuttosto che da quello del Senato (ove lo scarto della maggioranza era più esiguo). Ciò dimostra che, effettivamente, il Governo e l'attuazione del Contratto hanno dovuto interloquire con soggettività autonome in sede parlamentare.

[137] Secondo il monitoraggio Openpolis, il 50% dei decreti del governo Conte I ha necessitato di almeno un voto di fiducia per diventare legge.

[138] Com'è, ad esempio, accaduto, con il d.l. n. 109 del 2018 (cd. "decreto-Genova").

[139] V. *supra*, par. 6.

[140] Così, fra i molti esempi possibili, il d.l. n. 4 del 2019 (su reddito di cittadinanza e "quota 100").

approvazione della legge di bilancio per il 2019, che, per la prima volta nella storia repubblicana, ha impedito alle Camere la stessa *conoscenza* del testo di legge da approvare. Si ricorderà infatti che il testo, concordato all'esito di un lungo confronto con la Commissione europea, è stato trasfuso in un maxi-emendamento governativo fortemente innovativo dell'impianto originario della legge, sul quale è poi stata posta la questione di fiducia. Si è così impedito *non solo* il dibattito in Assemblea – cui purtroppo l'esperienza di questi ultimi anni ci aveva già abituato – ma *anche* l'esame da parte della Commissione Bilancio[141].

Un salto qualititativo, si diceva, che nei fatti ha confermato quanto già si era potuto desumere dalle scelte svolte in sede di delineazione dell'accordo di governo e che conferma come quelle scelte si riverberino sulla concezione stessa della rappresentanza e sugli equilibri fra i poteri dello Stato posti dalla Costituzione a presidio del principio democratico.

In chiusura della presente indagine, non può non menzionarsi, infine, la totale *estraneità* del Contratto dalle vicende che hanno condotto il Governo Conte I verso la sua fine, segnata da un conflitto fra Vice-Presidente e Presidente del Consiglio che solo in maniera marginale ha riguardato lo stato di attuazione dei punti programmatici concordati. Si è trattato di una crisi che è rientrata «nella fenomenologia più comune delle crisi di governo italiane: quelle causate dalla rottura della coalizione di governo»[142] e che ha dimostrato l'impossibilità di ingabbiare le dinamiche fiduciarie, quali che ne siano i contenitori formali.

Quelle forme e quei contenitori devono piuttosto interessare il costituzionalista per la cultura politico-istituzionale che riflettono e per il rischio che recano di produrre prassi integrative del disposto costituzionale relativo a Governo e forma di governo non compatibili con i princìpi desumibili da quel disposto e con il perimetro ivi tracciato.

[141] Per il contingentamento dei tempi, v. la ricostruzione operata nel ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato da alcuni parlamentari della minoranza e riportata in nt. 1 in F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi.it*, 20.2.2019. Sulle numerose questioni di rilevanza costituzionale sollevate dalla procedura, v., fra i molti, M. CAVINO, *L'avvocato del popolo e il curatore fallimentare della Repubblica*, in *lacostituzione.info*, 25.12.2018; S. CURRERI, In memoriam *del giusto procedimento legislativo*, *ivi*; G. DI COSIMO, *"Come si può deliberare senza conoscere?"*, *ivi*; A. MORELLI, *L'elettore "buon selvaggio" e il Parlamento esautorato: i mostri della nuova mitologia politica e gli strumenti per fronteggiarli*, *ivi*, 26.12.2018; G. SALERNO, *La legge di bilancio per il 2019 tra vincoli europei e rivendicazioni sovraniste: una questione di metodo*, *ivi*, 26.12.2018; C. BERGONZINI, *Sessione di bilancio 2018: una ferita costituzionale che rischia di non rimarginarsi*, in *lacostituzione.info*, 27.12.2018; G. PISTORIO, Fiat iustitia ne pereat mundus. *Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia. Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2019, 135 ss.

[142] Cfr. M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse e qualche numero sulla crisi di governo dell'agosto-settembre 2019, in prospettiva storica*, in *Federalismi.it*, 4.9.2019, 5.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL REGIONALISMO DIFFERENZIATO DEBOLEZZA TEORICA E PRATICA DEL CONFLITTO*

SANDRO STAIANO

1. *Una catastrofe discorsiva*

Sul tema del regionalismo differenziato si sta consumando una catastrofe discorsiva: studiosi che possono vantare, in tema di autonomie, itinerari analitici estesi e profondi, che li hanno condotti a costruzioni raffinate e problematiche, si armano l'un contro l'altro con le retoriche del conflitto, abbandonando il metodo scientifico. E, come forse era accaduto solo all'epoca del referendum del 2016 sulla "riforma" costituzionale, con piglio ideologico e un certa ferocia si prova il filo dei ferri corti sugli argomenti dell'interlocutore individuato come avverso, anche a prezzo di guastare antiche amicizie.

È una catastrofe perché, in questo modo, alcune delle menti più brillanti del regionalismo si lasciano ottenebrare, e limitano severamente la propria capacità di elaborazione – che sempre andrebbe messa alla prova del confronto, disponibile alla "falsificazione", nell'ambito della comunità degli studiosi, con gli strumenti specifici della scienza giuridica – lasciandosi trascinare sul campo di battaglia della *politique politicienne* (e non certo di quella di maggior pregio, perché questa è viziata da «mentalità populista», da quel tipo di mentalità populista – non nuovo, ma ora in auge con rinnovata virulenza – che si potrebbe denominare "territoriale").

2. *Legiferare per fratture secondo «mentalità populista»*

Tutto questo dipende anche dal modo in cui la questione è stata affrontata in sede politico-istituzionale, ove tutto sembra essere ora pensato per aggravare fratture.

---

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.
Il presente scritto è destinato alla pubblicazione nel volume *Quale rilancio per le autonomie territoriali?* (ISSIRFA-Unibs, 2020) – a cura di Adriana Apostoli, Mario Gorlani e Nadia Maccabiani – che raccoglie gli atti del Convegno tenutosi all'Università di Brescia il 24 maggio 2019.

Sarebbe stato invero difficile escogitare un meccanismo di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. più disallineato dai princìpi costituzionali e più orientato a suscitare conflitto di quello incentrato sulla traslazione del procedimento stabilito per le intese tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica dall'art. 8, c. 3, Cost.: alla base l'idea che il rapporto tra lo Stato e le Regioni debba essere ricondotto a matrice para-internazionalistica, quasi come tra ordinamenti indipendenti e sovrani, con la riduzione del Parlamento a ruolo di ratifica senza possibilità di emendamento di quanto stipulato dal Governo (taluni tra gli ecclesiasticisti hanno ascritto le intese in discorso a «una formazione ordinamentale che trova espressione e si perferziona al momento stesso in cui esse si concludono»: cfr. G.V. PATIERNO, *L'attuazione delle disposizioni costituzionali in tema di rapporti tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Amministrativ@mente*, n. 6, 2009, p. 8.). E proprio di questo si tratta, negli intendimenti di chi ha proposto una siffatta modalità: infatti, quando la dottrina più attenta alle ragioni di una messa in opera conforme a Costituzione di un tale meccanismo ha ricercato precedenti nelle procedure parlamentari, per stabilire in quali forme si potesse evitare di porre le Camere innanzi a un dilemmatico "prendere o lasciare", li ha trovati nel caso della revisione dei Patti Lateranensi, ove era sicuramente in campo il rapporto tra soggetti «ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani» (R. BIN, *La "secessione dei ricchi" è una fake news*, in *lacostituzione.info*, 16 febbraio 2019: « … se al Parlamento non piace qualcosa dell'intesa, sospende la discussione e vota un ordine del giorno con cui invita il Governo a riaprire i negoziati. Lo si è fatto nel 1984, quando si trattava di approvare il "nuovo Concordato" con il Vaticano»).

E poi tenere segreti i contenuti di quelle "pre-intese", concluse con tre Regioni del Nord (Veneto, Lombardia, Emilia-Romagna) da un governo ormai al proprio esito, sullo scorcio estremo della passata legislatura, ha rivelato una concezione delle relazioni politico-istituzionali e del discorso pubblico aliena dalla Costituzione: è la concezione propria della «mentalità populista», come si diceva.

La «mentalità populista», in questa difficile fase della democrazia italiana, domina la scena partitica: i partiti che da quella mentalità sono permeati, organizzati secondo concentrazione personale del potere, praticano – con maggiore o minore fortuna, con maggiore o minore perizia – tecniche di "rispecchiamento" delle pulsioni, rilevate puntualmente e quotidianamente. I partiti che quella mentalità contrastano, almeno allo stato attuale delle cose, non riescono a opporre un'efficace elaborazione culturale e politica, e talvolta dimostrano una visione offuscata delle cose e l'incapacità di strategie innovative e di soluzioni all'altezza delle grandi questioni del nostro tempo.

Tutte queste forze hanno difficoltà a maneggiare la complessità. I partiti "a mentalità populista" perché la negano, per statuto ideologico e culturale, presentandola come un'artificiosa costruzione, un inganno dei ceti dominanti a danno del "popolo" (nella specie, dei "popoli del Nord"); gli altri perché hanno smarrito gli strumenti culturali e politici per "addomesticarla".

Sta di fatto che il regionalismo differenziato è questione di straordinaria complessità; e riformare il sistema delle autonomie secondo differenziazione è impresa non lieve, che non tollera scorciatoie ideologiche né carenze culturali né difetti di analisi.

Consapevolezza culturale: va tenuta ferma la stretta connessione che, nella disciplina costituzionale, lega unità e autonomia; e di questa stretta connessione la lettura più convincente e innovativa che ne è stata fatta: non possiamo non dirci bertiani, oggi più che mai, quando guardiamo all'art. 5 Cost., alla posizione da esso fatta alle autonomie locali che la Repubblica «riconosce e garantisce». Giorgio Berti concepisce l'autonomia come «faccia interna» della sovranità dello Stato, un modo d'essere della Repubblica, la quale però rimane una e indivisibile. E sotto il segno

dell'autonomia vede prefigurata la trasformazione dello Stato di diritto in Stato sociale: lo Stato di diritto è storicamente accentrato; lo Stato sociale è «Stato sociale delle autonomie». Una trasformazione «rivoluzionaria» (G. BERTI, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, p. 277).

Ma se Stato sociale deve essere, e per quanto le autonomie dello Stato sociale debbano far da motore, e per quanto l'affermazione di esse sia la condizione necessaria per tenere il "verso" della trasformazione orientato a quell'esito «rivoluzionario», tuttavia non può dissolversi l'unità della Repubblica.

Non v'è, infatti, nessun caso, nell'esperienza storica, di Stato sociale, ispirato a principio di eguaglianza, che abbia potuto mettere in conto la dissoluzione dell'unità: il *welfare* è unitario e centralizzato nella sua propulsione prima; i soggetti di autonomia corrispondono ai diritti sociali in un quadro di cooperazione con il centro, secondo logica di perequazione dal centro guidata.

3. *La Costituzione disattesa e la sua matrice storica dimenticata*

Nei lavori dell'Assemblea Costituente, al cospetto delle preoccupazioni per i rischi a cui si riteneva l'autonomia esponesse l'unità dello Stato e dell'avversione ideologica dei liberali (e anche di parte comunista), è chiaro che l'affermazione del principio di autonomia guarda a due obiettivi maggiori: la democratizzazione e la composizione della frattura Nord-Sud.

Teniamo da parte, in questa sede, il tema delle autonomie speciali: i costituenti le considerano un fatto compiuto, che non si può mettere in discussione. Orlando, per esempio, rileva come si tratti di situazioni oramai prestabilite dal punto di vista giuridico e politico: rimetterle in discussione sarebbe un tradimento (Vittorio Emanuele Orlando, AC, 13 giugno 1947, p. 4779).

Per il resto, l'idea dei costituenti è quella di una democratizzazione per decentramento e per superamento delle asimmetrie su base territoriale. Tali nodi si giocano sulla costruzione del "tipo" di Stato: la strada è la regionalizzazione, dopo che i barlumi di autonomia – successivi alla fase di "piemontesizzazione" dell'Italia – si erano inabissati nel regime fascista.

Occorreva, dunque, regionalizzare; e, regionalizzando, superare le fratture territoriali, nella prospettiva di democratizzare il sistema e acquisire pienamente il Mezzogiorno d'Italia alle ragioni della democrazia.

Ci troviamo così di fronte a un primo punto fermo: se vogliamo corrispondere ai caratteri originari del nostro assetto costituzionale, dobbiamo concepire la regionalizzazione come strumento per il superamento delle asimmetrie territoriali e non, evidentemente, come fattore di una loro cristallizzazione.

I costituenti stabiliscono in proposito coordinate molto chiare; e il loro livello di elaborazione, di analisi, di capacità discorsiva è molto elevato: se la regionalizzazione è una forma di democratizzazione, rivolta al superamento dell'asimmetria territoriale e alla soluzione della risalente questione meridionale, al cuore della riflessione si porrà un problema fiscale. Gli interventi di Einaudi mettono in guardia dal costruire un assetto che favorisca la corruzione politica e l'aggravamento delle diseguaglianze territoriali; dal produrre un contesto in cui siano avvantaggiate le Regioni con maggiore influenza politica (ed economica), lasciando di conseguenza nell'arretratezza quelle che partono da condizioni sfavorevoli. Le Regioni, dunque, dovranno avere una finanza: una finanza che si potrebbe chiamare propria o, meglio, in partecipazione con altri enti (il Comune e lo Stato). Einaudi

vede lo spettro di un intollerabile sovraccarico fiscale, che deriverebbe ai cittadini dalla moltiplicazione dei centri di spesa. Pertanto, alla finanza regionale occorrerà porre dei limiti (Luigi Einaudi, AC, Seconda Sottocommissione, 21 luglio 1946, p. 56 ss.).

Nei caratteri originari, vi è anche la stretta correlazione tra regionalizzazione e contesto partitico. Questo non può essere dimenticato: i partiti sono i *framer* della Costituzione, rappresentandone il fattore soggettivo, il motore di una democratizzazione che sarebbe dovuta passare anche attraverso una regionalizzazione dei partiti. Quando osserviamo questo punto da vicino, ci accorgiamo di essere di fronte ad un problema di attuazione del modello costituzionale.

È partendo da un simile quadro (anche di tipo genetico) che occorre chiedersi cosa stia avvenendo in ordine al tema della differenziazione e come vadano articolati i relativi schemi decisori.

I nodi sono ineludibili: ci si trova di fronte, ancora una volta, a un intervento decisivo quanto alla distribuzione delle funzioni; ma si è dimentichi delle tecniche da mettere in campo.

Gian Candido De Martin, presentando i nostri lavori, ha fatto riferimento ai cosiddetti "settori organici": i settori organici potrebbero essere forse considerati oggi un pezzo di archeologia, ma lo stesso non potrà mai dirsi della tecnica dell'analisi delle funzioni, che è alla base della elaborazione nella quale essi sono contemplati.

Quando si intende trasferire funzioni dallo Stato al sistema delle autonomie (o a determinati soggetti di autonomia; ma, anche in questa ipotesi è al sistema che occorrerebbe riferirsi, e non alle Regioni soltanto, sebbene solo queste siano dotate di potestà legislativa: le autonomie costituiscono un assetto multi-livello e non si può pensare di avere un sistema funzionante che non coinvolga gli enti sub-regionali), occorrerebbe fare precedere ogni determinazione dalla imprescindibile analisi delle funzioni, sul modello di quanto la commissione Giannini mise in opera a sostegno della migliore stagione di riforma del regionalismo italiano (quella degli anni 1975-1977). E l'esperienza recente, su tale terreno, ci offre indicazioni anche in negativo: quando l'analisi delle funzioni non è stata compiuta, o non è stata aggiornata, come nel caso della revisione del titolo V, parte II Cost., introdotta con la legge cost. n. 3 del 2001, le conseguenze sono state l'irrazionalità del riparto e l'elevata disfunzione del sistema. Quel "metodo" andrebbe di certo affinato sulla base dell'esperienza, attagliandolo anche alle risultanze della scienza economica, per orientare alla dislocazione solo quando non vi osti la prevalenza di economie di scala che impongano il trattenimento (o la riattrazione) al centro, nella sfera di competenza dello Stato: andrebbe affinato; ma è impossibile pretermetterlo.

E, invece, se si considerano le istanze che sono oggi alla base del potenziamento dell'autonomia richiesta da tre regioni settentrionali, non si riscontra alcunché di paragonabile all'analisi delle funzioni.

Ci sono alcune indicazioni generali e alcuni elenchi: elenchi che risultano però arbitrari e apodittici. E, soprattutto, appaiono viziati da una grave distorsione concettuale implicita: che a essere trasferite possano essere le «materie». Ma questo – cioè la modificazione dell'ordine costituzionale delle competenze – è precluso a un intervento che non sia di revisione costituzionale. Laddove l'art. 116, c. 3, si riferisce a «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» *concernenti* le materie, esso non consente di dislocare «materie», ma soltanto alcune funzioni in queste rientranti (e non per "blocchi" tanto estesi da "esaurire" tutte le fattispecie comprensibili in ciascuna materia).

Allo stato delle cose, in luogo dell'analisi delle funzioni, viene proposto l'assioma della inarrivabile efficienza delle Regioni del Nord, e dell'irrimediabile inefficienza di quelle del Sud e dell'amministrazione dello Stato, causata, quest'ultima, dalla "meridionalizzazione" dalla quale è

stata afflitta: in concreto, dalla circostanza che una parte molto considerevole delle classi dirigenti, delle cariche dello Stato e dei vertici delle burocrazie romane sia «venuta dal Sud» (in una variante di questa tesi, effetti deteriori sarebbero stati prodotti anche da certe particolari connotazioni antropologiche o culturali o perfino di altro tipo, dei "meridionali"). Di conseguenza, nella spartizione delle risorse *pro-capite*, le Regioni del Nord sarebbero state penalizzate quanto alla spesa pubblica regionalizzata.

Taluno perviene ad affermare che i problemi del Mezzogiorno, e il carico che ne deriva al Nord, sarebbero causati da una classe dirigente qualificabile come «indecente», perché inefficiente e corrotta.

Ora, centrale nella riflessione dei meridionalisti è sempre stato il tema della storica debolezza delle classi dirigenti meridionali, la carenza di una *élite* all'altezza dei compiti di governo, capace di concepire il tema dello sviluppo meridionale, e anzi la regionalizzazione è stata da molti di essi considerata uno strumento per innescare un processo inteso alla soluzione di questo problema. Tuttavia, mentre il nuovo secolo volge al terzo decennio, riproporre un giudizio sui vizi della classe dirigente orientato in chiave territoriale è infondato e contraddetto dai fatti: purtroppo un certo declino delle classi dirigenti riguarda indistintamente l'intero Paese. E purtroppo l'intero Paese è stato coinvolto da un'assimilazione deteriore – e segnatamente le Regioni del Nord che richiedono maggiore autonomia – sia quanto al fenomeno della corruzione, politica e non, sia quanto al radicamento della criminalità organizzata di tipo mafioso.

Questa grande cortina di fumo occulta il vuoto analitico.

4. *Difetti di analisi e distorsioni concettuali*

L'analisi delle funzioni non c'è, e a ragion veduta: in un ordinato processo di dislocazione essa dovrebbe precedere e fondare i trasferimenti, e consentire di calcolare le risorse con le quali accompagnarli. Nel caso delle tre Regioni del Nord, invece, la richiesta di trasferimento generalizzato, e non giustificato né motivato, del massimo numero possibile di «materie» (in sé irricevibile) è strumentale alla captazione delle risorse corrispondenti. Un modo indiretto per perseguire l'obiettivo vagheggiato di "trattenere" sul territorio delle singole Regioni quote delle entrate erariali statali quanto più vicine alla totalità.

Un simile obiettivo è improponibile sotto ogni profilo: logico, giuridico-costituzionale, economico e sociale. Eppure se ne tenta la giustificazione sul piano di una immaginaria "giustizia territoriale". Per farlo si estrapola, tra le nozioni di economia istituzionale, ma distorcendola in pseudoconcetto, quella di «residuo fiscale»: tra la somma dei tributi pagati in ciascuna delle Regioni del Nord (specie in tre di esse, le più "ricche e produttive", Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna) e la spesa pubblica erogata in quelle medesime Regioni – si postula – v'è una differenza positiva; i tributi pagati eccedono largamente la spesa; tale differenza è il «residuo fiscale», che è quanto le Regioni del Sud hanno sottratto e sottraggono a quelle del Nord, e che perciò debbono a esse «restituire».

Fu James M. Buchanan a definire il concetto di «residuo fiscale», volendo identificare un parametro di valutazione dell'adeguatezza dell'attività redistributiva commessa al decisore pubblico (J. M. BUCHANAN, *Federalism and fiscal equity*, in *American Economic Review*, vol. 40, 1950, n. 4, p. 583 ss.). Secondo Buchanan, i residui fiscali derivanti semplicemente dalla presenza in un

determinato territorio di cittadini dotati di maggior reddito (di questo si tratta, non certo delle maggiori virtù dei "popoli del Nord", nel caso nostro) sono eticamente giustificati, ma al decisore politico incombe garantire che, a parità di reddito, i cittadini ricevano uguale trattamento in qualsiasi parte del territorio dello Stato intendano risiedere. Insomma, il concetto di «residuo fiscale» ha senso solo se messo in connessione con lo scopo per il quale è stato elaborato: fondare politiche perequative, intervenendo sulle diseguaglianze misurabili su scala territoriale, per eliminarle.

Coloro che lo adoperano per pretendere la «restituzione» del Sud al Nord rovesciano la prospettiva, pervertendone il significato, a tacere del fatto che il «residuo fiscale» potrebbe non esistere: SVIMEZ ha dimostrato che, se nella base di calcolo del «residuo fiscale» si comprendono anche gli interessi sul debito pubblico (Residuo Fiscale Finanziario) esso si assottiglia fino a scomparire (cfr. *Nota tecnica sull'attuazione dell'autonomia differenziata a cura della Commissione SVIMEZ sul federalismo fiscale*, 10 aprile 2019, nota 5, in www.svimez.info. Cfr. altresì A. GIANNOLA, G. STORNAIUOLO, *Un'analisi delle proposte avanzate sul «federalismo differenziato»*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, n.1/2, 2018, p. 5 ss.).

Ed è poi vero che il livello della spesa pubblica *pro capite* è più basso nelle Regioni che chiedono la differenziazione a confronto con le Regioni del Sud? Non lo è affatto: ci dice ancora la *Nota tecnica SVIMEZ* che, se non si considerano i dati della Ragioneria generale dello Stato, che si riferiscono solo alla spesa pubblica regionalizzata, cioè al 43 per cento della spesa totale dello Stato, ma quelli del Sistema dei Conti Pubblici Territoriali (CPT), riferiti alla spesa erogata dalla pubblica amministrazione nel suo complesso, le Regioni che chiedono la differenziazione balzano in cima alla classifica formulata per entità dei finanziamenti, e la spesa per abitanti e per settori risulta assai minore al Sud. E i dati della Banca d'Italia confermano che la spesa primaria corrente nel Mezzogiorno è inferiore a quella nel Centro-Nord, poiché corrisponde, rispettivamente nelle due macroaree, al 12,8 e al 27,7 per cento del PIL; in termini pro capite, 10.600 euro per un cittadino residente nel Mezzogiorno, a fronte di 12.000 euro per un cittadino residente nel Centro-Nord (Banca d'Italia, *Economie regionali. L'economia delle Regioni italiane. Dinamiche recenti e aspetti strutturali*, n. 22, novembre 2019, p. 48).

Insomma, appena si dirada la nebbia della cattiva ideologia, che occulta, per vero assai imperfettamente, il reticolo degli interessi stretti intorno al "populismo territoriale", si comprende come dell'art. 116, c. 3, Cost. si intenda compiere un impiego largamente eccedente la sua *ratio*.

5. *Condizioni per trasferimenti di funzioni conformi a Costituzione*

Invero, se si fosse voluta mantenere la differenziazione entro i confini per essa stabiliti dalla Costituzione, sarebbe stata anzitutto approvata una legge costituzionale di attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost.

E, prima di farne applicazione, sarebbe stata verificata la possibilità di percorrere la strada, sempre aperta e sempre insufficientemente utilizzata (anche da parte di chi oggi rivendica competenze), del trasferimento di funzioni amministrative fondato sull'art. 118, c. 1, Cost. («Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei princìpi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza»), il quale consente la differenziazione sia "perimetrando" le funzioni amministrative *proprie* delle Regioni, delle quali non si renda necessario

l'esercizio uniforme tra gli enti di pari livello, sia conferendo *ulteriori* e *specifiche* funzioni amministrative attraverso la traslazione verticale di esse tra i livelli di governo.

E, quando si tratti del conferimento di funzioni ulteriori nelle materie di legislazione esclusiva dello Stato, la dislocazione di esse verso la Regione può essere accompagnata dalla delega della corrispondente potestà regolamentare (art. 117, c. 6), integrando a livello regionale funzione amministrativa e funzione normativa, benché di rango sub-legislativo. Tale dislocazione della funzione normativa potrebbe essere molto ampia, se fosse accompagnata da una contestuale corrispondente opera di delegificazione.

La disponibilità di questo ampio strumentario della differenziazione dovrebbe indurre a porre nella giusta dimensione l'art. 116, c. 3 Cost.: il ricorso a esso si può giustificare solo se, ai fini di un migliore esercizio delle funzioni (cioè di un esercizio meglio corrispondente a un principio di efficienza-adeguatezza), si renda necessario accompagnare alla dislocazione di funzioni amministrative (anche normative e anche normative in seguito a delegificazione), dallo Stato verso singole Regioni, la dislocazione di una quota di potestà legislativa. Quindi, traendo le fila: specifica e adeguata analisi delle funzioni e analisi di impatto (AIR), specie con riferimento agli effetti dell'attribuzione delle nuove competenze sull'organizzazione e sul funzionamento delle singole Regioni destinatarie, valutandone in via preventiva la capacità di esercitare ogni funzione da trasferire in maniera più efficiente e più corretta di quanto non possa avvenire nell'opzione alternativa della conservazione alla sfera d'azione dello Stato.

L'art. 116, c. 3, Cost. stabilisce che la devoluzione differenziata alle Regioni deve compiersi «nel rispetto dei princìpi di cui all'art. 119», cioè con esiti di perequazione. E poiché la perequazione è conseguibile appieno solo con la preliminare «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (LEP), ai sensi del'art. 117, c. 2, lett. m, Cost., la legge di devoluzione "negoziata" dovrebbe provvedere a tanto.

Se fosse necessario un periodo di transizione tra l'approvazione della legge di devoluzione e la determinazione dei LEP, la medesima legge dovrebbe stabilire con effetto immediato – cioè prima dell'avvio del processo di dislocazione delle funzioni – un criterio di perequazione, assumendo a riferimento i Conti Pubblici Territoriali (CTP), e dunque determinando un fabbisogno standard a costi standard, sulla base del quale ripartire equamente le risorse tra le Regioni, al fine di garantire livelli essenziali si assistenza (LEA), compatibili, in ciascun territorio, con le risorse di bilancio.

In tal modo sarebbe stroncata ogni velleità di ottenere un effetto di "trascinamento" brutale delle risorse attraverso una dislocazione massiccia delle funzioni.

Poiché, se fosse altrimenti, se si affermasse una modalità di devoluzione disordinata, immotivata e irragionevole, e andasse a segno il tentativo di captare grandi risorse senza perequazione territoriale, non verrebbero in gioco solo le sorti del Mezzogiorno. Verrebbero in gioco, e radicalmente, le sorti del *welfare* italiano. Un siffatto processo, invero, coinvogerebbe, compromettendoli, gli indici fondamentali dello sviluppo umano: salute, e dunque aspettativa di vita, risorse, istruzione.

E sarebbe minacciata la tenuta dell'economia del Paese, poiché la vagheggiata costituzione di «piccole patrie» economiche su scala regionale è insensata in tempo di globalizzazione.

In ultima istanza, sarebbe destinata a dissolversi l'unità della Repubblica.

GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

IL FORUM

LE SFIDE DELLA DEMOCRAZIA DIGITALE*

Introduzione al *Forum*

MARILISA D'AMICO

Una delle sfide di tutti gli ordinamenti democratici oggi riguarda l'impatto e le regole che i nuovi mezzi informatici hanno e potrebbero avere sulla natura della democrazia.
Per questo motivo abbiamo voluto interrogare nel forum studiosi che da tempo e prima di altri si sono occupati di questi temi e, in generale, cominciare a porre anche come Associazione questo tema come campo di osservazione e di studio centrale per i costituzionalisti, giovani e meno giovani.
Nella griglia di domande poste agli studiosi abbiamo voluto, senza una pretesa di completezza, affrontare una serie di profili critici ormai evidenti.
Gli strumenti informatici stanno trasformando profondamente il modo di formazione del consenso: possono essere un'occasione utilissima per consentire alla "rappresentanza" e anche ai "rappresentanti" di comprendere meglio le esigenze di chi viene rappresentato, ma possono anche trasformarsi in un'arma letale della "democrazia rappresentativa e, in ultima istanza, della rappresentanza democratica". La stessa politica che, come dimostrato anche dagli scienziati, segue il consenso e interroga quotidianamente sondaggi alla luce dei quali "cavalca" i temi, come è chiaro, rischia di smarrire totalmente la sua autonomia e credibilità. Al tempo stesso, problematiche enormi si aprono se non è chiaro il livello elevatissimo di manipolazione del consenso che deriva dalla profilazione in rete degli utenti e dall'uso dei dati per finalità di targetizzazione elettorale e politica, alla luce anche della poca trasparenza nella gestione e nella proprietà delle società informatiche e delle cd. "piattaforme", specie quando vengono utilizzate dagli stessi partiti politici. In Italia, ad esempio, la trasformazione del linguaggio negli ultimi anni e l'introduzione massiccia di discorsi e di

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

parole di "odio" comincia ad avere un peso rilevante e necessita di soluzioni. Plurimi interrogativi pone anche l'utilizzo di strumenti informatici da parte delle formazioni politiche al fine di regolare il rapporto con i propri iscritti, sia con riferimento alle ricadute che si possono determinare nelle dinamiche infra-partitiche, sia con riguardo alle tensioni che una simile evoluzione del concetto di rappresentanza può produrre in termini di tenuta di alcuni dei principi fondamentali sui cui si sono storicamente strutturate le moderne democrazie rappresentative.
Esiste, inoltre, un enorme problema di accesso diseguale agli strumenti informatici, che viene oggi nominato come "alfabetismo digitale" e che rischia di creare nuove disuguaglianze e differenze all'interno dei singoli stati nazionali, ma anche fra parti diverse del mondo.
Con questa iniziativa vorremmo contribuire al dibattito, auspicando di poter costruire regole che ci consentano di vivere in un mondo digitale "democratico", nella consapevolezza che la nostra identità, volenti o nolenti, è già "onlife", secondo la felice espressione di Luciano Floridi (*La quarta rivoluzione, Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano-Cortina editore, 2017).

INDICE

I Domanda (p. 233 ss.) - Quali sono a suo giudizio gli strumenti di partecipazione digitale al processo democratico?

II Domanda (p. 239 ss.) - Esiste a suo avviso un problema di uguaglianza sostanziale rispetto all'utilizzo degli strumenti della partecipazione digitale?

III Domanda (p. 249 ss.) - Qual è a suo giudizio l'impatto che la "semplificazione" del messaggio politico opera sulla formazione del consenso?

IV Domanda (p. 255 ss.) - È possibile ipotizzare limiti costituzionali alla manifestazione del pensiero qualora esso leda i principi supremi della Costituzione (ad es. il "linguaggio d'odio")?

V Domanda (p. 265 ss.) - Se ed in che misura l'utilizzo di strumenti digitali di partecipazione politica può intaccare il principio di rappresentanza?

VI Domanda (p. 270 ss.) - Il ricorso a strumenti digitali di partecipazione politica può – ed eventualmente in che misura – contribuire a "colmare la distanza" tra governanti e governati e ad aumentare, per questo verso, il tasso di "democraticità" dell'ordinamento?

VII Domanda (p. 278 ss.) - Con riferimento all'esperienza della c.d. "Piattaforma Rousseau", quali possono essere gli aspetti positivi così come quelli problematici da evidenziare rispetto ad uno strumento in grado di orientare costantemente l'indirizzo politico?

I partecipanti al Forum (p. 284)

I Domanda

Quali sono a suo giudizio gli strumenti di partecipazione digitale al processo democratico?

PASQUALE COSTANZO

Sono numerosi e di diverso rilievo le applicazioni operative in Rete che esibiscono una qualche vocazione ad agevolare la partecipazione individuale o collettiva al processo democratico. Si pensi, del tutto esemplarmente, alle consultazioni *online*, ai *forum*, ai *blog*, alla stessa stampa telematica, né vi risultano estranei i cd. *social*, privilegiati anzi, da tempo, per la loro immediatezza anche in un moto *top-down* da titolari di cariche pubbliche e da dirigenti politici per dare visibilità al proprio operato e persuadere gli utenti circa i propri intendimenti e giudizi.
Si tratta, peraltro, di una fenomenologia ormai piuttosto nota, che non mette conto di richiamare ulteriormente, se non per rimarcare, anche qui non in maniera inedita, come la complessiva e ininterrotta evoluzione delle tecnologie comunicative ha prodotto impreviste possibilità per una più ampia e concreta partecipazione al processo democratico inteso come il precipitato dello scambio informativo e critico (pubblica opinione), che, se genuinamente attuato, può orientare virtuosamente i governanti tra una tornata elettorale e l'altra. Insomma, si sarebbe così inaugurata una nuova stagione per la partecipazione al processo democratico con il rigenerarsi continuo di un "ecosistema" informativo caratterizzato democraticamente in quanto basato sul valore eguale e sulla volontà libera di ciascuno.

GIOVANNA DE MINICO – MARIA FRANCESCA DE TULLIO

Si veda la risposta data congiuntamente alla domanda II.

GIANMARIO DEMURO

La prima consapevolezza dalla quale possiamo partire è che gli strumenti di partecipazione digitale dipendono da un cd. "eco-sistema" digitale che è, in buona sostanza, frutto dello sforzo creativo di soggetti privati. Di conseguenza prima di parlare dei singoli strumenti sarebbe meglio approfondire il contesto economico e sociale in cui essi vengono proposti. Gli attuali sistemi digitali sono, in prevalenza, sistemi che si alimentano attraverso i dati che, in vario modo, le persone producono e che vengono poi restituiti, sotto forma di algoritmi o di strumenti di condivisione. In sintesi, le persone che rinunciano ai propri dati sono poi le stesse che ne usufruiscono in forma di dati aggregati per le finalità più diverse e tra queste vi può essere la partecipazione democratica cosi come anche la "profilazione" elettorale (sulla profilazione cfr. R. Montaldo, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzional*i, in "Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale" 4/2019, pp. 789-810). Oggi pertanto, la partecipazione digitale al processo democratico più che dipendere da strumenti predisposti allo scopo da un soggetto pubblico che li progetta e li realizza come parte della formazione della decisione democratica, derivano da come l'eco-sistema digitale nel quale si realizza la partecipazione è formato. Perciò sempre più spesso avremo strumenti di partecipazione diversi a seconda delle piattaforme digitali utilizzate (Facebook

piuttosto che Twitter o Instagram). Sul punto C. R. Sunstein *(#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, tr. It, Bologna 2017) chi ha spiegato bene il ruolo delle cd. *Echo chambers* nella costruzione del *daily me* che si rafforza in questi contesti digitali a seconda del livello di partecipazione. Ogno giorno, infatti, se ci si rivolge alle piattaforme digitali per "partecipare" alla discussione politica sarà facile rafforzare le proprie convinzioni in contesti *digitalmente* definiti ai quali partecipano solamente coloro che già condividono le nostre opinioni. Un discorso a parte deve essere, invece, fatto per gli strumenti "tradizionali" di partecipazione quali ad esempio il voto online, le piattaforme consultive, i blog e altri ancora. Per questi strumenti la possibilità che possano essere annoverati come strumenti di partecipazione al processo democratico dipende dalla capacità di definizione della non-manipolabilità del risultato.

FORTUNATO MUSELLA

Da almeno vent'anni si studia l'impatto delle nuove tecnologie delle informazioni sulle democrazie contemporanee. Nei primi anni novanta un nuovo paradigma di trasformazione della pubblica amministrazione, che sarebbe stato detto di *reinventing government*, sorgeva negli Stati Uniti, e da lì avrebbe attecchito in tutti i paesi occidentali: tra i nuclei essenziali di tale ripensamento troviamo l'ingaggio di mezzi informatici per la produzione e la diffusione di dati amministrativi. Il che avrebbe portato a concreti vantaggi di processo e di prodotto, semplificando, ed economizzando. E avrebbe sin da subito fatto intravvedere ripercussioni importanti per la vita democratica: un cittadino che si può informare, e che sa, può anche controllare e agire meglio. Negli stessi anni le nuove tecnologie stimolavano anche altri miraggi democratici. L'innovazione digitale portava a ripensare lo Stato – o addirittura a costruirlo [J.E. Fountain, *Building the Virtual State: Information Technology and Institutional Change*, New York 2004] – a partire da un diverso rapporto tra cittadini e istituzioni politiche. Per fare alcuni esempi, alcune agenzie americane si impegnavano in processi che prevedevano l'intervento degli utenti nella stesura dei testi regolativi – secondo la prassi del cosiddetto *electronic rulemaking*.

Sono i primi passi di un percorso evolutivo che avrebbe dovuto portare a ridefinire i contenuti stessi della nostra vita associata. Ciò almeno in due diverse direzioni. Da una parte – e questo è il versante sul quale insisterà l'amministrazione Obama – la disponibilità di open data enfatizzava il ruolo di scrutinio e controllo dei cittadini. Le trasformazioni delle basi informative può essere orientata alla realizzazione della democrazia «"monitorante" in cui i cittadini si servono dei siti web per controllare l'andamento delle pubbliche amministrazioni» [F. Di Mascio e A. Natalini, *Oltre il New Public Management. Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma 2018, p. 62]. Spesso tuttavia ai manifesti programmatici non sono seguite adeguate implementazioni, con le amministrazioni occidentali che hanno trovato notevoli difficoltà nell'adempiere ai pur basilari obiettivi di messa in rete dei loro registri in ottemperanza agli obblighi di pubblicazione. D'altra parte, con lo sviluppo della rete, inoltre, si aprivano spazi che come i blog permettevano la costituzione di una opinione pubblica online che potesse seguire i canoni habermasiani. La possibilità data ai cittadini di incontrarsi in rete, senza limiti di tempo e spazio, rivitalizzava l'idea, e l'ideale, della polis greca. Si mettevano in piedi esperimenti volti a stimolare il coinvolgimento attivo dei cittadini nelle varie fasi del processo deliberativo, dalla discussione alla decisione. La casistica degli esperienze di e-democracy, che andava arricchendosi nelle opere degli studiosi, sembrava però definire solo una nicchia, uno spazio per cittadini benpensanti.

E' l'esplosione dei social – che, *incredibile dictu*, è solo di poco più di dieci anni fa – che porta all'irruzione dei nuovi media in ogni segmento della nostra vita personale e collettiva. I numeri della partecipazione dei cittadini al flusso della rete ne rendono le innovazioni simili a quella che fu la Rivoluzione di Gutenberg. Con la differenza che quest'ultima, per i limiti della produzione della carta, fu inizialmente rallentata, pur dando poi vita a fenomeni del calibro della nascita della scienza moderna e della religione protestante – come di recente messo in evidenza da Niall Ferguson, *The Square and the Tower: Networks and Power, from the Freemasons to Facebook*, Londra 2019]. La connettività digitale coinvolge attualmente oltre quattro miliardi di persone con medie di utenza giornaliera da capogiro, e impatto dirompente su ambiti che vanno dal gaming alla finanza. Senza escludere la politica: le elezioni del paese più esteso al mondo sono state influenzate dall'uso manipolativo dei social, così come emerso dalle indagini relative a Cambridge Analytica. Come la Brexit in Gran Bretagna, il referendum dal quale potrebbero discendere importanti ripercussioni per il futuro europeo. Nuovi modelli di partito si definiscono attraverso l'uso delle piattaforme digitali. Governi formati faticosamente sono ratificati dal voto di milioni di utenti online. E' solo l'inizio.
Altra questione è se i nuovi strumenti di partecipazione diano effettivamente luogo a un rafforzamento delle prerogative del cittadino. O se alla fine siano le corporation del digitale – a partire da una posizione di sempre più marcato predominio sul mercato – a dettare i flussi del consenso, e di conseguenza a svuotare dal di dentro la democrazia. I nuovi mezzi di partecipazione democratica portano ad una sempre maggiore quantità di informazioni e conoscenze cui il cittadino può attingere; alla possibilità, del tutto assente in alcuni contesti, che i cittadini si associno liberamente – basti pensare all'uso dei social network da parte degli attivisti durante la primavera araba; infine alla riconfigurazione organizzativa dei tradizionali attori della democrazia rappresentativa – dai partiti ai parlamenti – al fine di predisporre momenti di consultazione pubblica su temi via via più rilevanti. Tuttavia in molti casi tali processi avvantaggiano coloro che detengono le chiavi del server, facendo leva su nuovi meccanismi di controllo e di dominio. La partita è ancora da giocare. Per citare un recente saggio [M. Calise e F. Musella, *Il Principe digitale*, Roma-Bari 2019], se gli attori tradizionali – partiti, sindacati, élites – sono rimpiazzati da protagonisti e reti di relazioni inediti e imprevedibili, o si adattano alla nuova stagione digitale, bisogna che il cittadino – cui spetta la sovranità – riesca a riprendere il comando e il destino di questa sfida.

MARCO OROFINO

La partecipazione politica per mezzo delle "nuove tecnologie" digitali si è sviluppata negli ultimi quindici anni in particolar modo grazie allo sviluppo pervasivo delle piattaforme sociali.
Nell'ambito di tali piattaforme occorre distinguere quelle generaliste e quelle specifiche.
Le piattaforme generaliste, nel senso di non dedicate in particolare ad alcun dialogo politico, più attive sono senz'altro Facebook, Twitter ed in misura minore Instagram. Esse hanno ospitato in modo sempre più crescente un continuo dialogo tra cittadini e rappresentanti. Questo è avvenuto dapprima in modo estemporaneo e poi, quando i partiti ed i rappresentanti hanno cominciato ad organizzare i propri account, in maniera strutturata integrando in modo del tutto peculiare, le forme associative che la Costituzione prevede a fondamento della partecipazione politica.
Le piattaforme specialistiche sono un fenomeno che ha assunto una rilevanza sistemica in tempi più recenti. Innanzitutto con l'espressione piattaforme specialistiche si possono intendere due tipologie diverse di piattaforma: quelle specialistiche in quanto dedicate a specifiche discussioni pubbliche e

quelle specialistiche nel senso di dedicate agli iscritti o a agli elettori di un determinato partito politico.
Tutte le piattaforme sociali, sia quelle generaliste sia quelle specialistiche, non sono neutrali rispetto ai contenuti che veicolano. Il tema delle connessioni tra opzioni tecniche e opzioni commerciali/politiche delle diverse piattaforme sociali è di centrale rilevanza sia per comprendere il loro funzionamento sia per stabilire la loro funzionalità rispetto al processo democratico.
Altrettanto importante è distinguere tra le piattaforme specialistiche, quelle organizzate da un soggetto pubblico al fine di favorire la partecipazione dei cittadini alla definizione di una particolare politica pubblica e quelle organizzate dai partiti e movimenti politici per coinvolgere e consultare i propri iscritti o il proprio elettorato.
Questa distinzione è cruciale, e sempre più lo sarà *de iure condendo*, per stabilire le regole da applicare ed i controlli da compiere.

PAOLO PASSAGLIA

A seconda della prospettiva da cui si analizzi la partecipazione al processo democratico, l'individuazione degli strumenti digitali che la consentono cambia radicalmente.
In una accezione (estremamente) lata, la partecipazione democratica si manifesta finanche attraverso semplici contributi al dibattito su questioni di interesse generale relativamente alle quali è presumibile che i pubblici poteri producano una qualche decisione. È chiaro che, in questa accezione, la partecipazione digitale è realizzata attraverso uno qualunque degli strumenti che la tecnologia digitale offre. I primi a venire alla mente sono il *web* ed i *social media*: la loro menzione è troppo immediata per non essere banale. Il punto più interessante è, semmai, quello di constatare che ormai la partecipazione democratica è, in larga misura, partecipazione digitale: una volta scomparsi – o atrofizzati al punto da diventare esangui – gli spazi ed i momenti di discussione presso le sedi fisiche dei partiti (a loro volta svuotati per gran parte del loro ruolo di intermediazione e di concorso alla politica nazionale: sul tema conviene soprassedere, poiché il discorso ci porterebbe troppo lontano), ed una volta resi estemporanei i luoghi di confronto diretto (si pensi, per restare all'attualità, al caso delle «sardine»), è attraverso la rete che, per lo più, la dialettica fondativa dello stato democratico si sviluppa, direttamente o anche solo mettendo in contatto le persone, nel senso di facilitare l'incontro nel mondo fisico (di nuovo, l'esempio delle «sardine» è quanto mai eloquente). Si può discutere, naturalmente, circa l'efficacia di questi strumenti sul piano del reale sviluppo della democrazia; ben poco si può obiettare, invece, di fronte alla constatazione della loro efficienza in termini quantitativi di interazione e di produzione di messaggi.
Il fenomeno è talmente avanzato che, probabilmente, per il giurista rischia di perdere una parte del suo interesse: nell'accezione lata, la partecipazione democratica in forma digitale rileva soprattutto per il sociologo, mentre per il giurista il campo diventa così vasto da richiedere un'analisi che si articoli su diversi crinali, tra cui quello dei diritti fondamentali (libertà di espressione, ma anche tutela della riservatezza, dell'identità personale, della dignità, etc.), contigui, certo, a quello del funzionamento del sistema democratico, ma comunque da esso isolabili, da un punto di vista concettuale. Ecco, allora, che, se il giurista è chiamato a riflettere sulla partecipazione democratica in forma digitale, è condotto a identificare quegli strumenti specificamente pensati per consentire all'individuo di prendere parte ad un processo che si conclude con una decisione rilevante – direttamente o indirettamente – sull'azione dei pubblici poteri. In quest'ottica, le difficoltà dell'analisi

emergono soprattutto in ragione della poliedricità del concetto stesso di partecipazione, che può coprire tanto fenomeni di decisione diretta quanto mere consultazioni, in un quadro istituzionale in cui democrazia diretta e democrazia rappresentativa convivono.
Così impostato il discorso, gli strumenti digitali di partecipazione sono essenzialmente quelli nei quali i consociati vengono chiamati, quasi sempre su base volontaria, ad esprimere un proprio *voto* su persone o su opzioni previamente identificate dal soggetto che chiama al voto. Più in concreto, il voto sulla persona può essere inquadrato in una elezione che i pubblici poteri organizzano in forma tale da rendere possibile o (almeno in teoria) necessario l'utilizzo della tecnologia digitale (è in quest'ultima evenienza che può darsi l'unico caso di non totale volontarietà, stante la definizione del voto come «dovere civico»). Più raro è il caso in cui i pubblici poteri propongano votazioni su opzioni relative a decisioni politiche; si ha, allora, una forma di partecipazione volta a concorrere alla formazione di uno o più atti. La cifra di tale concorso varia, chiaramente, a seconda dell'inquadramento giuridico dell'intervento: la partecipazione può inserirsi nel processo formativo di un'espressione di democrazia diretta oppure può tradursi in una consultazione volta semplicemente ad influenzare la decisione da parte dei pubblici poteri.
A ben vedere, tuttavia, gli strumenti di partecipazione digitale sono solo in minima parte utilizzati dai pubblici poteri. Molto più frequente è l'impiego di questi strumenti da parte di soggetti privati, ad esempio partiti e/o movimenti, che sempre più spesso utilizzano le tecnologie digitali per creare un canale di comunicazione tra gli organi direttivi e la «base» che permetta a simpatizzanti e/o militanti di orientare la politica degli organi del partito o del movimento esprimendo opzioni su decisioni da assumere e su persone da designare (in tale ultimo caso, lo schema è, sovente, quello delle c.d. primarie).

MARINA PIETRANGELO

Questa prima domanda entra nel vivo e in modo molto diretto sulle tante e intricate questioni relative all'uso delle applicazioni digitali nel *processo democratico.* E lo fa, mi pare, indicando un perimetro molto esteso quale è quello della partecipazione (digitale) *tout court,* riguardata invece in alcuni degli interrogativi seguenti più in particolare come partecipazione (digitale) politica.
Coglierei, dunque, l'occasione di questo primo quesito per proporre qualche osservazione preliminare sulla identificazione degli istituti della partecipazione in generale, per poi soffermarmi sulla partecipazione "digitale" e sui caratteri che quest'aggettivo può aver impresso alle pratiche partecipative. A partire da tali riflessioni, tenterò di rispondere alla domanda facendo certamente attenzione anche alla sua più diretta formulazione letterale, che - credo - solleciti anzitutto una identificazione degli *strumenti* della partecipazione digitale (*quali sono*).
Le pratiche partecipative - note e indagate specialmente dalla sociologia e dalla scienza politica [per una sintesi recente, v. A. La Spina, Rivista Amministrazione in cammino, 2019] - sono molteplici quanto a finalità e modalità organizzative. I fenomeni politico-sociali censiti come forme di partecipazione vanno, infatti, dalle attività associative alle aggregazioni spontanee, dall'assemblearismo alla condivisione della gestione amministrativa e più ancora, fino all'esercizio del diritto di voto. Si tratta in ogni caso di pratiche "ammesse e richieste" dalla nostra Costituzione, come ampiamente argomentato in letteratura [*ex multis,* U. Allegretti, voce *Democrazia partecipativa,* in Enciclopedia del diritto, IV, Milano, Giuffrè, 2011]. Ognuna di esse evoca più d'un diritto costituzionalmente protetto, oltre che una fitta trama di norme che ne disegnano modi e limiti.

Sotto il profilo giuridico, inoltre, esse presentano un essenziale tratto comune, che mi pare possa essere considerato quale precondizione anche per le pratiche partecipative *in modalità digitale*: tutte insistono sui sistemi rappresentativi, li integrano o li innovano. Ritengo almeno che questo debba essere considerato un punto fermo, più ancora dopo l'avvento del digitale in tutte le sue varianti (cfr. *infra* la risposta n. 5).

Vengo, dunque, alla digitalizzazione delle pratiche partecipative. Con l'avvento dell'informatica e della telematica, almeno in principio non sono mutate le finalità della partecipazione ai processi decisionali, basati anzitutto sulla condivisione e sullo scambio di dati e informazioni. Grazie al nuovo strumentario è però cambiata per i decisori pubblici la capacità di gestire il patrimonio informativo alla base del processo decisionale. Si sono cioè irrobustite sia l'attività di trattamento dei dati elaborati all'interno del procedimento decisorio sia la raccolta di contributi informativi esterni, destinati a valorizzare la qualità della decisione finale e, se necessario, a rafforzare (talvolta compensandola, come dirò più avanti) la stessa legittimazione a decidere.

Il potenziale dei "nuovi" mezzi è ben descritto dalla prima letteratura sull'automazione in ambito istituzionale [tra tutti, v. gli scritti di Rodotà, Predieri, Borruso, Frosini, Losano], ma è stato anche ampiamente normato almeno a partire dagli anni Novanta, in una fase regolatoria iniziale che definirei della "opportunità". Ai nuovi strumenti era assegnato entusiasticamente il preciso "compito" di correggere anzitutto il malfunzionamento della macchina amministrativa (latamente considerata). Una visione tutta positiva dell'elaboratore elettronico che, secondo i primi giuristi informatici, avrebbe finalmente risolto il problema del sovraccarico di documentazione al tempo già presente. Sono invece successive degli anni Duemila le norme che hanno disciplinato l'uso del digitale per rafforzare la protezione sociale (anche dai primi abusi informatici) e l'interlocuzione tra istituzioni e collettività, comprese le pratiche partecipative. In questo secondo periodo il diritto positivo si fa più cauto: esso esprime una nuova esigenza, quella di controllare le applicazioni per proteggere le persone da usi distorsivi dei nuovi strumenti. La tutela dei diritti entra nella legislazione, che tuttavia negli anni seguenti non riesce a renderla effettiva, accumulando quei ritardi cronici nell'opera di digitalizzazione pubblica che è oramai rilevata ciclicamente da più d'un osservatore [cfr. il recente Corte dei Conti, Sez. riunite in sede di controllo, *Referto sull'informatica pubblica,* 26 novembre 2019].

Pure se appena accennata, questa traccia sul percorso di introduzione delle applicazioni digitali nel *processo democratico* mi agevola nell'osservare più da vicino gli strumenti della partecipazione digitale.

Secondo un modello condiviso a livello internazionale (ONU, *eGovernment Survey*, 2018), le iniziative di partecipazione digitale dei cittadini corrono lungo tre direttrici: (a) l'accesso alle informazioni di fonte pubblica e ai servizi pubblici (*e-information sharing*: *enabling participation by providing citizens with public information and access to information without or upon demand*); (b) la consultazione nei procedimenti di formazione delle politiche pubbliche (*e-consultation*: *engaging citizens in contributions to and deliberation on public policies and services*); (c) la co-progettazione delle politiche pubbliche (*e-decision-making*: *empowering citizens through co-design of policy option and co-production of service components and delivery modalities*). Potremmo anzi considerare la prima delle direttrici indicate come una precondizione delle due successive. La digitalizzazione delle attività di informazione e di comunicazione dei decisori pubblici (trattamento automatizzato di dati e documenti di fonte pubblica, apertura degli archivi e condivisione delle informazioni ecc.), infatti, è un prerequisito per tutte le forme digitalizzate di interazione tra decisori e cittadini (forme di consultazione interne o esterne al procedimento decisorio; deliberazione diretta su proposte

intermedie ecc.). A dire il vero, in letteratura si trovano anche classificazioni più articolate, che si spingono finanche a distinguere le forme della partecipazione digitale sulla base dei tool utilizzati, non senza però - mi pare - essere di maggiore ausilio per comprenderne la portata [una estesa ricognizione è in Hennen L., van Keulen I., Korthagen I., Aichholzer G., Lindner R., Nielsen R. (eds.), European E-Democracy in Practice. Studies in Digital Politics and Governance, Springer, Cham – first online nov. 2019].
Quali sono allora gli *strumenti digitali* che possono supportare queste attività partecipative? Per usare un lessico condiviso, direi che essi vanno sotto il nome di basi di dati, siti web, portali, pagine social. Pur senza specificarne qui le diverse caratteristiche tecniche, occorre almeno precisare che si tratta di oggetti informatici cui sono riconducibili anche e soprattutto effetti giuridici diversi, derivanti dal loro attuale impiego in ambito pubblico o privato. Avrò occasione più avanti di tornare su questa affermazione (cfr. *infra* la risposta n. 7).

II Domanda

Esiste a suo avviso un problema di uguaglianza sostanziale rispetto all'utilizzo degli strumenti della partecipazione digitale?

PASQUALE COSTANZO

Si tratta ormai di un *must* del dibattito sulla capacità diffusiva della Rete. E tuttavia sembra necessario individuarvi almeno due aspetti, che in estrema sintesi definirei uno tecnico e l'altro culturale. Limitando l'osservazione a quella parte del mondo, a cui noi stessi apparteniamo, dove le "sofferenze" informatiche (strumentazioni e connessioni) sono relativamente contenute, parrebbe che, sotto il primo profilo, la situazione mediamente non sia drammatica se si guarda alle capacità economiche richieste per attrezzarsi quanto ad *hardware* e offerta di connessione. Si assiste, tra l'altro, anche ad una certa diffusione delle reti aperte, e ad una progressiva introduzione sul mercato di *device* in grado di connettersi a basso costo (si registrano, se mai, alcuni eccessi, specie tra le generazioni più giovani). Più critico si rivela, invece, il piano dei contenuti erogati, soprattutto se corrispondenti a servizi magari di prima necessità (salute, istruzione, amministrazione in genere), a cui, tra l'altro, è poco confacente il ritardo nazionale nel potenziamento della banda. Laddove, tuttavia, le maggiori difficoltà potrebbero derivare da politiche distributive dei contenuti avverse alla cd. neutralità della Rete perché tali da indurre diseguaglianze sensibili tra le varie platee di utenti.
Circa il secondo aspetto, appurata la necessità dell'acquisizione della piena consapevolezza del mezzo e di tutte le sue implicazioni (in famiglia? a scuola?), ed immaginando che col tempo l'alfabetizzazione digitale di base costituirà sempre meno un problema assillante (prima o poi saremo tutti nativi digitali …), sembra opportuno confrontarsi (e lo sarà per ogni generazione che avanza) soprattutto con le lacune e le carenze della cd. fluidità digitale. Con tale espressione, s'intende, infatti, una competenza che va oltre la conoscenza di come utilizzare i dispositivi e su quali applicazioni fare affidamento, dato che essa implica la capacità del ricorso immediato e strategico alle tecnologie informative per l'apprendimento, il lavoro, il tempo libero e la stessa partecipazione sociale e politica (di qui, ancora una volta, l'aprirsi di importanti scenari ai vari livelli educativi sin dai livelli elementari di istruzione).

La partecipazione in rete è una realtà ampia e mutevole, dotata delle stesse virtù espansive ed evolutive della partecipazione *offline*. Questo rilievo è particolarmente vero nel momento in cui si indebolisce la fiducia nella rappresentanza politica, che, entrata in crisi, ha generato forme nuove di organizzazione e aggregazione politica. Queste ultime presentano un *aliquid novi* che si manifesta, non tanto nell'identità ideologica che un tempo era il collante dei partiti politici, quanto nell'accesso di molti alle reti fluide di realtà eterogenee.

Da un lato, quindi, il campo della partecipazione in rete (*e-participation*) riprende tutte le espressioni partecipative tradizionali [Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Handbook on Information, Consultation and Public Participation in Policy-Making*, OECD Publishing, Paris, 2001, anche in *http://www.oecd.org/gov/digital-government/2536857.pdf*]: come chiarito dalle Nazioni Unite [United Nations, *E-government Survey*, supplementary index on *e-participation*: United Nations, United Nations E-Government Survey 2014 E-Government for the Future We Want, United Nations, New York, 2014, in *https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2014-Survey/EGov_Complete_Survey-2014.pdf*], siamo dinanzi a un *umbrella concept,* comprensivo di almeno tre dimensioni dell'informazione. Precisamente, l'*e-information*, cioè quella data dall'Amministrazione ai cittadini, la *e-consultation*, con cui l'apparato pubblico chiede ai cittadini *feedback* e proposte sul proprio operato, e infine l'*active participation*, quando i cittadini prendono parte a momenti decisionali e formativi delle *policy* [European Parliament – Policy Department C - Constitutional Affairs, *Potential and Challenges of E-participation in the European Union*, cit., p. 13; European Parliament - Committee on Constitutional Affairs, *REPORT on e-democracy in the European Union: potential and challenges*, cit., art. 6; European Parliament - Committee on Culture and Education, *Opinion* on European Parliament - Committee on Constitutional Affairs, *REPORT on e-democracy in the European Union: potential and challenges*, cit., *Considerandum* 21].

Dall'altro lato però, la democrazia digitale si arricchisce anche di dimensioni nuove: quelle emergenti dal dibattito sulla partecipazione *online* e *offline*.

L'esempio più chiaro è la sussidiarietà orizzontale (art. 118.4 Cost.), che pur non nascendo immediatamente da esigenze partecipative, di cui all'art. 49 Cost., è strutturalmente collegata alle decisioni pubbliche, in quanto rende i cittadini corresponsabili di una funzione originariamente pubblica, che è la cura dell'interesse generale [A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto Pubblico*, 1/2002, p. 66. Questo è confermato dall'art. 3 del d.lgs. 267/2000, art. 3, secondo cui: «I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche *attraverso* le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»]. Non a caso, quindi, l'esercizio della sussidiarietà ha dato luogo a formazioni sociali che si sono presentate anche con istanze di dialogo nei confronti delle Amministrazioni, portando proprie proposte di *policy* nate dalle pratiche di cura dell'interesse generale.

Questo avviene anche in rete, dove i cittadini stessi possono occuparsi di fornire servizi di diversa natura, come elaborazioni e visualizzazioni di dati, raccolta di documentazione, supporto alla fruizione di servizi pubblici (come, ad es., nel caso delle *app* sul trasporto pubblico, e tanti altri. E il collegamento con la partecipazione diventa particolarmente chiaro quando essi arrivano al punto da

produrre dal basso piattaforme di partecipazione in cooperazione o in autonomia rispetto all'Amministrazione: ad esempio, essi possono sviluppare *software* per le consultazioni pubbliche, anche con funzioni di voto, o supportare le istituzioni nella pubblicazione dei dati. In tali casi è chiaro che anche questi compiti di sussidiarietà fanno parte dell'ambito di esercizio dei diritti partecipativi, in quanto l'architettura tecnica delle piattaforme è l'equivalente delle procedure partecipative, in quanto prescrive comportamenti e dirige la partecipazione; come tale, essa è elemento essenziale nel processo, che determina il peso dei diversi attori e, di conseguenza, il contenuto della decisione finale.
Da quanto scritto emergono diverse modalità con cui i regolati possono prendere parola nella formazione delle regole pubbliche, anche in conseguenza della crisi di legittimazione degli organi rappresentativi, che ha dato spazio a processi decisionali sempre meno verticali. Tale circostanza espande le modalità di esercizio dei diritti politici, e per ciò stesso pone in modo più urgente il problema di come tale beneficio possa avvantaggiare tutti in modo sostanziale, e non solo chi ha i mezzi e le risorse necessarie. Infatti, è noto che la partecipazione necessita di tempo e organizzazione, e pertanto di risorse; di conseguenza, storicamente può essere azionata più facilmente da chi è meno oppresso dal bisogno materiale, e per questo può meglio sottrarre tempo alle attività produttive.
Il tema qui può essere solo accennato, in quanto è l'eredità di un percorso decennale, in cui – a oltre settant'anni di distanza dall'entrata in vigore della Costituzione – l'uguaglianza sostanziale rappresenta un progetto ancora incompiuto. In questa sede, basterà rilevare che tale problema non scompare automaticamente quando la partecipazione si traduce nella rete [Sul punto ci sia consentito il rinvio a: M.F. De Tullio, *Internet and Non-nationals: Is the Net a Tool for Inclusion or Exclusion?*, in G. De Minico – O. Pollicino, *Virtual Freedoms - Terrorism - The Law*, Routledge-Giappichelli, Londra-Torino, in corso di pubblicazione]. Al contrario, il decisore della partecipazione digitale deve rispettare l'uguaglianza in quanto è vincolato agli stessi principi costituzionali della partecipazione analogica [M.-J. Garot, *From Electronic Administration to Digital Democracy*, Instituto de Empresa Business School Working Paper No. WPED05-05, 15/5/2005, in *https://ssrn.com/abstract=1024501*, p. 10]. Infatti, la Corte costituzionale ha già affermato che il mezzo deve seguire la stessa disciplina del fine costituzionale di riferimento, perché solo la disponibilità del primo permette di godere in modo effettivo del secondo [Corte Costituzionale, sent. 48/1964, sent. 225/1974, sent. 112/1993. M. Villone, *Conclusioni. La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi di rete*, Jovene, Napoli, 2010, pp. 256-267; G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 203-204; ID., *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, in *http://www.costituzionalismo.it/articoli/553/*, pp. 3-4]. Di conseguenza, il bene-mezzo Internet, essendo necessario per il godimento di diritti politici inviolabili, deve essere aperto a tutti in ugual misura, anche in termini di uguaglianza sostanziale.
Ebbene, allo stato attuale risultano diverse circostanze che ostacolano la pari fruizione delle potenzialità della tecnica, che astrattamente consentirebbero un disegno collettivo e collaborativo delle piattaforme partecipative, nonché un loro uso accessibile e diffuso, sul modello delle tecnologie *open source*. Anche su scala territoriale, stante l'universalità di Internet, la coesione sociale potrebbe apparire a portata di mano; in realtà non lo è, finché il decisore politico non rimuove gli ostacoli che oggi orientano la rete a beneficio di chi è già avvantaggiato nei processi economici.
Certo, si deve prendere atto della circostanza che il primo ostacolo per l'uguaglianza sostanziale nella partecipazione in rete è probabilmente quello stesso che si presenta *offline*, e cioè il tempo e le risorse necessarie per la partecipazione. Tuttavia, alla luce dell'oggetto di questo scritto, sembra utile sottolineare almeno tre cause di inuguaglianza, tipiche della partecipazione digitale.

In primo luogo, resta forte il problema del *digital divide*, che limita anche il semplice accesso alle tecnologie [Il problema sussiste anche in Italia, come evidenziato dal Digital Economy and Society Index (DESI), e in particolare della *Relazione nazionale per il 2019 Italia*, in *https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=59994*, p. 3]. Il tema esiste in Italia e in Europa, ed è ancora più forte se si pensa ai paesi in via di sviluppo, dove ampie aree non sono mai state coperte dalla rete, e in taluni casi sono oggetto di piani di attori privati, che le dotano di connettività *web* al solo scopo di fornire un determinato e limitato numero di servizi.
In secondo luogo, non è trascurabile la differenza nelle competenze informatiche: il semplice uso delle piattaforme richiede un'alfabetizzazione digitale, che diviene sapere ancora più avanzata quando si tratta di elaborare *open data* o programmare piattaforme. Questo significa che ogni apertura alla partecipazione digitale rischia di creare paradossalmente ulteriori squilibri, in quanto rende disponibili dei nuovi mezzi, di cui però pochi possono realmente appropriarsi.
Il tema ha il suo banco di prova con gli *open government data*, che consistono nella pubblicazione dei dati raccolti dal soggetto pubblico in modo che possano essere liberamente usati, modificati e condivisi da chiunque per qualsiasi scopo, senza restrizioni di sorta, fatta salva soltanto la possibilità di richiedere l'indicazione della provenienza o il mantenimento del formato *open* [La definizione qui adottata è quella tradizionale della Open Knowledge Foundation: *https://opendefinition.org/*]. Come evidenzia la definizione – che prevede un'apertura indiscriminata – essi di per sé realizzano un'apertura funzionale all'uguaglianza formale, più che a quella sostanziale. Eppure, oggi l'interazione con i portali *open government* è appannaggio di pochi, a causa di un tasso di alfabetizzazione ancora insufficiente ad assicurare un uso sistematico e diffuso delle informazioni [M. Gurstein, *Open data: Empowering the Empowered or Effective Data Use for Everyone*?, in *First Monday*, vol. 16, n. 2/2011, in *http://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/viewArticle/3316/2764%20-%20author*]. A ciò si aggiunga un'ulteriore causa di disparità tra i soggetti, persone e/o imprese, dovuta al fatto che i giganti della rete sono liberi dall'obbligo di rendere 'visibili' i propri dati alla collettività [G.M. Salerno, *Il* nomos *dell'invisibile*, in F. Rimoli – G.M. Salerno (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Carocci, Roma, 2006, p. 149].
Proprio questa disuguaglianza sostanziale impone al soggetto pubblico di intervenire con misure che riequilibrino la situazione a favore della parte debole. Nel lungo periodo, la strada più certa è senz'altro quella dell'alfabetizzazione, innanzitutto attraverso la pubblica istruzione. Nel breve, lo Stato deve realizzare forme di sostegno immediato e concreto. Cioè, il soggetto pubblico può e deve fornire strumenti interpretativi, ma anche sostenere e incentivare quegli attori provenienti dalla società civile stessa, che in chiave di sussidiarietà orizzontale decidono di proporsi in forma organizzata per produrre elaborazioni di dati, e fare da intermediari ai cittadini e abitanti rispondendo ai loro bisogni [F. van Schalkwyk – M. Cañares – S. Chattanpadhyay – A. Andrason, *Open Data Intermediaries in Developing Countries*, in *The Journal of Community Informatics*, n. 12(2)/2016, pp. 17 ss.].
Per contro, tale affermazione pone una domanda, prima ancora che una risposta, e cioè quella di immaginare *policy* e regole con cui il soggetto pubblico possa intervenire come facilitatore di un processo partecipativo fondato sull'uguaglianza. In altri termini, al decisore futuro si porrà il difficile compito di intervenire nelle economie e nelle pratiche partecipative, per sostenerle senza interferire con l'autodeterminazione che deve essere connaturata a qualsiasi percorso di partecipazione politica, e a maggior ragione a quelli di natura *bottom-up.*

GIANMARIO DEMURO

La risposta in questo caso è lapidaria e dipende dal cd. *digital divide*, ovverosia la posizione diseguale di chi per età o condizione sociale o territoriale si trova ad avere meno strumenti digitali e l'eguaglianza deve essere misurata dalla possibilità di accesso a internet e dalla capacità di saper utilizzare il mezzo. Il tema dell'eguaglianza di *chance* di accesso a Internet deve certamente fare riflettere con riferimento alle proposte di accesso al voto elettronico. Infatti, un accesso diseguale alle tecnologie informatiche potrebbe invalidare in radice la partecipazione stessa al voto democratico (in argomento, T. E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3 del 2003, p. 504).

FORTUNATO MUSELLA

Tecnicamente i nuovi strumenti di partecipazione digitale danno a tutti la possibilità di essere coinvolti, e in molti casi decidere. D'altra parte il digitale suggerisce un importante canale di affermazione dell'uguaglianza sostanziale: la diffusione della conoscenza online, se ben utilizzata, può essere un efficace volano di sviluppo culturale. Si pensi ad esempio all'enorme quantità di informazioni e materiali didattici che i discenti delle nuove generazioni posso trovare in rete. Anche se non sono nati in Occidente.
Nei fatti ai problemi di disuguaglianza già noti fuori la rete, si aggiungono quelli posti dalle nuove tecnologie. Gli studiosi chiamano *digital divide* le disparità tra quanti accedono alle tecnologie dell'informazione e quanti invece ne sono esclusi, che ricalca e accresce le vecchie disuguaglianze all'interno società, o tra paesi in differenti aree geopolitiche. La definizione include anche tutti i possibili fattori di ordine cognitivo e culturale che non possano permettere un accesso o un utilizzo ottimale dei mezzi digitali. Non è però questa che la punta dell'iceberg.
Rispetto agli strumenti della partecipazione politica si può evidenziare una fonte ancor più rilevante di disuguaglianza. Di disuguaglianza politica. Tra quanti mediano le informazioni, e talvolta gestiscono le procedure deliberative, a partire dalle piattaforme che le ospitano, e coloro che ne prendono parte. Basterebbe considerare come i signori delle grandi corporation informatiche ci assicurano servizi di connessione in cambio della gestione dei dati. Accrescendo le proprie capacità di persuasione proprio nella misura in cui lasciano partecipare tutti. A tale proposito Niall Ferguson prende a prestito la coppia senese della piazza e della torre, una metafora che rimanda al contrasto tra l'accrescimento delle possibilità di *voice* assicurate ai cittadini e al contempo il maggiore controllo su di essa [per una riflessione sul riarticolarsi delle categorie hirschmaniane in rete si rimanda a F. Musella, *Voto di protesta, astensionismo e voice (populi)*, in *Parolechiave*, 60, 2, 2018, pp. 49-61]. Ci esprimiamo e ci confrontiamo liberamente in rete, più o meno come pesci in una bolla di vetro offerta dalle piattaforme.
Anche il nostro paese presenta importanti esempi del duplice punto di vista col quale si può guardare all'innovazione digitale. Si prenda ad esempio una delle esperienze di maggiore successo – per numeri e ambizione: la sperimentazione del Movimento Cinque Stelle. Il nuovo partito ha utilizzato, infatti, le tecnologie digitali sia per i vantaggi organizzativi che esse offrono per un partito di recente formazione, sia perché la rete è sembrata porre l'accento sulla logica di partecipazione diretta dei cittadini ai momenti più rilevanti della vita del partito, dalle candidature alla scrittura delle leggi. Da

ultimo abbiamo visto gli strumenti informatici permettere al "popolo della rete" di pronunciarsi su uno snodo significativo della nostra storia repubblicana degli ultimi anni, la formazione del secondo Governo Conte e l'accordo coalizionale tra Movimento Cinque Stelle e Partito Democratico.
Tale aspettativa di partecipazione dal basso si combinava tuttavia con la forte organizzazione verticistica, che assicura il controllo rigidissimo degli iscritti, e la gestione accentrata del partito: come è stato notato, «una sorta di panopticon per l'esercizio di un centralismo cybercratico estremamente pervasivo e persuasivo rappresenta il principale – e più geniale – contributo di Grillo alla storia dell'organizzazione partitica» [M. Calise, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016, p. 82]. E', infatti, evidente la verticalizzazione dei rapporti politici i gestori del server e la base di partito, che vive un ampliamento di capacità decisionali non ancora, o non del tutto, tutelate da adeguate garanzie procedurali. Cosa sappiamo, ad esempio, a proposito della votazione sull'attuale governo italiano, su come siano state raccolte e processate le espressioni di voto? Per ricordare un evento recente, che accende una spia su una problematica di più ampia portata, il Garante della Privacy nel nostro paese ha emesso di recente un provvedimento nei confronti della piattaforma Rousseau del Movimento 5 Stelle della quale si sottolineavano, a seguito di accertamento ispettivo, criticità legate alla sicurezza e alla segretezza delle votazioni, congiuntamente alla scarsa protezione dei dati dei votanti. Per il giudice emerito della Corte Costituzionale Sabino Cassese siamo di fronte crisi della democrazia rappresentativa come l'abbiamo conosciuta, nel momento in cui sembravano ritornare in auge i meccanismi e le ritualità del nostro parlamentarismo (Cfr. *I costituzionalisti contro Rousseau: "Non si gioca con la democrazia"*, in *Il giornale*, 3 settembre 2019). Ai vecchi mediatori, dunque, se ne sostituiscono di nuovi, meno visibili e controllabili. E che non possiamo immaginare più generosi, e meno interessati, dei precedenti.

MARCO OROFINO

Quando parliamo di strumenti di partecipazione digitale facciamo riferimento a servizi di comunicazione elettronica che presuppongono l'accesso alla rete e l'alfabetizzazione digitale. È chiaro che più tali servizi elettronici si diffondono, magari contemporaneamente all'inaridirsi degli strumenti tradizionali della partecipazione politica, più si manifesta un problema di uguaglianza sostanziale tanto rispetto al primo presupposto quanto rispetto al secondo.
Quanto, al primo profilo, ossia al problema dell'accesso ad Internet, la dottrina, in particolar modo dopo la comparsa del WEB 2.0, si è interrogata sulla necessità di riconoscere un "diritto ad Internet". Questo è avvenuto partendo dalla constatazione che la rete non potesse più essere considerata esclusivamente un mezzo di comunicazione e, come tale, inquadrata nella giurisprudenza della Corte costituzionale che rispetto ai mezzi necessari alla diffusione del pensiero, pur riconoscendone il valore costituzionale nell'inveramento dei diritti di espressione, ha costantemente chiarito come non esista un diritto al mezzo.
Nel momento in cui la rete è divenuta strumentale all'esercizio di una pluralità di diritti costituzionalmente garantiti, il tema dell'accesso effettivo ad Internet è divenuto un problema di eguaglianza sostanziale. Molte ed autorevoli voci si sono espresse a favore dell'inquadramento dell'accesso ad Internet come un diritto sociale, richiedendo conseguentemente ai pubblici poteri di intervenire per rendere effettivo il diritto.
Come è noto, l'intervento a tutela di un diritto sociale può avvenire secondo forme diverse che oscillano tra l'intervento pubblico diretto, il finanziamento e la regolazione. Le norme costituzionali,

di solito, non prescrivono un'unica modalità di intervento lasciando al legislatore il compito di predisporre i mezzi più idonei al raggiungimento dello scopo prefissato.
La necessità e la graduazione dell'intervento pubblico in materia di accesso alle reti ed ai servizi di comunicazione elettronica finalizzati alla partecipazione politica deve essere, a mio avviso, graduata sulla base di due fattori.
Il primo fattore che occorre considerare è se gli strumenti della partecipazione digitale sono adottati autonomamente dalle diverse formazioni politiche oppure se essi sono previsti dalla legge come nuovi strumenti di partecipazione diretta alle decisioni politiche. E' chiaro che, nel secondo caso, la legge deve anche prevedere meccanismi che rendano la partecipazione potenzialmente aperta a tutti.
Il secondo fattore che occorre tenere in conto è la capacità del mercato di mettere a disposizione di tutti una connessione efficace e a prezzi ragionevoli. Da questo punto di vista le norme europee in materia di servizio universale nel settore delle comunicazioni elettroniche già offrono la possibilità agli Stati di intervenire a tutela dei cittadini più deboli e nei casi in cui l'accesso non sia già realmente garantito da una sufficiente offerta di mercato.
Quanto al secondo profilo, ossia alla alfabetizzazione digitale, la questione è, se possibile, ancora più complessa. Essa sconta, infatti, il repentino apparire delle nuove tecnologie e il loro mutamento incessante.
Questo fenomeno non crea un unico *digital divide* statico, ma una pluralità di singoli *digital divide.*
La pluralità dei *digital divide* non consente un'unica strategia educativa, ma impone di considerare una pluralità di interventi. Al problema generazionale, comune all'apparire di nuove tecnologie, si sommano tutta una serie di problemi legati alla comprensione della tecnologia ed al suo impatto. Questi divari non sono necessariamente generazionali e non necessariamente a danno delle generazioni più anziane.
L'utilizzo consapevole dei nuovi strumenti di partecipazione politica richiede dunque una particolare attenzione all'educazione digitale e all'educazione civica. In questo un ruolo di primo piano può essere svolto dalla scuola così come da un rinnovato servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale.

PAOLO PASSAGLIA

Il rispetto del principio di eguaglianza sostanziale è una delle prime questioni che si sono poste allorché le nuove tecnologie sono state oggetto di attenzione da parte dei costituzionalisti. Se si ripercorre la letteratura giuridica italiana (ma non solo, ovviamente), la tematica del *digital divide* risulta costantemente presente. *Et pour cause!* Il progresso tecnico-scientifico, da sempre, produce il rischio che una parte dell'umanità «resti indietro»; i divari che la storia ha fatto emergere sono evidenti, del resto. La «rivoluzione digitale», in questo senso, non ha certo fatto eccezione: man mano che emergeva la possibilità di configurare *internet* come una dimensione di sviluppo della personalità umana, diventava sempre più chiaro che si sarebbe venuto a creare uno iato significativo tra chi di questa dimensione avrebbe potuto effettivamente fruire e chi, per una ragione o per l'altra, ne sarebbe rimasto escluso. L'art. 3, secondo comma, Cost. è venuto dunque a porsi come riferimento sempre più solido e costante delle elaborazioni dottrinali concernenti la rete, un riferimento che è stato evocato, tuttavia, come aspirazione da perseguire, più che come obiettivo effettivo da raggiungere, poiché l'impossibilità di addivenire ad un tale risultato è andata emergendo sempre più chiaramente.

Poste queste premesse, alla domanda che si è formulata non può che rispondersi nel senso che è *inevitabile* che esista un problema di eguaglianza (sostanziale) nell'utilizzo degli strumenti della partecipazione digitale. Il punto focale, allora, diventa il grado di tollerabilità della diseguaglianza, cioè fino a che punto l'ordinamento (*rectius*, il rispetto dei principi costituzionali) può ammettere che la divaricazione nell'utilizzo degli strumenti digitali non sia un ostacolo all'utilizzo degli stessi. Al riguardo, la prospettiva di analisi è duplice, nel senso che ci si deve chiedere, innanzi tutto, quando la diseguaglianza impedisca lo sviluppo della democrazia digitale e, in secondo luogo, che tipo di democrazia digitale sia compatibile con l'esistenza di diseguaglianze nell'accesso agli strumenti.
Alla prima questione può rispondersi, sul piano teorico, in maniera piuttosto semplice: la democrazia digitale è ammissibile se e fintantoché non produca esclusioni non volontarie dall'*agorà*; altrimenti detto, la democrazia digitale è *incostituzionale* quando si concretizzi nell'impossibilità per qualcuno di concorrere alla decisione politica. Per tradurre questo principio nella pratica devesi, probabilmente, far riferimento *in primis* agli studi condotti in materia di divari digitali, poiché, nel momento in cui si individuano casi di impossibilità di accesso ad *internet*, la democrazia digitale deve arrestarsi, a meno che non si diano forme di superamento dell'impossibilità. Ad esempio, se l'accesso ad *internet* è precluso per l'assenza di copertura di rete in un territorio, la democrazia digitale non può svilupparsi finché il territorio non sia coperto, e quindi i suoi abitanti non siano in grado di accedere ad *internet*.
Non tutti gli esempi che possono prospettarsi sono così semplici, però: due categorie di fattispecie pongono interrogativi sui quali occorre soffermarsi.
Una prima ipotesi è quella relativa, non già all'impossibilità assoluta di accesso, ma alla difficoltà di accesso ad *internet*. In questo caso, il problema non è dato dall'esclusione di determinate categorie di persone (ad es., gli abitanti di un territorio non coperto), ma dalle condizioni di fruizione della rete, che per talune categorie sono deteriori rispetto alla generalità dei consociati: ad esempio, se in un territorio la velocità della rete è significativamente minore rispetto alla media nazionale, emerge una disparità (non tanto nell'accesso, ma) nel reale utilizzo di *internet*. È chiaro che, di fronte a questa discrasia, ci si deve interrogare circa i margini di sviluppo della democrazia digitale. La risposta, tuttavia, non può essere data in via generale, ma piuttosto con un'analisi caso per caso, fondata sul principio secondo cui le disparità registrate debbono potersi ritenere *tollerabili*, e non creino, dunque, una cittadinanza digitale di serie A ed una di serie B. Un principio, questo, che è facile da formulare, ma drammaticamente difficile da concretizzare.
La seconda ipotesi è quella dei casi nei quali non si danno soluzioni per superare l'impossibilità di accesso: si pensi a situazioni di grave disabilità. Qui la regola operativa è probabilmente quella di andare a verificare se la democrazia digitale produca un'esclusione superiore rispetto alla democrazia che si sviluppa con gli strumenti tradizionali: è solo in caso affermativo che il problema deve essere effettivamente affrontato.
Quest'ultima constatazione conduce alla seconda delle questioni da cui si è partiti, e cioè che tipo di democrazia digitale è ammissibile, in quanto compatibile con l'esistenza di diseguaglianze nell'accesso agli strumenti. Proprio tenendo conto dell'esistenza di divari digitali e della circostanza che taluni di questi divari non sono colmabili, almeno allo stato attuale del progresso tecnologico, non può immaginarsi una democrazia digitale sostitutiva della democrazia «tradizionale»: la democrazia digitale può affiancarsi a quella tradizionale, offrendo forme *ulteriori* rispetto a quelle classiche, destinate comunque ad essere mantenute. Non può in ogni caso ipotizzarsi, ad oggi, uno smantellamento delle forme classiche di esercizio dei diritti democratici.

MARINA PIETRANGELO

Benché la Rete Internet sia stata pensata come strumento capace di un'interconnessione in ipotesi orizzontale e paritaria, è oggi invece all'evidenza di chiunque che l'utilizzo di alcune sue applicazioni ha finito per accrescere le disparità sociali preesistenti e ha prodotto nuove e multiformi diseguaglianze. Diseguaglianze che non derivano soltanto dall'assenza di garanzie in ordine all'accesso consapevole al mezzo, che pure nella società odierna costituisce ancora la precondizione per l'esercizio di molti diritti già riconosciuti. La questione è e resta rilevante, se ne ragiona da più di un decennio, né sono mancati approdi normativi, senza tuttavia alcuna efficace attuazione. In modo quasi paradossale, anzi, altre e nuove diseguaglianze si sono aggiunte alle prime, e si sono imposte. Il diritto poco o male ha fatto per arginarle. Come accennato nella risposta precedente, la regolazione vigente sull'attività digitalizzata sembra avere assunto gli stessi caratteri di superficialità, rapidità e volatilità di certe applicazioni: le norme crescono, si rincorrono, si sovrappongono e inseguono le evoluzioni della tecnica, quando manca ancora l'attuazione delle disposizioni sulla prima automazione, e più ancora sulla protezione sociale richiesta dall'impiego degli strumenti più pervasivi. Pensiamo alla blockchain, già entrata in una miriade di atti di indirizzo finanche a livello locale. Pensiamo ancora alla cosiddetta cittadinanza digitale, che non ha fondamento reale, eppure è scritta in una norma manifesto. In questa rincorsa regolatoria il diritto positivo ha perso di vista il fine e si è concentrato sul mezzo, ha smarrito la traccia generale del miglioramento della qualità della vita grazie all'utilizzo degli strumenti digitali, alimentando ulteriormente le prime persistenti diseguaglianze connesse all'uso dei nuovi mezzi. Un diritto sottomesso e opaco.

In questa dimensione digitale diseguale, anche le pratiche partecipative sono riservate a pochi: l'utilizzo degli strumenti digitali ancora oggi, infatti, deve fare i conti con un rinnovato analfabetismo digitale, nonostante, come più volte detto, le tante disposizioni promozionali presenti da quasi quindici anni nel nostro ordinamento nazionale. Ricordo qui almeno l'art. 8 (Alfabetizzazione informatica dei cittadini) del d.lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministrazione digitale) e più ancora l'art. 9 (Partecipazione democratica elettronica), che testualmente recita: "1. Lo Stato favorisce ogni forma di uso delle nuove tecnologie per promuovere una maggiore partecipazione dei cittadini, anche residenti all'estero, al processo democratico e per facilitare l'esercizio dei diritti politici e civili sia individuali che collettivi.", e per "migliorare la qualità dei propri atti, anche attraverso l'utilizzo, ove previsto e nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare" (integrazione del 2016). Anche a livello eurounionale la partecipazione digitale dei cittadini e dei portatori di interesse al processo legislativo e decisionale è da tempo uno degli obiettivi rilevanti della Commissione nell'ambito delle iniziative sul miglioramento della qualità della regolazione (a partire dalla nota iniziativa "Legiferare meglio"). Ma dirò più avanti e più diffusamente delle consultazioni, siano consultazioni online come "tecnica legislativa" in senso stretto, destinata a migliorare la qualità sostanziale dell'atto giuridico; siano consultazioni online come metodo di condivisione delle politiche pubbliche.

Ad ogni buon conto e al di là degli esempi, le tante previsioni normative o i molti indirizzi istituzionali non hanno saputo circoscrivere i divari e le disparità esplose con la penetrazione sociale delle applicazioni digitali.

Ma più ancora, nuove disparità si sono aggiunte alle precedenti, frutto di ritardi cronici sopratutto sul piano formativo e culturale, di cui il sistema giuridico non si è fatto carico. La legge ci ha consegnato nel tempo un'amministrazione sempre più performante dal punto di vista della digitalizzazione, ma sempre più distante dai suoi interlocutori non digitalizzati. Pensiamo, per esempio, al decreto sulla

trasparenza amministrativa (d.lgs. n. 33 del 2013), che ha imposto ai soggetti pubblici di liberare sui propri siti web istituzionali grandi quantità di dati. Un'apertura apprezzabile del patrimonio informativo pubblico finalizzata a favorire il controllo diffuso sull'operato dei pubblici poteri, che ha però trascurato il rilevante profilo della intellegibilità e significatività dei dati. La disponibilità di dati e informazioni online di per sé sola, infatti, non garantisce l'accesso consapevole al dato, se esso è liberato online e riversato su una collettività che non dispone degli strumenti cognitivo-comportamentali, prima che materiali, per selezionare le informazioni più significative. Questo fenomeno genera una "opacità per confusione", come l'ha definita la Corte costituzionale nella sentenza n. 20 del 2019 relativa al bilanciamento fra trasparenza amministrativa e riservatezza dei dati personali. Tra le pieghe della pronuncia, la Corte ha evidenziato un profilo sinora trascurato: l'eccesso di dati sui canali digitali può risultare limitante per l'esercizio di alcuni diritti riconosciuti (alla conoscibilità dei dati pubblici, alla partecipazione ai processi decisori, al riutilizzo del dato pubblico anche per finalità economiche ecc.). Un profilo per nulla marginale, che per certi versi esprime un nuovo analfabetismo digitale, e che si somma a quello originario.

Questa è una delle ragioni per cui l'*e-Government Benchmark* UE, che misura e compara il livello dei servizi pubblici digitali attivati negli Stati membri, colloca ancora l'Italia nel *Non-consolidated eGovernment*. Il grave ritardo del nostro Paese, infatti, non è relativo alla disponibilità dei servizi offerti, ma alla loro cosiddetta penetrazione, cioè al loro scarso utilizzo da parte della popolazione [European Commission DG Communications Networks, Content & Technology, *eGovernment Benchmark 2019 - Empowering Europeans through trusted digital public services*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019].

Un settore d'intervento forse più proficuo dal punto di vista dell'utilizzo degli strumenti digitali con funzione inclusiva è quello relativo alla partecipazione sociale, economica e politica delle persone con disabilità. Su tale aspetto è intervenuta la recente direttiva (UE) 2019/882 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi, che ha inteso rendere omogenei i requisiti di accessibilità a tali beni da parte delle persone con disabilità ("un ambiente in cui i prodotti e i servizi sono più accessibili rende possibile una società più inclusiva e facilita la vita indipendente", dal considerando 2). Le cosiddette "tecnologie assistive" sono, infatti, considerate dirimenti per "(...) accrescere, mantenere, sostituire o migliorare le capacità funzionali delle persone con disabilità oppure per alleviare o compensare minorazioni, limitazioni dell'attività o restrizioni della partecipazione" (art. 3, direttiva 2019/882). Anche questo profilo non è certo nuovo; pensiamo per esempio alla nostra legge n. 4 del 2004 (Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici), che sino ad oggi non pare però aver garantito la protezione sperata.

Infine, un ulteriore – ma il più potente - argine alla deriva disegualitaria che si fa apprezzare anche nell'uso degli strumenti digitali mi pare ravvisabile nel recupero a livello istituzionale della valorizzazione a tutto tondo delle attività formative ed educative (non della educazione *al* digitale), con una inversione apprezzabile del vecchio paradigma dell'alfabetizzazione digitale in direzione di una educazione che sfrutta invece, ove possibile, le nuove applicazioni [per tutti v. Unesco WP, *Artificial intelligence in education: challenges and opportunities for sustainable development*, Parigi, 2019].

III Domanda

Qual è a suo giudizio l'impatto che la "semplificazione" del messaggio politico opera sulla formazione del consenso?

PASQUALE COSTANZO

Questa domanda è cruciale per il complessivo discorso perché nella sostanza intende valutare la distanza dalla teoria alla pratica. Ciò almeno nel senso che, senza rinnegare le precedenti asserzioni sulle virtù della Rete rispetto al processo democratico, pone davanti alle conseguenze di un suo uso "distorto" e "distorcente".
Da questo punto di vista i problemi maggiori che impattano sulla formazione del consenso sono sia di merito, sia di metodo. Il merito attiene ormai in misura allarmante soprattutto alle cd. *fake news*, che già hanno mietuto vittime illustri oltre oceano (ma a quanto pare anche con riferimento alla *Brexit* e all'elezione di Macron). Le questioni di metodo attengono, dal canto loro, soprattutto all'unilateralità acritica del discorso politico in Rete.
Circa il primo aspetto, francamente non si scorgono al momento rimedi radicali (se non per le ipotesi più clamorose che impingono in fattispecie penali con responsabili ben individuabili). Anche i tentativi (v. Francia) di irreggimentare per via legislativa il fenomeno sembrano comportare, a giudizio dei più, rischi (per la libertà informativa) maggiori dei vantaggi. Di qui, forse, l'attribuzione di qualche efficacia ad attività pubbliche e private di bilanciamento informativo che non lascino cioè il navigatore internettiano in balia dei venti provenienti da una o da poche direzioni e, per dirla altrimenti, che mettano in grado di avvantaggiarsi anche in internet di un adeguato pluralismo informativo (sol che lo si voglia).
Il valore (democratico) maggiormente sacrificato va colto invece sotto il secondo aspetto, nella misura in cui il messaggio politico cala verticalmente dall'alto sotto forma di slogan o si sviluppa orizzontalmente sovente sotto forma di invettiva. In tali casi, infatti, a risentirne è il confronto dialettico tra idee da cui soltanto possono originarsi le sintesi politiche più convenienti al maggior numero di persone. Nel contempo, la semplificazione in parola tende a trasformare il dibattito in una serie di messaggi autoreferenziali e la dinamica compositiva propria della democrazia in una logica di prevaricazione.
Su questo piano non sconcerta dunque più di tanto (anche se la soluzione preoccupa per qualche verso e rattrista) che taluni operatori mondiali del settore (v. *Twitter* e *Facebook*) abbiano messo in cantiere per le prossime presidenziali americane vere e proprie azioni censorie e/o di segnalazione nei confronti dei messaggi provenienti da contendenti politici inclini ad avvelenare la competizione elettorale con falsità ed ingiurie.

GIOVANNA DE MINICO – MARIA FRANCESCA DE TULLIO

Si veda la risposta data congiuntamente alla domanda IV.

GIANMARIO DE MURO

Per valutare questa prospettiva dovremmo servirci di dati di analisi sociologica. In ogni caso dovremmo valutare il comportamento di chi rinuncia ai propri dati per riaverli indietro tramite un messaggio politico semplificato. A prima vista infatti chi decide per questo scambio sembrerebbe predisposto ad accettare la semplificazione del messaggio politico. Naturalmente ciò non significa che sia di per se accettabile una manipolazione dei dati proprietari; tuttavia, tale circostanza, ci interroga sulla possibilità di regolazione eteronoma quando il singolo proprietario del dato decide, autonomamente, di cederlo. In termini regolatori dovremmo poter classificare in modalità diverse la disponibilità individuale dei dati e stabilire quali dati possano essere ceduti e quali debbano essere considerati personalissimi. In ogni caso dobbiamo essere consapevoli che gli strumenti di elaborazione attuali dei cd. *Big Data* cambia del tutto il paradigma del messaggio politico e, di conseguenza, la costruzione della rappresentanza politica. In argomento abbiamo sostenuto (BETZU, Marco; COINU, Giovanni; DEMURO, Gianmario. *Gobernanza de los macrodatos y democracia representativa*, in *Revista de Derecho Político*, [S.l.], n. 106, p. 253-264, dic. 2019) che la tecnologia si espande in un contesto in cui la democrazia rappresentativa è *già* in crisi: pertanto il messaggio politico non dipende tanto dal mezzo che si utilizza, bensì dalle forze politiche che lo elaborano.

FORTUNATO MUSELLA

La semplificazione del messaggio politico è un portato della politica moderna. Attiene al coinvolgimento delle masse alla politica. Nel Novecento trova sua piena espressione negli slogan veicolati da radio e poi televisione, quindi nell'adozione di tecniche di marketing politico-elettorale sempre più sofisticate. Attinte dal mondo dei consumi. Negli ultimi decenni l'analogia tra mercato economico e politico, suggerita dal contesto americano sin dal secondo dopoguerra, è sembrata far sempre più presa su un elettorato orfano delle ideologie, e sempre meno disposto a compulsare i programmi. Ed è semplificazione del messaggio anche quella che riguarda il tipo di voto che è appare dominante ai giorni nostri: il voto carismatico per un leader, così che le caratteristiche personali di quest'ultimo – nel migliore dei casi un carisma assai lontano da quello dei profeti e dei condottieri del passato – agisca da scorciatoia cognitiva. Per parafrasare McLuhan il leader diventa il messaggio. Ovviamente semplificato.

Le nuove tecnologie danno un nuovo formato alla semplificazione. Basterebbe richiamare alcuni elementi della grammatica delle principali piattaforme social. Parlare in 140 caratteri è sicuramente un incentivo strutturale alla (stra)riduzione della realtà. Esprimersi sotto forma di *like* è un modo per portare la molteplicità degli atteggiamenti ad unità di *sentiment*. Difficile immaginare la forza che l'immagine acquista anche nella dimensione digitale, con la sua capacità di imporsi nelle reti degli utenti con caratteristiche virali. E anch'essa è riprova e fonte di semplificazione: il *selfie* dei leader «mostrano un'altissima capacità di occupare l'agenda mediatica, e anche di cambiarla, così che da elemento di disimpegno diventano fattore cruciale della tattica politica del governo» [in M. Calise e F. Musella, *Il Principe digitale*, cit.]. Come pure appare semplificato nei social il destinatario del messaggio politico, ricondotto a categoria unitaria, friend o follower che sia. Senza differenze specifiche rispetto alle sue caratteristiche socio-anagrafiche, o alle sue competenze. Secondo la logica dell'«uno vale uno», che mostra amplissima suggestione democratica, e sicuri rischi di appiattimento verso il basso delle interazioni sociali.

Soprattutto, ciò che aggiungono le nuove tecnologie all'iper-semplificazione del messaggio politico è la sua velocizzazione. Meme o post si diffondono rapidamente tra milioni di utenti, contribuendo alla costruzione di un clima di opinione. Ma essendo poi rimpiazzati rapidamente da altri. Secondo un meccanismo che avvantaggia coloro che sono dotati di strumenti stabili di influenza mediale, che permettano di rinforzare il messaggio nel corso del tempo. Anche il consenso di leader e partiti segue le stesse logiche, è specchio di una bolla dell'opinione che può sgonfiarsi così come rapidamente si è formata. Tali meccanismi incidono sulle modalità delle campagne elettorali, sempre più a carattere permanente. Con conseguenze molto evidenti sui tempi della politica, che difficilmente potrà dedicarsi a temi e programmi che non siano a presa rapida. Eppure è piuttosto evidente che il tempo della politica è premessa e misura della sua autonomia.

MARCO OROFINO

La mia opinione sul punto è forse controcorrente. Non credo che la "semplificazione" del messaggio politico sia un fenomeno legato essenzialmente allo sviluppo delle tecnologie digitali e delle piattaforme sociali rese disponibili dal web 2.0 né che "la semplificazione" sia in sé e per sé una novità. In realtà, ritengo che un certo grado di semplificazione del messaggio sia utile e necessaria per disvelare le proprie intenzioni politiche.
Detto questo sono altresì convinto che un messaggio politico semplificato possa avere effetti sulla formazione politica del consenso. Questo però in modo indipendente dal momento storico o dalla tecnologia utilizzata.
Se mi è consentito, il dato nuovo della modernità non è tanto la semplificazione del messaggio politico in sé quanto piuttosto la possibilità di riprodurre e diffondere tante semplificazioni contemporaneamente quanti sono i target politici che si vogliono raggiungere.
Questo fenomeno è certamente nuovo ed è reso possibile da due fattori contingenti.
Il primo fattore è di tipo prettamente tecnologico. Da un lato, esso è legato alle possibilità tramite trattamento di grandi quantità di dati di profilare in modo sempre più preciso gli elettori, di intuire le parole chiave dei trend politici in tempo reale, di orientare – attraverso la profilazione dei diversi gruppi analizzati – le loro azioni online. Da un altro lato, esso è reso possibile dalla disponibilità di chatbox e robots programmati al fine di diffondere un messaggio in modo capillare e metodico, cioè rispondente a precise strategie, pianificate nei minimi dettagli.
Detto in altri termini, la viralità di un contenuto è sempre meno conseguenza dell'interesse reale che tale contenuto ha autonomamente suscitato e sempre più il risultato di una campagna mediatica ben studiata. Il problema è che i cittadini ritrovandosi bombardati da messaggi spesso personalizzati e di eguale tenore non hanno percezione che la loro viralità sia artificiale oppure accentuata dal fatto di trovarsi dentro una campana circondati da sole voci assonanti.
Il secondo fattore che incide sulla semplificazione del messaggio è di tipo politico-ideologico.
Posto che la semplificazione è sempre esistita, fin tanto che i partiti hanno mantenuto un forte approccio ideologico alle questioni politiche, la semplificazione proposta ha dovuto rispondere all'ideologia di fondo di chi la diffondeva.
I partiti e le formazioni politiche post-ideologici non hanno la necessità di ricondurre ad unità le semplificazioni proposte dei propri messaggi politici. Questo consente loro semplificazioni differenziate a seconda dei target di riferimento e, talvolta, pure semplificazioni contraddittorie tra di loro nel tentativo di massimizzare il loro consenso politico.

Per rispondere in modo compiuto a questa domanda, l'apporto della scienza politica e della sociologia sono, a mio avviso, ineludibili. Dal punto di vista del giurista, si coglie comunque in maniera chiara la differenza tra il modo in cui il processo democratico si sviluppa oggi rispetto alle caratteristiche che esso aveva anche solo qualche anno fa. La lettura dell'art. 49 della Costituzione restituisce un senso di antico, che è andato perdendosi ineluttabilmente: l'idea che il concorrere a determinare la politica nazionale passi attraverso un partito è, oggi, una suggestione, più che una realtà; per varie ragioni.

Innanzi tutto, la forma partito è stata smantellata a beneficio di strutture che portano avanti, sì, interessi, ma lo fanno in maniera assai diversa rispetto a quella che la lettura dell'art. 49 lascia immaginare, e che è stata propria di una parte importante della storia repubblicana. Il riferimento non va tanto alla fine delle ideologie (nel senso marxiano del termine), quanto semmai alla circostanza che l'associazione in partiti non dischiude più al cittadino sedi di confronto e di crescita attraverso una dialettica che, un tempo, aveva la duplice valenza di formare l'individuo e delineare una strategia ed una politica del partito. Oggi anche l'adesione ad un partito si connota per un forte individualismo, nel senso che il foro di discussione si è atrofizzato in favore di una tendenziale identificazione con la *persona* che del partito è il *leader*.

La logica della discussione e del confronto ha lasciato il campo ad una immediatezza e ad una monodirezionalità del messaggio politico. Il dibattito interno ai partiti, che aveva come punto di arrivo la sintesi che delineava la linea politica (e le persone chiamate a svilupparla), è stato sostituito dall'investitura di un capo del partito dal quale promana la linea politica. Certo, l'investitura può essere di vario tipo, e le soluzioni che si collocano tra il partito-azienda, ad un estremo, e la scelta del segretario attraverso il voto degli iscritti, all'altro, offrono significative indicazioni in termini di metodo democratico. Ma il punto è che, anche se l'investitura è massimamente democratica, si ha comunque l'individuazione di un *leader* cui si affida il partito e la sua linea politica. Si formano così le condizioni per una semplificazione estrema del messaggio politico, poiché quello che si richiede al messaggio medesimo non è l'aprire un confronto, ma piuttosto il catalizzare il consenso intorno all'emittente, confermando la sua popolarità e, possibilmente, aumentandola. Se l'oggetto del consenso non è il messaggio, bensì la persona, è chiaro che il modo di fare politica non può più essere quello suggerito dall'art. 49 della Costituzione. L'esponente politico cui è affidato (generalmente – ma non sempre – *pro tempore*) il patrimonio (più o meno corposo) di storia e di ideologia di un partito è chiamato innanzi tutto a tener viva su di sé l'attenzione e solo successivamente a veicolare messaggi che possano «fidelizzare» i destinatari. La logica è, però, sempre più quella del mercato o addirittura della pubblicità commerciale, in cui la concorrenza porta ad elaborare messaggi che siano in grado di identificare il prodotto (*pardon*, il *leader* di partito) e che possano essere accolti favorevolmente dal numero più elevato possibile di destinatari. Ecco che il discorso politico si struttura sempre più per immagini e per slogan, sull'assunto che la semplificazione massima è il veicolo più facile per consolidare il consenso, perché è il modo più immediato di far arrivare un messaggio.

Si potrebbero proporre migliaia di esempi. Uno recentissimo mi pare sufficientemente indicativo da poter essere utilizzato come paradigma. In un comizio elettorale, il *leader* di un partito afferma di non consumare un prodotto dolciario perché l'azienda, per produrlo, non sostiene l'agricoltura italiana, rivolgendosi all'estero per l'approvvigionamento di ingredienti. Diffusa in rete, questa affermazione

diviene oggetto di molteplici interventi che, sulla base di dati fattuali, dimostrano la grossolanità dell'errore su cui essa si fonda. A questo punto, l'esponente politico, anziché replicare o scusarsi, diffonde un suo *selfie* di fronte ad uno scaffale di supermercato con il prodotto «incriminato» in primo piano, e con un commento in cui sostiene che la consumazione di quel prodotto, nel corso della serata, agirà positivamente sul suo umore. In sostanza, un *selfie* e poche parole di descrizione di un comportamento futuro divengono sufficienti per recuperare il centro dell'attenzione, annichilire le critiche e sotterrare l'affermazione precedente veicolandone una esattamente contraria. Più che una semplificazione del messaggio, pare di essere in presenza di una potenziale banalizzazione della portata di qualunque contenuto.
Questa dinamica non è stata resa possibile dalla tecnologia digitale: la semplificazione del messaggio politico e l'utilizzo di tecniche commerciali si sono sviluppate da molto tempo; le nuove tecnologie, però, con l'incrementare esponenzialmente le potenzialità della comunicazione, hanno avuto l'effetto di incrementare esponenzialmente anche il ricorso a questo modo di fare politica, marginalizzando sempre di più il metodo tradizionale. L'impatto è sotto gli occhi di tutti.

MARINA PIETRANGELO

In un sistema di democrazia rappresentativa, la partecipazione politica si snoda attraverso molteplici attività di tipo informativo, che vanno esattamente considerate. I momento elettorali e le tante e rilevanti fasi ad essi collegate (interventi nei comizi e nelle assemblee politiche, partecipazione attiva alle campagne elettorali, sostegno alle organizzazioni politiche, voto ecc.) costituiscono, infatti, solo il culmine di un'attività di lungo periodo che va esattamente considerata e regolata, se necessario.
Secondo l'ultimo Rapporto di Freedom House [*Freedom on the net 2019. The Crisis of Social Media,* www.freedomonthenet.org] che censisce e compara i rischi di restrizione delle libertà civili e politiche dopo Internet, le piattaforme digitali – e particolarmente i social media – sono oggi strumenti di distorsione del dibattito pubblico: esse favoriscono una compressione delle libertà fondamentali che non ha precedenti (*unprecedented crackdown on their fundamental freedoms*). Quasi una sentenza senza appello, che muove da realtà socio-politiche molto diverse (l'osservatorio conta 65 Stati), nelle quali tuttavia è rintracciabile un filo rosso, che annoda quindi tra loro democrazie avanzate e stati autoritari. Il rapporto registra, infatti, una trasversale involuzione degli usi di Internet nella discussione politica, molto distante dalla prospettiva originaria dell'opportunità, da tempo indagata anche sotto il profilo giuridico [per tutti, v. P. Costanzo, *Quale partecipazione politica attraverso le nuove Tecnologie comunicative in Italia*, in Il Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2011], che consiste nel ricorso pressoché esclusivo ad alcune applicazioni del web per orientare e forzare il confronto politico e la libera discussione. La semplificazione del messaggio politico cosiddetto disintermediato è esattamente la metafora di questa distorsione platenaria del dibattito pubblico.
Una distorsione che nei sistemi repressivi si manifesta in forma estrema come sorveglianza di massa degli utenti, censura di Stato, oscuramento dei canali digitali da parte di governi autoritari, ma che corre sottotraccia anche nei sistemi "più democratici", dove è egualmente presente seppure in modo meno manifesto. Si tratta della disinformazione alimentata dai leaders politici sulle proprie pagine social, orientata alla manipolazione del consenso e oramai affidata ad apparati specializzati (*hyperpartisan online mobs*), che modellano artatamente le opinioni rilasciate sulle piattaforme, alimentando così i rischi di derive populiste ed estremiste. Essa è ampiamente diffusa nei sistemi democratici, quasi pratica ordinaria; tanto che il mercato offre già applicazioni per la misurazione del

grado di influenza degli account social. Tra le attività lesive delle libertà, il rapporto di Freedom House la segnala in crescita nel 2019, trasversalmente in 38 dei 65 Stati esaminati.
Questa attività di propaganda politica con discussioni aperte e coordinate su più d'una piattaforma mediante profili falsi che sostengono e accreditano il messaggio politico originario viola certamente principi e norme di legge, mediante le quali possono essere sanzionate le condotte criminose. Restano però le più profonde distorsioni impresse al processo di formazione della volontà degli elettori, che la sanzione penale non riesce a correggere. Mi pare, inoltre, che questi fenomeni disvelino tutta l'inadeguatezza dei perimetri delle sovranità nazionali, sempre più stretti e inefficaci, almeno al confronto con gli usi consolidati a fini politici di applicazioni aterritoriali.
Qualche riflessione, pur se tardiva, è forse rintracciabile in alcuni percorsi istituzionali recenti. La dichiarazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 13 febbraio 2019 (*Declaration on the manipulative capabilities of algorithmic processes*), per esempio, si occupa anche della comunicazione politica online. I nuovi mezzi sono ancora visti come strumenti potenzialmente utili per accrescere la reattività e lo scambio tra rappresentanti politici e rappresentati, benché essi vengano ancora impiegati in modo tradizionale e verticale, in modo cioè non dissimile dai siti web, cui è assegnata una mera funzione informativa. La distorsione rilevata in questo caso è l'apparenza di un dialogo che è per il vero inesistente, e che oltretutto sconta comunque la persistente bassa penetrazione dell'uso (consapevole) del mezzo. Una dichiarazione forse troppo fiduciosa nelle qualità del mezzo.
Anche la nostra Autorità di garanzia per le comunicazioni si è attivata a proposito delle distorsioni informative nel dibattito politico, costituendo nel 2017 un apposito gruppo di lavoro (il cosiddetto "Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell'informazione sulle piattaforme digitali"). Oggetto di studio è la definizione della migliore via per garantire parità di trattamento e imparzialità a tutti coloro che utilizzano le diverse piattaforme digitali "per finalità sia di informazione sia di comunicazione politica, al fine di concorrere efficacemente alla formazione di una opinione pubblica informata in modo imparziale e corretto" (delibera Agcom n. 423/17/CON). Si tratterebbe cioè di individuare tecniche per rilevare i fenomeni di disinformazione online e per prevenirli anche mediante apparati che inibiscano l'accesso a contenuti online qualificabili come lesivi della correttezza, dell'imparzialità e del pluralismo dell'informazione o riescano a controllare la disinformazione prodotta tramite account falsi o inesistenti o connessa all'inserzionismo pubblicitario online. Per intanto il Tavolo ha adottato le Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018, che per esempio hanno suggerito di "agganciare" al divieto di comunicazione istituzionale previsto dalla legge n. 28 del 2000 il ricorso ad account istituzionali di social media utilizzati per tale attività, a prescindere quindi dal tipo di piattaforma utilizzata (sito web istituzionale o account social). Tentativi che cercano di colmare l'ennesimo ritardo a livello istituzionale. Vedremo gli sviluppi.

IV Domanda

È possibile ipotizzare limiti costituzionali alla manifestazione del pensiero qualora esso leda i principi supremi della Costituzione (ad es. il "linguaggio d'odio")?

PASQUALE COSTANZO

Alla domanda si è già parzialmente risposto. Si ribadisce peraltro un certo pessimismo sull'efficacia repressiva di soluzioni istituzionali intese a conformare fenomeni che non siano fatti, ma idee ed opinioni. Citerei in proposito lo scarso rendimento dimostrato in fatto dalla criminalizzazione della propaganda negazionista, anche là dove, in ragione di un'indiscutibile collisione con principi fondanti del sistema, essa sia stata avallata dal giudice costituzionale. Per quanto ci riguarda, non dimentichiamo che l'*hate speech* almeno di tono razziale sia già perseguibile in sede penale, ma con i ben noti risultati nonostante la sua maggiore evidenziabilità rispetto ad attacchi di carattere più generico (diverso sarebbe l'incitamento alla persecuzione quando non al linciaggio fisico).
Ciò non significa, beninteso, indulgere in atteggiamenti rinunciatari, dato che non può nemmeno trascurarsi sul piano simbolico, pedagogico e preventivo l'efficacia della statuizione di divieti e sanzioni, tarati evidentemente sui limiti direttamente od implicitamente ricavabili dalla Carta costituzionale. In altri termini, non va affatto sottovalutata l'influenza positiva che possono avere prese di posizione di livello istituzionale tese a condannare manifestazioni sconsiderate di odio (in quanto lesive del principio cardine di fraternità e solidarietà sociale affermatosi nello Stato moderno a partire dalle rivoluzioni liberali), e ad emarginare soluzioni ordinamentali improntate ad un neghittoso neutralismo.

GIOVANNA DE MINICO – MARIA FRANCESCA DE TULLIO

La 'semplificazione' del messaggio politico è stata osservata soprattutto come legata alle tendenze populistiche, con segnali di allarme rispetto alla sua forza destabilizzante rispetto all'ordine politico e costituzionale presente.
Di fronte al fenomeno, la costituzionalista deve premettere che la scelta delle modalità espressive rientra nella fondamentale libertà di opinione di ciascun soggetto o entità politica. È indubitabile che in molti casi queste forme abbiano accompagnato l'ascesa dell'estrema destra, attraverso un linguaggio razzista, sessista o comunque escludente, talvolta anche di stampo fascista. Altrettanto vero, però, è che questi discorsi hanno avuto seguito anche perché la politica tradizionale ha fallito in un'esigenza fondamentale, che è quella di rendere la democrazia inclusiva, non elitistica e non classista. Per altri versi, la semplificazione del messaggio può altresì coalizzare forze emancipative, dando voce direttamente a fasce sociali e culturali marginalizzate, che tradizionalmente non hanno spazio nel discorso pubblico.
Queste contraddizioni rispecchiano la più generale ambivalenza del fenomeno populista, e in termini di diritto costituzionale pongono un'esigenza di bilanciamento tra la libertà di espressione, il principio pluralistico e i diritti fondamentali dei terzi. In questa sede, enucleiamo almeno due questioni, che sembrano assumere particolare urgenza nella comunicazione in rete. La prima è la formazione del discorso politico, e quindi la necessità di assicurare una disciplina dei mezzi di informazione e comunicazione che consentano la presa di parola del numero quanto più ampio possibile di voci. La

seconda è la tutela dei diritti fondamentali rispetto a discorsi d'odio (*hate speech*), che qui intenderemo soprattutto sotto il profilo della discriminazione per razza, genere, origine, appartenenza sociale e culturale.

Le questioni appena menzionate assumono nuove dimensioni quando la comunicazione politica si sposta sui *social network* e sugli altri strumenti del *web* 2.0, che strutturalmente favoriscono messaggi brevi e immediati, capaci di attrarre il maggior numero di click e quindi di proventi pubblicitari [V. Visco Comandini, *Le fake news sui social network: un'analisi economica*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 2/2018, in *http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/05/paper9_visco.p*, pp. 12-13; V. Claussen, *The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *MediaLaws*, n. 3/2018, p. 133. Cfr. H. Guillaud, *Comment détruire le modèle d'affaires des fake news?*, in *InternetActu.net*, 10/1/2017, in *http://www.internetactu.net/a-lire-ailleurs/comment-detruire-le-modele-daffaires-des-fake-news/*; E. Morozov, *Moral panic over fake news hides the real enemy – the digital giants*, cit.; A. Casilli, *Faut-il brûler Facebook?*, cit.]. Qui il tema si intreccia con quello degli algoritmi delle grandi piattaforme, che attraverso i *big data* [Argomento dai confini ampi che sta sgretolando i concetti tradizionali del diritto pubblico - partecipazione, trasparenza amministrativa, diritti fondamentali, libertà economiche - per aprire a nuovi paradigmi normativi. Sul punto ci sia consentito il rinvio a: G. De Minico, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche.* Privacy e lex mercatoria*,* in *Diritto Pubblico*, 1, 2019, pp. 89 ss.] direzionano i messaggi, rendendo più visibili per ciascun utente i contenuti che sono già collegati ai suoi interessi e alle sue posizioni. Questo meccanismo crea *echo chambers* dove i contenuti d'odio sono trasmessi, condivisi e diffusi in cerchie tra persone di idee analoghe, dove circolano voci tra loro affini, e il dissenso fatica a entrare [S. Flaxman – S. Goel – J.M. Rao, *Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption*, in *Public Opinion Quarterly,* Vol. 80/2016, pp. 307 ss. *Contra*, altri ritengono che la chiusura in comunità di affini su Internet non sia maggiore che *offline*: M. Gentzkow – J.M. Shapiro, *Ideological Segregation Online and Offline,* in *Quarterly Journal Of Economics*, vol. 126/2011, in *https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/echo_chambers.pdf*, pp. 1812 ss.]. Tale contesto ha favorito altresì la diffusione di notizie false, parziali o manipolate, che hanno inciso sulle campagne elettorali. A ciò si aggiunga che in molti casi i politici stessi, che inviano i messaggi, si avvalgono di aziende come Cambridge Analytica per profilare gli elettori-utenti e mandare a ciascuno un messaggio tagliato non solo sulla sua appartenenza demografica, ma anche sulla sua personalità [H. Grassegger – M. Krogerus, *The Data That Turned the World Upside Down*, in *Motherboard.vice.com*, 28/1/2017, in *https://motherboard.vice.com/en_us/article/mg9vvn/how-our-likes-helped-trump-win*].

Di conseguenza, la circolazione delle informazioni è asimmetrica, in quanto gli utenti sono sorvegliati, più che resi parte attiva nella creazione del discorso pubblico. Inoltre, l'assoluta dominanza di poche piattaforme, che funzionano con criteri tra loro analoghi, si pone in tensione con il principio pluralistico. Infatti, questi luoghi digitali, anche se formalmente danno a tutti uguale possibilità di esprimersi, in sostanza privilegiano le idee dominanti, e assistite da risorse economiche per la sponsorizzazione e la profilazione.

Di fronte alle problematiche descritte, le soluzioni regolative che si basano sulla limitazione della libertà di espressione sono tanto problematiche per la tutela dei diritti individuali e collettivi quanto, probabilmente, poco efficaci.

Rispetto alla tutela dell'articolo 21 della Costituzione, è appena il caso di ricordare che la libertà di espressione non si può considerare più o meno estesa a seconda del terreno di gioco, soprattutto se si accede all'interpretazione che già incorpora nel suo primo comma il diritto di accesso a Internet,

inteso come strumento di esercizio del diritto di informazione attivo e passivo nel panorama digitale. Di conseguenza, occorre vigilare affinché le problematiche sopra menzionate non conducano a posizioni che demonizzano la libertà di espressione in rete, considerandola più affievolita per il semplice fatto che essa sia esercitata tramite Internet. In particolare, si deve ritenere che l'articolo 21 Cost. non possa arretrare sul *web*, se non alle stesse condizioni previste *offline*, e quindi il suo retrocedere è condizionato alla tutela dei medesimi valori contrapposti e deve obbedire agli stessi parametri di legalità, necessità e proporzionalità [G. De Minico, *Every day's Terrorism*, in G. De Minico – O. Pollicino, *Virtual Freedoms - Terrorism - The Law*, Routledge-Giappichelli, Londra-Torino, in corso di pubblicazione] che vigono fuori dalla rete.

In altri termini, quando si dilata l'ambito di una norma vanno mantenute ferme le coordinate strutturali della disposizione che funzionano da assi cartesiani intorno ai quali si snoderà la nuova disposizione venuta fuori da un un'interpretazione evolutiva, suggerita dall'evoluzione tecnica. «For the first time in the history of mankind, billions of people can easily communicate and share information through the Internet, and there can be no overwhelming public or private interest justifying the substantial curtailment of the Internet's effectiveness. Therefore, a basic principle can be drawn stating that a regulation of the Internet, even when required should be kept as light and unobtrusive as possible» [G. De Minico, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 37(1)/2015, in *http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol37/iss1/1*, p. 11].

Ebbene, in controtendenza rispetto a questi principi, sembra che in tutta Europa il fenomeno delle *fake news* stia provocando una stretta repressiva sull'espressione in rete, espandendo i limiti all'articolo 21 Cost. Infatti, diverse proposte mirano a reprimere o limitare la diffusione di notizie 'false', attribuendo la valutazione, di volta in volta, alle autorità, a soggetti terzi indipendenti o anche agli stessi gestori delle piattaforme. In tali casi, l'espansione dei limiti all'articolo 21 Cost. è particolarmente a rischio in termini di legittimità costituzionale, perché il giudizio sul 'vero' e sul 'falso' è di per sé scivoloso, ed espone al pericolo che sia il potere dominante – politico ed economico – a determinare il proprio discorso, o il discorso a sé coerente, elevandolo a unico discorso di verità [In merito al pericolo di funzionalizzare la libertà di parola si rimanda alle chiare riflessioni di A. Pace – M. Manetti, *Art.21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca – A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Società del Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, *passim*].

Al contrario, la libertà di espressione può e deve essere limitata quando le sue modalità violano la libertà del voto, di cui all'articolo 48 Cost., perché in questo caso è la genuinità del consenso elettorale a correre il rischio di essere minacciata e con essa l'espressione di un voto libero perché consapevole. Ma tale è solo quella scelta elettorale che abbia avuto modo di svolgersi lungo un percorso messo al riparo da elementi che lo possono aver influenzato al punto da determinare un esito diverso da quello che sarebbe stato in assenza di detti fattori esogeni di disturbo: è il caso appunto della propaganda individualizzata attraverso la profilazione. Qui la responsabilità politica del candidato è messa sotto tensione perché il l'eligendo si presenta con volti diversi a seconda dei tanti probabili elettori cui si rivolge; ne consegue che si profila una lesione di un valore ugualmente fondante della Costituzione: la sincerità della scelta elettorale, caposaldo della nostra democratica.

Per altri versi, le misure limitative della libertà di espressione, nel caso delle false notizie, sono a forte rischio di ineffettività, per almeno due ragioni.

In primo luogo, resta irrisolto il problema di come si possa controllare l'applicazione di queste regole in rete, su siti dove in ogni momento vengono caricate quantità innumerevoli di contenuti provenienti

da terze parti. In secondo luogo, il rimedio repressivo tamponerebbe, ma non andrebbe alla radice, che sta nella dominanza di alcuni attori, mantenuta attraverso il possesso e l'uso dei dati.
Di conseguenza, è necessario che l'azione si concentri sulle dominanze stesse, che sono la fonte del danno. In caso contrario, si sarebbe costretti a porre rimedi costosi e puntuali nel tentativo di correggere distorsioni endemiche. In questo senso, nasce un nesso importante tra il diritto della concorrenza e la disciplina dei diritti politici, che richiede un'interpretazione costituzionalmente orientata della prima [Sul delicato contemperamento tra libertà di parola in rete e genuinità del consenso elettorale sia consentito il rinvio alla relazione di G. De Minico, *Freedom of speech on line*, tenutosi durante il convegno *Freedom of speech on line*, Napoli, 27 novembre 2019, https://m.facebook.com/elsanapoliofficial/videos/?ref=page_internal&mt_nav=0].
La concorrenza – nata come sinonimo di libero mercato – ha già subito nel tempo un'evoluzione verso la tutela del consumatore [Commissione Europea, White Paper on modernization of the rules implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty, in J.O. C132/1, 1999, in Common market law Review. Executive Summary, 5, 208, 1999, p. 8. In dottrina almeno: A. Jones, B. Surfrin, *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 43 ss.], condensata dal Trattato di Lisbona nell'art. 2, co. 3, TUE, che apre il mercato alla nuova dimensione dello «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi [...]. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».
Oggi, la sfida è ripensare il modello antitrust con un'attenzione all'uguaglianza sostanziale: nel caso dei dati, tale disciplina dovrebbe favorire la socializzazione delle informazioni [M.F. De Tullio, *La* privacy *e i* big data *verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del Diritto*, n. 4/2016, pp. 678 ss.] e la parità di *chances* nel loro utilizzo per finalità politiche, rimuovendo le posizioni di potere che consentono ai pochi – che possiedono i dati – di influenzare in modo asimmetrico le opinioni dei molti. Infatti, di fronte al fenomeno dei *big data*, e quindi delle raccolte massive di informazioni, la circolazione dei dati smette di essere legata soltanto alla *privacy* individuale, e diviene una questione collettiva, legata a istanze di democrazia politica ed economica. Infatti, l'accentramento dei *big data* realizza una forma di sorveglianza, in cui una minoranza forte può conoscere e influenzare fenomeni e persone, interferendo nelle libertà altrui e creando poteri antagonistici rispetto alla sovranità popolare [Federal Trade Commission, *Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, ftc Report, January 2016, in *https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106bigdata-rpt.pdf*, pp. 8-11]. Inoltre, il fenomeno realizza disparità economiche che si pongono in tensione con le esigenze di giustizia sociale, in quanto consentono alle piattaforme dominanti di usare i dati prodotti dagli utenti per proprio profitto, senza alcun obbligo di redistribuzione della risorsa informativa.
Per queste ragioni, occorre riflettere in particolare sull'abuso di posizione dominante, art. 102 TFUE, che oggi non punisce la dominanza in sé ma soltanto quella raggiunta con modalità anticompetitive o accompagnata da un abuso in danno di consumatori o concorrenti. Quest'ultimo, però, è tradizionalmente inteso solo come pregiudizio economico: vi è abuso quando il potere di mercato consente di praticare prezzi superiori in danno ai consumatori.
Come è stato già rilevato dalla dottrina in tema di *privacy*, questa impostazione ha reso difficilmente applicabile il diritto *antitrust* nei mercati della rete, che sono spesso apparentemente a costo zero [Si consentito ancora il richiamo alle riflessioni consegnate nel saggio G. De Minico, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche.* Privacy e lex mercatoria, cit., in part. pp. 99 ss.]. Infatti, essi sono normalmente mercati 'a due versanti': da un lato, la piattaforma acquisisce dati dai consumatori

in cambio di un servizio apparentemente gratuito, dall'altro, dette informazioni vengono utilizzate per vendere spazi pubblicitari su un altro versante. Di conseguenza, non può esservi un aumento del prezzo, che resta uguale a zero; tuttavia, ciò non toglie che possano esservi comportamenti classificabili con la medesima *ratio* dell'abuso di sfruttamento, come l'abbassamento della *privacy policy*, e quindi dell'uguaglianza nell'informazione e partecipazione politica.
Rispetto a tali insufficienze, si impone un cambio di prospettiva, secondo alcune specifiche direttive:
a) Concepire il mercato come un luogo dove anche i diritti fondamentali possono essere violati con *vulnera* non meno gravi di quelli arrecati ai diritti economici dei consumatori.
b) Concepire il diritto, non più come una realtà divisibile in rigidi compartimenti stagni, incomunicabili tra loro, ma come composizione scomposta di sfere giuridiche che si possono mescolare – è accaduto per *privacy*, diritti politici e *competition* – e che si parlano, quando il terreno di gioco coinvolge più beni in modo vario e a diverso titolo.
c) Passare da una valutazione dell'illecito antitrust ancorata al solo indice quantitativo dell'aumento del prezzo a una più sofisticata basata sulla qualità del servizio, come tale inclusiva dei diritti fondamentali.
Questa nuova visione richiederebbe altresì un accorto coinvolgimento nelle procedure antitrust anche del Garante privacy, con la previsione di un parere obbligatorio nei procedimenti di accertamento della lesione alla concorrenza. In tal senso, si rende opportuno un cambio di rotta delle autorità di controllo, a partire dalla Commissione Europea, che – almeno con riferimento alla *privacy* – si è sempre rifiutata di individuare una lesione all'art. 102 TFUE, pur in presenza di un danno al mercato [*Contra* la Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding*, February 2019, in *https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=5*]. Infatti, la Commissione si è trincerata dietro il rigido argomento della separazione delle competenze: essa ha sempre ritenuto le preoccupazioni sulla privacy «falling out of the aim of antitrust law», bensì «within the scope of the EC data protection rules» [B. Bouyssière, D. Colgan, *Competition law, Big data and data protection – are Competition Authorities becoming jacks of all trades?*, in *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f9b02fe5-b8e1-4396-8efa-a24fffce9daf*]. Per tali ragioni, un'operazione concentrativa non è mai stata annullata perché lesiva della *privacy* o di altri diritti fondamentali.

GIANMARIO DEMURO

I principi supremi della Cosituzione rappresentano l'argine invalicabile della nostra identità costituzionale. Una identità che rinforza le sue radici nella dimensione del costituzionalismo europeo (in argomento G. Demuro, *I contro-limiti e le identità costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 2 del 2018, pp. 15-30) sino a giungere a rappresentare il limite invalicabile anche dalla disciplina euro-unitaria. In questo contesto argomentativo, e nel doveroso bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la difesa dell'identità costituzionale della democrazia italiana è, certamente, ipotizzabile un limite generale nel perseguire uno scopo politico mediante incitamento all'odio. In democrazia nessun discorso dell'odio è giustificabile, ancor più in un contesto apparentemente neutrale come quello della rete che, invece, ha bisogno di una regolazione ancor oggi

assente (in argomento M. Betzu, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012).

FORTUNATO MUSELLA

Limitazioni costituzionali all'espressione del pensiero sono da porre fuori come dentro la rete. Ma per la rete la necessità di tali dispositivi appare più pressante, avvertita la pervasività che il mezzo digitale mostra nel veicolare messaggi non in linea con i valori dell'ordinamento democratico. Il problema si pone per le manifestazioni di odio, per le quali, come noto, si è proposta di recente una commissione al Senato attraverso la mozione della senatrice Liliana Segre. Non accolta dal centro-destra, tale iniziativa ha portato ad una vivace disputa sulla opportunità di introdurre strumenti di censura del pensiero al fine della limitazione di forme di incitamento o giustificazione dell'odio razziale e discriminazione verso le minoranze. La regolamentazione della libertà di pensiero sono, inoltre, rese necessarie dalla diffusione del fenomeno delle fake news, che quando prodotte e diffuse con sistematicità – Trump docet – mostrano alto impatto di manipolazione dell'opinione pubblica. A mano a mano che la rete diviene fonte di informazioni per miliardi di utenti, connessi per una durata giornaliera molto alta e incrementale, è sempre più presente il pericolo che essa sia causa di disinformazione – che può essere poi essa stessa catalizzatore del discorso dell'odio [F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità*, *non censura*, in *MediaLaws*, 1, 2017]. Che la realtà virtuale – nel senso anche di fittizia – sia sempre più reale. Ad esempio alle ultime elezioni americane sono circolati con sistematicità sia messaggi politici fasulli sia false informazioni sulle modalità di voto, con un duplice artificio che ha prodotto in molti casi astensionismo.

Bisogna però sottolineare che anche in questi casi le limitazioni alla libertà di pensiero, pur se nella tutela dei cittadini e del funzionamento della democrazia, sono di per sé molto delicate, perché toccano libertà fondamentali, di pensiero e di espressione: di fatto possono sfociare facilmente in attività liberticide. Breve è il passaggio dalla censura dell'*hate speech* a forme di censura del dissenso e del pensiero politico, perpetrata dai governi attraverso corporation private. Tanto più che la libertà di espressione, nella famiglia dei diritti, appare prodromica alla manifestazione di altre libertà, da quella di associazione e quella di voto. Questo aspetto ha portato la Corte Suprema americana a evitare di imporre limitazioni ai comportamenti dei provider, favorendo invece la circolazione di qualsiasi contenuto nel web. E molto spesso alle questioni di principio si sono aggiunte, sulla sponda americana, la sfiducia verso «soluzioni tecnocratiche che poco possono fare coerentemente per la libera espressione» [Y. Benkler, R. Faris, H. Roberts, Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics, Oxford, 2018, p. 386].

Maggiore sospettività sul mezzo internet è mostrata dall'Unione Europea, che si è spinta a forme di regulation pubblica, definendo codici di condotta contro le forme illegali di disinformazione e di discorsi ispirati all'odio [F. Abbondante, *La tirannia degli algoritmi e la libertà di manifestazione del pensiero; lo stato dell'arte e le prospettive future*, in *L'informazione algoritmica nell'era post-democratica*, ICON-S Italian Chapter, Firenze 22-23 novembre 2019]. Anche tra i cittadini, nel nuovo come nel vecchio continente, si sta rafforzando la consapevolezza della necessità di tenere sotto controllo la rete e i giganti dell'informatica.

Difficile trovare un punto di equilibrio. All'insorgere di nuovi problemi, di sempre più difficile risoluzione, si può però ricordare una vecchia formula democratica: anziché intervenire con metodi bavaglio, il segreto è garantire il pluralismo del mondo dell'informazione. Per ricordare Giovanni

Sartori, «il requisito necessario e sufficiente ai fini dell'autonomia di una pubblica opinione è il requisito policentrico» [G. Sartori, *Elementi di Teoria Politica*, Bologna, 1987]. Tuttavia proprio questo è il punto: la diffusione delle informazioni avviene su un mercato oligopolistico sul quale lo Stato può intervenire sempre meno. Un'importante differenza rispetto al passato concerne il fatto che l'autorità statale non conserva più la capacità di regolamentare i flussi di comunicazione, che, pur in un ambiente che si era considerato piuttosto anarchico in una prima fase, sono per lo più affidati alle scelte delle grandi corporation del digitale. Basti ricordare che il fatturato delle Big Five le cinque multinazionali che controllano il web, si pone attualmente tra il Pil del Giappone e quello della Germania [cfr. J. Van Dijck, T. Poell, M. De Waal, *The Platform Society: Public Values in a Connective World*, Oxford, 2018]. Paradossalmente, proprio ora gli Stati, a livello nazionale o sovranazionale, stanno provando la strada di una serie di regolamentazioni tese a controllare informazioni rispetto alle quale non possono più porsi come gatekeeper. Il legame tra divisione del potere (mediatico) e democrazia è di solare evidenza. Un legame da riannodare, attualmente spezzato.

MARCO OROFINO

Il tema dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 della Costituzione italiana è stato oggetto di costante riflessione nella dottrina italiana e di un intervento continuo da parte della Corte Costituzionale.

L'attività di interpretazione, della dottrina e dei giudici, è stata complicata dal fatto che la disposizione costituzionale, se si esclude la parte dedicata alla libertà di stampa, è assai carente sia in riferimento all'individuazione delle cause di legittimazione che giustificano la restrizione della libertà sia in riferimento alle procedure per la restrizione.

Come noto, l'art. 21 Cost., diversamente dall'art. 10 della CEDU, si limita ad individuare esplicitamente un unico limite alla libertà di manifestazione del pensiero, quello del buon costume e ad assegnare al Legislatore il compito di definire sia "provvedimenti atti a prevenire" sia "provvedimenti atti a reprimere le violazioni" del buon costume. Per le restrizioni della libertà di espressione fondate sulla protezione del buon costume, interpretato dalla giurisprudenza come comune senso del pudore sessuale, la Costituzione prevede una riserva di legge, ma non esplicitamente una riserva di giurisdizione. Questo si evince tanto dal fatto che la norma autorizza il Legislatore ad adottare provvedimenti atti a prevenire le violazioni - attraverso quindi controlli ex ante – quanto dal fatto che la legislazione attuativa ha previsto che autorità amministrative operassero in determinati settori un controllo preventivo.

L'individuazione di limiti ulteriori rispetto al buon costume, è avvenuta attraverso un continuo lavorio della Corte costituzionale che ha costantemente affermato come la libertà di manifestazione del pensiero possa essere limitata al fine di tutelare altri diritti costituzionalmente riconosciuti nonché al fine di tutelare altri interessi costituzionali di pari grado. Nell'individuare i cd. limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero, la Corte ha dovuto colmare un ulteriore vuoto della norma costituzionale, stabilendo che "tutte le limitazioni sostanziali di questa libertà non possano essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e debbano trovare fondamento in precetti e principi costituzionali" (Sent. Corte Cost. n. 9 del 1965).

Non ha invece risolto, ad oggi, la Corte costituzionale un punto assai rilevante. Se la restrizione della libertà di manifestazione del pensiero fondata dal Legislatore in precetti e principi costituzionali debba essere disposta concretamente da un giudice oppure se essa possa essere disposta, sulla base di

una legge, da un'autorità amministrativa. In altre parole se per le limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero a tutela di diritti ed interessi costituzionali, diversi dal buon costume operi o meno una riserva di giurisdizione.
Queste brevi premesse sono indispensabili per offrire una risposta alla domanda che viene posta.
È possibile, nonché doveroso, ad avviso di chi scrive configurare un limite alla libertà di manifestazione del pensiero allorché essa si configuri come *hate speech* inteso come istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica» oppure come «apologia, negazione o minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra». (decisione-quadro 2008/913/Gai del Consiglio del 28 novembre 2008).
Il Legislatore può, seguendo la traiettoria della giurisprudenza della Corte costituzionale, fondare una tale restrizione sui divieti di discriminazioni posti innanzitutto dall'art. 3 della Costituzione italiana. Il fondamento può anche essere rinvenuto, come fa la giurisprudenza della CEDU, sui principi fondanti gli ordinamenti democratici.
Rispetto però a tale giurisprudenza occorre chiarire un punto che appare centrale.
I giudici di Strasburgo si sono orientati nel senso di ritenere irricevibili quei ricorsi presentati contro restrizioni della libertà di espressione laddove l'espressione censurata si configurava come *hate speech*, in particolar modo in campo religioso. Così facendo più che un limite alla libertà di espressione la Corte ha evidenziato come le espressione d'odio non godano della protezione offerta, in quell'ordinamento, dall'art. 10 CEDU per il semplice fatto che esse non siano da considerarsi come esercizio di tale libertà.
E' opportuno che il Legislatore italiano non segua questa strada del ritaglio della tutela in ragione del suo contenuto quanto piuttosto quella, più in linea con la nostra tradizione costituzionale, dell'individuazione di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero.
Infine, molta attenzione andrà posta al problema di come articolare le restrizioni, se ex ante o preferibilmente solo ex post, e soprattutto quale soggetto possa accertare la violazione e disporre la restrizione della libertà di manifestazione del pensiero. Riguardo a questo problema occorre ritornare ancora una volta sul ruolo del giudice e sulla lacuna costituzionale in tema di riserva di giurisdizione.

PAOLO PASSAGLIA

«La libertà di manifestazione del pensiero è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle […] che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato, condizione com'è del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale. Ne consegue che limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvengano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole dell'interpretazione giuridica».
La citazione, tratta dalla sentenza n. 9 del 1965 resa dalla Corte costituzionale, è forse la risposta più limpida che si possa dare al quesito posto, da un punto di vista teorico. Dal brano si coglie, in effetti, tutta l'importanza da riconoscere alla libertà di manifestazione del pensiero (di cui nella sentenza n. 84 del 1969 si proporrà la definizione come «pietra angolare dell'ordine democratico»), ma, al contempo, l'esigenza di collocare questa libertà in un quadro che non trascuri altri principi e diritti

altrettanto essenziali nel contesto ordinamentale.
Se è possibile, anzi doveroso approntare un sistema di limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, il problema non si pone sul piano teorico, ma su quello concreto. Perché quando si passi a dedurre conseguenze applicative dall'affermazione di principio della necessità di un bilanciamento tra libertà contrapposte, allora le difficoltà emergono e, in taluni casi, divengono soverchianti, agendo su due diversi crinali.
Il primo crinale attiene all'individuazione dei principi e dei limiti che, in sede di bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero, sono idonei a limitarla. Sul punto, oltre all'esplicito riferimento al buon costume contenuto all'art. 21 della Costituzione, la giurisprudenza – costituzionale e non solo – ha avuto modo di enucleare, in particolare, i diritti della personalità (sia come diritto alla riservatezza che come diritto all'onore), il necessario rispetto delle normative sul segreto, la salvaguardia del prestigio delle istituzioni. Ci si deve quindi interrogare in ordine all'esistenza di ulteriori principi che possano limitare la libertà di manifestazione del pensiero. L'esempio proposto del «linguaggio d'odio» è forse tra i più agevoli da configurare, se ci si colloca in un'ottica di protezione dell'ordine pubblico che può giustificare le limitazioni che colpiscano l'incitamento all'odio. La diffusione di *fake news* è un'altra frontiera operativa, sulla quale possono concretamente inserirsi principi assolutamente preminenti, come ad esempio quello democratico, allorché le *fake news* siano dirette ad influenzare l'esito di consultazioni elettorali.
Già da questi esempi si coglie, comunque, l'estrema delicatezza dell'individuazione di limiti e, soprattutto, l'opinabilità delle soluzioni cui si giunga. Ciò posto, è però sul secondo dei due crinali evocati che si prospettano le difficoltà più gravi. Ammesso, infatti, che nuovi limiti vengano riconosciuti, il problema diviene la definizione in concreto del tipo di espressione da sanzionare: come è stato per i limiti ormai «consolidati», il sancire un (nuovo) limite non può configurarsi come un punto di arrivo, ma semmai come un punto di partenza, e cioè il punto di partenza di un'opera di raffinamento progressivo da parte della giurisprudenza che vada a delineare quali siano, in pratica, le espressioni che, per i loro contenuti e/o per la loro forma, non possano (più) trovare protezione nella libertà di manifestazione del pensiero, ma siano da leggere come lesive di altri principi. L'esperienza insegna, infatti, che non è neppure immaginabile che possa darsi una formulazione normativa che fornisca canoni di valutazione dotati di un minimo di precisione che siano utilizzabili in linea generale.
Proprio alla luce di questi rilievi, se l'introduzione di limiti «nuovi» alla libertà di manifestazione del pensiero viene contestualizzata nel quadro dell'utilizzo degli strumenti digitali di partecipazione al processo democratico, i problemi finiscono per ingigantirsi, in ragione della difficoltà di individuare soggetti e procedure che possano fungere da guardiani dei confini della libertà di espressione. I rimedi tradizionali, incentrati sull'intervento giurisdizionale, appaiono chiaramente inadeguati alla velocità della circolazione dei messaggi sulla rete, donde il rischio concreto di veder protetti solo in teoria quei principi e diritti che l'imposizione di limiti vorrebbe tutelare. D'altro canto, l'alternativa reale consiste nell'affidamento ai *providers* di compiti di «polizia della rete», con il risultato di attribuire a soggetti privati una funzione tanto sensibile quanto quella di garantire il corretto svilupparsi della dialettica (anche) democratica.
La tematica è, ovviamente, troppo complessa per poter essere qui affrontata in maniera accettabilmente compiuta; questi sommarissimi cenni valgono – si auspica – a mettere in evidenza la necessità di un approccio olistico alla questione, che non può ridursi alla mera individuazione di nuovi limiti alla libertà di espressione, dovendo di contro abbracciare anche la concretizzazione di questi limiti e, forse soprattutto, le modalità attraverso le quali farli valere.

MARINA PIETRANGELO

Il diritto di manifestare il proprio pensiero *anche dopo Internet* resta uno dei cardini degli ordinamenti democratici. Il suo riconoscimento positivo, a livello nazionale o sovranazionale, non è certo privo di limitazioni connesse all'esercizio di altri diritti parimenti tutelati, come noto, purché tali limiti siano interpretati in senso restrittivo. Il quadro regolatorio vigente è relativamente giovane ed è ben puntellato quanto a tutele: l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni unite e l'art. 21 della nostra Carta del 1948; l'art. 10 della Cedu adottata dal Consiglio d'Europa nel 1950; le disposizioni del Patto Onu sui diritti civili e politici del 1966; l'art. 11 della Carta di Nizza del 2000, che arriva dopo un'importante attività giurisprudenziale della Corte di giustizia. Una ricchezza di fonti, ampiamente conosciute e studiate, che pare qui davvero riduttivo rammentarle; se non fosse per l'appunto che l'uso pervasivo di alcune applicazioni digitali pare aver persuaso taluno oggi della necessità di maggiori restrizioni all'esercizio di questo diritto fondamentale.

Personalmente credo che una simile posizione equivarrebbe ad ammettere di aver assegnato - immeritatamente ed erroneamente – a certe applicazioni della Rete Internet (non alla Rete *tout court*) e a coloro che le governano il potere di decidere sulle nostre libertà fondamentali.

Per una prima indicazione sui modi attuali dell'esercizio della libertà d'espressione possiamo forse tenere a mente gli indirizzi del Consiglio del'Unione europea adottati nel maggio del 2014 (Consiglio UE, *Orientamenti dell'UE in materia di diritti umani per la libertà di espressione online e offline,* 9647/14), che non hanno carattere vincolante, ma certamente esprimono un orientamento condiviso a livello Ue. Un documento che "racconta" la multiforme libertà d'espressione contemporanea, ancorandola per l'appunto al ricco e articolato quadro regolatorio vigente ed escludendo restrizioni che forzino i criteri di legalità già previsti specialmente per le comunicazioni online. Così, per esempio, si raccomanda di evitare che vi siano restrizioni a Internet da parte degli operatori, finalizzate a "bloccare, rallentare, declassare o discriminare contenuti, applicazioni o servizi specifici, se non in circostanze molto limitate (ad es., per attuare un provvedimento giudiziario o una disposizione legislativa; per conformarsi alle disposizioni legislative in materia di abusi sui minori ecc.). E ancora il Consiglio chiede ai governi di non abusare della legislazione in materia di incitamento all'odio "per scoraggiare i cittadini dall'intavolare discussioni legittime e democratiche su questioni di interesse generale".

I rischi di restrizioni sproporzionate alla libertà di manifestazione del pensiero o ad altre libertà fondamentali sono, dunque, ben presenti alle istituzioni sovranazionali. Quanto al cosiddetto "incitamento all'odio", esse tendono a censire come reati di odio *solo* le forme più gravi. Così, per esempio, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 prevede la condanna di forme di propaganda "(...) che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e di discriminazione razziale (...)" (par. 4); e l'art. 20 del già ricordato Patto internazionale sui diritti civili e politici vieta le forme più gravi di incitamento all'odio ("2. Qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere vietato dalla legge"); e ancora, la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 (sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale) considera punibili come reati i "discorsi di incitamento all'odio", intendendo l'odio come "come riferito all'odio basato sulla razza, il colore, la religione, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica" (considerando 9).

Questa rapida e superficiale scorsa al quadro regolatorio mi agevola nel rispondere alla domanda con un rinvio ad argomenti extra giuridici. Ritengo, infatti, che molti degli interrogativi odierni sugli argini da porre a certe manifestazioni del pensiero ostili o devianti possano trovare indirizzi più proficui in altri ambiti del sapere, a partire dall'antropologia e dalla sociologia.
Il linguaggio d'odio che oggi corre rapido sui social e che, come proprio i sociologi della comunicazione ci spiegano, si giova particolarmente del carattere disintermediato dello strumeto non può essere fronteggiato col diritto. Può essere arginato solo se il tessuto sociale entro cui ha origine - reale e non digitale - lo contrasta. Non è limitando la liberà d'espressione degli odiatori mediatici che ci preserveremo dal dilagare di una socialità ostile e livorosa. Al contrario, rafforzando le nostre libertà e i nostri diritti all'istruzione, al lavoro, ad un vita dignitosa isoleremo gli odiatori ed eviteremo che trovino seguito in una fragilità sociale fatta di persone lasciate sole nei propri bisogni primari.
L'eguaglianza, la non discriminazione, la tolleranza si costruiscono con un linguaggio socialmente condiviso, tra istituzioni e società, tra politica e società. Sono sempre più persuasa di ciò. Gli usi linguistici di un dato momento storico riflettono la storia sociale e culturale di una determinata comunità di parlanti in quel preciso momento. Ma sono gli usi linguistici selezionati e programmati dalle classi dominanti che s'impongono sui parlanti e diventano modelli di comportamento (non solo linguistico). Quasi sempre, gli usi prescelti sono funzionali alla costruzione e all'organizzazione del consenso, nell'ambito di più generali finalità politico-culturali. La manipolazione degli usi linguistici da sempre si giova dei mezzi di comunicazione, quali che siano a disposizione; una manipolazione che può assumere anche la forma del *laisser faire*, se gli usi emozionali di alcuni parlanti risultano utili a catturare la massa, a "muovere dei sentimenti irrazionali, a influenzare la passionalità senza convincere la ragione" [L. Rosiello, *Introduzione,* in E. Leso, M. Cortelazzo, I. Paccagnella, F. Foresti, *La lingua italiana e il fascismo*, Consorzio Provinciale Pubblica Lettura, Bologna, 1976]. La responsabilità di queste scelte è politica; se è la politica che le accredita, è ad essa che occorre rifarsi per arginarle.

V Domanda

Se ed in che misura l'utilizzo di strumenti digitali di partecipazione politica può intaccare il principio di rappresentanza?

PASQUALE COSTANZO

Mi pare abbastanza ovvio che in tesi la risposta debba essere di assoluta neutralità di tali strumenti rispetto al principio in questione, sol che essi siano appunto funzionali alla partecipazione e non ambiscano a configurarsi come sostitutivi di ogni rapporto costituito in base al principio stesso.
Del resto, nessuno dubita della sostanziale funzione integrativa dello stesso referendum abrogativo (tra l'altro, pure in questa prospettiva, ricondotto ai valori fondanti del sistema). Così come dell'analoga funzione esercitabile da consultazioni di vario genere, dove la maggior preoccupazione dev'essere se mai rivolta alla trasparenza e alla qualità dei meccanismi di funzionamento.
Insomma, anche con l'avvento della Rete, la democrazia diretta totale e perfetta resta sullo sfondo ed anzi la tecnologia ci fa toccare con mano quanto essa sia "difettosa" e in realtà rischiosa e poco

democratica, se si crede che la democrazia debba nutrirsi (pochissimo di *click* e) soprattutto di opinioni, confronti e graduali avvicinamenti al miglior compromesso.

GIOVANNA DE MINICO – MARIA FRANCESCA DE TULLIO

Si veda la risposta data congiuntamente alla domanda VI.

GIANMARIO DEMURO

La rappresentanza politica è considerata in crisi da almeno un secolo. Scrive D. Runciman, *Così finisce la democrazia. Paradossi, presente e futuro di un'istituzione imperfetta*, Torino 2019, p. 109 che già Ghandi riteneva che "un sistema politico che dipendeva da funzionari eletti per prendere decisioni a nome nostro non sarebbe mai riuscito a salvarci da quell'esistenza artificiale. Come avrebbe potuto? La democrazia rappresentativa era essa stessa artificiale. Ormai era alla mercé delle macchine. Operava tramite la macchina dei partiti, la macchina della burocrazia, la macchina del denaro. I cittadini erano consumatori passivi del loro destino politico. Premiamo un bottone e ci aspettiamo che il governo risponda." La paura oggi della crisi della democrazia causata dai *Big Data* non è molto diversa da quella determinata dalle *macchine dei partiti*. La differenza oggi sta nella difficoltà di conoscere i meccanismi di persuasione politica che possono essere attivati da un uso deviato delle macchine che, aggregando i dati, possono essere utilizzate per indirizzare il consenso. Tema questo che può, tuttavia, anche essere rivolto in positivo. Scrive D. Runciman, *op. ult. cit.*, p. 111, "I partiti si affidano a grandi *database* automatici per condurre le loro campagne. I governi usano sempre più i *Big Data* per gestire e fornire l'assistenza sanitaria e altri servizi pubblici. Questi computer non cercano di sopraffarci, non vogliono conquistare nulla: sono privi di una simile volontà." Le macchine non perseguono la fine della democrazia ma, come sempre, dipende da chi le usa. Si tratta in questo caso di disciplinare il *verso* degli algoritmi rendendoli il più possibili neutri.

FORTUNATO MUSELLA

Iniziamo col dire che la rivoluzione digitale non è questione di introduzione di nuovi strumenti. E' un cambio di paradigma.
Sotto accusa – e sotto stress – è la rappresentanza politica, quella che fa in modo che i rappresentanti abbiano presente il volere dei cittadini sulla base della ricorrenza del momento elettorale. Ma si avvicinano altre forme di rappresentanza, più diretta e personale, in cui il delegato non spezza il suo legame con il mandatario in corso di mandato, ma anzi si fa indirizzare in ogni sua azione. Una concezione cha appare iper-democratica – e al contempo pre-democratica – nel valorizzare la continua possibilità di controllo del cittadino. Un mandato imperativo ritenuto non auspicabile da un'antica tradizione costituzionale, come ribadito a metà del secolo scorso dalla nostra carta costituzionale, che di fatti ne conferma il divieto. Riprendendo il filo di quel noto discorso pronunciato da Edmund Burke agli elettori di Bristol: il parlamentare non deve – attenzione non solo non può – eseguire i comandi della sua *constituency*. E nemmeno della maggioranza della Nazione. Andrebbero altrimenti lesi i numerosi diritti, da quelli delle minoranze a quelli delle generazioni

future, che per definizione non hanno ancora voce. Eppure il principio di rappresentanza politica risente del clima di antipolitica dell'attuale stagione politica, che poi si riserva in concrete azioni di riforma delle istituzioni, come ad esempio il taglio dei parlamentari, l'utilizzo dei referendum propositivi, le consultazioni in rete. Risente del presentismo indotto dalla rete: se «rappresentare» significa letteralmente rendere presente ciò che assente, la rete semplifica tale processo rendendo tutti presenti. Bersaglio critico sono di conseguenza gli attori di intermediazione, dai partiti ai sindacati, e la presunta opacità delle loro procedure di funzionamento.
Il concetto stesso di rappresentanza, oltre che la sua pratica, è in crisi, o almeno sottoposto a un ripensamento. Tuttavia nella ripresa del dibattito sulla democrazia diretta si apre un enorme campo di sperimentazione difficilmente liquidabile dopo l'avvento delle nuove tecnologie. Tutti possono interagire con tutti, muovere campagne di opinione, promuovere azioni politiche. Sempre più spesso i cittadini possono decidere direttamente, senza bisogno di intermediazioni. Se cresce la frammentazione dei pubblici in chiave individualista – ciò che chiamiamo la «personalizzazione delle masse» [M. Calise e F. Musella, *Il Principe digitale*, cit.] – si impone l'esigenza del recupero di un principio ordinativo che possa assicurare la capacità di indirizzo politico. Del resto i meccanismi di rappresentanza si caratterizzavano proprio per il fragile, e precario, equilibrio, tra momento del rispecchiamento dell'elettorato e conferimento dell'autorità politica.
Come mettere insieme Kratos e Demos nel nuovo contesto digitale in linea con le enormi potenzialità di partecipazione popolare che si delineano? E con le ormai ampie aspettative di coinvolgimento che i cittadini nutrono? Si tratta di domande sulle quali si sta cercando una risposta sul fronte dell'organizzazione di partito, con nuovi «partiti digitali» – tra cui Podemos in Spagna, il Movimento 5 Stelle in Italia, i Partiti Pirata nel Nord d'Europa – a proporre un nuovo ethos di partecipazione attiva attraverso lo strumento delle piattaforme digitali [P. Gerbaudo, *The Digital Party: Political Organisation and Online Democracy*, Londra, 2019]. Esperienze per il momento esposte spesso al rischio del fallimento, o anche alla deriva antidemocratica del controllo di piccoli gruppi elitari su ampi movimenti di massa. Ma che esprimono ormai una consapevolezza sui processi in corso. Difficilmente i meccanismi tradizionali della rappresentanza resteranno intatti al tempo della politica digitale.

MARCO OROFINO

Per rispondere a questa domanda occorre a mio avviso operare una distinzione preliminare tra gli strumenti digitali di partecipazione politica adottati dai partiti e dai movimenti politici al fine di rafforzare il legame tra i propri rappresentanti e i militanti, attivisti o semplici elettori e gli strumenti di partecipazione politica disciplinati, de iure condendo, per integrare i cittadini nel circuito politico-decisionale.
Posto che in estrema sintesi, il principio di rappresentanza negli ordinamenti liberal-democratici si fonda sul principio della rappresentanza generale e sul divieto di mandato imperativo non sembra che gli strumenti digitali di partecipazione politica eventualmente sperimentati dai partiti politici possano intaccare il principio di rappresentanza. La loro adozione ed il loro utilizzo rimane per lo più confinato nell'ambito della dialettica interna ad un partito, organizzazione o movimento che sia. Tali strumenti dovranno certamente rispettare il principio di trasparenza e il principio del metodo democratico ma non ritengo possano avere un impatto diretto sul principio di rappresentanza o sul divieto di mandato

imperativo. Essi solo aggiornano la dialettica esistente tra la disciplina di partito o di gruppo e la libertà del mandato rappresentativo e, in particolar modo, parlamentare..
Discorso diverso deve farsi per eventuali strumenti digitali di partecipazione politica che venissero previsti dal Legislatore per consentire ai cittadini di partecipare direttamente a taluni specifici processi decisionali. Qui, *de iure condendo*, occorrerebbe valutare a quali processi viene richiesto di partecipare e soprattutto a quali effetti condurrebbe la loro partecipazione. E' chiaro che se la legge conferisse a tale partecipazione effetti non meramente propositivi o consultivi ma effettivamente decisionali si porrebbe il problema, a Costituzione invariata, della loro compatibilità rispetto alla prevalenza degli istituti della democrazia rappresentativa sancita dalla nostra Costituzione repubblicana.

PAOLO PASSAGLIA

L'idea che ciascuno ha della democrazia condiziona, evidentemente, la valutazione dell'impatto che la tecnologia digitale esercita sul principio di rappresentanza.
Se si concepisce la rappresentanza come la forma più lineare e più efficace di esercizio della democrazia, le nuove tecnologie non possono non essere percepite come un fattore di destabilizzazione.
Se, viceversa, si vede la rappresentanza come un valido surrogato dell'impossibilità di dar corso ad una democrazia diretta, allora le nuove tecnologie offrono opportunità impensabili fino a qualche tempo fa di avvicinamento (più o meno marcato) ad un ideale democratico.
Cercando di adottare un punto di vista il più possibile neutrale, è incontestabile che gli strumenti digitali, per il fatto stesso di permettere ai rappresentati un più diretto e frequente contatto con i rappresentanti, incidono necessariamente (se non sul principio di rappresentanza in sé, quanto meno) sul modo attraverso cui la rappresentanza viene esercitata.
Un primo aspetto su cui soffermarsi è quello della parziale relativizzazione del momento elettorale. In passato, il voto era, specie nei collegi di dimensioni medio-grandi, l'unico strumento che il rappresentato aveva per far sentire la sua voce, dunque le consultazioni elettorali rappresentavano un momento di assoluta eccezionalità rispetto alle dinamiche concrete: quello del voto era l'unico giorno in cui, per riprendere l'immagine di Rousseau, il popolo non era schiavo. L'eccezionalità non è venuta meno, ché le elezioni sono pur sempre il momento fondamentale che nutre il sistema democratico, ma è indubbio che si sia persa l'idea di un popolo che parla *uno actu* per poi tornare a tacere per anni (salvo attivare istituti concepiti, comunque, come eccezionali, quali *referendum* o iniziative legislative popolari).
C'è però un aspetto ancor più importante che deve essere messo in rilievo. La scelta dei rappresentanti, proprio per il fatto di concentrarsi in un momento isolato rispetto ai tempi della politica, ha permesso di configurare gli eletti come espressione, sì, della frazione di corpo elettorale che li ha designati, ma anche, e soprattutto, come rappresentanti della Nazione, quindi come individui chiamati ad esercitare un mandato nell'interesse, non già di una frazione, bensì dell'intero popolo. Non a caso, l'art. 67 della Costituzione associa la definizione dei parlamentari come rappresentanti della Nazione all'esercizio delle loro funzioni «senza vincolo di mandato». La rappresentanza politica si è quindi strutturata come l'attribuzione di un mandato a schema libero, orientato solo all'interesse della collettività: in questo possiamo scorgere una compenetrazione tra il potere riconosciuto alla *maior pars* e quello conferito alla *sanior pars*, nel senso che il rappresentante, proprio per essere

chiamato a servire gli interessi superiori, si presumeva che avesse le qualità per farlo nel migliore dei modi, anche eventualmente *contro* il volere di chi lo avesse concretamente eletto. Come dire che si *affidava* un incarico politico ad individui sulle cui capacità si *confidava*, sull'assunto che il controllo si sarebbe anche potuto svolgere, ma che l'eventuale critica si sarebbe potuta attivare solo al momento dell'elezione. Questo schema, descritto qui in modo certamente molto semplicistico ma forse – almeno, si auspica – non errato, è in buona misura venuto ormai meno: l'elettore sceglie il proprio rappresentante nella persona che ritiene più adatta al ruolo da ricoprire, tuttavia il controllo può essere esercitato non più in forma passiva, ma attraverso una interlocuzione frequente, resa possibile dagli strumenti digitali che annullano le distanze geografiche e che permettono l'apertura di canali di comunicazione immediati tra rappresentato e rappresentante.

La possibilità di un contatto immediato dischiude un'ulteriore prospettiva. Non è più soltanto l'elettore che può cercare il contatto con l'eletto, ma è anche l'eletto che può svolgere il proprio mandato attraverso paradigmi diversi da quelli tradizionali. Anziché trarre la propria legittimazione dall'elezione ed impegnarla assumendosi la responsabilità delle scelte da fare, il rappresentante può relativizzare il peso dell'investitura elettorale, al contempo relativizzando la propria responsabilità: il canale di comunicazione diretto con gli elettori, in altri termini, ben può essere utilizzato dall'eletto per de-responsabilizzarsi, affidando agli elettori il compito di indicargli la scelta che essi (evidentemente a maggioranza) ritengano migliore. Il rappresentante diviene quindi, più che la persona cui affidarsi per compiere le scelte migliori, l'esecutore delle scelte che gli elettori stessi compiano di volta in volta.

Una tale dinamica, che può valere per i singoli eletti ma anche, più in generale, per partiti o movimenti, finisce per snaturare alla radice la democrazia rappresentativa, proprio perché priva la rappresentanza di un elemento fortemente caratterizzante quale quello della selezione del personale politico che sia in grado (auspicabilmente) di esprimere il meglio della Nazione. Il criterio della *maior pars* diviene, così, pervasivo, con il rischio di marginalizzare qualunque apporto della *sanior pars*. La polemica contro il professionismo della politica e l'ascesa delle correnti populiste si manifestano, in fondo, anche per questa via.

MARINA PIETRANGELO

Come già accennato, gli istituti partecipativi *nel* processo democratico sono identificabili come pratiche interne ai sistemi di democrazia rappresentativa, anche laddove essi vengano qualificati come istituti di democrazia diretta (es. il referendum abrogativo o confermativo, le proposte di legge d'iniziativa popolare, le petizioni). Come bene è stato scritto, infatti, la partecipazione non può "[...] porsi in competizione con gli altri aspetti della democrazia costituzionale, intesa nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini, nel pluralismo dei poteri e nella superiorità della costituzione. Ma, essendo come gli istituti rappresentativi, e in maniera più diretta, espressione della sovranità popolare così come del principio personalista che informa gli ordinamenti democratici, viene a inserirsi nel disegno complessivo della democrazia rappresentativa, a combinarsi con essa integrandone le lacune e a correggere i difetti di cui questa soffre in forza dei suoi artifici e della crisi che con evidenza oggi patisce" [U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in Rivista AIC, 1/2011, 3-4]. Un indirizzo teorico ampiamente condiviso in letteratura, che si ritrova costante nei rapporti istituzionali che censiscono e indagano lo stato dell'arte [tra i tanti, v. EPRS - Servizio di ricerca del Parlamento europeo, *Le prospettive della democrazia digitale in Europa,* 2018].

Ma la digitalizzazione ha prodotto una dilatazione o, meglio, uno sconfinamento della partecipazione politica nella partecipazione sociale, una osmosi che, da un lato, ha ulteriormente alimentato la disaffezione nei confronti delle forme tradizionali della partecipazione politica (la cosiddetta "crisi della politica"); dall'altro, ha ingenerato surrettiziamente l'idea di un potere miracoloso del digitale specialmente in funzione di altrettanto miracolosi modelli di democrazia plebiscitaria. Al di là del rispetto formale delle regole, è evidente che questi fenomeni riguardati nel loro insieme erodono lentamente le fondamenta di alcuni istituti della rappresentanza.
Nè possiamo più dare appello alla sorprendente novità tecnologica che potrebbe aver colto di sorpresa le nostre istituzioni. Le "occasioni" e le "intuizioni" anche normative non sono mancate, ma non sono state mai pienamente colte. Era il lontano 2005 quando una norma di legge imponeva alle amministrazioni pubbliche italiane l'utilizzo in via esclusiva delle ICT nell'organizzazione della propria attività "per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese" (art. 12, d.lgs. n. 82 del 2005). Se si eccettuano gli istituti della comunicazione legislativa e della pubblicazione con valore legale, per i quali un percorso pluridecennale ha prodotto qualche buon risultato in termini di miglioramento qualitativo, poco altro resta.
E intanto la comunicazione politica istantanea tende ad assimilare certe piazze virtuali esterne al circuito democratico ai luoghi della rappresentanza. Tornerò su questo profilo più avanti, a proposito della piattaforma Rousseau usata dal Movimento 5 stelle (cfr. *infra* la risposta n. 7).

VI Domanda

Il ricorso a strumenti digitali di partecipazione politica può – ed eventualmente in che misura – contribuire a "colmare la distanza" tra governanti e governati e ad aumentare, per questo verso, il tasso di "democraticità" dell'ordinamento?

PASQUALE COSTANZO

A differenza delle sostanziali perplessità espresse nel punto precedente, si può invece qui nutrire un maggior ottimismo se l'obiettivo è "solo" quello di colmare le distanze. Evidentemente per strumenti digitali devono intendersi, oltre a quelli accennati in precedenza da utilizzarsi con le dovute cautele, tutti quelli che rechino in sé una valenza informativa attiva e passiva. Il notevole plusvalore derivato per la libertà d'informazione dalla moltiplicazione del numero e della potenza dei mezzi diffusivi non può che rafforzare la funzione di architrave dell'ordinamento democratico riconosciuto, com'è noto, anche dalla Corte alla libertà in questione.

GIOVANNA DE MINICO – MARIA FRANCESCA DE TULLIO

Gli strumenti digitali hanno sicuramente un potenziale espansivo dei diritti, in quanto mettono a disposizione nuovi strumenti partecipativi, che possono integrare quelli attuali, in evidente stato di crisi. Tuttavia, la realizzazione di questo potenziale non deriva automaticamente dallo sviluppo tecnologico. Come è stato chiarito, la tecnica non è una 'mano invisibile', capace da sola di guidare

la società verso il benessere generale [L'espressione è stata traslata dal linguaggio economico a quello giuridico in: G. De Minico, *Internet. Regola e anarchia*, cit., p. 12, pp. 96-206], ma «è sempre soltanto strumento ed arma e proprio per il fatto che serve a tutti non è neutrale» [C. Schmitt, *Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen*, in *Europäische Revue*, dicembre 1932, trad. it. *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 178-179]: essa potrebbe servire – a seconda di chi la impiega – tanto a finalità egoistiche di profitto quanto all'utilità sociale. Anzi, la storia dei diritti sociali insegna che, in assenza di uno specifico intervento parificatore dell'autorità, l'arma programmata per 'servire a tutti' finisce per servire soprattutto al più forte, che può appropriarsene. Infatti, ciascun attore privato – se lasciato libero – si muove secondo il proprio interesse particolare, e quindi vince se ha più risorse per perseguire quell'interesse.

Di conseguenza, più che 'santificare' o 'demonizzare' la democrazia in rete, occorre – preso atto del loro sviluppo in atto – elaborare delle regole dirette ad assicurare la loro compatibilità con il sistema costituzionale vigente. E sull'«autore della regola che ha ad oggetto la tecnica cade la responsabilità di decidere preliminarmente quale obiettivo alla tecnica voglia assegnare» [Per quanto riguarda le piattaforme partecipative: Council of Europe, *Electronic democracy ("e-democracy"), Recommendation CM/Rec(2009)1 and explanatory memorandum, 18/2/2009, in https://www.coe.int/t/dgap/democracy/Activities/GGIS/CAHDE/2009/RecCM2009_1_and_Accomp_Docs/6647-0-ID8289-Recommendation%20on%20electronic%20democracy.pdf*, principio P.52. (p. 18). Opinioni contrarie sono citate in: E. Morozov, *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*, Public Affairs, New York 2014, trad. it. *Internet non salverà il mondo*, Mondadori, Milano 2014, pp. 147-158]. Dunque, il decisore che interviene sulla partecipazione digitale deve attenersi agli stessi principi costituzionali della partecipazione analogica.

In tal senso, bisogna tenere presente in primo luogo che l'ordinamento vigente ha una struttura costitutivamente rappresentativa. Di conseguenza, le forme partecipative – digitali o analogiche che siano – possono solo completare la rappresentanza, ma non sostituirsi alla stessa. In sintesi, tra la democrazia partecipativa e quella rappresentativa c'è un rapporto di accessorietà, non di fungibilità.

In secondo luogo, occorre realizzare che allo stato attuale una normativa sulla partecipazione digitale, capace di realizzare quest'ultima in modo compatibile con i diritti fondamentali e l'uguaglianza sostanziale, è tutta da elaborare. Infatti, non manca letteratura in che spiega come lo spazio politico digitale sia segnato da forti ineguaglianze, sia nell'accesso alla rete e nell'alfabetizzazione, sia nel controllo del flusso informativo, il quale oggi corre prevalentemente sulle piattaforme di poche grandi società dominanti.

A queste condizioni, non vi è antagonismo tra le forme partecipative digitali e quelle analogiche. Al contrario, la partecipazione trae un beneficio tanto maggiore quanto maggiore sarà la disponibilità e varietà di strumenti per l'esercizio dei diritti politici; solo in questo modo ciascuno avrà la possibilità di trovare quello a sé più congeniale.

In sintesi, diventa essenziale ripartire dall'uguaglianza sostanziale, tema centrale di ogni modello partecipativo: sia *online* che *offline*. Infatti, stiamo vivendo una fase in cui i corpi intermedi tradizionali – come i partiti – non sono spariti, ma vedono diluirsi nel tempo la propria capacità di mediazione con gli interessi e con le istituzioni. E qui il rischio è duplice. Se perdurano le forme attuali della democrazia, vi è il pericolo che si aggravi il crescente scollamento tra rappresentanti e rappresentati. Se invece si alimenta la democrazia diretta e partecipativa, a prescindere dall'uguaglianza, si favorisce un confronto non mediato tra interessi particolari diseguali, dove non è

vero che 'uno vale uno', perché qualcuno 'vale più degli altri' in ragione della sua maggiore forza economica e del suo crescente capitale cognitivo e sociale.
A questi pericoli dobbiamo resistere e opporci con coraggio e fantasia politica.

GIANMARIO DEMURO

Parto dalla discussione in Parlamento sulla riforma dell'articolo 71 della Costituzione che sembra avere un unico sbocco finale; la semplificazione apparente di decisioni complesse in un unico atto. Come ho già scritto su la *Costituzione.info* a maggio del 2019. Questa prospettiva di decisioni immediate, automatiche, veloci, non contrattabili, a-territoriali è accompagnata, paradossalmente, dallo sviluppo tecnologico dell'intelligenza artificiale, uno sviluppo talmente rapido e invadente da richiedere la redazione da parte della Commissione Europea il 18 dicembre 2018 di un *Progetto di orientamenti etici per una IA affidabile*. Il documento massimizza le opportunità dell'intelligenza artificiale ma postula *un approccio antropocentrico di* detta intelligenza. Si chiede alla macchina di rispettare l'uomo e di *garantire la finalità etica dell'IA* mediante il rispetto di parametri il *fare del bene, evitare di fare del male, garantire l'autonomia agli umani*, ma, soprattutto, attenzione alle situazioni in cui possono esservi *asimmetrie di potere o informazione*. Gli umani, dunque, si occupano dei limiti da definire per le macchine e, le macchine, devono essere rese responsabili e tracciabili, devono agire per il benessere dei cittadini. Esse potranno decidere prima e meglio dell'Uomo solamente se lo riconosceranno al centro della decisione. Mentre ci accingiamo a regolare le macchine la proposta di decisione *immediata* in discussione contrappone il Popolo al Parlamento, non ha nulla a che fare con la democrazia diretta, perché la decisione immediata ha un decisore che definisce tra pochi la decisione da prendere; non aiuta la democrazia rappresentativa perché, come ha detto Roberto Bin nel suo intervento [http://www.lacostituzione.info/wp-content/uploads/2019/04/Incontro-cattolica-RB.mp3], attivando il sistema binario Si/No si perde tutte le altre possibilità di decisione. La democrazia, infatti, soprattutto nella sua declinazione rappresentativa, è uno strumento di decisione fondata sulla comparazione, sulla distinzione, sulla contrapposizione e non su un'unica prospettiva indicata da una minoranza. La democrazia è tecnica di decisione, proprio a principiare dal dialogo tra persone e culture, volta a superare l'*asimmetria di informazione* che non permette decisioni informate a chi decide in assenza di informazioni. Per evitare l'uso smodato e inconsapevole dell'intelligenza delle macchine – che può portare, a costruire procedure automatiche inconsapevoli, fatte per apparire democratiche – la limitazione da parte degli umani è orientata alle decisioni non complesse. Se si concedesse alle macchine di prendere decisioni apparentemente dirette, decisioni non confrontabili con decisioni precedenti, decisioni senza passato, decisioni destinate a rimanere nell'istante, non avremo uno sviluppo della democrazia ma una democrazia artificiale.

FORTUNATO MUSELLA

Il direttismo per definizione accorcia le distanze tra cittadini e istituzioni politiche. E di fatto la prima prospettiva col quale istintivamente si guarda all'emergere dei nuovi strumenti di partecipazione digitale è proprio quella del coinvolgimento popolare nelle scelte collettive. I partiti politici, che sono stati storicamente il canale principale di incorporazione delle masse nell'edificio statale, ora

promuovono spesso un intervento diretto, dei singoli cittadini, in alcuni processi decisionali, come ad esempio la selezione della candidature, o dei capi. Nelle esperienze più avanzate, agli utenti/cittadini è demandata la partecipazione su piattaforme digitali su ogni decisione rilevante del partito, anche se restano poi ampi margini di influenza delle oligarchie di partito rispetto agli orientamenti delle masse. La sensazione di direttismo è poi accresciuta dallo stesso processo di personalizzazione della politica, con leader politici che utilizzano vecchi e nuovi media al fine di creare un rapporto di prossimità, al limite dell'intimità, tra leader e cittadini. Ciò risponde ad una delle attese del cittadino contemporaneo, quasi che il direttismo fosse un metro per misurare il taso di democraticità dei regimi. Ma qui ritroviamo un potente equivoco storico.
Di fatto dopo decenni di espansione geografica, e di crescita qualitativa, la democrazia sembra arrivare ad un bivio. Le trasformazioni innescate dalla rete possono essere fonte di trasformazione delle organizzazioni politiche in direzione di un maggiore coinvolgimento dei cittadini nei processi politici e amministrativi. Divenendo occasione del ridisegno, su nuovi basi, dei regimi democratici. D'altra parte in numerosi paesi il rafforzamento della figura del leader e l'utilizzo dei nuovi media come strumento di persuasione sociale possono segnare la fine della democrazia liberale, che più che sulle speranze di partecipazione diretta si fonda su garanzia di pluralismo politico e sociale. Sfruttando le piattaforme, i leader calibrano i propri messaggi sugli orientamenti (o sentiment) dei cittadini-elettori, rilevati attraverso meccanismi complessi di statistica computazionale. Il microtargeting è la parola chiave di una comunicazione politica rivolta ad un elettorato sempre più atomizzato e volatile, sempre più condizionato dalle forme che l'algoritmo consente, e preda di propaganda digitale [M. Calise e F. Musella, *Il Principe digitale* cit.]. Non a caso molti autori stanno analizzando empiricamente la regressione della democrazia, o congetturando sulla fine di tale regime [D. Ziblatt, *Come muoiono le democrazie*, Bari-Roma, 2019]. Anche laddove si preservi intatto il circuito elettorale, si dubita sulle possibilità dei cittadini di esprimere autonomia di pensiero, e di azione. I molti casi è proprio il nuovo ambiente preda del virus della personalizzazione a portare a livelli di frammentazione tali da condurre a poter spingere i leader ad arroccarsi ai posti del comando. Il tramonto della democrazia si confonde sempre più spesso con l'alba delle autocrazie.

MARCO OROFINO

Il senso di distanza tra governanti e governati è così ricorrente nella storia da far sorgere il dubbio che esso sia una caratteristica ineliminabile e naturale in ogni tempo ed indipendente dalla forma di Stato e di Governo. Come non ricordare le parole di Calamandrei in Assemblea Costituente che sottolineavano il senso di sfiducia diffuso nella società persino nei confronti del loro lavoro. Molto occorrerebbe dire anche sull'assioma per cui maggiore vicinanza significhi sempre maggiore democraticità dell'ordinamento.
Non è pero mia intenzione eludere la domanda che viene posta e che correttamente riferisce di una percezione di distanza e di sfiducia dei cittadini nei confronti dei propri governanti; una percezione che è diffusa in tutta Europa e che merita, indipendentemente dal fatto che essa sia o meno giustificata, specifica attenzione.
Il punto è, dunque, se tale sentimento di sfiducia e lontananza possa essere efficacemente contrastato ricorrendo a strumenti digitali che favoriscano nuove forme di partecipazione politica.
Se si pensa a strumenti digitali di partecipazione che sostituiscano l'intermediazione del corpo intermedio creando un legame diretto tra il singolo militante, elettore, cittadino ed il rappresentante,

la risposta non può che essere negativa. Nel senso che tali strumenti possono servire a creare consenso illudendo il cittadino elettore di avere un legame diretto con il proprio rappresentante o con il leader politico preferito. Si pensi all'iper-attività sulle piattaforme sociali generaliste di molti politici di primissimo piano ed ai dibattiti che scaturiscono dai post da loro pubblicati. Molto raramente essi hanno un qualsivoglia contenuto politico; molto più spesso cavalcano temi già noti diffondendo fatti di cronaca su cui l'opinione pubblica è già polarizzata. Tuttavia poiché di una solo apparente connessione si tratta tali strumenti finiscono, una volta svanita l'illusione, per deteriorare ulteriormente il rapporto tra cittadino e rappresentanti.

Se si pensa invece a strumenti digitali di partecipazione politica che diano nuova linfa ai corpi intermedi, partiti, associazioni e movimenti, senza volerli sostituire, il giudizio non può che essere differente. Essi possono avere un triplice effetto positivo.

In primo luogo, essi possono rendere più fluide le relazioni all'interno delle organizzazioni politico-partitiche ed all'esterno riducendo la loro storica complessità tramite una riarticolazione dei meccanismi di selezione delle istanze sociali. In questo senso, piattaforme dedicate ed aperte possono portare all'attenzione del partito o del movimento nuove questioni e nuovi temi sociali, molto prima di quanto non accadrebbe se si dovessero attendere i tempi necessari al passaggio di tali istanze dalla società alla classe politica.

In secondo luogo, essi possono sostituire alcuni meccanismi tradizionali di formazione della volontà politica del partito politico. Si può pensare a meccanismi partecipati di selezione della leadership o delle candidature così come a meccanismi partecipati di decisione tanto su singole questioni quanto su orientamenti di più ampio respiro. È chiaro che, in particolare, l'utilizzo di strumenti di partecipazione digitale per l'assunzione di decisioni fondamentali per la vita di un partito o di un movimento deve rispettare precisi standard di trasparenza (in particolare per i partecipanti) e di democraticità.

Il rispetto del principio di trasparenza e del principio democratico sono vincoli che la nostra Costituzione impone a tutti i partiti politici indipendentemente dall'utilizzo o meno di strumenti di partecipazione digitale. Non si può dire a priori che i meccanismi tradizionali fossero più trasparenti o più democratici di quelli digitali; ma certamente si può affermare che dietro l'utilizzo di strumenti digitali possono facilmente celarsi meccanismi opachi e non democratici.

Se gli strumenti di partecipazione digitale non sono trasparenti e sfuggono al controllo dei partecipanti è chiaro che essi da strumento per "colmare la distanza" tra governanti e governati si tramutano in strumenti che allargano il solco e rafforzano la percezione di sfiducia dei cittadini nei confronti della classe politica.

PAOLO PASSAGLIA

La risposta fornita alla domanda *sub* (5) condiziona, in buona misura, gli esiti cui possa giungersi nell'analisi delle virtù proprie degli strumenti digitali di partecipazione politica in termini di riduzione della distanza tra governanti e governati e di incremento del tasso di «democraticità» del sistema. In modo forse un po' provocatorio, può dirsi che la tecnologia può ridurre senz'altro la distanza tra governanti e governati, ma questo non implica che il sistema sia più democratico, perché per giungere ad una siffatta conclusione si deve prima chiarire il significato che si attribuisca a questo aggettivo.

Procedendo con ordine, lo sviluppo delle tecnologie digitali, come ha agevolato in maniera spettacolare le comunicazioni in generale, così ha reso possibile la creazione, l'ampliamento e la

conservazione di canali diretti tra elettori ed eletti, tra simpatizzanti e vertici di partiti, tra consociati ed istituzioni. Questi canali non hanno tutti la stessa portata per il funzionamento del sistema democratico.

Il terzo canale evocato (consociati / istituzioni) è, di per sé, foriero di benefici in termini di democrazia, dal momento che permette agli individui di *conoscere* chi esercita il pubblico potere e come il pubblico potere viene esercitato. Altrimenti detto, gli strumenti digitali sono un formidabile *atout* per lo sviluppo della comunicazione istituzionale, la quale, a sua volta, è ormai considerata un elemento-cardine per la legittimazione del potere. Questa dinamica, dunque, più che un aumento del tasso di democraticità, è da ritenersi consustanziale ad un sistema che voglia dirsi modernamente democratico: l'emergere della tecnologia digitale, mutando i rapporti sociali ed imponendo l'affermarsi della c.d. «società dell'informazione», ha reso imprescindibile, per le istituzioni, l'impegno ad entrare a far parte di questa società. Come dire che, più che il tasso di democrazia, ad essere aumentato è il tasso di comunicazione in generale e quindi anche quello richiesto per un funzionamento adeguato del processo democratico.

Assai più complesso è il discorso da condurre relativamente ai primi due canali evocati, e cioè quello dei rapporti tra elettori ed eletti e quello tra simpatizzanti e vertici di partito. Qui non viene in rilievo un semplice mutamento *quantitativo* del tasso di comunicazione che connota (la società e quindi anche) il sistema democratico; qui le implicazioni attengono al tipo di democrazia che si intenda realizzare. In entrambi i casi esistono, certo, condizionamenti derivanti dall'essere inseriti nella società dell'informazione, che rende necessitata l'apertura di canali di comunicazione; ma non c'è solo questo. L'avvicinamento sensibile, in entrambi i casi, presenta i rischi di torsione che sono stati in precedenza evidenziati (v. *sub* (5)), nel senso che le forme di esercizio della rappresentanza vengono a mutare – o, quanto meno, possono venire a mutare – in maniera significativa. L'avvicinamento degli eletti agli elettori, in sé e per sé, parrebbe poter essere un modo efficace per far fronte alla «crisi della rappresentanza» che da tempo viene evocata. Per uscire dalla crisi, però, si può optare per restare all'interno del sistema esistente oppure si possono sperimentare forme nuove di funzionamento della democrazia.

Colmare la distanza tra elettori ed eletti può tradursi in un semplice «aggiustamento» del sistema tale quale si è strutturato nel corso del tempo. In tal caso, gli strumenti digitali offrono opportunità nuove per rendere più visibile e trasparente l'attività degli eletti, dimodoché gli elettori possano esercitare un controllo più esteso e più approfondito, nell'ottica di far valere, nelle forme consone (*ergo*, principalmente, in sede elettorale), la responsabilità dell'eletto. Resta integralmente in capo all'eletto (e, *mutatis mutandis*, al partito) la scelta circa le politiche da seguire e le scelte da operare. Quello che gli strumenti digitali aggiungono rispetto al passato è il fatto di poter verificare in maniera più efficace l'attività posta in essere.

Diverso è se l'avvicinamento tra elettori ed eletti si traduce in uno snaturamento della rappresentanza. Se, come si è visto in precedenza (v. *sub* (5)), l'interscambio elettori / eletti viene visto come un lasciare ai primi il compito di operare le scelte che dovrebbero connotare l'azione dei secondi, allora la rappresentanza perde alcuni dei suoi caratteri fondativi. E la complessità che è propria del sistema democratico e del suo arricchire l'operatività del principio di maggioranza con altre considerazioni (legate, appunto, *in primis* all'affidamento nell'opera dei rappresentanti) conosce applicazioni semplificate, che possono forse essere lette come un accrescimento del tasso di democraticità del sistema, ma che ben possono risolversi anche in un rafforzamento di politiche fondate sulla logica binaria del «sì/no» (tipica del principio di maggioranza), a scapito di una composizione di interessi

derivante da una sintesi dialettica. Una sintesi che è generalmente espressione di ciò che si definisce una «democrazia matura».

MARINA PIETRANGELO

La questione della distanza tra governanti e governati *colmabile* grazie all'impiego delle ICT è antica; se ne ragiona da tempo, senza tuttavia essere giunti a un punto fermo. Per varie ragioni, che proverò a dire. Intanto occorre precisare che essa è stata declinata per lo più nel senso della integrazione e valorizzazione dei processi decisori mediante forme di consultazione online. Questo filone di pensiero ha prodotto molti risultati dal punto di vista teorico, ben pochi credo a livello istituzionale (è di questi giorni la notizia del rilancio del portale per le consultazioni pubbliche del nostro Governo, da tempo quiescente: *partecipa.gov.it*). Con le dovute differenze che proverò ad annotare.

Come detto, sono state indagate e sperimentate per lo più forme di consultazioni online endoprocedimentali, perché già conosciute o regolate nella forma della consultazione in modalità tradizionale, cioè in luogo fisico o affidata ad uno scambio di documenti e pareri off line. Ma sono state pure ampiamente esaminate le consultazioni online svincolate dall'iter di formazione di decisioni formalizzate in atti giuridici. In entrambe le ipotesi dette, al digitale è stato assegnato un valore quasi taumaturgico, smentito – salvo forse alcune eccezioni – dalla prassi e dalla persistente assenza di una regolazione omogenea sul territorio nazionale in grado di garantire a chiunque a parità di condizioni l'esercizio del diritto a partecipare.

L'approdo alle forme di consultazione online discende fisiologicamente dalla maggiore capacità informativa delle amministrazioni pubbliche acquisita con la digitalizzazione (si pensi all'apertura delle basi di dati pubblici) che ha rinverdito - specie nell'ultimo decennio – le aspettative mai sopite sull'esercizio di un controllo diffuso sull'operato delle istituzioni pubbliche, da un lato, e sulla possibilità di prendere parte alla costruzione delle decisioni pubbliche. Si contano a riguardo parecchie norme di principio, come il regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011 riguardante l'iniziativa dei cittadini attraverso le proposte di atti legislativi rivolte alla Commissione, che menziona espressamente la 'tecnologia' quale «strumento di democrazia partecipativa» (considerando 14), non senza precisarne i requisiti anche tecnici; o l'art. 9 (Partecipazione democratica elettronica) del nostro d.lgs. n. 82/2005, qui già ricordato. Una disposizione modificata nel 2016, che ora prevede anche il ricorso a "forme di consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare". Si tratta della versione digitale delle consultazioni già previste (pur se quasi mai praticate) per i soli schemi di atti normativi del Governo sottoposti per legge all'analisi di impatto della regolamentazione (AIR).

In effetti, le consultazioni pubbliche telematiche non sono dissimili nella finalità da altri istituti consultivi già conosciuti dai nostri sistemi giuridici, attraverso i quali i soggetti pubblici prima di decidere arricchiscono il proprio bagaglio informativo mediante pareri e osservazioni richieste alla collettività. Pensiamo per esempio ai referendum consultivi negli ordinamenti regionali, obbligatori per le proposte di modificazione territoriale di livello locale, a norma dell'art. 132 Cost. e degli Statuti; ma facoltativi in ipotesi diverse. Però è altrettanto vero che essa richiede cautele e garanzie diverse proprio in ragione delle caratteristiche del mezzo impiegato.

Negli anni scorsi le consultazioni aperte dai soggetti pubblici sui propri siti web istituzionali si sono moltiplicate, pur nella assoluta disomogeneità di metodo, oggetto, limiti e – ciò che molto conta - rilevanza degli effetti prodotti ai fini della decisione assunta dal soggetto titolato. Manca ancora,

infatti, una disciplina generale che individui, tra l'altro, i casi di consultazioni obbligatorie; l'incidenza effettiva dell'esito della consultazione; le caratteristiche tecniche e di sicurezza del sistema informativo destinato alla raccolta e al trattamento dei dati. A partire dal secondo decennio degli anni 2000 sono state approvate diverse leggi regionali sui processi partecipativi, che hanno regolato anche le consultazioni telematiche (es. l. reg. Umbria n. 14 del 2010; l. reg. Toscana n. 46 del 2013; l. reg. Puglia n. 28 del 2017; l.reg. Emilia-Romagna n. 15 del 2018), tutte col fine di allargare le maglie della titolarità soggettiva (non più stretta in una situazione giuridica) e dell'oggetto della consultazione (una certa 'questione', anche in assenza di un progetto di atto precisamente determinato, su cui si è chiama- ti ad esprimere un voto esclusivo); oltre che a valorizzare l'influenza del contributo di partecipazione, che – pur se indefinito nell'efficacia – è tuttavia egualmente utile a condizionare politicamente il decisore pubblico.

Ma a parte queste norme a dire il vero poco attuate per ora la più consistente forma di consultazione telematica sperimentata nel nostro ordinamento resta quella del *notice and comment*, già da tempo impiegato dalla Commissione europea, che per l'appunto – per tornare all'interrogativo di partenza – ha colto l'occasione della capacità informativa del web per tentare di colmare la distanza (non solo materiale) con i 'suoi cittadini' (cfr. Better Regulation Guidelines, COM(2015) 215/SWD(2015)110; spec. il VII cap. Guidelines on Stakeholder Consultation).

Ritroviamo analoga apertura nelle autorità amministrative indipendenti, che aprono con regolarità le consultazioni online sui draft dei propri atti nell'ambito dell'analisi d'impatto della regolamentazione. Si tratta di un'apertura all'esterno da parte di regolatori desiderosi di accreditarsi presso una collettività che li percepisce deboli nella legittimazione a decidere. Certo è che sia nel caso della Commissione che in quello delle autorità indipendenti, i dati mostrano come i contributi informativi vengano forniti tendenzialmente da portatori d'interessi settoriali. Restano cioè i limiti di certe pratiche partecipative da tempo indagati [J.S. Fishkin*, Democracy When the People Are Thinking: Revitalizing Our Politics Through Public Deliberation,* New York, Oxford University Press*,* 2018).

Anche la più recente normativa nazionale sulle consultazioni telematiche interne alle attività di valutazione preventiva e successiva della regolazione (DPCM n. 169 del 2017, Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione) mi pare davvero poco efficace. Essa, infatti, presenta un limite che depotenzia del tutto le attività consultive, pure previste in alcuni casi come obbligatorie: le risultanze delle consultazioni sono improduttive di effetti nel procedimento di formazione dell'atto ("I contributi forniti dai soggetti consultati sono finalizzati ad arricchire le informazioni a disposizione dell'Amministrazione, *senza obbligo di riscontro per l'Amministrazione, e non costituiscono vincolo per l'istruttoria normativa*", art. 16, c. 3, DPCM cit.).

Ciò conclusivamente m'induce a sostenere, come anticipato, che queste pratiche partecipative digitalizzate potrebbero in ipotesi servire sì ad aumentare il "tasso di democraticità dell'ordinamento" a certe condizioni, ma siamo davvero molto lontani dall'effetto sperato.

VII Domanda

Con riferimento all'esperienza della c.d. "Piattaforma Rousseau", quali possono essere gli aspetti positivi così come quelli problematici da evidenziare rispetto ad uno strumento in grado di orientare costantemente l'indirizzo politico?

PASQUALE COSTANZO

Del fenomeno in questione, si sarebbe tentati di considerarlo un problema meramente interno ad un movimento politico, che già si segnala per talune inedite prassi (come, ad es., quella di contrattualizzare l'impegno politico degli aderenti in un sinallagma, dove per di più, una delle parti si configura come un soggetto aziendale). Da questo punto di vista, si potrebbe, dunque, osservare che le maggiori problematicità riguardino una conduzione essenzialmente binaria della politica (sì o no qualche cosa), il potere di formulare i quesiti, la trasparenza ed il controllo del funzionamento della piattaforma, il rischio di pirataggio (risulta che sia stata più volte "hackerata"), la reale consistenza degli utenti e la gestione dei loro dati (praticamente tutti sensibili) personali (di qui, del resto, un'iniziativa sanzionatoria del Garante della *privacy*).
Per converso, non si può negare che il fatto in sé (la prassi della consultazione interna) realizzi un momento importante di quella democrazia interna la cui assenza viene diffusamente e da sempre deplorata (circostanza che si direbbe incompresa dai *Gilet jaunes* a cui, in un impeto di solidarietà internazionale, era stata offerta la condivisione del sistema…).
Si è constatato, tuttavia, che dalle dinamiche della piattaforma può oggettivamente essere condizionata la stessa azione (o addirittura formazione) del governo (esemplarmente al momento della nascita del gabinetto Conte 2): con effetti quindi anche generali ed esterni al sistema informatico di riferimento.
Se, dunque, sembrano concepibili condizionamenti sull'indirizzo politico generale, parrebbe opportuno anche distinguere i condizionamenti di sostanza da quelli legati alle scansioni temporali della politica. Sotto il primo aspetto, non sembra comportare un'essenziale differenza che una decisione o una presa di posizione del partito qualsiasi costituisca l'esito di una votazione elettronica interna, della riunione di un gruppo parlamentare o dei deliberati del direttivo. Sotto il secondo, l'efficacia di ritardi o traccheggiamenti più o meno calcolati dipenderanno infine dal *far play* di alleati o avversari o dal tornaconto che, anche a questi ultimi, potesse derivare: altrimenti, l'effetto dovrebbe essere nullo o marginale.

GIANMARIO DEMURO

Sinceramente sono nulli gli aspetti postivi. Come abbiamo detto prima gli algoritmi sono scritti da uomini e il punto è *chi dà un senso ai dati, chi li regola, chi pone i limiti*. Questa è la pericolosa illusione di una democrazia diretta che possa limitarsi a discutere *online,* e imporre la Parlamento la sua volontà regolatoria. Nessuna comparazione sarà possibile tra i resoconti parlamentari per chiarire l'intento del legislatore rappresentativo, nessuna volontà potrà emergere tra discussioni solamente virtuali. Chi definisce l'intenzione normativa di chi approva all'istante le regole? Chi certifica la loro genuinità? Si dice che il referendum propositivo che è in discussione in Parlamento porterà maggiore partecipazione democratica. Vero è il contrario perché in democrazia nessuna decisione può essere

presa senza che, chi è diverso o minoranza possa esprimersi, opporsi, dialogare apertamente, proporre opinioni differenti. Così come nessuna geometria dei dati inseriti in una macchina artificiale potrà restituire, tantomeno oggettivamente, il punto di vista di portatori d'interessi contrapposti che siedono in un organo rappresentativo e discutono in pubblico di un tema rilevante per la comunità. Il progetto scritto dai promotori del referendum propositivo potrà certamente porre all'attenzione del dibattito pubblico un tema che fatica a entrare nell'agenda politica parlamentare ma nessuna regola prevista dal progetto di revisione costituzionale ci rassicura su: chi è responsabile delle macchine referendarie che preparano la decisione? Sulla circostanza di chi scrive gli algoritmi referendari? Chi li predispone? Che idea ha degli interessi messi in discussione il *software* scritto per governarli? In sintesi, l'uso delle piattaforme informatiche in assenza di una regolazione trasparente può, allo stato, contribuire a scrivere una democrazia artificiale.

FORTUNATO MUSELLA

Elementi favorevoli e rischi sembrano essere racchiusi nel nome stesso della piattaforma Rousseau. Nel nome di quel filosofo che ha stimolato le idee di schiere di pensatori democratici, e allo stesso tempo ha suscitato concezioni che si sarebbero radicate nei regimi autoritari. Il nucleo centrale della sua impostazione politica – la volontà generale – rimanda alla possibilità che tutti decidano: in breve, e con linguaggio dei nostri giorni, a quell'uno vale uno che promette in forma di slogan l'uguaglianza tra i cittadini. D'atra parte la categoria della volontà generale, quando non soggiace a regole e procedure precise per essere espressa, è capace di fornire armi a tutti i generi di tirannia, quella dei pochi o quella di uno solo.

L'aspetto più positivo della piattaforma Rousseau è quella di stare dalla parte della storia, se possibile anticipandola. La tendenza a richiedere un più radicale coinvolgimento nelle decisioni collettive risponde a un cambiamento strutturale, a quell'individualismo che tiene banco da decenni nelle società contemporanee. E di cui il digitale è sia detonatore sia canale di espressione negli ultimi anni. I fautori della piattaforma Rousseau possono affermare di dare una riposta – magari non la migliore possibile – ad una domanda enorme di partecipazione che altri semplicemente ignorano.

Gli aspetti più dubbi, o anche pericolosi, sono altrettanto evidenti. Innanzitutto anche i numerosi partecipanti sono parte di un insieme molto più ampio, composto da cittadini elettori, ai quali tentano di sostituirsi. Il criterio di eguaglianza dei rispondenti va così a collidere con quello di uguaglianza tra gli aventi diritto al voto. E come visto, ciò si è reso evidente a proposito della formazione dell'attuale governo italiano, quando la decisione dei gruppi parlamentari è stata ratificata da oltre circa ottantamila attivisti. Esistono poi profili critici che attengono alla trasparenza delle procedure che sono condotte dai pochi organizzatori, nell'ambito di una piattaforma che appartiene a un'azienda privata, che hanno amplissimi margini di manovra per la formulazione delle domande e la rilevazione che ne segue. In una recente valutazione della piattaforma digitale del Movimento 5 Stelle, Paolo Gerbaudo [*Are digital parties more democratic than traditional parties? Evaluating Podemos and Movimento 5 Stelle's online decision-making platforms*, in *Party Politics*, first published] conclude che è ancora discutibile che i nuovi partiti digitali siano più democratici di quelli tradizionali. Ad una maggiore inclusione dei cittadini corrisponde, infatti, una maggiore centralizzazione del decision making, attraverso la quale ristrette cerchie di partito riescono a controllare il contenuto, la tempistica e il framework delle consultazioni online, lasciando ai cittadini solo la possibilità di esprimere una

preferenza tra un insieme limitato di scelte e per un periodo limitato di tempo. La democrazia diretta segue così un sentiero tortuoso e pieno di pericoli. Eppur si muove.

MARCO OROFINO

L'esperienza della cd. "piattaforma Rousseau" è ancora relativamente giovane.
Una valutazione complessiva sugli aspetti positivi e su quelli negativi di questa esperienza è, allo stato, piuttosto difficile. Gli studiosi, in particolare quelli delle scienze politiche, che si sono occupati del tema hanno incentrato la loro attenzione su specifiche questioni partendo da vicende contingenti. Certamente si possono considerare come pregi, la capacità di avvicinare alla politica molti soggetti che non avevano avuto precedenti esperienze, la possibilità di cogliere, con un certo anticipo, alcuni temi emergenti, l'aver favorito un ricambio significativo della classe politica italiana. Come difetti si possono citare una partecipazione spesso poco consistente e prevalentemente ortodossa rispetto alla volontà dei leader del movimento. Si tratta però di questioni che meriterebbero una maggiore attenzione e probabilmente uno studio maggiore
Un punto su cui si vuole però richiamare l'attenzione è quello, assai importante, delle regole adottate dalle piattaforme (*rectius* dai gestori della piattaforma in qualità di titolari o di responsabili del trattamento) a tutela dei dati personali.
Come noto, il Garante per la protezione dei dati con il provvedimento n. 83 del 4 aprile 2019 ha sanzionato l'Associazione Rousseau quale responsabile del trattamento per l'inosservanza delle regole del Regolamento generale europea in materia di protezione dei dati, con particolare riferimento alla sicurezza del trattamento dei dati compiuto attraverso la piattaforma Rousseau.
Il tema della sicurezza del trattamento è centrale per le piattaforme digitali sia per quelle già esistenti e largamente utilizzate, come appunto la Piattaforma Rousseau, sia per quelle appena create, come ad esempio la Pd App. Quest'ultima, tra l'altro, proprio in quanto progettata come app e quindi potenzialmente più rischiosa per la privacy degli iscritti dovrà rispettare precise regole di *privacy by default* e di minimizzazione delle autorizzazioni.
Con riferimento alle maggiori criticità riscontrabili per tali piattaforme digitali, occorre almeno ricordare come il nuovo Regolamento europeo in materia di protezione dei dati richiede ai titolari e ai responsabili del trattamento che essi adottino le misure necessarie per minimizzare i rischi legati al trattamento dei dati personali ponendo particolare attenzione alle finalità del trattamento ed alla tipologia di dati trattati. Non c'è dubbio che le piattaforme digitali sia per le finalità del trattamento dei dati personali (connesse con l'attività politica e l'indirizzo politico di un soggetto costituzionalmente rilevante) sia per la tipologia di dati trattati (dati idonei a rivelare le opinioni politiche delle persone cui si riferiscono) trattati richiedono una ai gestori delle medesime particolare cautela ed attenzione ai rischi fin dalla loro progettazione nonché l'adozione di misure di sicurezza assai incisive.
Nel provvedimento adottato dal Garante nei confronti dell'Associazione Rousseau si segnalano tutta una serie di criticità riguardanti la gestione dei log e degli accessi nonché delle modalità di cancellazione dei voti espressi una volta terminate le operazioni. Esse dovranno essere tenuta in debita considerazione da ogni altro soggetto politico che vorrà adottare sistemi analoghi o simili.
Questo non solo per proteggere i diritti e le libertà delle persone coinvolte, ma pure per non vanificare la possibilità di sviluppo di tali strumenti digitali di partecipazione politica che abbisognano, come

tutti gli strumenti digitali, di essere sia percepiti come sicuri dagli utenti sia di essere in grado di garantire effettivamente la sicurezza promessa.

PAOLO PASSAGLIA

Per cogliere l'importanza che la Piattaforma Rousseau assume nella vita del MoVimento 5 Stelle, è opportuno rifarsi allo Statuto dell'associazione, ed in particolare all'art. 1, lett. *c*), ed all'art. 2, lett. *a*).
Quest'ultimo fa della rete lo strumento cardinale dell'azione del movimento: se nel primo periodo si chiarisce che «[i]l MoVimento 5 Stelle vuole realizzare un efficiente scambio di opinioni ed un confronto democratico, riconoscendo a tutti gli iscritti, in conformità con le disposizioni del[lo] Statuto ed in specie attraverso lo strumento della Rete, un effettivo ruolo di indirizzo e determinazione delle scelte fondamentali per l'attività politica dell'associazione», nel terzo periodo si precisa che «[i]l MoVimento 5 Stelle promuove, attraverso idonee piattaforme internet od altre modalità, eventualmente anche non telematiche, la consultazione dei propri aderenti per l'individuazione, selezione e scelta di quanti potranno essere candidati a promuovere le campagne di sensibilizzazione sociale, culturale e politica, così come le proposte e le idee condivise nell'ambito del sito www.MoVimento5stelle.it, in occasione delle elezioni per la Camera dei Deputati, per il Senato della Repubblica, per il Parlamento Europeo o per i Consigli Regionali e per i Consigli degli enti locali e loro articolazioni».
La centralità della rete per il Movimento si traduce, ai termini dell'art. 1, lett. *c*), in una centralità della Piattaforma Rousseau: «[g]li strumenti informatici attraverso i quali l'associazione si propone di organizzare le modalità telematiche di consultazione dei propri iscritti disciplinate nel prosieguo del presente Statuto, nonché le modalità di gestione delle votazioni, di convocazione degli Organi Associativi, di pubblicazione di – a titolo esemplificativo e non esaustivo – avvisi e/o provvedimenti e/o direttive e/o decisioni saranno quelli di cui alla cd. "Piattaforma Rousseau", mediante appositi accordi da stipularsi con l'Associazione Rousseau».
A fronte di tali riferimenti, i principali interrogativi che possono proporsi attengono, per un verso, alla corrispondenza dell'utilizzo della rete, per come concepito, all'idea di democrazia diretta perseguito e, per l'altro, all'efficienza della Piattaforma Rousseau per il raggiungimento degli obiettivi dichiarati.
Sul primo aspetto, già si è avuto modo (v. *sub* (5)) di rilevare alcuni elementi critici relativamente allo snaturamento potenziale del principio di rappresentanza. Si può aggiungere, ponendosi adesso nella prospettiva opposta a quella precedentemente considerata (non più quella dei rappresentanti, ma quella dei rappresentati), che il ricorso alle votazioni telematiche non garantisce di per sé un reale dispiegamento della libertà di scelta della «base», non fosse altro perché le modalità di formulazione dei quesiti, i momenti in cui le consultazioni avvengono e la selezione delle tematiche che sono sottoposte al voto possono risultare assai condizionanti. Solo per fare un esempio (tremendamente banale, ma forse almeno evocativo), può immaginarsi che l'esito di una consultazione concernente la disciplina dell'immigrazione possa non essere identico a seconda che si svolga a distanza di poche ore da una delle molte tragedie del mare oppure da un fatto di cronaca nera di cui si sia macchiato un immigrato. Se a questo si aggiunge la rozzezza inevitabile della scelta tra un «sì» ed un «no», il rischio di velare la partecipazione con colori di impronta vagamente plebiscitaria è lungi dal potersi dire escluso. A ripercorrere gli esiti delle votazioni che si sono tenute sino ad oggi, non sembra che il

dubbio possa venire agevolmente fugato, tra maggioranze molto ampie e risultati in linea con le indicazioni dei vertici del partito, anche in casi nei quali la storia del MoVimento avrebbe potuto suggerire tutt'altro (il riferimento va, in special modo, al voto contro l'autorizzazione a procedere per Matteo Salvini, indagato per il caso Diciotti).
Per quel che attiene al secondo aspetto, la Piattaforma Rousseau risulta essere nulla più che un sito *internet* con una sezione riservata agli iscritti, nella quale – tra le altre cose – questi ultimi possono votare. La struttura informatica appare, dunque, ben diversa rispetto a quella che è propria delle autentiche piattaforme di *evoting*. È probabilmente questa la chiave di lettura che spiega le difficoltà tecniche che hanno ripetutamente segnato il funzionamento della Piattaforma, oggetto di attacchi di *hackers* che hanno condotto alla divulgazione di dati personali degli iscritti (sanzionata con multe da parte del Garante Privacy) e di malfunzionamenti in occasione delle votazioni più partecipate. Alle constatate manchevolezze in termini di garanzia della segretezza del voto possono poi aggiungersi la scarsa trasparenza e verificabilità dell'esito delle consultazioni, la cui certificazione è stata fin qui affidata a notai non meglio identificati. L'insieme di questi (ed altri) elementi dà l'idea di una democrazia interna al MoVimento lasciata ad una gestione forse un po' troppo artigianale per poter ambire ad essere indicata come un modello di riferimento per una diversa costruzione dei rapporti tra base e vertici delle forze politiche.

MARINA PIETRANGELO

Anzitutto occorre premettere - ancora una volta - che vi sono differenze sostanziali tra gli strumenti digitali utilizzati nel dibattito pubblico: alcuni di essi sono riferibili in via esclusiva a soggetti pubblici (proprietà e disponibilità piena di infrastruttura, applicazioni e dati) e il loro uso è da tempo regolato con legge; altri appartengono a privati, ma sono utilizzati da soggetti pubblici o privati, alle condizioni poste dai proprietari. Tra questi secondi, possiamo annoverare anche le applicazioni di soggetti privati, che però svolgono una funzione pubblica rilevante, come è il caso dei partiti e movimenti politici.
Se utilizzati per lo svolgimento di attività politica, questi strumenti dovrebbero essere sottoposti alle regole generali che si applicano a tali attività. Tra queste, certamente le norme sulla trasparenza dell'agire politico, da intendersi - per il caso delle attività online - come riferibili anche all'oggetto informatico utilizzato.
La questione dell'apertura (accesso e conoscibilità) dei codici di funzionamento dei programmi informatici impiegati in attività connesse allo svolgimento di funzioni pubbliche è nota da tempo. In ambito amministrativo si contano interventi legislativi (articoli 68 e 69 del d.lgs. n. 82 del 2005) e non pochi atti d'indirizzo. Dunque, una questione non esattamente nuova, almeno sotto il profilo della rilevanza giuridica, benché tornata all'attenzione di recente con l'occasione di una pronuncia del Consiglio di Stato (CdS, sez. VI, sentenza n. 2270 del 2019), che ha richiesto l'apertura del codice di un algoritmo mediante cui è stato gestito un procedimento amministrativo. Secondo il Consiglio di Stato, la formula tecnica deve essere tradotta nella "regola giuridica ad essa sottesa" e resa comprensibile per i cittadini e per il giudice, nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza.
Questa "trasparenza tecnica" rileva particolarmente anche nel caso delle applicazioni impiegate da partiti e movimenti politici. La piattaforma Rouseau - utilizzata dal Movimento 5 stelle come strumento di selezione delle candidature e di validazione del programma politico - mi sembra sia

deficitaria anzitutto sotto questo profilo. Si tratta di un limite che però connota tanti degli strumenti utilizzati dalle diverse forze politiche. Pensiamo alle consultazioni online di tipo sondaggistico aperte su piattaforme private dalla Lega in Veneto, che hanno preceduto i referendum consultivi su indipendenza e autonomia. Un aspetto del tutto trascurato dalle norme sulla trasparenza degli assetti interni dei partiti (art. 5, d.l. n. 149 del 2013), che si limitano ad imporre la pubblicazione via web di statuti, rendiconti e bilanci e che in ogni caso si applicano alle sole organizzazione che intendono accedere a forme di finanziamento esterno. Precisamente ai partiti politici ("libere associazioni attraverso le quali i cittadini concorrono, con metodo democratico, a determinare la politica nazionale") la norma richiede che siano assicurati la "trasparenza e l'accesso alle informazioni relative al proprio assetto statutario, agli organi associativi, al funzionamento interno e ai bilanci, *anche* mediante la realizzazione di un sito internet che rispetti i principi di elevata accessibilità, anche da parte delle persone disabili, di completezza di informazione, di chiarezza di linguaggio, di affidabilità, di semplicità di consultazione, di qualità, di omogeneità e di interoperabilità." (art. 5. c. 1, d.l. n. 149 del 2013). Una normativa che riecheggia la disciplina dei siti web dei soggetti pubblici adottata a quasi dieci anni dall'originale senza alcuna miglioria.

Ad ogni buon conto, quali che siano le caratteristiche delle piattaforme utilizzata, è chiaro che si tratta di ricondurle nell'alveo del "processo democratico" e quindi di una regolamentazione che garantisca la libera formazione del consenso. Non demonizzerei la piattaforma Rousseau per il solo fatto di essere uno strumento digitale, perché il rischio di attribuire alla macchina responsabilità che sono esclusivamente dell'uomo che la utilizza è sempre in agguato.

Molto diverso dal caso delle applicazioni "controllabili" e gestite in via autonoma dal movimento politico è l'uso di applicazioni proprietarie gestite da *altri*, su cui la distorsione informativa può risultare amplificata. È il caso dei social media più diffusi, che si atteggiano a "spazi di libertà" e a "luoghi della partecipazione"; e tali sono stati ancora considerati da molti utenti catturati. Si tratta invece di applicazioni commerciali cresciute a dismisura che vivono di regole proprie che tendono a negare il diritto positivo. Gli unici correttivi odierni sono approntati in via giurisprudenziale, con una tutela a singhiozzi delle libertà fondamentali. Pensiamo alla recente ordinanza cautelare del Tribunale di Roma (Sez specializzata in materia d'impresa, R.G. 59264/2019), che ha imposto a Facebook la riapertura delle pagine social di Casapound perché è "(...) evidente il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri social network ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.). Una giudice di Tribunale ci ricorda che "(...) Il rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali costituisce per il soggetto Facebook ad un tempo condizione e limite nel rapporto con gli utenti che chiedano l'accesso al proprio servizio" (punto. 3). Al di là del caso specifico (peraltro si tratta di un provvedimento cautelare), ancora una volta una riparazione tardiva da parte di un ordinamento giuridico che non ha saputo o voluto arginare *prima* gli effetti distorsivi connessi all'uso di queste applicazioni, facendo leva sui profili anticoncorrenziali delle aziende produttrici. A conferma ancora una volta, per vie diverse, che i margini della legalità sono stati forzati da tempo, che negli spazi social le regole sono di fatto alternative rispetto ai diritti degli Stati, perché la tutela delle posizioni degli utenti è stata delegata a un soggetto che si erge a regolatore e giudice. Con ciò che ne consegue quando l'attività svolta è attività di tipo politico.

***

I PARTECIPANTI AL FORUM

Pasquale Costanzo – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Genova

Giovanna De Minico – Professoressa ordinaria di Diritto Costituzionale – Università Federico II di Napoli

Gianmario Demuro – Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Cagliari

Maria Francesca De Tullio – Dottoressa di ricerca in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi" – Università Federico II di Napoli

Fortunato Musella – Professore ordinario di Scienza politica – Università Federico II di Napoli

Marco Orofino – Professore associato di Diritto costituzionale – Università Statale di Milano

Paolo Passaglia – Professore ordinario di Diritto comparato – Università di Pisa

Marina Pietrangelo – Ricercatrice del Consiglio Nazionale delle Ricerche